

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**DISTRITO JUDICIAL DE CALI
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
RAD: 760014003-031-2017-00710-01
SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA No. 06-2020**

Santiago de Cali, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DE ESTA PROVIDENCIA

Resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia No. 137, proferida el 26 de junio de 2019 por el Juzgado 31º Civil Municipal de Cali, dentro del proceso de Efectividad de la Garantía real propuesto por el BANCO BCSC S.A., contra ALEXANDRA VERA INFANTE.

II. DEMANDA Y OPOSICIÓN

Se demanda en acción real que recae sobre el inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 370-915065, el pago de las siguientes sumas de dinero:

i) La suma de \$56.880.420,19 por concepto del saldo acelerado del capital contenido en el pagaré suscrito por la demandada el 14 de diciembre de 2015, a favor del banco demandante.

ii) Los intereses moratorios a la tasa máxima legal a partir del día de presentación de la demanda -09 de octubre de 2017-, hasta el pago total de la obligación.

iii) La suma de \$95.050,43 por concepto de la cuota impaga del día 17 de abril de 2.017.

iv) La suma de \$139.292,89 por concepto de la cuota impaga del día 15 de mayo de 2.017.

v) La suma de \$140.692,84 por concepto de la cuota impaga el día 14 de junio de 2.017.

vi) La suma de \$142.106,86 por concepto de la cuota impaga el día 14 de julio de 2.017.

vii) La suma de \$143.535,09 por concepto de la cuota impaga el día 14 de agosto de 2.017.

viii) La suma de \$144.977,68 por concepto de la cuota impaga el día 14 de septiembre de 2.017.

ix) los intereses de mora sobre cada cuota vencida, a la tasa máxima legal, desde el día en que cada una se hizo exigible hasta el pago total de la obligación.

Notificada la demandada, formuló a través de apoderado judicial las excepciones que denominó: "ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE E IRRESPETO AL ACTO PROPIO", "IMPREVISIÓN" e "INNOMINADA".

1. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE E IRRESPETO AL ACTO PROPIO. Se soporta en que el crédito se proyectó con una tasa de interés con beneficio del 8.75%, cuya cuota mensual sería de \$522.859,12. No obstante, los cobros empezaron a llegar por la suma de \$718.105,85, valor que no corresponde a lo pactado en la negociación del crédito.

Así por ejemplo, dentro de la factura No. 1848 del 14/01/2016, aparece en el detalle a pagar un "*Descuento Intereses DTO 1190 Valor en Pesos 195,246.73*"

con un valor a pagar de \$565.583,27. Posteriormente el banco genera las facturas 1870 y 39129, en las que ya no aparece el ítem "*Intereses DTO*".

Agregó el apoderado que ante la diferencia de valores, el banco le informó a la señora VERA INFANTE que al momento de proceder al desembolso del crédito hipotecario, los cupos destinados para la aplicación de la cobertura condicionada a la tasa de interés establecida por el Fondo Nacional de Vivienda para el programa "FRECH"¹, ya se encontraban agotados.

En consecuencia de lo anterior, toda vez que la tasa cobrada no corresponde a la pactada inicialmente, pues difiere en un 4%, esta diferencia deberá ser restituida doblada e imputada al crédito, pues las condiciones ofrecidas fueron alteradas por el banco de forma unilateral, estructurando ello la excepción aquí explicada.

2. IMPREVISIÓN. Soportada en el artículo 868 del C. De Comercio, que determina que cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesivo, alteren o agraven el futuro cumplimiento de alguna de las partes, en grado tal que resulte excesivamente oneroso, podrá esta parte pedir la revisión del contrato.

Bajo el anterior entendido, es claro que el cambio en el pacto del crédito otorgado, motivado por el cambio de la tasa de interés, conllevó al incremento de las cuotas periódicas, y en consecuencia al incumplimiento en el pago de las mismas.

