



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC12743-2017

Radicación n.º 20001-31-03-003-2007-00086-01

(Aprobado en sesión de veinticinco de enero de 2017)

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017).-

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso el **BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA BBVA S.A.**, frente a la sentencia proferida el 8 de agosto de 2012, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil - Familia, en el proceso ordinario que contra él adelantaron los señores **ROSARIO VIZCARRA BERNAL** y **BALMIRO JOSÉ CARRILLO MAESTRE**.

ANTECEDENTES

1. En el escrito con el que se dio inicio a la presente controversia, militante en los folios 1 a 7 del cuaderno No. 1,

se formularon las pretensiones que a continuación se transcriben:

Primera: *Que se declare que se ha presentado la alteración de las bases subjetivas y/o de la causa, que motiv[aron] a mis poderdantes a celebrar el respectivo contrato de mutuo con intereses con el **BANCO GRANAHORRAR S.A.** hoy **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA 'BBVA S.A.'**, (...).*

Segunda: *Que se declare, igualmente, que se han presentado circunstancias extraordinarias o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del contrato de mutuo, que ha[n] gravado la carga prestacional de mis poderdantes, generando un inminente peligro de incumplimiento en el inmediato futuro.*

Tercera: *Que como consecuencia de estas declaraciones, ordene la revisión de los contratos, al tenor de lo consagrado en el art. 868 del C. de Co., pues el seguir ejecutando los contratos en las condiciones (...) que (...) ha provocado la entidad demandada, a más de ser exagerad[o] y excesivamente oneroso (...) para mis poderdantes, lo ha hecho imposible de cumplir en las condiciones en que actualmente se encuentra.*

Cuarta: *Que la revisión que usted, señor juez, ha de decretar en la forma pedida en la petición que precede, consiste en ordenar reliquidar el crédito contenido en el pagaré N° **4509 0001046-0**, suscrito en diciembre 2 de 1997, por valor de **\$110'808.000,00**, deuda pactada por pago por instalamentos mensuales, de tal manera que desde que empezó a ejecutarse el contrato de mutuo por parte de mis prohijados, la línea de crédito moneda corriente en los créditos de modalidad ordinaria, se liquiden con base en el índice de precios al consumidor (IPC) que certifique el Dane, año tras año, siempre y cuando el IPC no supere en el año correlativo a la corrección monetaria, históricamente año tras año, es decir, que siempre ha de liquidarse el crédito con la variable más favorable al deudor, pues es la forma equitativa*

de remuneración que mis poderdantes deben pagar por el capital prestado, y es la ganancia equitativa que la entidad demandada debe percibir por su capital puesto en préstamo a mis mandantes.

Quinta: *Que, en consecuencia, esa revisión debe hacerse desde cuando la misma celebración del contrato se llevó a cabo. Hecho que ocurrió en la ciudad de Valledupar, lugar donde se cumple a plazos la obligación, tal como se desprende de los documentos que se anexan, pues desde ese momento mis poderdantes no tenían conocimiento de la dimensión y alcance de la remuneración que tenía[n] que pagar por el dinero que recibían en préstamo por parte de la entidad demandada, ni la entidad les explicó el alcance de lo que les hacían firmar en el pagaré que contiene el contrato de mutuo.*

Sexta: *Que en subsidio de la pretensión cuarta que precede, la revisión debe hacerse ordenando que se elimine del contrato la tasa de interés efectivo que se adiciona a la corrección monetaria que la entidad demandada ha cobrado abusivamente, a sabiendas de que dentro del valor nominal de cada UVR ya va incluido un valor o precio por interés, al tenor de lo consagrado en la ley 45 de 1990 en su art. 64, obrante en concordancia con la Ley 546 de 1999, de tal forma que se debe reliquidar el crédito desde que se empezó a ejecutar el contrato por mis poderdantes, hasta cuando se ordene la revisión.*

Séptima: *Que como consecuencia de la revisión de los contratos existentes entre mis mandantes y la entidad demandada, al estar mis poderdantes seguro[s] del desequilibrio en que se ha[n] puesto por el cobro excesivo de cada cuota, se condene a la entidad demandada a devolver a mis prohijados el exceso de lo pagado en cada una de las cuotas ya canceladas, con lo que se lograría la llamada relación de equivalencia, para los demandantes que por causa del hecho imprevisto están ad portas de incumplir con los pagos, lo mismo que estabilizar la finalidad del contrato que tuvo al momento de la celebración del contrato de mutuo, como lo es la de alcanzar una vivienda digna como situación*

y derecho fundamental constitucional, connatural a la dignificación humana.

A la suma de dinero resultante, y de la que aquí se hace referencia, se le deberá adicionar el porcentaje correspondiente a la corrección monetaria ([i]ndexación) de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República, más los intereses corrientes establecidos para las entidades bancarias tal como están establecido[s] en el Código de Comercio, por el término que transcurra hasta que se de el pago total de la obligación.

Octava: *Que como efecto de la declaratoria de revisión del contrato de préstamo cambiario hipotecario entre mis poderdantes y la demandada, se revise este contrato eliminando el cargo adicional que mis poderdantes tienen, como lo es el pago de un seguro de terremoto e incendio, el que debe estar a cargo de la entidad demandada, ya que es la titular del riesgo y el interés asegurable del objeto jurídicamente amparado que es el crédito.*

Novena: *Que como consecuencia de la revisión de los contratos existentes entre mis mandantes y la entidad demandada, en el evento en que el exceso pagado, no solo afecte en su resultado a los intereses cancelados, sino también el capital pagado, en concordancia con el tenor del Art. 72 de la Ley 45 de 1990, se servirá el señor Juez decretar **extinguida la obligación** contenida en el pagaré N° **4509 0001046-0**, (...).*

De igual manera, si resulta un excedente a favor de mis prohijados por causa de un cobro excesivo en el capital y los intereses, ordene usted a la demandada a devolver ese valor a mis mandantes, dinero al que se le deberá adicionar el porcentaje correspondiente a la corrección monetaria ([i]ndexación) de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República, más los intereses corrientes establecidos para la entidades bancarias tal como están establecido[s] en el Código de Comercio, por el término que transcurra hasta que se de el pago total de la obligación.

Décima: *Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas que el ejercicio de esta acción ocasione.*

2. En sustento de tales súplicas, se adujeron los hechos que pasan a resumirse:

2.1. La suscripción por parte de los actores, en favor de la entidad accionada, del pagaré relacionado en las pretensiones, *“deuda pactada por pago por instalamentos mensuales a una tasa efectiva de interés anual del **14.0%** más la tasa variable correspondiente a la corrección monetaria, contrato de mutuo con intereses, regido por el sistema crediticio de Unidad de poder Adquisitivo Constante, Upac, hoy UVR”, con garantía hipotecaria constituida sobre el inmueble ubicado en la carrera 7 A N° 6-42 de Valledupar, identificado también por los linderos y características suministrados en el hecho segundo del libelo de que se trata.*

2.2. Dicho crédito, al momento de la presentación de la demanda, se encontraba al día en el pago, sin que, para entonces, se tuviera noticia de la existencia de algún proceso ejecutivo promovido por el banco aquí convocado.

2.3. Tal contrato de mutuo, con el paso del tiempo, sufrió *“una serie de variaciones”,* así:

2.3.1. En primer lugar, desaparecieron *“los motivos”* que indujeron a los promotores del juicio a celebrarlo, que fueron la consecución de una vivienda y, con tal adquisición, mejorar sus activos patrimoniales, en beneficio de la familia que tienen conformada, toda vez que *“la entidad demandada,*

al igual que las demás de su clase, empezaron a desvirtuar el fin o el espíritu de los créditos hipotecarios de vivienda inicialmente regidos por el Decreto 1229 de 1972, últimamente regulados por la Ley 546 de 1999, dándole al contrato de mis clientes un tratamiento de préstamo comercial que ha desbordado todas las posibilidades de pago”, amén que ellos “creyeron que la sumatoria de las 180 cuotas iban a estar representadas en el valor nominal del predio sobre el cual recaía la garantía hipotecaria, pero resulta que el valor del predio fue quedándose rezagado frente al desbastador aumento del valor del crédito que se ha ido acumulando, hasta llegar al punto de no retorno en que el valor de predio no alcanza para garantizar el pago de la inflada deuda que existe en la situación personal de mis poderdantes”.

2.3.2. Y en segundo término, con posterioridad a su celebración, surgieron una serie de “*circunstancias imprevistas*” que lo afectaron negativamente, como fueron:

a) Los “*efectos del manejo que las autoridades monetarias han dado de manera omisiva al sistema de financiación por la línea UVR, la cual ha ido cayendo en los mismos vicios que se presentaron con el Upac*”.

b) El “*aumento desmesurado, injusto e insensible del valor de cada UVR y del manejo caprichoso que a las condiciones financieras del crédito le ha dado la entidad demandada*”, particularmente, porque a esas unidades “*se le suma una absurda, corrupta e inequitativa tasa de intermediación*”.

c) La determinación adoptada por los bancos, pese a la Ley 546 de 1999 y a las normas reglamentarias de la

misma, respecto de *“las tasas de interés realmente aplicadas a los créditos hipotecarios de vivienda”*, como quiera que fruto de ellas, se ha colocado nuevamente a los deudores en *“una circunstancia de no retorno, tal como la que viven mis prohijados, consistente en que el valor de la cuota de amortización mensual del mutuo se ha visto más alejada de [su] capacidad de pago”*.

d) La *“recesión económica que vive nuestra región a partir de la histórica situación socioeconómica por la que ha venido atravesando, acompañada de políticas económicas del mismo Estado que no mira la protección a las clases menos favorecidas, sino que deja todo al juego de la libre oferta y demanda, que imponen los emporios económicos financieros, que validos de normas permisivas convierten a cautos e indefensos deudores en víctimas de su sistema, impuesto a espaldas de la equidad que se pregonaba en los Arts. 51 y 458 de nuestra Constitución Nacional”*.

e) Los *“insospechados niveles bajos de ingresos que han sufrido los colombianos, ya sea con ingresos laborales o por medio de labores o profesiones independientes lo que es un hecho notorio”*.

2.4. Como consecuencia de lo anterior, el referido crédito quedó incurso en un acentuado *“desequilibrio financiero”*, el cual, de un lado, ha sido *“soportado por un solo extremo del contrato”* (deudores) y, de otro, *“fue o está siendo propiciado”* por el otro extremo (acreedor), puesto que las condiciones reales del contrato han conducido a que los gestores de la controversia no hayan obtenido, ni vayan a obtener, *“ninguna utilidad”*, mientras que, por el contrario, el banco se ha lucrado *“desproporcionadamente”* con él,

“enriqueci[éndose] injustamente a costa del detrimento patrimonial de los deudores (...), quienes en forma desesperada ven cómo sus ingresos van a parar a las arcas de la entidad demandada y como contraprestación recibe[n] diariamente un aumento injusto del valor del crédito”, que los expone a verse imposibilitados “de pagar las cuotas pactadas”, esto es, a “no poder seguir ejecutando el contrato en la forma convenida”.

2.5. Los aludidos cambios son ajenos a los accionantes, pero podían ser *“presumid[o]s por la entidad demandada”,* habida cuenta que los primeros no son expertos en *“análisis financiero matemático”,* ni ocupan en el contrato una *“posición dominante”,* condiciones que sí son predicables en relación con la segunda.

2.6. Los gestores del litigio celebraron el contrato base del mismo de buena fe, en tanto que el banco no, lo que se infiere de su *“conducta abusiva”,* de *“la falta de información a los clientes, ya que (...) nunca advirtió a [aquéllos] sobre los efectos de la forma de liquidación de la Upac, hoy de la UVR”,* y de que *“con su comportamiento ha variado el sentido y deber social que le impone el Art. 58 de la Constitución Política (...), pues nadie más que los bancos (...) deben orientar su conducta a desarrollar el principio de emplear la propiedad en busca de la equidad, para que el manejo de ese patrimonio, como lo es el dinero, vaya orientado a buscar un equilibrio justo entre las partes y no aprovechar situaciones de debilidad de su contraparte, rompiendo al mismo tiempo el principio de confianza y de la buena fe (Art. 83 ibídem) que todo el público en general les ha depositado”.*

2.7. Los demandantes contrataron “los servicios del contador público **Manuel Fernández Díaz**, quien elaboró un análisis financiero de la obligación, [el] cual arrojó el pago de un mayor valor hasta septiembre 2 de 2006 por la suma de **CIENTO CUARENTA MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$140’737.599.00)**”.

3. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar, a quien por sorteo le correspondió el conocimiento del asunto, admitió la demanda con auto del 6 de junio de 2007 (fl. 245, cd. 1), que notificó personalmente a la entidad accionada, por intermedio de su representante legal, en diligencia cumplida el 27 de julio siguiente (fl. 25 vuelto, cd. 1).

4. El banco respondió en tiempo el libelo (fls. 39 a 57, cd. 1), escrito en el que se opuso al acogimiento de sus pretensiones, se pronunció pormenorizadamente sobre los hechos allí invocados y propuso las excepciones meritorias que denominó:

- **“INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIBILIDAD DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y 72 DE LA LEY 45 DE 1990**”, normas que **“NO SON APLICABLES AL CASO CONCRETO PLANTEADO EN LA DEMANDA**”.

- **“PAGO TOTAL**”.

-“INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE GRANAHORRAR HOY BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. ‘BBVA COLOMBIA’ DE EFECTUAR UNA RELIQUIDACIÓN [DEL] CRÉDITO A CARGO [DEL] ACTOR, DIFERENTE A LA ORDENADA EN LA LEY 546 DE 1999”.

-“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE GRANAHORRAR HOY BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. ‘BBVA COLOMBIA’ EN CUANTO A LOS HECHOS (...) Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA”.

-“VALIDEZ, VIGENCIA [E] [I]NAPONIBILIDAD DEL CONTRATO DE MUTUO SUSCRITO ENTRE BALMIRO JOSÉ CARRILLO MAESTRE y ROSARIO VIZCARRA BERNAL y GRANAHORRAR HOY BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. ‘BBVA COLOMBIA’”.

-“AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”.

-“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR PAGOS EFECTUADOS EN CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES Y EXIGIBLES A CARGO [DEL] DEUDOR”.

5. Agotado el trámite de la primera instancia, el juzgado del conocimiento dictó sentencia el 3 de marzo de 2011 (fls. 112 a 133, cd. 1), en la que resolvió:

1. Declarar no probada la excepción de mérito propuesta denominada INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA

IMPREVISIBILIDAD DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y 72 DE LA LEY 45 DE 1990 NO SON APLICABLES AL CASO CONCRETO PLANTEADO EN LA DEMANDA, por las razones esgrimidas en la parte motiva de esta providencia.

2. Declarar probada la excepción de mérito denominada PAGO TOTAL, por las razones esgrimidas en la parte motiva de esta providencia.

3. Dar por terminado el contrato de mutuo suscrito por los señores BALMIRO JOSÉ CARRILLO MAESTRE, ROSARIO VIZCARRA BERNAL y BANCO GRANAHOORRAR S.A. (antes), hoy BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA 'BBVA S.A.' y contenido en el pagaré No. 4509 0001046-0 de fecha 2 de diciembre de 1997, por valor de [c]iento [d]iez [m]illones [d]e [p]esos (\$110'000.000) (sic).

4. Ordenar a la entidad demandada, (BANCO GRANAHOORRAR S.A. (antes), hoy BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA 'BBVA S.A.') cancele a los demandantes (BALMIRO JOSÉ CARRILLO MAESTRE y ROSARIO VIZCARRA BERNAL) la suma de [u]n [m]illón [s]etecientos [c]incuenta [y] [c]inco [m]il [t]reinta [y] [o]cho [p]esos (\$1'755.038), cobrad[a] como intereses durante un año y nueve meses después de haberse abonado el alivio al crédito otorgado por la institución bancaria el 1 de enero de 2000.

5. Ordenar a la institución bancaria (BANCO GRANAHOORRAR S.A. (antes), hoy BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA 'BBVA S.A.'), tener por cancelada la obligación a partir del día 5 de diciembre de 2003. Y cancelar a partir del primero de enero de 2004, a los demandantes, (BALMIRO JOSÉ CARRILLO MAESTRE y ROSARIO VIZCARRA BERNAL), los dineros que en exceso este le hubiere cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, en caso negativo pagará los intereses comerciales.

6. Cond[é]nase en costas del proceso a la parte demandada. Tásense.

6. Al desatar la apelación que contra ese pronunciamiento formuló el banco demandado, el Tribunal Superior de Valledupar, Sala Civil – Familia, mediante el suyo, que data del 8 de agosto de 2012, emitió los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO. *Declarar no probada la objeción por error grave, invocada por la parte demandada contra el dictamen pericial practicado en este asunto.*

SEGUNDO. *Confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 3 de marzo de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Valledupar, en sus numerales 1º, 3º, 4º, 5º y 6º.*

TERCERO. *Revocar el numeral 2º en el sentido de que se declara no probada la excepción de pago total de la obligación.*

CUARTO. *Condénase en agencias en derecho al recurrente por la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000).*

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Para arribar a esas determinaciones, el juzgador de segundo grado expuso, en resumen, los siguientes razonamientos:

1. En los años 1999 y 2000, conforme distintas decisiones adoptadas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, llegó a su fin el “sistema de unidad de poder adquisitivo constante mediante el cual se concedían créditos para adquisición de vivienda, dando paso no solo al nuevo sistema de unidad de valor real, sino también a

muchas reclamaciones de parte de los deudores del primero de los mencionados, tal y como la que ahora ocupa la atención de este Colegiado”, planteamiento en relación con el cual trajo a colación las sentencias del 21 de mayo de 1999, emitida por la Corporación inicialmente atrás mencionada, y las dictadas por la segunda, identificadas como C-383 del 27 de mayo, C-700 del 16 de septiembre y C-747 del 6 de octubre, todas de ese mismo año.

2. Memoró igualmente la expedición de la Ley 546 de 1999, así como el fallo en el que se declaró su constitucionalidad (C-955 de 2000) y las sentencias SU-846 de 1999, C-1140 de 2000, T-597 del 27 de julio de 2006 y SU-813 del 4 de octubre de 2007 de la Corte Constitucional.

3. Fincado en esos antecedentes, coligió que *“ante el fenecimiento del sistema de financiación de vivienda a través de unidades de poder adquisitivo constante, que se calculaban con base en la DTF, se abrió la posibilidad que los usuarios del mismo reclamaran ante las mismas entidades o por medio de procesos judiciales la aclaración de las acreencias, sea que ya se hubieran cancelado, estuvieren pagándolas o incluso cuando existiera mora y se tuvieran procesos ejecutivos, pues de todas formas les asistía el derecho de pedir su reliquidación, revisión de las condiciones, de la manera como se les cobraron las cuotas y los intereses”.*

4. En este orden de ideas, precisó que ese *“es el ámbito donde se desarrolla el proceso que hoy ocupa la atención del Tribunal, donde los señores BALMIRO JOSÉ CARRILLO Y ROSARIO BIZCARRA (sic) solicitan que se condene al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA BBVA [a] reintegrarles,*

con intereses, unas sumas de dinero por concepto de los mayores valores cobrados en exceso, debido a la aplicación de la corrección monetaria e intereses capitalizados en las cuotas mensuales en las que se incluyó el DTF en lugar del IPC, lo que obtuvo eco en la sentencia de primera instancia que hoy es objeto de alzada”.

5. Seguidamente el *ad quem* estimó, por una parte, que con el “*material probatorio*” recaudado se demostró el otorgamiento del crédito base de la acción; y, por otra, que la inconformidad de los actores con él, obedeció a que “*se produjo un desequilibrio financiero entre los contratantes, ya que se dieron circunstancias imprevistas (...) ocurridas por causas ajenas a los (...) demandantes, lucrándose desproporcionadamente la entidad demandada, lo que fue ratificado por el dictamen pericial que se practicó en la litis*”, el cual, de un lado, fue aclarado y, de otro, objetado por error grave.

6. Respecto de dicha experticia, observó:

6.1. Que “*goza de firmeza, ya que los expertos actuaron con idoneidad, utilizando la metodología adecuada*”.

6.2. Que el segundo perito, es “*persona especializada en finanzas, calculista actuarial, experto en matemática financiera, con una amplia trayectoria y experiencia en el tema*”.

6.3. Que con dicho trabajo, “*quedó demostrado que la entidad bancaria demandada cobró interés sobre interés por lo que se procedió a precisar el exceso del cobro de los mismos hasta el 2 de septiembre de 2009, advirtiéndose que el banco solo reporta los pagos realizados hasta el día 2 de mayo de 2009, por tanto los*

excesos cobrados por concepto de intereses ascienden a DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$282.316.825)”.

6.4. Que la objeción planteada para controvertirlo, está llamada al fracaso, por tres razones específicas, a saber:

6.4.1. Los defectos que se le atribuyen, no ostentan *“la categoría de error grave, según los criterios jurisprudenciales anotados”.*

6.4.2. El interesado no la comprobó, pues se abstuvo de solicitar otra experticia y, en defecto de ello, trajo un informe técnico elaborado por un contador, *“prueba que corresponde a las anticipadas a que se refieren el art. 10 de la ley 446/1998, art. 18 de la ley 794 de 2003 (...) y art. 183 del CPC”,* y que, *“a la luz de las directrices jurisprudenciales expuestas en la sentencia T-417 de 2008”,* no es idónea para acreditar la referida inconformidad, pues *“allí se establece la eficacia probatoria DEL INFORME TÉCNICO y sus diferencias con el DICTAMEN PERICIAL”.*

6.4.3. No se acreditó el pago de los honorarios fijados al perito, en los términos del artículo 239 del Código de Procedimiento Civil.

7. Pasó el Tribunal a ocuparse de las excepciones meritorias formuladas por la parte demandada, en relación con las cuales señaló:

7.1. En “lo atinente a la **tercera** (...), observamos que el demandado trata de encuadrar la reliquidación solicitada en la ordenada por la Ley 546 de 1999 (ley de créditos hipotecarios), cuando lo que se pidió fue la reliquidación del crédito aplicando las fórmulas de matemática financiera aplicadas al pagaré, documento que sin ser un contrato se constituye ley para las partes porque en él se incorporan las condiciones del contrato de mutuo. Siendo ello así no tiene necesidad esta instancia de hacer un estudio de lo que equivocadamente plantea el demandado como excepción”.

7.2. Sobre la “**cuarta**”, invocó y reprodujo a espacio la sentencia de esta Sala de la Corte fechada el 21 de febrero de 2012, tras lo cual concluyó “que en los préstamos de mutuo, para la adquisición de vivienda a largo plazo, queda claro que es posible aplicar la teoría de la imprevisión”.

7.3. De la censura tocante con “**la autenticidad de los documentos pagaré** (sic)”, recordó que “estos fueron aportados por una de las partes, en consecuencia debemos darle aplicabilidad al art. 252 del C.P.C., el cual dispone, que los documentos incorporados por las partes en el expediente judicial con fines probatorios se presumirán auténticos, sin necesidad de autenticación, ni presentación personal”.

7.4. Respecto de la “[**quinta excepción: validez, vigencia e inoponibilidad del contrato de mutuo suscrito entre los demandantes y Granahorrar hoy BBVA**]”, apuntó que es incomprensible, toda vez que en este asunto no se discuten tales aspectos del crédito sino que, “todo lo contrario, lo que se solicita es que con base [en] las condiciones financieras y de plazo en él contenidas, se haga una revisión del mismo

mediante la reliquidación del crédito (obligación incorporada), con respecto a los pagos realizados por el deudor para la amortización de la deuda, y si estos pagos se aplicaron teniendo en cuenta las condiciones en él establecidas tomando como base para la revisión las fórmulas de matemática financiera”.

