

JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO  
DE BARRANQUILLA



EJECUTIVO HIPOTECARIO 08001-31-53-013-2005-00232-00  
Barranquilla, marzo veintiuno (21) de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

Pronunciar sentencia en el proceso ejecutivo hipotecario promovida por la entidad financiera «BANCO DAVIVIENDA», en contra del señor EDUARDO LASCANO GARCÍA, en dónde el crédito le fue cedido a la señora ALICIA ESTHER BELTRAN RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES

Mediante demanda presentada el día 23 de septiembre de 2005, el BANCO DAVIVIENDA, convocó a juicio al señor EDUARDO LASCANO GARCÍA, a efectos que se le ordene a pagar al deudor renuente y a solucionar la obligación insoluta, por intermedio del cobro compulsivo, quedándose compendiada en la demanda cuatro (4) pretensiones del linaje ejecutiva, en que se reclama que el ejecutado sufrague la medida de Ochenta y Dos Millones Doscientos Cuarenta y Dos Mil Ciento Cuarenta y Cinco (\$ 82.242.145) pesos, más los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida, que genere dicha suma mutuada (Folio 2 Cdno P Pal).

Esas pretensiones ejecutivas se hacen descansar en el presupuesto fáctico que entre el promotor y su contradictor, pretéritamente se celebró un contrato de mutuo, que tuvo su génesis en el año 1997, siendo pactado primigeniamente en UPAC, para luego, trasuntar al factor de UVR, para adquisición de vivienda a largo plazo, siendo instrumentalizado dichos negocios jurídicos en el pagaré No. 05702026300004111, creado el día 27 de febrero de 2004, que es el título valor base de recaudo, y en la hipoteca contenida en la Escritura Pública No. 4040 de fecha 8 de agosto de 1997, otorgada en la Notaría Quinta de Barranquilla.

En esos términos recreada la causa *petendi*, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Barranquilla, inadmitió el libelo inaugural, por intermedio de la providencia adiada 10 de octubre de 2005, en dicha determinación judicial se

ordenó a los accionantes, que aclaren los intereses causados y la tasa pactada en que se liquidaron los mismos, es así que la entidad censora dentro del plazo de subsanación, presentaron un memorial en que expresan y discriminan los intereses cobrados y las tasas utilizados para liquidar los intereses, afirmando que declaran extinguido el plazo por edificarse una causal de aceleración, encontrándose esa cláusula de aceleración pactada en el negocio jurídico de mutuo, para esos efectos cita la cláusula quinta del pagaré de marras, ya encontrándose subsanada la demanda, es que aconteció que ese juzgador libró el mandamiento de pago por conducto del proveído fechado 16 de noviembre de 2005 (Ver, folios 42 a 48 Cdno P Pal).

Una vez enterado el demandado de la existencia del presente litigio, asumió la siguiente postura procesal, veamos.

a).- El señor EDUARDO LASCANO GARCÍA, otorgó poder a un abogado, por intermedio del cual contestó la demanda, en la que negó todos los hechos, se opusieron a la pretensiones vertidas en el libelo demandatorio y propusieron las excepciones de fondo de *nulidad del ejercicio de la acción real, regulación de intereses y pérdida de los mismos al tenor de la Ley 45 de 1990 y devolución de los cobrados en exceso durante el plazo y la mora, cobro de lo no debido, abuso del derecho como posición dominante frente al demandado y en el cobro y liquidación de las cuotas y pago total de la obligación* (Ver, folios 66 a 83 Cdno P Pal), pidiendo pruebas en su escrito de excepciones consistentes en un dictamen pericial e interrogatorio de parte.

Y, presentó un memorial datado 16 de septiembre de 2015, en que pide un control de legalidad, fundamentado en que se declare la terminación del proceso, sustentando su solicitud en el hecho que considera que no se ha reestructurado el crédito reclamado ejecutivamente (Ver, folios 280 a 450 Cdno P Pal).