3. INNOMINADA. Se sustenta en que el Juzgado debe declarar de manera oficiosa la excepción que encuentre probada.

III. SENTENCIA APELADA

Tras referir antecedentes, concluyó la Juez a quo que debían declararse no probadas la excepciones de mérito planteadas y por tanto seguir

¹ Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria.

adelante la ejecución, con fundamento en que: i) El título base de la recaudo reúne los requisitos establecidos por el código de comercio para ser civilmente ejecutado (art. 621 C. de Co.)², y los especiales (art. 709 ib.)³, además de consagrar una cláusula aceleratoria en caso de mora. En igual sentido, la escritura pública de constitución de hipoteca reúne los requisitos del artículo 80 del Decreto 960 de 1980, y los del artículo 39 del Decreto 2148 de 1983. ii) La demandada se encuentra en mora en el pago de las cuotas mensuales del crédito desde el 17 de abril de 2017 a la fecha de presentación de la demanda. iii) La demandada suscribió el documento "ECRE 104", en el que aceptó los términos de acceso y vigencia de la cobertura establecida por el Fondo Nacional de Vivienda para el programa "FRECH", específicamente respecto de la tasa de interés. iv) Ante la mora de la señora Vera Infante, el banco hizo uso de la cláusula de aceleración y cobró la totalidad de la obligación, conforme al pacto consignado en el título base de recaudo, situación que da lugar a que deba seguir adelante la ejecución.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Como sustento del recurso de apelación, de cara a los reparos concretos, afirmó el apoderado judicial de la demandada que el juzgado a quo omitió pronunciarse de manera expresa sobre la excepción denominada "ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE E IRRESPETO DEL ACTO PROPIO", cuyo argumento se condensa en que el banco cambió de forma unilateral las condiciones del pacto, sin dar aviso a la deudora del crédito, lo que conlleva a un abuso de la posición dominante. También aduce que dejó de valorarse la excepción de "IMPREVISIÓN"

Lo anterior tiene soporte probatorio tanto en la carta de aprobación del crédito, como en el pagaré objeto de cobro, último del que se desprende una aparente distorsión entre la primera hoja y el resto de su contenido, pese a lo cual con total claridad se advierte -clausulas tercera, cuarta y décimo tercera-, el pacto de una tasa de interés subsidiada dentro de la denominada "cobertura FRECH", durante los 7 primeros años del crédito hipotecario, en los términos del Decreto 1190

² La mención del derecho que se incorpora y la firma de quien lo crea.

³ a) La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero, b) el nombre de la persona a quien debe hacerse el pago, c) la indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y d) la forma de vencimiento.

de 2012. De igual forma dicho pacto quedó consignado en la escritura pública de constitución de hipoteca, y en el documento de proyección de pagos, a una tasa del 8,75% E.A.

Finalizó el apelante aseverando que en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la entidad financiera, aquel confesó que el crédito primero es aprobado y posteriormente desembolsado, por lo que de acuerdo a la comunicación expedida por la entidad FONVIVIENDA, las entidades financieras están obligadas a cumplir lo establecido en el artículo 11-1 del Decreto 161 de 2014, en el sentido que, no podrán desembolsar créditos más allá de las coberturas definidas por el Fondo nacional de Vivienda, so pena de asumir el pago de estas con sus respectivos recursos.

V. CONSIDERACIONES

1. En el caso que se estudia, están cumplidos los denominados presupuestos procesales⁴ y los sustanciales de legitimación por activa y pasiva que permiten proferir decisión de fondo en la segunda instancia, no encontrándose vicios o irregularidades graves que afecten el debido proceso.

2. En cuanto a los problemas jurídicos que se desprenden del compendio de antecedentes y sustento del recurso, la instancia concluye que se contraen a determinar: i) Si tasa de interés denominada -"cobertura FRECH"-, se encuentra pactada en la literalidad del título valor y en consecuencia constituye un acuerdo que obliga a las partes contratantes del mutuo y, ii) Si el pacto de la tasa subsidiada "FRECH" obra en otros documentos que no hacen parte del instrumento base de ejecución, pero que podrían dar cuenta del negocio jurídico que subyace o antecede a la firma del título valor.