7.5. En torno de la que se denominó **“[a]usencia de presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para la configuración del enriquecimiento sin causa”**, acotó que *“[e]xtraña al despacho esta defensa, toda vez que este tema no ha sido tratado ni en los hechos, ni en las pretensiones de la demanda; y además no se discute que el crédito y el pagaré, sean ilegales, con lo que no cohonestamos, es que el banco en vez de aplicar la sentencia de la Corte Constitucional trasuntada, haya optado por recibir dineros en exceso, lo cual constituye un incremento injusto”.*

7.6. En frente de la *“inexistencia de la obligación de restituir pagos efectuados en cumplimiento de obligaciones legales y exigibles a cargo del deudor”*, estimó que en este caso sí surge ese deber, como quiera que aquí se demostró la realización de pagos en exceso por parte de los demandantes, situación que quedó esclarecida con las experticias presentadas y atrás comentadas.

Al respecto, el Tribunal explicó que el abono o alivio contemplado en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, de un lado, fue un pago realizado por el Estado y, de otro, correspondió a la diferencia entre la UPAC y la UVR con que se sobrecargó a los deudores; y que en *“la experticia se utilizaron fórmulas de matemática financiera tomando en cuenta*

las condiciones pactadas por las partes en el pagaré que respaldó la obligación hipotecaria y no con base a las fórmulas utilizadas para la liquidación del ABONO o ALIVIO liquidado conforme a la Circular Externa 007 de 2000”.

7.7. Finalmente, en relación con el “pago” aducido por el banco demandado, señaló que se trata de una excepción que acogió el *a quo* “de manera equivocada”, pues está probado que el “Banco debe a los demandantes las sumas antes reseñadas, pues no aplicó los alivios que dispuso la Corte Constitucional (C-388 de 1999), aceptándole a los demandantes pagos en exceso, siendo obligación del banco su devolución”.

Puntualizó que sobre el valor del alivio, que ascendió a \$18.541.903, el banco “continuó cobrando intereses (...) durante un año y nueve meses”, que ascendieron a \$1.755.038.00, “suma que jamás debió ser cobrada por la institución bancaria”.

Así las cosas, concluyó que “se debe revocar la excepción de pago de la obligación presentada por el demandado, en virtud a que se tiene probado que aceptó dineros demás, los cuales no ha cancelado a los demandados”.

8. Al final, estableció que “le asiste razón al recurrente en la contradicción planteada cuando se tuvo por probada la excepción de pago total y a la vez se la condenaba a pagar la suma de \$1.755.038; en consecuencia se revocará e[1] numeral segundo y se confirmará[n] los numerales 1º, 3º, 4º, 5º y 6º de la parte resolutive al haberse demostrado los hechos en que se fundamentan las pretensiones del libelo, con la consecuente condena en costas para la parte demandada”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

Con estribo en la primera de las causales que sirve a dicho recurso extraordinario, se denunció la sentencia del Tribunal por quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 39 y 41 de la Ley 546 de 1999, al igual que el 45 de la Ley 270 de 1996; y por falta de aplicación, los artículos 1495, 1602, 1603 y 2221 del Código Civil, 822, 864, 868, 884, 871 y 1163 del Código de Comercio y 64 de la Ley 45 de 1990, todo como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió la nombrada autoridad al apreciar la demanda y las pruebas del proceso luego especificadas, teniendo ocurrencia la segunda clase de dichos yerros por infracción medio de los artículos 174, 238 -numerales 5º a 7º- y 239 -inciso 2º- del Código de Procedimiento Civil.

En sustento de la acusación, su proponente adujo:

1. Son de muy diversa naturaleza las acciones judiciales, por un lado, de revisión contractual, establecida en el artículo 868 del Código de Comercio; y, por otro, de “*reliquidación*” de créditos otorgados para la adquisición de vivienda, que propenden por “*la devolución de lo que eventualmente hubiesen pagado en exceso*” los deudores, que encuentran sustento en la Ley 546 de 1999 y en la sentencia de constitucionalidad de la misma (C-955 de 2000).

En torno de esas herramientas jurídicas, puntualizó que “[s]e trata, entonces, de dos figuras (...) diferentes, pues mientras que la acción consagrada en la ley 546 de 1999, faculta al deudor para pedir la **reliquidación** de su crédito, siguiendo para ello las instrucciones contenida[s] en la circular externa No. 007 de 27 de enero de 2000, proferida por la, entonces, Superintendencia Bancaria, sin necesidad de acreditar nada distinto de la existencia de su crédito y del peritaje que demuestre el probable pago excesivo de sumas de dinero bajo variados conceptos, originado por la inexequibilidad de los textos legales que autorizaban esos cobros, la acción consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, faculta a cualquiera de las partes en determinados contratos, en los que con posterioridad a su celebración se hubieren presentado ‘circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento (...)’, para que pidan su **revisión**, corriendo por su cuenta la insustituible obligación de demostrar, en el proceso respectivo, que ‘(...) las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimiento[s] son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias (...)’”.

2. Luego de memorar los que, en su concepto, fueron los principales fundamentos del fallo combatido, el censor le imputó al *ad quem* la comisión de los siguientes yerros:

2.1. Error de hecho en la apreciación de la demanda, toda vez que la interpretó en el sentido de que la acción mediante ella ejercitada, correspondía a la de reliquidación

de créditos contemplada en la Ley 546 de 1999 y en los distintos fallos dictados por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional determinantes del derrumbamiento del sistema UPAC, o relacionados con la adopción del nuevo sistema de crédito a largo plazo para la adquisición de vivienda y de las UNIDADES DE VALOR REAL (UVR), cuando lo cierto es que con su formulación se intentó una prototípica acción de revisión contractual prevista en el artículo 868 del Código de Comercio.

Para comprobarlo, el recurrente esgrimió:

2.1.1. Tal sentido asignado al libelo introductorio, se desprende de distintos pasajes del fallo de segunda instancia, los cuales reprodujo.

2.1.2. En contraposición con ese entendimiento, se encuentra que la *“acción de revisión aquí propuesta descansa sobre supuestos fácticos puntuales que son diferentes y exceden de los contemplados por la justicia constitucional, como por ejemplo, los relacionados con ‘(...) la desaparición de los motivos que llevaron a los demandantes a celebrar el aludido contrato de préstamo cambiario (...); y, la ‘(...) aparición de circunstancias imprevistas posteriores a la celebración del contrato’, tales como no haber previsto ‘(...) **el aumento desmesurado, injusto e insensible del valor de cada UVR** y del manejo caprichoso que a las condiciones financieras del crédito le ha dado la entidad demandada; ‘(...) los efectos de la recesión económica (...); ‘(...) los insospechados niveles bajos de ingresos que han sufrido los colombianos (...); la posición dominante de la entidad demandada en el conocimiento del sistema financiero; el ‘(...)*

desequilibrio financiero del contrato (...)', propiciado de mala fe por la entidad bancaria demandada y aprovechado por la misma en idéntica forma, etc., ocurrido con posterioridad a la celebración del cuestionado contrato de mutuo, de circunstancias que los demandantes califican de '(...) extraordinarias, imprevistas e imprevisibles (...)', y que en su sentir alteraron o agravaron -excesivamente- las prestaciones a su cargo; es decir, que los hechos de la presente demanda no descansan, propiamente, sobre la situación que llevó al Estado colombiano a eliminar el sistema de crédito bajo la unidad de poder adquisitivo constante -UPAC-, sino sobre los problemas que les ha ocasionado el pago del crédito bajo el nuevo sistema financiero creado a partir de la vigencia de la ley 546 de 1999, es decir, de la unidad de valor real -UVR-' (...)'".

2.1.3. Las súplicas y los fundamentos fácticos del escrito con el que se dio inicio a la presente controversia informan, con suficiente claridad, que *“los demandantes no optaron por la reliquidación del crédito que les autorizaba el fallo C-955 de 2000 que revisó la constitucionalidad de la ley 456 (sic) de 1999, liquidación que el banco -en cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre el particular- ya había efectuado, sino por la revisión contractual prevista en el artículo 868 del Código de Comercio, cuestionando el nuevo sistema financiero, edificado bajo la unidad de valor real -UVR- pues, aparte de las pretensiones y hechos que así lo ponen de manifiesto y que precedentemente fueron transcritos, afirmaron, en el hecho 7.5.3.- que '(...) **la revisión que se ordene consiste en que la justicia nivele la situación, de tal manera que para poder ejecutar el contrato deben aliviarse las cargas en una forma equitativa, de manera que ambas partes sufran en igual proporción los rigores y el flagelo de la situación económica y normativa***

que motiva el desequilibrio, todo ello basado en la convención incorporada en el pagaré que contiene la obligación de esta acción (Negrillas fuera del texto).

2.1.4. Trazada así la acción, el banco demandado se defendió de ella “en perfecta consonancia con los límites propuestos (...), simetría que igualmente guardó cuando se dedicó a estructurar su gestión exceptiva”, planteamiento en pro del cual el censor, de un lado, efectuó un compendio de la forma como aquél replicó tanto las peticiones de los actores, como los basamentos que las respaldaron; y, de otro, puso de presente que planteó como mecanismo defensivo el que “denominó como **‘Inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión de que trata el artículo 868 del Código de Comercio y 72 de la ley 45 de 1990 (...)’**, bajo el correcto entendido que las aspiraciones de los demandantes tenían visible fundamento en tal teoría”, tras lo que reprodujo buena parte de los argumentos sustentantes de dicha excepción.

2.2. Error de hecho, al suponer que “(…) se produjo un desequilibrio financiero, entre los contratantes, ya que se dieron circunstancias imprevistas (...) ocurridas por causa ajena a los contratantes demandantes, lucrándose desproporcionadamente la parte demandada”, puesto que el dictamen pericial practicado en el proceso, prueba en la que se apoyó el Tribunal para arribar a esa conclusión, “no demuestra, (...), que se haya producido un desequilibrio financiero entre los contratantes, (...)”; ni “pone de manifiesto circunstancia extraordinaria alguna que produjera” ese estado de cosas; ni acredita que “el valor de las cuotas de crédito cobradas por el banco demandado superó la

capacidad de pago de los demandantes hasta el punto de ponerlos en inminente peligro de incumplir el contrato de mutuo”.

2.3. Error de hecho, también por suposición, al admitir que luego de la celebración del contrato de mutuo, se presentaron “*circunstancias imprevistas, ajenas a los demandantes*”, que afectaron el “*equilibrio financiero*” del contrato, toda vez que “*la reliquidación del crédito tan solo demuestra que el banco demandado, (...), le cobró hasta el año 2000, los intereses convenidos, atándolos a la DTF autorizada por la resolución No. 18 de 1985 y, de allí en adelante[,] procedió a la reliquidación respectiva, reconociéndole un alivio*” que, por su cuantía, no cubrió la deuda y que, por consiguiente, no dejó ningún saldo en favor de los deudores que debiera restituírseles.

2.4. Error de hecho “*cuando pasó por alto que los hechos constitutivos de las declaraciones de inexequibilidad del régimen legal que sostenía el sistema financiero bajo la modalidad de la unidad de poder adquisitivo constante -UPAC- ocurrieron mucho antes de que se celebrara el contrato de mutuo de que se trata en este asunto*”, como quiera que provinieron de la vigencia de la resolución No. 18 del 30 de junio de 1995 del Banco de la República, mientras que el crédito materia del litigio data del 2 de diciembre de 1997, es decir, que se celebró “*durante la vigencia del abolido sistema, (...), razón por la cual los demandantes estaban suficientemente enterados de la forma de liquidación de los intereses acordados y, especialmente, de los futuros aumentos que en las cuotas mensuales sobrevendrían, durante el plazo pactado para pagar la deuda, es decir, se habían perfilado circunstancias que con certeza o con extrema posibilidad*

conducirían a la alteración de la situación económica tomada en consideración por las partes al momento de la celebración del contrato”.

3. Llegado a este punto, el recurrente afirmó que los desatinos hasta aquí advertidos son manifiestos y trascendentes, pues se perciben “*a primer golpe de vista*” y fueron “*la causa determinante para que el ad quem profiriera una sentencia condenatoria en contra de la sociedad bancaria demandada, fundada en hechos absolutamente diferentes de los relatados en el libelo incoatorio del proceso y ocurridos con anterioridad a la celebración del contrato de mutuo de que se trata en el presente asunto*”, situación que dio lugar a la infracción de las normas sustanciales especificadas al inicio de la censura.