Ya superada la fase de integración de la litis y encontrándose consumado el típico intercambio epistolar entre los contendientes, es que se decretaron las pruebas, dándose apertura al período probatorio, que valga anotar ese decurso probativo fue dilatado por muchos años, sólo consiguiéndose el recaudo de variadas piezas documentales aportadas en la diligencia de exhibición de documentos ordenadas por el estrado otrora cognoscente, el interrogatorio al representante legal del BANCO DAVIVIENDA y el dictamen rendido por el auxiliar de la justicia ANTONIO POLO ROBLES (Ver, folios 1 a 59 Cdno P Pal No. 3),

consumándose dicho lapso probatorio; siguiéndose con el sucesivo estadio procesal, en boga a ello el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Barranquilla, por conducto del auto adiado 23 de noviembre de 2009, les corrió a los litigantes el traslado para alegar de conclusión, siendo ese auto recurrido en reposición por el extremo pasivo, generándose que el auto pierda imperio por efectos de la prosperidad de la impugnación horizontal deprecada, y siguiéndose con el estadio probatorio que se amplió sucesivamente.

Del mismo modo, es menester evocar que el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla, avocó el conocimiento el presente litigio, a través del auto calendado 12 de febrero de 2016, en razón de la remisión que le hiciese el juzgador de origen, en cumplimiento a los dictados del Acuerdo PSAA13-10072 de 27 de diciembre de 2013 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico.

Ante dicho juzgador, se presentó un memorial datado 26 de mayo de 2014, en que aporta una cesión del crédito que hiciese el banco ejecutante a la entidad FIDEICOMISO FC-CM INVERSIONES, la que luego, le cedió el crédito a la entidad CENTRO DE NEGOCIOS ESTATE FACTOR S.A.S., quien obró del mismo modo, y se lo cedió esta deuda respaldada con gravamen hipotecario a la señora ALICIA ESTHER BELTRAN RODRIGUEZ, siendo esas cesiones aceptadas por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla, por conducto del auto fechado 29 de mayo de 2014, además, dicho proveído en el numeral 3º de la parte resolutive, se declaró que se tiene *«como demandante a la señora ALICIA ESTHER BELTRAN RODRÍGUEZ (...), en los términos y los efectos de la cesión contenida en el escrito que antecede»* (Ver, folio 225 Cdno P Pal). Y, luego, ordenó el traslado para alegar de conclusión, a través del auto del día 8 de septiembre de 2015 (Ver, folio 279 Cdno P Pal), siendo aprovechado por los sujetos procesales, quienes alegaron de conclusión.

Ulteriormente, el estrado avocó el conocimiento del presente pleito por conducto del auto fechado 13 de abril de 2018, en atención a lo ordenado en el Acuerdo CSJATO18-448 de mayo 17 de 2018 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico.

#### PRESUPUESTOS PROCESALES

El proceso aparece estructurado en forma legal. Los sujetos procesales comparecieron a través de apoderado, la demanda, aparece estructurada

conforme a las preceptivas procesales que gobiernan el caso. No hay nulidad que invalide lo actuado, por lo tanto es procedente decidir, previo las siguientes,

### CONSIDERACIONES

#### A.- PREMISAS NORMATIVAS.

Al proceso ejecutivo le es inherente una naturaleza jurídica distinta de otros procesos. Se trata de un juicio contencioso especial que no busca la declaración de derechos dudosos o controvertidos, sino hacer efectivos aquellos que consten en uno de aquellos títulos que hacen plena prueba contra el deudor con las condiciones del artículo 422 del Código General del Proceso.

Ahora bien, los procesos ejecutivos deben erigirse en todos los casos, sobre un documento público, privado, judicial, extrajudicial o convencional (título ejecutivo) que contenga una obligación reconocida y cierta. Y, en algunas hipótesis la sentencia declarativa emanada del proceso monitorio.

Por ello el Juez debe certeramente precisar que la ejecución halle fundamento en la prueba documental del crédito aportada a la demanda, de donde se decanta el derecho material del ejecutante y la correlativa obligación del ejecutado.

#### B.- PREMISAS FACTICAS.

##### a.- Título ejecutivo en la presente ejecución hipotecaria.

Dentro del caso sub lite, es palmario que en autos milita como título de ejecución el pagaré 05702026300004111 firmado en Barranquilla el 27 de febrero de 2004 (fls. 8 a 9 Cdno P Pal) del cual se desgaja la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, de pagar una suma de dinero, a cargo del ejecutado LASCANO GARCÍA y a favor del demandante y, la escritura pública 04040 de 8 de agosto de 1997 emanada de la Notaria Quinta de este Círculo Notarial (fls. 6 a 13 *íd.*), contentiva del contrato de hipoteca con indicación de ser el primer ejemplar de la primera copia (fl. 13 reverso), cual presta mérito ejecutivo, a través de la cual se hipoteca, la casa de habitación distinguida con la matrícula inmobiliaria No. 040-11792, ubicada en la Carrera 38D No. 74-195 en la ciudad de Barranquilla, cuyas medidas y linderos se describen en la escritura citada.