3. Así las cosas, previo a desatar los problemas jurídicos planteados, cabe mencionar que de acuerdo al estudio del pagaré -fls. 5-17 archivo 1-, en este caso existe certeza que: i) El mismo proviene de la deudora, ii) Corresponde al identificado con el No. 132208393530, suscrito para instrumentalizar un mutuo con

⁴ Capacidad para ser parte y comparecer al proceso, competencia del juez, y demanda en forma.

garantía real y, iii) Su pago fue pactado por la suma de \$59.640.273, a un plazo de 180 cuotas mensuales, la primera de las cuales se cancelaría el día 14 de enero de 2016.

4. Así mismo se observa que en apariencia, el título valor contiene una obligación clara, expresa y exigible, requisitos que la doctrina tiene claramente definidos de la siguiente manera: i) La expresividad de la obligación, consiste en que el documento que la contiene registre la mención de ser cierto e inequívoco el crédito o deuda que allí aparece, señalando su monto y los titulares activo y pasivo de la relación. ii) La claridad de la obligación es una reiteración de su expresividad, ya que se refiere a que la obligación sea inteligible, no anfibológica y, iii) La exigibilidad consiste en que la obligación puede demandarse en su cumplimiento, por no estar sujeta a un plazo o condición, o por haberse vencido aquel o cumplido esta.

5. Pese a lo anterior, se discute a través de las excepciones de mérito –fls. 83-89 archivo 2 PDF- descritas en precedencia, la ausencia del requisito de exigibilidad del documento base de recaudo, en tanto que se afirma existió alteración unilateral e inconsulta por parte del banco respecto a las condiciones pactadas el negocio jurídico originario, específicamente en lo que concierne a la tasa de interés remuneratorio mensual, que pasó del 8,75% al 12,75% E.A., y generó un imprevisible e intempestivo aumento de la cuota mensual que ocasionó la incursión en mora de la señora Vera Infante.

6. Establecido lo anterior, corresponde entonces examinar el primero de los problemas jurídicos planteados, es decir, si la tasa de interés subsidiada, denominada “cobertura FRECH”, se encuentra pactada en la literalidad del título valor que aquí se ejecuta.

7. En ese orden, auscultado nuevamente el pagaré –folio 5 archivo 1 PDF-se advierte que contrario a lo que la señora Vera Infante manifiesta, no hay evidencia del pacto de una tasa de interés remuneratorio al 8,75% E.A., pues al contrario la que aparece inserta en el numeral 7 del documento corresponde al 12,75% E.A., y de acuerdo al numeral 13, el sistema de amortización allí convenido es el de “Cuota Constante en Pesos (Sistema de Amortización Gradual en Pesos)”. Entonces, bajo ese tenor literal no habría lugar a concluir el acuerdo o pacto del

subsidio o cobertura "FRECH" denunciado por la demandada, no obstante que el numeral 16 del documento se indica un "Término de cobertura FRECH" de 7 años.

8. En cuanto a las cláusulas que componen el título valor –fls. 7-17 archivo 1 PDF-, de las mismas tampoco se desprende que se hubiese pactado la mencionada tasa "FRECH", y las aludidas por el apoderado de la defensa en sus excepciones –cláusulas tercera, cuarta y décimo tercera-, se limitan a establecer condiciones para los casos en que se encuentra marcada la casilla correspondiente a la cobertura "FRECH" del numeral 13, de suerte que no aplican para el caso que aquí se trata, pues como viene de verse, esa no es la casilla que aparece demarcada en el pagaré.

9. Hasta este punto, el caudal probatorio impondría la confirmación de la sentencia de primera instancia que ordenó continuar con la ejecución, puesto que se itera, en apariencia el pagaré reúne los requisitos para hacerse exigible a través de esta demanda, y no hay rastro del pacto de una tasa de interés remuneratoria subsidiada, con lo cual el primero de los problemas jurídicos ha quedado absuelto.

10. Empero de todo ello, dado que las excepciones planteadas se fundan en la existencia de un pacto o negocio jurídico subyacente distinto al consignado en el título base de recaudo, lo que al tenor artículo 784-12 del C. de Comercio les otorga pleno aval para ser presentadas contra la acción cambiaria que aquí se ejecuta, la instancia procede entonces a la valoración de las restantes piezas procesales introducidas como medio de prueba, de cara a establecer si en efecto el mérito de la excepción del negocio subyacente tiene o no cabida.