4. Enseguida, el recurrente estimó que el *ad quem*, además, cometió los yerros que pasan a referirse, “*cuando denegó el trámite de la objeción formulada por la entidad demandada al dictamen pericial practicado dentro del proceso (folios 144 a 150, cuaderno de pruebas) y, consecuentemente, declaró impróspera la aludida objeción*”, equivocaciones que corresponden a las siguientes:

4.1. Error de hecho “*cuando consideró que la parte demandada -objetante del dictamen pericial- no había precisado en el escrito respectivo el error grave que le atribuía a dicha probanza*”, como quiera que, según el Tribunal, la inconformidad recayó “*sobre la tasa de interés*”, aspecto del dictamen “*(...) ‘que no cambia la[s] cualidades propias del objeto examinado’ (...)*”, apreciación de esa Corporación que “*redujo el*

tema del error grave a una de las tantas hipótesis que contempla la jurisprudencia citada, pues no solamente es error de dicha naturaleza ‘(...) cambiar las cualidades propias del objeto examinado (...)’, sino también ‘(...) tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen (...)’, pues, desde luego, que si el perito toma, por ejemplo, como fundamento de su experticia, la tasa de interés que, según el contrato, corresponde, pero apreciando equivocadamente la cuantía la obligación o los plazos convenidos para cumplirla, necesariamente será[n] erróneos los conceptos que se den sobre el punto y falsas las conclusiones que de ellos se deriven, produciendo por lo tanto, una prueba pericial susceptible de objetar[se] por error grave, como acontece en el presente caso, (...)”.

A continuación, el casacionista señaló que en el escrito de objeción sí se precisaron los errores imputados al dictamen, así:

-Partió de una cuantía de la deuda (\$110.000.000.00) que no corresponde a la realmente prevista en el pagaré que la documentó (\$110.808.000.00).

-Efectuó la reliquidación del crédito sin atender “la metodología prevista para las entidades financieras en la circular No. 007 de 2000”, desarrollada en cumplimiento del artículo 41 de la Ley 546 de 1999, de modo que calculó “un menor costo de interés, desc[ontó] pagos que los demandantes no hicieron, liquid[ó] en pesos y no en UVR, (...), y desc[ontó] un doble alivio al crédito, procedimiento que, desde luego, produ[jo] un resultado totalmente diferente del establecido por el banco

demandado”, que sí acató las directrices de la indicada resolución, toda vez que estaba obligado legalmente a ello.

-Subvaloró “el saldo real de la obligación a partir de enero de 2000”, en la medida que, como ya se dijo, aplicó “un doble alivio”, defecto que el censor explicó así:

El alivio legal es la diferencia entre el saldo en pesos con UPAC o DTF a 31 de diciembre de 1999, menos el saldo reliquidado en pesos con UVR (IPC) a la misma fecha, es decir, a 31 de diciembre de 1999.

En este caso: \$153’387.806 de saldo liquidado con UPAC (excluidos pagos ficticios) menos \$134.845.903 de saldo liquidado con UVR (incluidos pagos ficticios), da \$18’.541.903 de alivio legal.

Es el banco el que debe ajustar su saldo en pesos con UPAC O DTF al resultado de la reliquidación en pesos con UVR (IPC), que es el saldo real de la obligación con el que se debe iniciar el año 2000 (si el crédito no estuviere en mora a 31 de diciembre de 1999), totalmente depurado del factor DTF y lo hace precisamente descontando el alivio legal, pero al saldo original cuando liquidaba con IPC o DTF (sin incluir pagos ficticios) para ajustarse a los saldos reliquidados con UVR, como lo establece la ley 546 de 1999 y la Superintendencia Financiera en la circular No. 007 de 2000.

El error grave del perito consistió, entonces, en restar del saldo de su reliquidación con UVR (IPC) el alivio legal aplicado por el Banco, como lo hizo con fecha 1º de enero de 2000, por \$20’940.196 (columna 11) con lo cual subvalora aún más la obligación.

En los \$20’940.916 que el perito registra como pago en enero de 2000, están incluidos el valor que el banco aplicó como ‘ALIVIO LEGAL’ el primero (1º) de enero de 2000 por \$18.541.903 y \$1’755.038,07, que es una NOTA CRÉDITO aplicada por el banco como rendimiento y corrección

monetaria sobre el alivio, al no haberlo aplicado en la precitada fecha.

*Significa lo anterior que el perito aplica un pago neto irreal por \$20'940.196 a **su saldo ya reliquidado con UVR** y a partir de enero de 2000, desconoce la corrección monetaria e intereses causados sobre esos \$20'940.196 durante nueve (9) años y nueve (9) meses (enero de 2000 a septiembre de 2009), constituyendo dicho procedimiento otra razón para que el perito estime -desde luego incurriendo en error grave- supuestos cobros en exceso por parte del banco demandado.*

*En síntesis: el perito al descontar el alivio a su saldo, **ya reliquidado con IPC**, está aplicando dos alivios al crédito: uno al reliquidar con IPC, con lo cual elimina el factor DTF del crédito y otro al descontar el alivio a su saldo ya reliquidado con IPC, que si fuera cierto, sería el saldo inicial a partir de 2000, total ente depurado del factor DTF.*

*Este tercer error, es asimismo de naturaleza grave, **pues el perito, a partir de enero de 2000, reduce su supuesto saldo ya reliquidado y depurado del DTF de \$99'252.792 a \$79'506.195 (columna 16 del dictamen), mientras que liquidado con UPAC, el saldo a 31 de diciembre de 1999 es de \$158'157.964 (sin incluir pago ficticios) y se reduce a \$139'697.347, equivalentes a 1.351.827.8307 UVR, después de descontar el alivio aprobado por la Superintendencia Financiera.***

-No tuvo en cuenta que conforme a la previsión contenida en la citada resolución No. 007 de 2000 de la Superintendencia Financiera, “cuando el deudor estaba en mora a 31 de diciembre de 1999, se debían incluir ‘pagos ficticios’ para el cálculo del alivio legal, para no generar un mayor alivio (...), en comparación con el que hubieran obtenido si hubieran estado al día en pagos a esa misma fecha”.

Dicho error implicó, por parte del auxiliar de la justicia, la liquidación de un alivio legal superior al que aprobó la mencionada Superintendencia (\$18.541.903) y que hubiese fijado, al 1º de enero de 2000, un capital menor, pues liquidado el crédito “con UPAC, sin incluir pagos ficticios, el saldo a 31 de diciembre de 1999, antes de aplicar el alivio legal, e[ra] de \$158’157.964, y después de aplicado el alivio qued[ó] convertido en \$139’697.347, equivalentes a 1.351.827.8307 UVR, **mientras que el perito, con los errores antes mostrados, inicia la liquidación a partir de 2000 con un saldo totalmente irreal por \$79’506.195, con lo cual siempre liquidará un menor costo por intereses y corrección monetaria en cada período siguiente, subvalorando progresivamente la obligación hasta llegar al 2 de septiembre de 2009 con un saldo irreal a favor del deudor por \$267’586.558, razón por la cual los demandantes, para el cinco (5) de diciembre de 2003, no habían cancelado la deuda y, por lo tanto, seguían debiéndole al banco las cuotas que posteriormente recaudó y, cuya devolución dispuso el Juzgado de la causa, decisión [que] el ad quem confirmó mediante la sentencia materia de esta impugnación”.**

-Aplicó pagos irreales, “como acontece el 2 de julio de 1998, fecha en la que registr[ó] un pago por \$1’751.897, que no aparece en la reliquidación del banco”.

-Ignoró “la totalidad de los intereses de mora causados en el crédito”, pues la condonación de los mismos autorizada en la ya varias veces citada resolución No. 007 de 2000, versó únicamente sobre “los intereses de mora de las cuotas que estuvieran pendientes de pago a 31 de diciembre de 1999, pero no

durante toda la vida del crédito, como lo hace al perito en su anexo hasta el 31 de diciembre de 1999, en el que desconoce totalmente los valores causados por este concepto, con lo cual abona nuevamente mayores valores a capital, que disminuyen el saldo real de la obligación y subvalora progresivamente los intereses, la corrección monetaria y [los] saldos en cada período siguiente”.

4.2. Error de derecho derivado de la exigencia que hizo, de comprobar los errores atribuidos a la experticia del proceso *“mediante la práctica de otro dictamen pericial, pues ni los numerales cinco (5) y seis (6) del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ni ninguna otra disposición imponen, que para la demostración de dicho error sea incuestionablemente necesaria la práctica de otro dictamen pericial, pues el numeral 5 del precitado artículo 238 de la codificación procesal civil, tan solo determina que en el escrito de objeción ‘(...) se precisará el error **y se pedirán las pruebas para demostrarlo**’ (...)”*, sin que la referencia al dictamen rendido como prueba de la objeción que allí aparece, o la que figura en el numeral 6º, signifiquen que ese sea el único elemento de juicio que sirva para acreditar los desatinos del experto, pues simplemente apuntan a precisar, respectivamente, que esta segunda experticia no es objetable y que el juez, dado el caso, puede acogerla como definitiva.

4.3. Error de derecho por exigir, a efecto de tramitar y decidir la objeción por error grave, que su promotor hubiese pagado anticipadamente los honorarios fijados al perito, apoyado en el artículo 239 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que ese precepto, ni ningún otro, contempló semejante condición, como quiera que el mandato del inciso

2º de aquél, no previó ninguna sanción y, menos, que la objeción no deba impulsarse o que esté llamada a fracasar, en el supuesto de que su gestor no presente, antes del vencimiento del traslado de ese reproche, los títulos de depósito judicial representativos de los honorarios fijados al auxiliar, planteamiento que, adicionalmente, sustentó con el criterio de un tratadista nacional.

4.4. Error de hecho por preterición del *“concepto emitido por la Superintendencia Financiera (Folios 17 a 20, cdno de pruebas), según el cual la liquidación practicada por el banco demandado respecto del crédito otorgado a los demandantes se practicó correctamente, por cuanto se observaron las disposiciones legales previstas para tal efecto”*, que el recurrente reprodujo.

4.5. Error de hecho al acoger el dictamen pericial, en la medida que:

4.5.1. *“(...) pasó por alto que el perito Orlando Amaris MCausland, no acreditó que tenía los conocimientos necesarios para cumplir con la tarea que se le había confiado, pues de un lado, no lo dijo así en el acta de posesión (Folio 47, cdno de pruebas), siendo obligación hacerlo, según el numeral 3º del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, ni lo demostró con los documentos que aportó con el dictamen pericial para tal efecto, de los cuales se establece (Folio 60, cdno de pruebas) que se trata de un ingeniero agrónomo, que figura como auxiliar de la justicia en la materia, pero sin los requisitos necesarios para rendir un experticio del tipo que la materia controvertida requería”*.

4.5.2. Soslayó que “la reliquidación” que efectuó dicho perito, “no la realizó de conformidad con lo dispuesto para tal efecto por la circular No. 007 de 2000, pues así lo dijo tajantemente, cuando en el escrito de aclaraciones expresó: (...). ‘Expuesto lo anterior y siendo que funjo en calidad de AUXILIAR DE LA JUSTICIA, y que en forma alguna tengo la calidad de ENTIDAD VIGILADA POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA, me permito ACLARAR, **que en mi estudio no apliqué la circular externa 007 de 2000**’ (Folios 134 a 136, cdno de pruebas). (Negrillas ajenas al texto)”.