Ciertamente, es menester anotar que el pagaré es un título valor de contenido crediticio a través del cual una persona denominada otorgante o girador promete incondicionalmente pagar una suma determinada de dinero a otra denominada tomador o beneficiario o a quien este ordene o al portador<sup>1</sup>. Debe contener los requisitos comunes de los títulos valores fijados en el artículo 621 del C. de Co. y los elementos específicos prescritos en el artículo 709 ejusdem.

## 2.- De la Hipoteca.

La hipoteca es una garantía real accesoria a un crédito, que otorga al acreedor las facultades de persecución y prevalencia sobre el bien inmueble gravado con la garantía.

### b.- Del caso en concreto.

En el presente caso, por tratarse de un proceso ejecutivo hipotecario donde se hace efectivo el derecho real de hipoteca sobre los bienes gravados con dicha garantía, el ejecutante tiene la carga probatoria de demostrar idóneamente la existencia del gravamen hipotecario y de la obligación que aquella es su seguridad.

En este orden, se allegó la Escritura Pública No. 4040 del 8 de agosto de 1997, otorgada en la Notaria Quinta del Círculo de Barranquilla, que tiene la indicación de ser Primera Copia, la cual presta mérito ejecutivo lo que da certeza de contenido y firma, junto con el pagaré suscrito el 27 de febrero de 2004, a favor de Banco Davivienda.

Por lo que hace con el caso, es de claridad meridiana que la literalidad del pagaré anunciado, permite evidenciar la existencia de una obligación cartular de carácter personal entre el señor EDUARDO LASCANO GARCÍA en su condición de otorgantes y de obligados cambiarios y, la entidad financiera Banco Davivienda en su calidad de beneficiario por tenencia del instrumento de acuerdo con su ley de circulación, máxime que ostenta una hipoteca que es una garantía de pago de la obligación comentada.

---

<sup>1</sup> PEÑA NOSSA y RUIZ RUEDA, Curso de Títulos Valores, 4ta edición, TEMIS, pág. 129.

Bajo esos presupuestos, emerge cristalinamente que la acreencia reclamada bajo la senda compulsiva, tiene fundamento y eficacia en la firma impuesta en el título valor con la intención de hacerlo negociable conforme con su ley de circulación (Art. 625 C. de Co.). Y es esa firma, el soplo de vida de la obligación cambiaria, pues, sin firma no hay título valor y entonces tampoco obligación cartular, al punto que las únicas excepciones a ese medular principio de rúbrica son el aval por escrito del artículo 634 del C. de Co y, el endoso en administración como lo ha decantado la doctrina autorizada<sup>2</sup>, por ende es palmario que estamos en presencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

En tal medida y a manera de corolario, vale acotar que las pretensiones formuladas en la demanda encuentra buen suceso, ante lo cual, pasa a examinarse los medios defensivos enarbolados por el ejecutado.

c.- De las excepciones de fondo.

Se procede al estudio de las excepciones alegadas en el caso concreto:

1.- Excepción de nulidad del ejercicio de la acción real.

El excepcionante, dice, en su cargo que es nula la acción real, dado que memora la historia de las relaciones entre el deudor y el banco demandante, para afirmar que el crédito tiene su génesis en un pagaré que se celebró en octubre 7 de 1997, que se cobijó con la hipoteca constituida en la misma fecha, que tenía un *quantum* de \$ 50.000.000 de pesos, pero, luego relata el demandado que por dificultades económicas generadas por el sistema de amortización del sistema UPAC, lo que asevera que se *«vio precisado so pena de perder la vivienda y bajo la amenaza del inicio del proceso ejecutivo hipotecario, a aceptarle en favor del BANCO DAVIVIENDA S.A., un nuevo pagaré esta vez en UVR, por la suma de \$ 70.942.627»*.