11. Consecuentemente se desatará el segundo de los problemas jurídicos planteados, es decir, si el pacto de la tasa subsidiada "FRECH" obra en otros documentos que no hacen parte del instrumento base de ejecución, pero que podrían dar cuenta del negocio jurídico que subyace o antecede a la firma de ese instrumento.

12. En ese orden se tiene el documento "ECRE -104" –fls. 17-19 archivo 3 PDF-, medular en la decisión de primera instancia, y sobre el que se soportó la

entidad financiera⁵ para aseverar que previo a la firma del pagaré, advirtió a la señora Vera Infante acerca de los términos, condiciones de acceso, vigencia y terminación anticipada de la cobertura establecida por el Fondo Nacional de Vivienda para el programa "FRECH".

13. Entonces, tras la valoración del referido documento "ECRE -104", suscrito por la señora Vera Infante el 24 de septiembre de 2015, es decir, previo a la suscripción del pagaré –fl. 17 archivo 3 PDF-, se desprende con meridiana claridad que la tasa de interés remuneratorio ofrecida por la entidad bancaria se sujetó a las condiciones establecidas en los Decretos 1190 de 2012 y 161 de 2014, pues así consta en dicho documento.

Debe resaltarse que la proyección de pagos entregada por el banco a la adquirente del crédito, efectivamente da cuenta de la tasa pactada del 8.75% con beneficio del FRESH –fl. 91 archivo 2 PDF-.

También se desprende del "ECRE-104" que de acuerdo al Decreto 1190 de 2012, para aspirar al subsidio se deben cumplir requisitos como: tener ingresos por debajo de 8 S.M.L.M.V., no haber sido beneficiado con anterioridad con la misma cobertura, destinar el crédito a la compra de vivienda urbana nueva, entre otras.

Y se indica así mismo en el "ECRE-104" que de conformidad Decreto 161 de 2014, el acceso a la cobertura rige para desembolsos que cumplan las condiciones establecidas entre el 01 de febrero de 2014 al 31 de diciembre de 2015, o hasta el agotamiento del número de coberturas establecida por el Fondo nacional de Vivienda (FONVIVIENDA). Y a continuación se agrega lo siguiente: **"Esto es, si para la fecha del desembolso solicitado por mí (nosotros), estos dineros ya se han agotado, entiendo(emos) que no podré(emos) acceder al beneficio"** -Negrilla y resaltado por el Juzgado-.

14. Visto lo anterior, es posible concluir que si bien es cierto la señora Vera Infante consintió las condiciones del subsidio "FRECH" en la forma que aparece

⁵ Según documento mediante el cual se descurre el traslado de las excepciones –fls.15-16 archivo 3-, e interrogatorio de parte rendido por el Apoderado General del banco BCSC –fls 121.125 archivo 3-.

descrita en el documento "ECRE-104", también lo es que mediante dicho documento se le impone renunciar al beneficio de la tasa subsidiada, si es que para el momento del desembolso del crédito la cobertura se encontrare agotada, lo que resulta contrario al interés público protegido en el citado Decreto 161 de 2014, en cuanto a que: *"En ningún caso los establecimientos de crédito podrán desembolsar créditos con derecho a la cobertura, en exceso del número de coberturas definidas por el Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda), so pena de asumir el pago de la misma con sus propios recursos"*⁶

En este punto es necesario tener presentes las previsiones de la ley 1328 de 2009, de protección de los consumidores financieros, que en lo pertinente establecen:

ARTÍCULO 7o. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

(...)

*e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que **puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.***

*ARTÍCULO 9o. CONTENIDO MÍNIMO DE LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO. **En desarrollo del principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado.***

(...)

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1748 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> En función de lo contemplado en este artículo las entidades vigiladas estarán en la obligación de informar a sus clientes, además de la tasa de interés efectivamente pagada o recibida por estos, el Valor Total Unificado para todos los conceptos, efectivamente pagados o recibidos por el cliente, independientemente de si se trata de operaciones activas o pasivas.