4.5.3. No se dio cuenta que cuando el perito aseguró que “(...) ‘los excesos cobrados por concepto de intereses asciende[n] a DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$283’316.825)’ (...)”, desconoció que el cobro de intereses sobre intereses únicamente se proscribió “a partir de la vigencia de la Ley 546 de 1999 y solamente para los créditos que a partir de dicha fecha se otorgaren, razón por la cual dicho rubro no debió ser considerado dentro de proceso de reliquidación practicado mediante dicha prueba, pues si bien es cierto que mediante la sentencia C-747 de 1999, la Corte Constitucional declaró inexecutable ‘(...) el numeral tercero (3º) del artículo 121 del Decreto 663 de 1993, así como la expresión ‘(...) que contemplen la capitalización de intereses (...)’, contenida en el numeral primero (1º) del mismo artículo, para los créditos de vivienda, no lo es menos, que sus efectos fueron diferidos hasta el 20 de junio de 2000, como fecha límite para que el Congreso expidiera la ley marco correspondiente’ (Folios 17 a 20, cdno de pruebas), solamente con la expedición de la ley 546 de 1999, la capitalización de intereses en los créditos, para la adquisición de vivienda, fue

*excluida del ordenamiento jurídico para aquéllos créditos que se concedieran a partir de su vigencia, ‘(...) **sin afectar los créditos otorgados, los cuales se reliquidaban solamente para eliminar el componente del DTF, no la capitalización de intereses***’ (Negrillas ajenas al texto)”.

4.5.4. No apreció que el auxiliar de la justicia “*tampoco tuvo en cuenta en su experticia que la reliquidación del crédito, bajo el imperio del artículo 868 del Código de Comercio, no podía retrotraerse para tener en cuenta -para tal efecto- las cuotas mensuales pagadas antes de la presentación de la demanda (31 de mayo de 2007), por cuanto pagándolas, los mismos demandantes dan prueba de que la onerosidad de la prestación era soportable, apreciación que se robustece si se tiene en cuenta que el citado precepto se refiere a circunstancias que apareciendo con posterioridad a la celebración del contrato causaren el desequilibrio financiero que origina la onerosidad de la prestación*”.

4.6. Con base en los yerros atrás delineados, el censor señaló que “*no se trata, entonces, de un dictamen pericial claro, preciso y detallado (Folios 48 a 130, cdno de pruebas), cual lo exige el último numeral del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, pues las graves inconsistencias precedentemente expuestas lo tornan ineficaz para fundar en él la certeza de que el crédito de los demandantes se encuentra totalmente cancelado a partir del 5 de diciembre de 2003, y que, en consecuencia, debe restituir, a partir del primero (1º) de enero de 2004, ‘(...) los dineros que en exceso éste (sic) le hubiese cancelado hasta la fecha de la ejecutoria de la presente providencia, en caso negativo pagará los intereses comerciales (...)’*”.

4.7. Error de hecho cuando afirmó que “(...) **‘el segundo perito es persona especializada en finanzas, calculista actuarial, experto en matemática financiera, con amplia trayectoria en el tema’**”, pues es lo cierto que en el proceso no actuó otro auxiliar de la justicia distinto al atrás nombrado, toda vez que el trabajo realizado por el doctor Gabriel Sánchez, que allegó la demandada para comprobar la objeción, no fue tenido en cuenta por el Tribunal *“bajo la consideración consistente de que se trataba de un informe técnico”*, de *“suerte, que no hubo ningún segundo perito, ni mucho menos que éste avalara las conclusiones del dictamen rendido inicialmente dentro del proceso, pues lo cierto es que el documento que obra a folios 145 a 161 del cuaderno de pruebas, aportado al proceso como prueba de la objeción propuesta por la entidad bancaria demandada, recoge la asesoría de un experto en la materia para demostrar los errores graves en que incurrió el perito designado por el juzgado de la causa en la reliquidación del crédito otorgado por la entidad bancaria demandada a los demandantes para la adquisición de un inmueble destinado a la vivienda”*.

4.8. Para terminar, el recurrente acotó que si el Tribunal no hubiese incurrido en los yerros denunciados al apreciar la prueba pericial, *“habría dispuesto, de un lado, la tramitación de la objeción y, de otro, habría establecido la prosperidad de dicha objeción”*, lo que lo hubiese llevado a emitir un fallo diametralmente opuesto al que produjo, esto es, a uno absolutorio, por la ausencia de los presupuestos propios de la acción intentada o por la prosperidad de alguna de las excepciones alegadas.

5. En definitiva, el impugnante solicitó casar la sentencia del Tribunal y que la Corte, colocada en sede de instancia, revoque la de primer grado para que, en su lugar, se absuelva al banco demandado de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra por los actores.

CONSIDERACIONES

1. Es verdad, como lo dijo el recurrente, que el Tribunal entendió que los actores, al formular la demanda iniciadora del litigio, propusieron una acción tendiente a obtener la “*reliquidación*” del crédito que para la adquisición de vivienda les fue concedido en el año 1997, habida cuenta el incremento desmesurado de las cuotas mensuales de pago, debido al cálculo de la corrección monetaria con base en la DTF y al cobro excesivo de intereses, herramienta jurídica que, en concepto de esa autoridad, se desprende de la Ley 546 de 1999, del fallo de exequibilidad de la misma y de otros pronunciamientos de la Corte Constitucional, la cual tiene por fin establecer los valores pagados de más por el deudor y ordenar en su favor el reintegro de los mismos, por parte de la respectiva entidad crediticia.

Ello se infiere de distintos pasajes del fallo acusado, como pasa a referirse:

1.1. De entrada, el *ad quem* señaló que “[e]n punto a determinar el marco jurídico dentro del cual se desenvuelve la controversia, se ha de señalar que durante los años 1999 y 2000 los Tribunales de cierre de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa y sobre todo de la Constitucional, pusieron fin al denominado sistema de unidad de poder adquisitivo constante mediante el cual se concedían créditos para la adquisición de vivienda, dando paso no solo al nuevo sistema de unidad de valor real, sino también a muchas reclamaciones de parte de los deudores del primero de los mencionados, tal como la que ahora ocupa la atención de este Colegiado” (se subraya).

1.2. Luego de memorar el fallo del Consejo de Estado del 21 de mayo de 1999, así como las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999 de la Corte Constitucional; de comentar tanto la expedición de la Ley 546 de 1999, como el fallo en el que esa Corporación la declaró, en líneas generales, exequible (C-955 de 2000); y de aludir a ciertos fallos de tutela, el sentenciador de segunda instancia observó que “*ante el fenecimiento del sistema de financiación de vivienda a través de unidades de poder adquisitivo constante, que se calculaban con base en la DTF, se abrió la posibilidad que los usuarios del mismo reclamaran ante las mismas entidades o por medio de procesos judiciales la aclaración de sus acreencias, sea que ya se hubieran cancelado, estuvieran pagándolas o incluso cuando existiera mora y se tuvieran procesos ejecutivos, pues de todas formas les asistía el derecho de pedir su reliquidación, revisión de las condiciones, de la manera como se les cobraron las cuotas y los intereses*” (se subraya).

1.3. Con tal base, concluyó que éste es “*precisamente el ámbito donde se desarrolla el proceso que hoy ocupa la atención del Tribunal, donde los señores BALMIRO JOSÉ CARRILLO y ROSARIO BISCARRA (sic) solicitan que se condene al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA BBVA [a] reintegrarles,*

con intereses, unas sumas de dinero por concepto de los mayores valores cobrados en exceso, debido a la aplicación de la corrección monetaria e intereses capitalizados en las cuotas mensuales en las que se incluyó la DTF en lugar del IPC, lo que obtuvo eco en la sentencia de primera instancia que hoy es objeto de alzada” (se subraya).

1.4. Luego de poner de presente que el dictamen pericial rendido en el proceso fue objetado por error grave y de conceptuar, con ayuda de la jurisprudencia, sobre el significado de tal clase de yerro, el Tribunal aseveró que con la experticia “*quedó demostrado que la entidad bancaria cobró interés sobre interés por lo que se procedió a precisar el exceso del cobro de los mismos hasta el 2 de septiembre de 2009, advirtiendo que el banco solo reporta los pagos realizados hasta el día 2 de mayo de 2009, por tanto los excesos cobrados por concepto de intereses asciende[n] a DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECISÉIS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$282.316.825) (Folio[s] 45 a 56)*”.

1.5. Tras desestimar la aludida objeción, emprendió el estudio de las excepciones formuladas por el banco demandado, en desarrollo de lo cual, entre otros argumentos, anotó:

1.5.1. Que “el demandado trata de encuadrar la reliquidación solicitada en la ordenada por la Ley 546 de 1999 (ley de créditos hipotecarios), cuando lo que se pidió fue la liquidación del crédito aplicando las fórmulas de matemática financiera aplicadas al pagaré, documento que sin ser un contrato se

constituye ley para las partes porque en él se incorporan las condiciones del contrato de mutuo” (se subraya).

1.5.2. Que “en la acción no se está discutiendo la validez, vigencia u oponibilidad del pagaré, todo lo contrario, lo que se solicita es que con base [en] las condiciones financieras y de plazo en él contenidas, se haga una revisión del mismo mediante la reliquidación del crédito (obligación incorporada), con respecto a los pagos realizados por el deudor para la amortización de la deuda, y si estos pagos se aplicaron teniendo en cuenta las condiciones en él establecidas tomando como base para la revisión las fórmulas de la matemática financiera” (se subraya).

1.5.3. Que el proceso no se derivó de un “enriquecimiento sin causa” sino del hecho de que “el banco en vez de aplicar la sentencia de la Corte Constitucional trasuntada, (...) opt[ó] por recibir dineros en exceso, lo cual constituye un incremento injusto” (se subraya).

1.5.4. Y que no hay lugar a admitir el pago excepcionado por el banco, toda vez que éste “debe a los demandantes las sumas antes reseñadas, pues no aplicó los alivios que dispuso la Corte Constitucional (C-388 de 1999), aceptándole a los demandantes pagos en exceso, siendo obligación del banco su devolución, mediante las experticias, se probó el exceso” (se subraya).

2. Fincado en esa comprensión de la demanda y con apoyo exclusivo en el dictamen pericial, como igualmente se infiere de los pasajes en precedencia reproducidos, fue que el *ad quem* coligió la pertinencia de confirmar el fallo

estimatorio de primera instancia, en el que, valga recordarlo, se dispuso, en lo fundamental, tener por pagada la respectiva obligación desde el 5 de diciembre de 2003, dar por terminado el contrato de mutuo ajustado entre las partes y ordenar al banco que devuelva a los accionantes *“los dineros que en exceso [éstos] le hubieren cancelado”*.

3. Síguese a ver, entonces, si esa hermenéutica del libelo introductorio es acertada o, por el contrario, como lo denunció el censor, errada, desatino que constituye el primer yerro imputado al Tribunal.

3.1. Las pretensiones del escrito generatriz de la controversia, en compendio, apuntaron a que se declarara, de un lado, *“la alteración de las bases subjetivas y/o de la causa”* que condujeron a los actores a celebrar el contrato de mutuo base de la acción y, de otro, la ocurrencia de *“circunstancias extraordinarias o imprevisibles”* posteriores, *“que ha[n] [a]gravado la carga prestacional”* de aquéllos, *“generando un inminente peligro de incumplimiento en el inmediato futuro”*.

Como consecuencia de lo anterior, se pidió ordenar *“la revisión de los contratos, al tenor de lo consagrado en el art. 868 del C. de Co.”*, y que, en desarrollo de ello, se reliquide el crédito, desde la misma fecha de celebración de contrato de mutuo, *“con base en el índice de precios al consumidor (IPC) que certifique el Dane, año tras año, siempre y cuando el IPC no supere en el año correlativo a la corrección monetaria, históricamente año tras año, es decir, que siempre ha de liquidarse el crédito con la variable más favorable al deudor, pues es la forma equitativa de*

remuneración que mis poderdantes deben pagar por el capital prestado y es la ganancia equitativa que la entidad demandada debe percibir por su capital puesto en préstamo a mis mandantes”.

En subsidio de lo anterior, se solicitó que “*la revisión debe hacerse ordenado que se elimine del contrato la tasa de interés efectivo que se adiciona a la corrección monetaria que la entidad demandada ha cobrado abusivamente, a sabiendas de que dentro del valor nominal de cada UVR ya va incluido un valor o precio por interés, al tenor de lo consagrado en la ley 45 de 1990 en su art. 64, obrante en concordancia con la Ley 546 de 1999*”.