Agregando, que *«no es un nuevo crédito o préstamo para adquirir la vivienda como se afirma en el pagaré, puesto que nunca recibí efectivamente el pagaré, porque nunca recibí efectivamente el dinero en esa cuantía»*, concluyendo con ese relato que ese hecho constituyó una novación que extinguió la obligación, y por ello, estima que se anuló la garantía real.

---

<sup>2</sup> TRUJILLO CALLE Bernardo. *De Los Títulos Valores*. 8va edición. T.I, 1996, TEMIS, pág. 137.

Nótese, que esa excepción va camino al fracaso, ya que no se requiere forzosos razonamientos para concluir que el alegato del deudor, consistente en que el gravamen hipotecario es ineficaz por nulidad, por la constitución del nuevo pagaré en el año 2004, no tiene asidero legal alguno, ya que se echa en el olvido que expresamente en la Escritura Pública No. 4040 de 8 de agosto de 1997, en su cláusula segunda, se pactó que la hipoteca recae sobre *«las obligaciones que deban o llegaren a deber a DAVIVIENDA, sea que correspondan a las obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de esta Escritura, originadas en préstamos...»* (Ver, folio 11 Vlto, Cdno P Pal).

Indudablemente, es patente que ese título escriturario, contempló que el gravamen hipotecario cobija y ampara todas las obligaciones futuras contraídas por el demandado EDUARDO LASCANO GARCÍA, con la entidad bancaria DAVIVIENDA, de manera que como el propio demandado admite que contrajo la obligación reclamada en sede ejecutiva, es abisal que la hipoteca no ha perdido vigor, porque expresamente amparaba obligaciones futuras, como las que suscita esta contienda que se remonta para el día 27 de febrero de 2004. Ni que decir que el nuevo pagaré tiene como hontanar una solicitud del propio deudor, en que rogaba la rededominar la deuda pretéritamente contraída, en aras a refinanciarla y pactar cuotas más accesibles a la hacienda del accionado, para cumplir con la obligación hipotecaria contraída.

Colofón de todo ello, es que la excepción analizada va camino al fracaso.

## 2.- Excepción de pago total de la obligación.

Pues, si bien es cierto, que las piezas documentales aportadas en el expediente, establece que a la fecha de presentación de la demanda existía mora en el pago por parte del ejecutado de las restantes cuotas pactadas en el pagaré. Entonces, ante la realidad que no se aprecia en la foliatura documentos u otros medios de convicción que acrediten la existencia de nuevos pagos parciales ni mucho menos la totalidad del cumplimiento de la obligación y, comoquiera que el pago como evento detonante de extinción de las obligaciones (Núm. 1 del Art. 1625 del código civil), requiere su acreditación en el expediente. Ni que decir que la carga de la prueba sobre el punto recae sobre los ejecutados, los cuales por la inactividad anotada no demostraron la existencia de pago alguno.

Por esa simple apreciación es indudable que la excepción no tiene la más nimia posibilidad de éxito. Máxime, ante el hecho que no se ha probado los abonos alegados, sin embargo, si bien es cierto que el ejecutante imputo unos pagos parciales al capital pactado en el título valor, dicha situación no deja la obligación al día, pues, con el libelo se cobra TODA la obligación por efecto de la cláusula aceleratoria y no las fracciones de ella.

Total, la excepción de fondo invocada va camino al fracaso.

3.- Excepción de regulación y pérdida de intereses al tenor de la Ley 45 de 1990 y devolución de los cobrados en exceso durante el plazo y la mora.

Huelga anotar, que el argumento plasmado en la excepción analizada trata de la inconformidad del deudor frente al cobro de intereses, ya que considera que superaron las tasas máximas legales permitidas para su recaudo, por parte de la entidad financiera ejecutante; además, afirma que el promotor del juicio inobservó los lineamientos que sobre la materia ha fijado la Corte Constitucional. Y, por ello pide con vehemencia que se le aplique la sanción de regulación y pérdida de intereses cobrados en exceso.

Efectivamente, el estrado no puede ignorar que en el expediente militan copiosos documentos, un interrogatorio de parte al representante legal del banco accionante, y un dictamen pericial financiera elaborado por un auxiliar de la justicia, que toca y analizan la temática de los intereses cobrados en el transcurrir del crédito objeto de litigio.