Al cliente potencial se le deberá suministrar, siempre que la naturaleza del producto o servicio lo permita, una proyección del Valor Total Unificado que efectivamente pagaría o recibiría, de manera anticipada a la celebración del contrato. En este caso, el Valor Total Unificado también deberá expresarse en términos porcentuales efectivos anuales. Asimismo, deberá tener la misma publicidad que la tasa de interés relacionada con el producto o servicio ofrecido.

El Valor Total Unificado de que trata el presente parágrafo estará expresado en términos porcentuales efectivos anuales para el horizonte de vida del producto y su resultante en pesos para el periodo reportado e incluirá todos los conceptos efectivamente pagados o recibidos por el cliente, independientemente de si se trata de operaciones activas o pasivas, siempre que la naturaleza del producto o servicio lo permita, incluyendo intereses, seguros, gastos, contribuciones, erogaciones, comisiones e impuestos y demás.

⁶ Decreto 161 de 2014, artículo 11-1.

Dentro del Valor Total Unificado, deberá diferenciarse el componente correspondiente a la tasa de interés efectivamente pagada o recibida.

En un plazo no mayor a noventa (90) días, el Gobierno Nacional reglamentará la forma y periodicidad en la que las entidades vigiladas deben brindar la información que trata este parágrafo.

ARTÍCULO 11. PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS. *Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:*

*a) Prevean o impliquen **limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.***

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

*d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o **exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.***

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

PARÁGRAFO. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

Precisamente con respecto a las cláusulas abusivas, la Sala de Casación Civil en la SC-129-2018 analizando un caso de una entidad aseguradora, a quien como al banco aquí ejecutante también le resultan aplicables las previsiones de la ley de protección a los consumidores financieros, precisó:

"Es que aludiendo a los requisitos para considerar como ineficaz una estipulación, por evidenciar un desequilibrio contractual, la Corte precisó que:

(...) son 'características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes'. (CSJ SC de 13 dic. 2002, rad. nº 6462).

(...)

En tales eventos, la doctrina de la Corte ha sido enfática en señalar que es deber del juez delimitar el contenido de pactos que excluyan o minimicen los deberes del extremo contractual predisponente en la relación negocial de que se trata, en perjuicio del adherente, porque lo contrario traduciría causa de exoneración unilateral de las obligaciones inicialmente adquiridas por aquella empresa, además es desmedro del objeto bien intencionado que posee el contrato de seguro.

Específicamente aludiendo a las cláusulas aludidas, la Sala anotó:

Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como -por regla- sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano

la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para "excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual" (...)

Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas –que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones -de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio -por regla general- para su negociación individual.

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que 'el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio', en cualquier caso, 'no puede discutirse que existe voluntad contractual', o que ese acto no revista 'el carácter de contrato', sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador -consumidor, lato sensu- deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle -figuradamente- un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. de Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando éste muda su condición ontológica (in potencia a in actus), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su 'expectativa objetivamente razonable', como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro. (CSJ SC de 2 feb. 2001, rad. nº. 5670).

Tal deber interpretativo en el juzgamiento de las referidas cláusulas es de orden constitucional, comoquiera que la Carta Política, como también lo expuso esta Corte en la providencia citada, previó que es deber del Estado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art. 333, inc. 4º).

Esta tendencia asimismo ha sido expuesta por la doctrina especializada, al señalar, refiriéndose al control de las condiciones generales abusivas de los contratos, que «(l)os límites al ejercicio de la actividad empresarial están entonces ordenados también a perseguir aquella situación de aprovechamiento económico. Las formas en que se manifiesta este desequilibrio son innumerables: (...) En breve reseña, dichos instrumentos consisten particularmente, y en primer término, en la predisposición unilateral de condiciones negociales uniformes y abusivas. (...) El derecho del consumidor a la seguridad económica y su correlato, el deber legal de garantía de la empresa, abrazan, como sustento de jerarquía constitucional y dentro de un plexo defensivo de derechos humanos fundamentales, el imperativo del control de las cláusulas abusivas predisuestas en los contratos por adhesión. El objetivo de la protección postulada en estos términos es tema central de los modernos sistemas de control de los contratos, y –cuadre destacarlo una vez más- no consiste en hacer triunfar los derechos de una categoría social sobre los de otra, sino, en un marco de convivencia de intereses, restablecer la igualdad real en las relaciones negociales, amenazada en detrimento del consumidor.»⁷