Añadieron los demandantes que, fruto del ajuste que se haga al contrato de mutuo, en razón de la revisión reclamada, deberá condenarse al banco a devolverles “*el exceso de lo pagado en cada una de las cuotas ya canceladas*”, junto con intereses y corrección monetaria, y que si los valores entregados “*no solo afect[aron] en su resultado a los intereses cancelados, sino también al capital pagado, en concordancia con el Art. 72 de la Ley 45 de 1990, se servirá el señor juez decretar **extinguida la obligación** contenida en el pagaré N° **4509 0001046-0**, suscrito por mis prohijados en diciembre 2 de 1997, por valor de **\$110’808.000,00**, el cual es objeto de la presente acción*”.

3.2. Desde el punto de vista fáctico, los gestores del litigio, luego de relatar la celebración del contrato de mutuo y sus condiciones, del que destacaron que “*goza de las características de ser de tra[c]to sucesivo, especialmente para el deudor*”, adujeron que el mismo, con posterioridad a su

surgimiento, “*empezó a sufrir una serie de variaciones*”, que clasificaron así:

En primer lugar, la “[*d*]esaparición de los motivos” que los indujeron a celebrarlo, en concreto, la conformación de un capital para su familia, puesto que el inmueble adquirido pasó a tener un valor inferior al de la deuda que contrajeron para comprarlo.

Y, en segundo término, la “[*a*]parición de circunstancias imprevistas” que hicieron más gravosa su obligación de cancelar el préstamo, como fueron el manejo dado por las autoridades al sistema de crédito fundado en las UNIDADES DE VALOR REAL (UVR), el aumento desmesurado de éstas, la tasa de interés cobrada, la recesión económica experimentada en la región donde se encuentra ubicado el bien raíz y el bajo nivel de los ingresos percibidos por los colombianos.

Con apoyo en lo anterior, los accionantes afirmaron el “*desequilibrio financiero*” experimentado por el crédito, el cual los ha afectado negativamente a ellos y beneficiado al banco, que se ha lucrado “*desproporcionadamente*” con él, alteración que pone en riesgo el cumplimiento futuro del contrato de mutuo; aseveraron que los cambios que incidieron en dicha convención, son ajenos a ellos, pero totalmente previsibles para el demandado; señalaron que han actuado de buena fe, a diferencia de éste, quien ha mostrado una “*conducta abusiva*”, no cumplió su deber de información, toda vez que no les advirtió sobre los efectos del crédito, y defraudó la

confianza que tanto la Constitución Política, como la sociedad toda, depositó en las entidades financieras.

3.3. Mirados en conjunto los aspectos atrás reseñados del libelo introductorio, es del caso concluir que mediante él, sus promotores intentaron frente al banco que convocaron, una prototípica acción de revisión contractual, consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, que es del siguiente tenor:

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

Así lo indican, tanto las pretensiones incoadas, como los hechos invocados en su respaldo.

Las primeras, a más de que hicieron expresa referencia a la aludida acción de revisión y a la norma atrás reproducida, estuvieron encaminadas a obtener la reconsideración de las condiciones del contrato de mutuo ajustado entre las partes, en dos puntos específicos, a saber: la corrección monetaria del crédito, con miras a que se

previera que su determinación se hiciera con fundamento en el IPC o en el sistema que resultara más beneficioso para los deudores; y los intereses, en relación con los cuales se solicitó su eliminación, habida cuenta que la indexación, en sí misma considerada, ya los contempla.

Los segundos, en la medida que fueron dirigidos a poner de manifiesto la satisfacción de los elementos estructurales de la aludida acción de revisión contractual, en concreto, la existencia entre las partes de un vínculo negocial de tracto sucesivo y la ocurrencia, con posterioridad a su celebración, de circunstancias especiales imprevistas y que no podían anticiparse, que alteraron significativamente la prestación a cargo de los deudores, al punto de exponerlos a incumplir el pago de las cuotas mensuales establecidas para la amortización del préstamo, por su excesiva onerosidad, tales como el mayor valor de la deuda en comparación con el precio del inmueble adquirido, el incremento del precio de las UNIDADES DE VALOR REAL (UVR), el inadecuado manejo por parte de las autoridades de este sistema de financiación, las altas tasas de interés aplicadas al crédito, la recesión económica y el bajo nivel de ingresos en el país.

3.4. Se advierte, además, que la solicitud de reliquidación del crédito y de reembolso de las sumas de dinero pagadas en exceso, fueron peticiones consecuenciales de la revisión impetrada, de donde es forzoso colegir que esos pedimentos no son los principales de la demanda y que, por lo mismo, no podían, ni pueden, tenerse como el único

elemento esclarecedor de la naturaleza de la acción intentada.

Dicho está, y ahora se refrenda, que “[s]i bien es verdad que uno de los elementos que sirve a la identificación del concreto litigio que se proponga en una determinada demanda, es la pretensión, en sí misma considerada, también lo es que tal aspecto no es el único y, mucho menos, uno suficiente, para particularizar la acción planteada, toda vez que las específicas peticiones elevadas deben ponderarse en conjunción con la causa aducida en su respaldo, constituida por los hechos invocados y por los efectos jurídicos que en relación con ellos haya esgrimido el propio actor. (...). No pueden, por lo tanto, los sentenciadores de instancia, a efecto de desentrañar el verdadero sentido de la demanda, escindir sus pretensiones y hechos para, con observancia exclusiva de las primeras y desconocimiento de los segundos, fijar el alcance de la acción intentada, pues ese proceder, por el contrario, conduce a su desfiguración” (CSJ, SC 6504 del 27 de mayo de 2015, Rad. n.º 2002-00205-01; se subraya).

Cabe agregar que con ese propósito, el de establecer la acción, menos pertinente resulta que los juzgadores, por una parte, centren su atención exclusivamente en unas específicas pretensiones de las varias elevadas, sobre todo si son consecuenciales, prescindiendo de las demás, en particular, de las principales; y, por otra, ignoren los hechos, pues un examen del libelo en esas condiciones, a no dudarlo, es sesgado y, por ende, incorrecto.

3.5. Esa fue la equivocación en que aquí incurrió el *ad quem*, pues se limitó a apreciar que en la demanda desencadenante de la controversia se solicitó la reliquidación del crédito y la devolución a los deudores (demandantes) de los valores que presuntamente pagaron en exceso y, con apoyo en esa percepción parcial del referido escrito, coligió que tal era la acción planteada y que esos eran sus alcances.

Dejó de lado esa autoridad que, como ya se hizo notar, las preindicadas solicitudes se propusieron para que fueran acogidas pero únicamente como consecuencia de la revisión contractual reclamada y según el ajuste que, en virtud de la misma, se le hiciera al contrato de mutuo celebrado por las partes.

Más grave aún: soslayó la totalidad de los fundamentos fácticos esgrimidos por los actores, pues ninguna significación tuvo para el Tribunal la aducción por parte de ellos del acaecimiento de circunstancias que, a su decir, alteraron las condiciones económicas del contrato y provocaron la mayor onerosidad de las cuotas mensuales establecidas para el pago de la deuda.

3.6. Traduce lo anterior, que se equivocó grandemente el sentenciador de segunda instancia al ponderar la demanda, pues vista ella integralmente, esto es, apreciadas en conjunto sus diferentes partes, especialmente, la totalidad de sus pretensiones y sus fundamentos fácticos, resulta ostensible que con tal libelo se propuso la acción de

revisión contractual contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, respecto del mutuo celebrado por los litigantes, y no, como lo coligió dicha autoridad, una acción dirigida a obtener, de forma autónoma, la reliquidación del crédito de vivienda concedido a los actores y la devolución de los valores presuntamente pagados en exceso por ellos.

3.7. Se suma a lo anterior, la inocultable trascendencia del advertido yerro, pues fue con base en la identificación que el Tribunal hizo, en esos términos, de la acción, que estableció la satisfacción de los dos únicos presupuestos estructurales que estimó la componían, esto es, la existencia del crédito vinculante de las partes y la realización de pagos en exceso por parte de los deudores al banco acreedor, requisitos del todo insuficientes frente a la genuina acción propuesta, esto es, a la de revisión contractual, como se analizará en el fallo sustitutivo que habrá de proferirse más adelante.

4. Pese a que la comisión del yerro atrás detectado es suficiente para ocasionar el quiebre de la sentencia cuestionada, sigue la Sala al estudio de los reproches que el censor elevó en frente de la apreciación que el *ad quem* realizó del dictamen pericial, como quiera que para el proferimiento de la anunciada sentencia de remplazo, es necesario establecer si ese elemento de juicio podía o no valorarse en la forma que determinó esa autoridad.

4.1. Con dicha probanza, la parte actora, su solicitante, pretendió acreditar, en líneas generales, que el

crédito a su cargo contempló, desde el inicio, la capitalización de intereses; que él, por consiguiente, comportó el cobro de intereses sobre intereses; la tasa aplicada para su cálculo; que no hubo condonación de los moratorios, conforme lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999; el incumplimiento de las previsiones ordenadas en los distintos fallos judiciales que condujeron al desaparecimiento del sistema de crédito expresado en UPAC o que se han dictado en virtud del nuevo sistema adoptado, representado en UNIDADES DE VALOR REAL (UVR); el abono del alivio consagrado en dicha ley; y las verdaderas condiciones del crédito desde el inicio, de acuerdo con las condiciones establecidas por los contratantes, a efecto de *“fijar con base [en el] principio de razonabilidad si existe justicia en el cobro pretendido y aplicado por el banco”*.

4.2. Para absolver esos cuestionamientos, el auxiliar de la justicia efectuó la liquidación del crédito anexa a la experticia, en la que, en síntesis, a partir del capital mutuado, expresado en pesos y en UVR, computó los intereses que en su concepto se causaron, los cobrados por el banco, el valor de los seguros contratados en garantía de la deuda, la cuantía de las cuotas cobradas, los montos pagados, la amortización del crédito indicada en unidades de valor real (UVR) y los saldos del crédito, igualmente expresados en pesos y en las referidas unidades (fls. 122 a 127, cd. 2).

4.3. Con apoyo en la referida liquidación, el auxiliar de la justicia, en resumen, conceptuó (fls. 49 a 59, cd. 2):

4.3.1. El interés pactado es “*compuesto*” y, como tal, comporta la recapitalización de los causados.

4.3.2. Para el 2 de septiembre de 2009, el exceso de lo pagado ascendió a \$282.316.825.

4.3.3. La tasa de interés cobrada no fue fija, sin que se condonaran los moratorios.

4.3.4. Se desatendieron las pautas fijadas en los distintos fallos judiciales relacionados con la desaparición de las UNIDADES DE VALOR CONSTANTE (UPAC) y/o con el nuevo régimen de financiación de vivienda, expresado en UNIDADES DE VALOR REAL (UVR).

4.3.5. El alivio previsto en la Ley 546 de 1999 se aplicó tardíamente e implicó el indebido cobro de intereses sobre su valor, en cuantía de \$1.755.038.

4.3.6. Al 2 de mayo de 2009, el monto total cancelado ascendía a \$381.332.399; y el saldo de la deuda, según el banco, era de \$93.968.295 y, según la reliquidación, de -\$258.045.482.

4.3.7. Las UNIDADES DE VALOR REAL (UVR) “*CAPITALIZA[N] INTERESES*”.

4.3.8. El banco demandado, por una parte, utilizó sistemas de amortización no autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria; y, por otra, cobró honorarios de abogado antes de interponer la demanda ejecutiva.

4.3.9. La acreencia en cuestión “*se encuentra totalmente cancelada a partir del 05/12/2003*”.

4.4. En la complementación del trabajo, su autor precisó que, “*siendo que funjo en calidad de AUXILIAR DE LA JUSTICIA, y que en forma alguna tengo la calidad de ENTIDAD VIGILADA POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA, me permito ACLARAR, que en mi estudio no apliqué la Circular [E]xterna 007 de 2000*”; que la tasa de interés pactada, fue del 14% efectivo anual; y que no obstante lo anterior, el cobro de intereses se hizo “*sobre la CORRECCIÓN MONETARIA, es decir, en UPAC y luego en UVR*”, porque así fue pactado.