Justamente, esta agencia judicial al fijar la mirada en la pericia elaborada por el auxiliar, ANTONIO POLO ROBLES, se percibe que en esa experticia, el experto llega a la conclusión que se cobraron intereses en exceso por una cuantía de seis Millones Quinientos Ochenta y Nueve Mil Cuatrocientos Sesenta y Cuatro Pesos con veintisiete centavos (\$ 6.589.464,27), y afirma, que se debe imponer la sanción de intereses doblados, lo que genera una suma líquida de Trece Millones Ciento Setenta y Ocho Mil Novecientos Veintiocho Pesos con cincuenta y cuatro centavos (\$ 13.178.928,54).

Adicionalmente, el experto para fincar sus conclusiones aporta un estudio de tasas de intereses y de valores cobrados durante la ejecución y vigencia del crédito, amén que realiza la afirmación que el crédito no fue reliquidado y que no

se aplicó el alivio establecido en la Ley 546 de 1999. Y, expone el auxiliar de la justicia que en su trabajo siguió los parámetros establecidos en las sentencias C-955/2000, C-747/1999, C-700/1999 y C-383/1999 y los dictados de la Ley 546 de 1999.

Empero, el despacho no puede ignorar varias inexactitudes en las afirmaciones y cálculos aritméticos plasmados en el peritazgo, que impiden su acogido, en principio, el juzgado al revisar el histórico de pagos del crédito hipotecario objeto de litigio, que es aportado al expediente, con ocasión a una diligencia de exhibición de documentos practicada en las instalaciones del Banco Davivienda, que valga anotar, son adosados en original y no fueron tachados de falso, ni siquiera censurados por el demandado, se logra avistar que cuándo se reliquidó el crédito en el año 2000, para rededominar la tasa de UPAC a UVR, aconteció que se aplicó el alivio pactado en la Ley 546 de 1999, siendo palmario que dicho alivio ascendió al *quantum* de Nueve Millones Cuatrocientos Cuarenta y Ocho Mil Doscientos Cuarenta Cinco Pesos con Cincuenta y Un Centavos (\$ 9.448.245,51), que aparece registrado en la columna de valor pagado e imputado al crédito, en la fecha de marzo 17 de 2000, encontrándose reflejado en el histórico de pagos (Ver, folio 33 Cdno Pruebas).

Ciertamente, es evidente que el experto en su pericia expresamente anuncia que *«cabe resaltar de acuerdo al formato de la reliquidación del crédito aportada en el expediente a la fecha del 31 de diciembre de 1999 reportado por la entidad bancaria el valor del alivio de \$ 9.029.835,20; este valor no aparece que fue aplicado al crédito en la revisión del histórico de pagos para su reducción de su saldo...»* (Ver, folio 46 Cdno Pruebas); sin embargo, es claro que esas aseveraciones del perito son inexactas porque contrario a lo afirmado por el experto, ese alivio sí fue imputado al pago, inclusive, figura una suma mayor plasmada como valor pagado por el deudor, por efectos del alivio aplicado conforme a la Ley 546 de 1999, dado que en la casilla figura la suma de \$ 9.448.245,51 de pesos.

En esa línea de pensamiento, se apercibe un desatino por parte del perito al apreciar erradamente el histórico de pagos aportado en la diligencia de exhibición de documentos, que asevera revisó para realizar su pericia, cuándo desconoce que se aplicó la suma de \$ 9.448.245,51, y decir que se plasmó una suma de \$ 9.029.835,20 de pesos, no coincidiendo esa cifra con que figura en esa prueba documental *-histórico de pagos-*, con el agravante que en todo ese documento en

que se reportaron los pagos analizado, no se aprecia una cifra de \$ 9.029.835,20, no sabiéndose de dónde sacó el perito tal medida dineraria, que afirma se relacionó en el histórico de pagos y no se imputo a la obligación reclamada ejecutivamente, lo que genera una distorsión en el estudio financiero, que impide que se logre demostrar los intereses cobrados en excesos alegado, por la potísima razón que sí el perito no valoró ese alivio que aparece como valor pagado e imputado, que se reitera asciende a la suma de \$ 9.448.245,51, es claro que ese error es trascendente, ya que la conclusión del perito es que los intereses cobrados en exceso asciende a la medida de \$ 6.589.464,27 de pesos.