15. Bajo ese derrotero, emerge con claridad la conclusión de que la cláusula mediante la cual la entidad financiera impone a la usuaria la renuncia al beneficio "FRECH" en caso de encontrarse agotado este al momento del desembolso, se constituye en una estipulación abusiva y que no debe soportar, puesto que según viene de verse, la obligación de verificación recae única y exclusivamente en el banco

⁷ Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Rubén S. Stiglitz, Gabriel A. Stiglitz, Ediciones Depalma, Buenos aires, 1985, págs. 11 a 12.

antes de desembolsar el crédito, debiendo constatar la existencia del mencionado beneficio o subsidio.

Y es que si al cliente se le ha ofrecido una tasa y cuotas del crédito con el beneficio de subsidio de tasa por siete años, ese deber de verificación del banco de la existencia de coberturas al momento del desembolso necesariamente debió aparejarse con el deber de información certera y oportuna al cliente, para efectos de que pudiera tomar una decisión informada respecto a si tomaba o no el crédito sin subsidio, por ende con la tasa plena de la que no se le había extendido proyección del crédito y que le representaba una cuota mayor, como efectivamente se le cobró.

En este orden, tratándose de un contrato sin libre disposición o de adhesión, en el que es evidente la posición contractual dominante del banco, no solo por ser quien oferta el dinero y tiene sus condiciones preestablecidas en formatos como el "ECRE-104" que se viene estudiando, sino porque es quien tenía no solo la posibilidad que no tenía la adquirente del crédito, sino el deber de verificar que existieran cupos de cobertura FRECH al momento del desembolso, la cláusula de renuncia aleatoria y anticipada al beneficio de cobertura se erige en una cláusula abusiva desde dos aristas: tanto por la renuncia a un derecho del consumidor financiero, como por el perjuicio que podía ocasionársele y que se concretó en un desembolso con condiciones diferentes a las que le fueron ofrecidas y comunicadas a la mutuaría.

16. De ahí que, dado que la usuaria del sistema financiero no está obligada a cumplir una cláusula abusiva, puesto que los derechos como consumidora del sistema financiero son irrenunciables, de acuerdo a lo establecido en las normas que vienen de citarse, debe entenderse que en el presente caso la misma no tiene efecto vinculante para la señora Vera Infante

Y dado que no tiene efecto vinculante para la aquí demandada, tal como acaba de explicarse, el interrogante que ahora surge es si para el momento del desembolso del crédito, la entidad financiera cumplió con la regulación que estaba a su cargo, y en consecuencia constató o verificó el número de coberturas existentes antes de desembolsar el crédito a la señora Vera Infante, pues naturalmente, de no ser así, deberá responder con sus propios recursos.

17. Sobre el particular, tras contrastar las pruebas incorporadas al plenario por la parte demandada, esto es, la primera factura de cobro emitida por la entidad financiera –fl. 99 archivo 2-, y la primera hoja del documento de proyección de pagos –fl. 91 archivo 2 PDF-, en la que consta la fecha del desembolso, frente a ninguna traída por la entidad financiera que dé cuenta de la mencionada verificación o constatación de la existencia de recursos previo al desembolso del crédito, se concluye que efectivamente ese desembolso se hizo sin el cumplimiento de los requisitos a cargo del banco, es decir, sin la constatación previa de la existencia de la tasa subsidiada “FRECH”.

No puede arribarse a conclusión distinta tras observarse que en la facturación de la primera cuota del crédito –fl. 99 archivo 2 digitalizado-, que corresponde al día 17 de diciembre de 2015, para ser pagada a más tardar el 16 de enero de 2016, se hizo un cobro por valor de \$565.583,27, y se incluyó el subsidio “FRECH” con una tasa de interés remuneratorio del 8,75% E.A., pese a que con posterioridad a ese cobro la entidad financiera emitió facturas por valores diferentes al inicialmente cobrado –fls. 101 y 103 archivo 2 PDF-, en las que reajustó la tasa de manera inconsulta.