4.5. La parte actora objetó por error grave el dictamen, habida cuenta que, en su sentir, el perito, en la liquidación del crédito que elaboró, y que fue la base de los conceptos que emitió, incurrió en los siguientes desatinos:

4.5.1. No aplicó la Circular Externa No. 007 del 2000, expedida por la entonces Superintendencia Bancaria, omisión que por sí sola es “*suficiente para desconocer [el] dictamen*”, pues tal reglamentación contiene la metodología que los bancos debían y deben utilizar para, de un lado,

convertir créditos concebidos en UPAC a UVR y, de otro, liquidar los mismos durante su vigencia.

4.5.2. Tomó como valor inicial del crédito una suma equivocada (\$110.000.000), pues el mutuo se acordó por el capital de \$110.808.000, alteración con la que desconoció *“los intereses y [la] [c]orrección [m]onetaria (...) causad[a] sobre 10.075.5039 UVR (\$808.000) durante 11 años y 9 meses (diciembre de 1997 a septiembre de 2009)”*, y que tradujo la desfiguración de los saldos que reportó.

4.5.3. Aplicó doblemente el alivio ordenado en la Ley 546 de 1999, pues si él corresponde a la diferencia del valor del crédito liquidado al 31 de diciembre de 1999 en UPAC y en UVR, su imputación debía hacerse al primero de esos valores y no a ambos, como equivocadamente lo hizo el perito.

En el caso del crédito materia del proceso se tiene: saldo en UPAC: \$153.387.806; saldo en UVR \$134.845.903; alivio aplicable \$18.541.903 (\$153.387.806 menos \$134.845.903).

Pero *“el perito, a partir de enero de 2000, reduce su supuesto saldo ya reliquidado y depurado del DTF de \$99’252.792 a \$79’506.195 (columna 16), mientras que liquidado con UPAC, el saldo a 31/12/1999 es \$158’157.964 (sin incluir pagos ficticios) y se reduce a \$139’697.347, equivalentes a 1.351.827,8307 UVR después de descontar el alivio aprobado por la Superintendencia Financiera”*.

Con ese error, el auxiliar de la justicia modificó indebidamente el crédito y los movimientos del mismo, a partir del 1º de enero de 2000, sin que, por ende, puedan admitirse como ciertos los saldos que en definitiva estableció.

4.5.4. Tuvo en cuenta pagos inexistentes, como por ejemplo el que registró con fecha 2 de julio de 1998, por valor de \$1.751.897, que no figura en la contabilidad del banco.

4.6. El Tribunal apreció el dictamen y, en tal virtud, con apoyo exclusivo en el mismo, dedujo la comprobación del “cobro de interés sobre interés” por parte del banco y que “los excesos cobrados por concepto de intereses ascienden a DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$282.316.825)”, razón por la cual confirmó las determinaciones que adoptó el *a quo* en la sentencia de primera instancia, básicamente, que el crédito base de la acción quedó cancelado totalmente a partir del 5 de diciembre de 2003, que el contrato de mutuo está terminado y que la entidad demandada debe pagar a los actores “los dineros que en exceso” recibió de ellos a partir del 1º de enero de 2004, junto con los intereses comerciales causados.

En pro de tal ponderación de la comentada prueba, esa Corporación, en síntesis, expuso:

4.6.1. Que “los expertos actuaron con idoneidad” y “utilizando la metodología adecuada”.

4.6.2. Que “el segundo perito es persona especializada en finanzas, calculista actuarial, experto en matemática financiera, con una amplia trayectoria y experiencia en el tema”.

4.6.3. Que “[c]onstituye la tasa de interés el error grave endilgado al dictamen, aspecto que no cambia las cualidades propias del objeto examinado, pues tal aspecto constituye una simple verificación de documentos, cuyo conocimiento corresponde hacerlo a quien valora la prueba, esto es al fallador de la causa, y por tanto [al] no tratarse de hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, no puede endilgársele la categoría de error grave, según los criterios jurisprudenciales anotados, ese hecho simplemente obedece a una solicitud mecánica en tal sentido”.

4.6.4. Que es carga del objetante “PEDIR LA PRUEBA PARA DEMOSTRARLO, que en todo caso será un NUEVO DICTAMEN PERICIAL, así se desprende del numeral 5 del artículo 238 del CPC. **‘El dictamen rendido como prueba de las objeciones’** y 6 idem, al decir: **‘el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción’** (resaltos fuera del original)”.

4.6.5. Que “[p]ara controvertir el dictamen pericial rendido por un perito designado, nombrado y posesionado por un [j]uez de la República, se trae al proceso un INFORME o DICTAMEN TÉCNICO, elaborado por un experto contratado por la parte

inconforme, prueba que corresponde a las anticipadas a que se refieren el art. 10 de la ley 446/1998, art. 18 de la ley 794 de 2003 y (...) art. 183 del CPC. Lo que a la luz de las directrices jurisprudenciales expuestas en la sentencia T-417 de 2008; es incorrecto allí se establece la eficacia probatoria DEL INFORME TÉCNICO, y sus diferencias con el DICTAMEN PERICIAL”, tesis que reforzó con la invocación de la sentencia C-830 de 2002 de la Corte Constitucional.

4.6.6. Que *“al incumplir la parte inconforme sus cargas procesales, al omitir pedir la realización de un nuevo dictamen pericial, no HAY LUGAR A LA PROSPERIDAD DE LA OBJECCIÓN FORMULADA”.*

4.6.7. Luego de advertir que también era deber del objetante *“CONSTITUIR LOS TÍTULOS JUDICIALES, por el valor de los honorarios tasados a favor del perito”, según voces del artículo 239 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal, en definitiva, concluyó:*

No cumple el objetante con los presupuestos procesales que viabilizan el trámite de mismo, pues ni siquiera demostró en qué consiste el error, no pidió la prueba idónea para hacerlo, y no es válido pretender oponerle al dictamen pericial objetado un INFORME TÉCNICO y no constituyó los títulos conforme lo dispone el inciso final del art. 239 ibídem.

Razones suficientes para desestimar la petición de [o]bjeción grave solicitada, debido al incumplimiento de las cargas procesales antes anotadas, razón le asiste al demandante en éste tópico.

4.7. Si como lo tiene decantado esta Corporación, los errores graves de un dictamen pericial son aquéllos que “*se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos*”, ya sea porque el experto cambia “*las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene*”, ora porque toma “*como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen*”, toda vez que esos desatinos conducen, indefectiblemente, a conceptos equivocados y a falsas conclusiones (CSJ, SC del 12 de diciembre de 2005, Rad. n.º 2001-00005-01), es evidente que el *ad quem*, al desestimar el cuestionamiento que el banco demandado formuló a la comentada experticia, incurrió en varios de los yerros denunciados por el recurrente para controvertir esa determinación, siendo los más significativos, los siguientes:

4.7.1. Errores de hecho:

a) No se percató de que el perito alteró sustancialmente las condiciones del crédito objeto de la experticia, toda vez que al liquidarlo, partió de una suma de dinero (\$110.000.000) distinta a la realmente mutuada (\$110.808.000), modificación que, por sí sola, provocó la inexactitud tanto de la totalidad de las operaciones efectuadas para representar el desarrollo de la acreencia, como de los saldos obtenidos, cifras en las que aquél se apoyó para emitir los conceptos que integraron su trabajo.

b) Pretirió, de igual modo, la complementación del dictamen, particularmente, la explicación allí ofrecida por el experto, consistente en que al reliquidar el crédito, no atendió los parámetros y la metodología establecida para ese efecto por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, en la Circular Externa No. 007 de 2000, pues con tal omisión, el perito contrarió abiertamente la realidad de las cosas, como quiera que era obvio que el banco, en acatamiento de los mandatos legales, durante toda la vida del crédito, determinó su desarrollo con sujeción a la referida reglamentación, de donde se tornaba forzosa su aplicación, para saber si el comportamiento de la entidad se ajustó o no a ella.

c) Adicionalmente, pasó por alto que el auxiliar de la justicia aplicó dos veces el alivio ordenado en la Ley 546 de 1999, puesto que imputó la suma que determinó como tal (\$20.940.196.67) al saldo del crédito fijado en UVR (\$93.416.281), esto es, al que arrojó la deuda después de restarse al saldo en UPAC el valor de dicha ayuda.

Tal anomalía hizo más profunda la desfiguración del crédito a partir del 1º de enero de 2000, como quiera que todos los cálculos realizados a partir de esa fecha, se efectuaron sobre un capital irreal.

d) Cercenó el escrito de objeción, como quiera que no vio que allí sí se especificaron los errores graves atribuidos al dictamen, tal y como ya se registró en esta providencia (punto 4.6. precedente).

4.7.2. Errores de derecho:

a) Estimó que la única prueba admisible para acreditar la objeción por error grave de un dictamen pericial, era la práctica de otra experticia, pues tal exigencia ni por asomo se desprende de los numerales 5º y 6º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil que invocó, o de cualquiera de las demás normas de ese ordenamiento jurídico, toda vez que la alusión que en tales ordinales se hace al segundo trabajo técnico, tiene por único fin fijar las reglas especiales que lo rigen y no, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, limitar la actividad probatoria del objetante.

b) Consideró que la circunstancia de no haberse acreditado el pago de los honorarios del perito en los términos del inciso final del artículo 239 del Código de Procedimiento Civil, impedía el acogimiento de la objeción, cuando es lo cierto que ni esa norma, ni ninguna otra, establecen tal consecuencia jurídica frente al supuesto de que el objetante no proceda de conformidad con dicho mandato del legislador, efecto que por tener naturaleza sancionatoria, debe aparecer expreso en la ley y que, por ende, no puede deducirse de su mera interpretación.

4.8. La suma de los errores en precedencia detectados, permite colegir que el Tribunal se equivocó, de un lado, al descartar la objeción por error grave que el banco demandado planteó en frente del dictamen pericial rendido como prueba en el curso del proceso y, de otro, al

apreciar ese medio de convicción, el cual, por los yerros que evidencia, era inatendible.

5. El cargo prospera, ocasionando el quiebre total del fallo recurrido.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Las decisiones que el *a quo* adoptó en su fallo del 3 de marzo de 2011, según puede extractarse del mismo, se fundamentaron, esencialmente, en los argumentos que pasan a exponerse:

1.1. Con la demanda, los actores persiguieron “*la revisión de contrato de mutuo*” base de la acción, habida cuenta de la ocurrencia de “*circunstancias extraordinarias e imprevisibles*” que incidieron sensiblemente en “*las sumas a pagar*”; que como consecuencia del anterior pronunciamiento, “*se declare que la demandada cobró intereses en exceso*”; que, por lo mismo, se ordene la reliquidación del crédito, “*conforme los parámetros trazados por la Corte Constitucional en sentencias C-747/99, C-383 de mayo 27/99 y C-700/99*”; y que, en tal virtud, se condene al banco a “*devolver las sumas cobradas demás (sic)*”.

1.2. En el caso *sub lite* se cumplen las exigencias del artículo 868 del Código de Comercio, pues las condiciones económicas en las que se celebró el referido acuerdo “*han cambiado sustancialmente con perjuicio hacia la parte demandante (...); prueba de ello es que el estado se vio obligado a*

través de la Ley 546 de 1999, a resarcir a los deudores perjudicados con el UPAC, los costos que este acarreaba a los mismos, trayendo como consecuencia un sinnúmero de demandas con mira a la reliquidación de sus créditos y a la devolución o abono de las cifras ya canceladas en exceso”.