Es evidente que al desconocerse la existencia del valor pagado e imputado por alivio en la suma de \$ 9.448.245,51, entraña una deformación del análisis del histórico de pagos, y cobró de intereses, que refleja que la conclusión de intereses cobrados en exceso sea contraevidente, porque sí se suma y tiene en cuenta el valor del alivio, genera la inexistencia del cobro de intereses en exceso atribuida indebidamente al banco ejecutante. Lo que detona que la prueba pericial analizada trae conclusiones contraevidentes y que por ello serán objeto de apartamiento.

Nótese, que en el estudio pericial valorado se aporta una tabla de reliquidación de UPAC, correspondiente al crédito litigado, en dónde el perito realiza un análisis histórico del comportamiento de la obligación, para realizar el estudio que le sirvió de pontana para concluir que existió cobro de intereses en exceso; empero, en la tabla en que se condensa ese análisis financiero, se echa de menos una variable relevante, que es el paragón entre los intereses cobrados y los pactados legalmente en cada periodo del crédito, ya que no se avista una comparación entre las tasas cobradas y las legales vigentes para la época del crédito, amén que no se dedica ninguna columna dedicada a examinar, cuál interés fue el efectivamente cobrado.

Indudablemente, es claro que existen varias contradicciones e inexactitudes que ciernen penumbra y le resta credibilidad a sus conclusiones, para empezar, el estrado al reflexionar en las aseveraciones contenidas en el inicio del estudio pericial, concretamente en el punto denominado *-desarrollo-*, en dónde el perito puntualizó que *«para la elaboración del presente dictamen pericial y estudio financiero del crédito inicialmente identificado con el 02122042 y actualmente 0570206300004111, se tomó como base al movimiento histórico de pagos del crédito aportado en el expediente por la entidad demandante; este crédito se inició*

según pagaré N° 02122042 de fecha 7 de octubre febrero 1997, por un valor de \$ 50.000.000, equivalente a 4.484,1963 UPAC, firmado por la parte demandada, con un plazo de 180 de cuotas mensuales a una tasa pactada inicialmente del 14% efectivo anual, luego paso 12%, este crédito fue refinanciado en fecha 27 de febrero del 2004 con otro pagaré con el N° 05702026300004111, con valor de \$ 70.942.627, con plazo de 105 cuotas y tasa de interés del 12% efectivo anual» (Ver, folio 45 Cdno Pruebas).

Naturalmente, es palmario que los intereses pactados y cobrados por el ejecutante ascendieron al 12% efectivo anual, que es una tasa que no sobrepasa la legalmente permitida, apreciándose prueba de ello, con el histórico del crédito aportado al expediente a folios 33 a 43 del cuaderno de pruebas, que es reafirmado por lo atestado por el perito, en que asevera que la tasa pactada es del 12% efectivo anual; entonces, no se percibe qué intereses en exceso se cobraron, ya que se itera que la tasa se encuentra dentro de los cauces de intereses permitidos por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el estrado no logra divisar cuales intereses fueron cobrados en exceso, ya que tanto el perito como las documentales contentivas del *-histórico de pagos-*, son coincidentes en que la tasa fue pactada en el 12% efectivo anual, la que con holgura no sobrepasa los linderos de las tasas de intereses permitidas por la legislación nacional para su cobro.

Finalmente, el despacho aprecia dos omisiones trascendentes que conducen al quiebre de las conclusiones del experto, dado que no tiene en cuenta que el crédito fue reliquidado y rededominado, por expresa solicitud del deudor, lo que entraña que se pactó una nueva tasa pasando la obligación de UPAC a UVR, pero, en el estudio increíblemente arranca con una tasa pactada en UVR, para el año 1997 hasta la actualidad, cuando lo real es que del año 1997 hasta enero de 2000, estuvo pactado el crédito en UPAC, de manera que ese estudio del crédito parte de una premisa equivocada, cuando inicia el cálculo de los intereses en la tasa de UVR, lo que genera una desnaturalización y distorsión de los cálculos aritméticos de la experticia.

Corolario de todo ello, es el fracaso de esta excepción.

4.- Excepción de cobro de lo no debido, abuso del derecho como posición dominante frente al demandado y en el cobro y liquidación de las cuotas.