18. Resulta entonces concluyente que la entidad financiera, tras advertir la no disponibilidad de las coberturas definidas por el Fondo Nacional de Vivienda, pero habiendo ya realizado el desembolso del crédito, para la segunda factura optó por variar la tasa inicialmente cobrada a la cliente, con lo cual naturalmente varió también el valor de la cuota mensual, amparándose en el documento “ECRE-104”, el que como acaba de explicarse, contiene una cláusula abusiva⁸ y por ende que se tiene como no escrita según lo establecido en la ley 1328 de 2009. Así las cosas, no habría forma de saber cuándo efectivamente hubiera

⁸ Sobre cláusulas abusivas en contratos bancarios, véase también Cas. Civ. CSJ. del 4 de julio de 2013, en la que la Sala reprodujo lo que antes había doctrinado: “*Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige (...)* Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica” (sentencia del 14 de diciembre de 2011, exp. 2001-01489).

incurrido en mora la demandante de haber cumplido el banco con la cuota que le ofreció, de paso pretermitiendo también el citado artículo 9° de la ley 1328 de 2009 en el parágrafo adicionado por el artículo 1° de la ley 1748 de 2014.

19. Consecuencia de lo expuesto es que la obligación que aquí se cobra a través del pagaré ya referenciado, carezca del requisito de exigibilidad, pues acorde a lo explicado, en el instrumento negocial se anotó una tasa de interés remuneratorio que no corresponde a la pactada con el beneficio de cobertura que debe ser asumido por la entidad financiera al omitir verificar tempestivamente que existieran cupos de cobertura y así hacérselo saber a la adquirente, con lo cual se produjo el desarreglo del crédito por aumento en el cobro de las cuotas de amortización, lo que a su vez dio lugar a la incursión en mora de la demandada.

Bajo ese entendido, ha quedado probado la existencia de un negocio jurídico subyacente que contempló condiciones distintas a las que fueron insertadas en el título base de ejecución, por modo que se declarará probada la excepción fundada en la excepción que la demandada denominó "ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE E IRRESPETO AL ACTO PROPIO". Ello implica que al no ser exigible el título valor aquí presentado para su cobro, se reitera, porque el desarreglo en la tasa impide saber cuándo se hubiera producido el incumplimiento de haberse cobrado la cuota ofrecida –con la cobertura FRESH- y que debe ser asumida por el banco bajo su cuenta, deba revocarse la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución, para en su lugar declarar la terminación del proceso ejecutivo y el levantamiento de la medida de embargo que recae sobre el inmueble gravado con la garantía real.

En mérito de todo lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia No. 137 proferida el 26 de junio de 2019 por el Juzgado 31° Civil Municipal de Cali. En su lugar se declara la prosperidad de la excepción propuesta por la demandada denominada "ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE E IRRESPETO AL ACTO PROPIO".

En consecuencia de lo anterior, se ORDENA la terminación del proceso con el levantamiento del embargo y secuestro que pesa sobre el inmueble objeto de la garantía real.

SEGUNDO: Condenar en perjuicios y costas de ambas instancias a la parte demandante a favor de la demandada. En la liquidación de las que corresponden a la segunda instancia, inclúyase la suma de \$ 2.633.409= por concepto de agencias en derecho que deben ser tenidas en cuenta en la liquidación a cargo de la primera.

TERCERO: Una vez concluido el trámite de instancia, remítase el expediente digital al Juzgado de origen. El expediente físico se entregará a tal autoridad una vez se disponga la normalidad de la prestación del servicio por el Consejo Superior de la Judicatura.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica⁹

RAD: 760014003031-2017-00710-01



Firmado Por:

CARLOS EDUARDO ARIAS CORREA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 CIVIL DEL CIRCUITO CALI

⁹ Se puede constatar en: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica/ValidarDocumento>

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez
jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:

**a64f52ad75ad0e127d14f5d4733b4fdc4dd11784d91b7f60ad1906a169b2
4d21**

Documento generado en 16/09/2020 06:53:49 p.m.