Para el cabal entendimiento de la cuestión, se ofrece imprescindible aclarar que, la excepción de cobro de lo no debido en combinación al alegato de abuso del derecho en la variante de abuso de la posición dominante, descansa sobre el cargo que en el crédito se cobraron intereses indebidos, amén que reprocha las tasas de intereses establecidos en el ordenamiento jurídico, y también se queja en general del sistema financiero, porque estima que en otras latitudes los bancos otorgan intereses a tasas más justas.

A poco andar, se aprecia que esos reproches no tienen entidad para enervar la acción ejecutiva deprecada, ya que la excepción de fondo, se centra en cuestionar la política legislativa colombiana en materia de intereses, porque opina el demandado que los intereses establecidos en el código civil, son excesivos, pero, no sabiéndose por qué razón el acatamiento por parte del acreedor de los límites permitidos para el cobro de intereses, sea una conducta que tipifique una hipótesis de abuso del derecho, que como es bien sabido, parte de la premisa del ejercicio de una potestad en forma disfuncional con el ánimo de sacar provechos indebidos, y con el claro designio de causarle un perjuicio a su semejantes.

Recuérdese, que desde los albores del siglo pasado, en la mayoría de las naciones del mundo occidental, se consolidó la tesis jurídica según la cual, cuando del ejercicio de los derechos subjetivos se trata, dado el carácter relativo que en general tienen las prerrogativas que el ordenamiento jurídico reconoce, su titular no puede actuar arbitrariamente, con exceso o con desconocimiento tanto de los derechos ajenos, como de los límites y finalidades que los propios suponen, toda vez que si así procede y con su obrar ocasiona daño a otro, está obligado a reparar los perjuicios que de tal modo haya provocado.

Teniendo como fundamento claras directrices del derecho antiguo, en particular, del Romano, la doctrina y la jurisprudencia dieron forma a la teoría del «abuso del derecho», que, en esencia, asigna a aquel que ejerce sus propios derechos en forma desbordada o desviada respecto de la finalidad que el ordenamiento jurídico reconoce para ellos teniendo presentes los principios y valores que los inspiran, el deber de reparar los daños que con su comportamiento hubiese causado, tesis que en Colombia, luego de haber sido expuesta y aplicada durante

muchos años por la Corte Suprema de Justicia, fue recogida en el artículo 830 del Código de Comercio, que a la letra reza: «[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause», y tuvo posterior consagración constitucional, como quiera que la Carta Política de 1991, en su artículo 95, establece que «[s]on deberes de la persona y del ciudadano: (...). 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. (...)».

No se trata, como se infiere de los anteriores preceptos y de lo que en precedencia se dejó delineado, de restringir el legítimo ejercicio de los derechos sino, lo que es bien distinto, de comprometer la responsabilidad de las personas que, al pretender hacer efectivas las prerrogativas con que cuentan, superan, de una u otra forma, el marco de legalidad de las mismas.

Por consiguiente, hay que destacarlo, no es el «uso» o ejercicio de los derechos el percutor de la mencionada responsabilidad, sino el «abuso» de los mismos, el que da lugar al surgimiento del referido deber de reparación.

Así las cosas, es pertinente concluir que el ejercicio adecuado de los derechos, esto es, el que se ajusta a los propósitos y límites que su propia naturaleza les impone, teniendo en cuenta para ello los parámetros que el ordenamiento jurídico vigente, con la Constitución Política a la cabeza, establezca, no es, ni puede ser, objeto de reproche, así otras personas resulten afectadas -ejercicio legítimo del derecho-, razón por la cual la responsabilidad civil por abuso del derecho surge, como se ha reseñado, por el contrario, de los daños que su extralimitación, desviación o desbordamiento ocasione a otras personas.

Dentro del caso *sub lite*, acontece que el ejecutante celebró con el demandado un negocio jurídico de mutuo al interés, en que se pactaron las tasas de intereses en los límites legales establecidos por normas imperativas, que regulan la materia recogidas en el código de comercio y el civil, lo que naturalmente descarta el abuso del derecho por posición dominante, ya que no se ha pactado nada que exceda a lo que legalmente se puede cobrar a título de intereses, no estableciéndose que desbordamiento o disfunción realizó el banco demandante al reclamar su derecho subjetivo al recaudo de la suma adeudada.

Y, naturalmente, como se estableció la obligación no ha sido cancelada, tampoco se ha probado el cobro de intereses en exceso, de tal suerte que el cobro contrario a lo estimado por el deudor, si trata del cobro de una obligación debida

que se encuentra instrumentalizada en un pagaré y en un título escriturario de hipoteca, prestando ambos mérito ejecutivo, lo que entraña que la obligación sí es adeudada, teniendo causa en el negocio de mutuo al intereses que entre los litigantes celebraron y perfeccionaron con la entrega de las sumas de dinero por parte del banco al ejecutado, para efectos que éste adquiriera su vivienda.

Con todo, la excepción de fondo analizada se desboca.

El despacho no encuentra de oficio configurado motivo alguno de excepción de fondo que declarar.

En mérito de lo expuesto EL JUZGADO DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: Seguir adelante la ejecución de conformidad con lo registrado en el mandamiento de pago del 16 de noviembre de 2005, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia, con la salvedad que se tendrá como cesionaria del crédito a la señora ALICIA ESTHER BELTRAN RODRÍGUEZ.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones de fondo de *nulidad del ejercicio de la acción real, regulación de intereses y pérdida de los mismos al tenor de la Ley 45 de 1990 y devolución de los cobrados en exceso durante el plazo y la mora, cobro de lo no debido, abuso del derecho como posición dominante frente al demandado y en el cobro y liquidación de las cuotas y pago total de la obligación*, en consideración a las razones expresadas en las motivaciones de este fallo.

TERCERO: Decrétese la venta en pública subasta del bien inmueble hipotecado ubicado en la Carrera 38D No. 74-195 de la ciudad de Barranquilla -Atlántico, identificado con folio de matrícula 040 - 11792, para que con su producto se pague el crédito y las costas.

CUARTO: Ordenar a las partes que presenten la liquidación del crédito conforme a lo establecido en el artículo 446 del Código General del Proceso; **teniendo en cuenta que la tasa máxima que se puede cobrar por los intereses de plazo es aquella fijada por la Superintendencia Financiera.** Una vez aprobada y ejecutoriada la liquidación del crédito, hágase entrega al demandante de lo

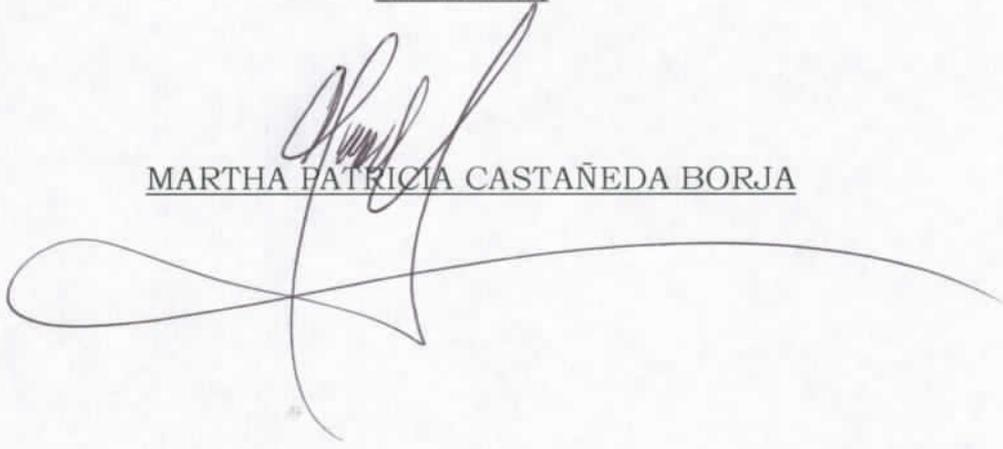
retenido y de lo que posteriormente se retenga hasta cubrir la totalidad del valor liquidado, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 447 del Estatuto Procesal, si es del caso.

QUINTO: Condénese en costas a la parte demandada. Tásense y liquidense.

SEXTO: Fijar como valor de las agencias en derecho la suma de Tres Millones Doscientos Mil (\$ 3.200.000) pesos, lo cual corresponde al 4% del valor del pago ordenado (Art. 365 núm. 1° C.G. P.; Acuerdo 1187/2003 C.S. de la J.).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZA,

  
MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA BORJA