1.3. La entidad convocada admitió la cancelación de *“la obligación suscrita y tantas veces mencionada dentro del presente proceso, de conformidad con la Ley 546 de 1999 en su artículo 43, en donde se establece que [con] el pago hecho por el demandante ha sido satisfecha, pudiendo reclamar la devolución o indemnización por concepto de reliquidación del crédito (...); lo que trae como consecuencia la terminación de [la] mism[a] y la cancelación o devolución de dineros que se demuestre dentro del citado crédito el demandante ha cancelado demás (sic)”.*

1.4. Con el propósito de establecer si los accionantes verificaron pagos por encima de lo que les correspondía, *“se procedió a nombrar un perito para que determinase cu[á]l era el excedente que la institución bancaria deberá devolver (...). De acuerdo [con] lo expresado por el auxiliar de la [j]usticia, señor ORLANDO AMARIS MCAUSLAND, para la época de enero del 2000, (...) al demandante se le reconoció un valor o alivio de [d]ieciocho [m]illones [q]uinientos [c]uarenta [y] [u]n [m]il [n]ovecientos [t]res [p]esos (\$18’541.903), sin embargo se continuó cobrando intereses sobre dicho alivio durante un año y nueve meses, intereses estos que ascendieron a la suma de [u]n [m]illón [s]etecientos [c]incuenta y [c]inco [m]il [t]reinta [y] [o]cho [p]esos (\$1’755.038), suma esta que no debió ser cobrada por la institución bancaria al demandante”.*

1.5. *“En su conclusión después de haber hecho un dictamen fundamentado, el perito manifiesta que la obligación se encuentra totalmente cancelada a partir del 05 de diciembre del 2003, valor que inicialmente fue prestado por la suma de [c]iento [d]iez [m]illones [d]e [p]esos (\$110'.000.000), apartándose el despacho de tener como suma totalmente cancelada la de \$389'954.680 pesos con sesenta y cuatro centavos, pues considera que si aceptara el pago total efectuado al cinco de diciembre de 2003 de la obligación suscrita pero no el excedente, pues debe tener presente que si a partir de ese momento que se tiene como pago total de la obligación prestada debe liquidarse y demostrarse por el demandante el exceso de pago en las cuotas recibidas por el banco, a partir del primero de enero de 2004 hasta la fecha de este fallo”.*

1.6. Respecto del dictamen pericial, el juzgado acotó:

Como en este proceso, los expertos actuaron con la mayor idoneidad y la experticia que realizaron se ajusta a la realidad procesal, puesto que si analizamos el uno y el otro es fácil deducir que están acordes, y que la diferencia existente entre ellos es mínima, en consecuencia la objeción por error grave planteada por la demandada no ha de prosperar, porque repetimos la reliquidación efectuada en el dictamen por experto en la materia se ajustó a la metodología que brinda la Ley de Vivienda y a las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria, lo que conduce al despacho a no declarar fundada la objeción del dictamen planteada por la parte demandada, tornándolo definitivo.

...

Debe aclararse que una cosa es la liquidación de los saldos y ajustes que debieron realizar las entidades bancarias acogiendo lo estipulado en la referida sentencia C-

383/1999 a partir de su ejecutoria, y otra muy distinta es la denominada reliquidación del crédito que ordenó la Ley 546 de 1999 en el término de tres (3) meses contados a partir de su vigencia, es decir hasta el 23 de marzo del año en curso (sic), que consistió en la redenominación en UVR de todos los créditos que estuvieren convenidos en pesos o en UPAC, la cual se hará teniendo en cuenta la fecha del crédito originalmente pactado por lo que en ese sentido nada hay que censurarle a la reliquidación del crédito efectuada en el dictamen pericial, máxime si se tiene en cuenta que en el caso concreto a pesar de estar probado que la entidad bancaria demandada haya efectuado la reliquidación y abonado al crédito el resultado de la diferencia con lo pagado no esta claro”.

En relación con el último punto atrás desarrollado, el *a quo* trajo a colación un segmento de la sentencia C-955 del 26 de julio de 2000, que resolvió la constitucionalidad de la Ley 546 de 1999.

1.7. Deviene inadmisibile “*la pretensión del recurrente tendiente a la actualización o indexación del saldo de capital para calcular intereses remuneratorios*”, en razón del mandato del artículo 17 de la precitada ley, que reprodujo, y de las apreciaciones que la Corte Constitucional sentó al resolver sobre su exequibilidad, en la sentencia arriba memorada, de la que también transcribió un aparte.

2. Según se dejó definido al desatar el único cargo propuesto en casación, la acción intentada corresponde a la de revisión contractual prevista en el artículo 868 del Código de Comercio, cuyo contenido ya fue consignado.

En relación con ella, es del caso puntualizar que son sus presupuestos estructurales: (i) la existencia y validez del contrato que se pretende revisar; (ii) que se trate de uno de ejecución sucesiva, periódica o diferida, en el sentido que de él se deriven prestaciones de cumplimiento futuro a cargo o en favor de la parte ejercitante de la acción; (iii) la ocurrencia, con posterioridad a su celebración y antes de su terminación, de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ajenas al afectado, que varíen significativamente las condiciones económicas del contrato; y (iv) que tal alteración sea cierta, grave y provocante para el actor de una excesiva onerosidad de las prestaciones futuras que debe atender, o de una sensible disminución de las que habrá de recibir posteriormente.

3. Por lo que aquí habrá de decidirse, resulta pertinente memorar que la Corte, en relación con el segundo de tales requisitos, tiene precisado que “[l]a revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndese, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe”, planteamiento que luego reiteró diciendo que “la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (*laesio superveniens*) por circunstancias posteriores, *distantia temporis* después de su

celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (qui habent tractum successivum). Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre ‘la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes’, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles”, de modo que es indispensable “el vigor del contrato” y que la obligación no se “haya cumplido, ejecutado o agotado”. “La revisión por imprevisión, es inadmisibile si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia. (...). Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay que revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y practica de revisar para corregir o terminar lo que [ya no] existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de ‘excesiva onerosidad’, no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencia de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475) tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico” (CSJ, SC del 21 de febrero de 2012, Rad. n.º 2006-00537-01; se subraya).

4. El Tribunal, sin detenerse en el análisis de cada uno de los presupuestos que se dejan indicados, afirmó, llanamente, que de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, “se puede manifestar que si las

circunstancias extraordinarias posteriores a la celebración de dicho contrato alter[a]n o agrav[a]n la prestación de futuro cumplimiento de una de las partes en grado tal que resulte(...) excesivamente onerosa podrá pedirse la revisión del proceso (sic), situación que acontece en el caso de marras (sic), pues las condiciones económicas en que este se celebró han cambiado sustancialmente con perjuicio hacia la parte demandante”.

5. En relación con tal análisis del sentenciador de instancia, son pertinentes las siguientes apreciaciones:

5.1. Es evidente la satisfacción del primer presupuesto axiológico de la acción, atrás especificado, toda vez que la existencia y validez del contrato de mutuo cuya revisión se solicitó, se infiere del reconocimiento que las dos partes hicieron de él.

A decir de los hechos primero y segundo de la demanda, los promotores del juicio suscribieron el 2 de diciembre de 1997 un pagaré en favor de Granahorrar S.A., hoy BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., por la suma de \$110.808.000, expresada en UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (UPAC), que debía cancelarse en instalamentos mensuales, junto con intereses de plazo liquidados a la tasa del 14% anual, obligación garantizada con hipoteca sobre el inmueble ubicado en la carrera 7ª A No. 6-42 de la ciudad de Valledupar, constituida mediante escritura pública No. 2381 del 11 de noviembre de ese mismo año, otorgada en la Notaría Tercera de la misma ciudad.

El banco demandado, al responder el libelo introductorio, reconoció como “*ciertos*” tales fundamentos fácticos y agregó: *“El contrato celebrado (...) fue de mutuo con interés, más la tasa variable correspondiente a la corrección monetaria, regido por el sistema crediticio de unidad de poder adquisitivo constante, UPAC, hoy UVR y así se ha mantenido hasta el día de hoy y no existe ningún hecho probatorio que permita desvirtuar lo anotado en el contrato”*.

5.2. En lo que toca con el segundo requisito estructural de la acción, se colige su satisfacción parcial, como pasa a dilucidarse.

5.2.1. Para la solución de la acreencia convenida por los litigantes, se previó el pago de ciento (180) cuotas mensuales sucesivas e ininterrumpidas, la primera causada el dos (2) de enero de 1998, según da cuenta de ello la copia del pagaré aportado con el señalado escrito (fls. 17 a 19, cd. 1), que no recibió reproche alguno por parte del banco demandado en el término del traslado.

5.2.2. De lo anterior se infiere, que las prestaciones periódicas a cargo de los aquí demandantes se extendieron, como mínimo, hasta el dos (2) de diciembre del año 2012.

5.2.3. Así las cosas, se concluye, en principio, la pertinencia de la acción planteada, puesto que, como se sostuvo en la sentencia de que aquí se ha hecho mérito (21 de febrero de 2012, Rad. n.º 2006-00537-01), “[e]l mutuo para la adquisición de vivienda a largo plazo, salvo en la

hipótesis antes señalada [se alude a la satisfacción inmediata del préstamo, como en el caso de la entrega de títulos valores con ese fin], a no dudarlo, en lo tocante a la restitución y pago de intereses, es de ejecución prologada, sucesiva o periódica en el tiempo, y por lo tanto, en sentido abstracto, susceptible de sufrir alteración de la equivalencia prestacional por imprevisión, sujeta a las exigencias normativas decantadas por la jurisprudencia” (se subraya).

5.2.4. Empero como el requisito en análisis, no se satisface con la sola circunstancia de que el contrato sobre el que verse la acción sea de ejecución sucesiva o diferida en el tiempo sino que, además, es necesario que las prestaciones que procuren redefinirse existan jurídicamente, esto es, que no se hayan extinguido, imperioso es advertir que los actores, en el escrito con el que se dio inicio al litigio, afirmaron que “*al momento de incoar esta demandada, se encuentra[n] al día en el cumplimiento de su obligación hipotecaria*” y que “*no tienen conocimiento de haber sido demandados*” por la entidad financiera convocada, libelo que según el sello de folio 7 del cuaderno No. 1, fue presentado el 31 de mayo de 2007.

5.2.5. Significa lo anterior, que la totalidad de las cuotas mensuales causadas con anterioridad a la última fecha mencionada, esto es, las que se hicieron efectivas entre el 2 de enero de 1998 y el 2 de mayo de 2007, no eran, ni son, susceptibles de revisarse en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, por tratarse, precisamente, de prestaciones periódicas ya satisfechas.

5.2.6. De suyo, entonces, que los únicos instalamentos con vocación de ser revisados por la anotada vía, corresponderían a los posteriores al 31 de mayo de 2007, es decir, los que se hicieron exigibles a partir, inclusive, del 2 de junio del precitado año.

5.3. El juzgado del conocimiento, respecto de las circunstancias “*extraordinarias, imprevistas*” e “*imprevisibles*” presuntamente afectantes del contrato base de la acción, tuvo como tales, de un lado, el hecho de que tanto el Consejo de Estado, mediante fallo del 21 de mayo, como la Corte Constitucional, a través de las sentencias C-383 del 27 de mayo, C-700 del 16 de septiembre y C-747 del 6 de octubre, todas de 1999, dejaron sin efectos jurídicos el sistema de crédito en UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (UPAC); y, de otro, la crisis social y económica que sobrevino en el país debido a esas determinaciones, que requirió para conjurarse, la expedición, ese mismo año, de la Ley 546.

Sobre el punto, se rememora que el *a quo* acotó que fue “*el mismo legislador*” quien, “*al dejar sin efecto el sistema UPAC y recoger el UVR, reconoc[ió] su error y por ello, en la ley 546 de 1999[,] conf[esó] la ruptura del equilibrio de los contratos efectuados bajo el sistema inicial y proced[ió] por vía legislativa a reparar su daño, mediante el abono o alivio que se establec[ió] en el artículo 42 de la nueva ley de vivienda, dinero este establecido mediante la reliquidación de créditos, para que lo excesivamente pagado(...) se revirtiera al crédito mismo*”; y más adelante precisó, que “*prueba de ello es que el [E]stado se vio obligado a*

través de la Ley 546 de 1999, a resarcir a los deudores perjudicados con el UPAC, los costos que este acarreaba a los mismos, trayendo como consecuencia un sinnúmero de demandas con mira a la reliquidación de sus créditos y a la devolución o abono(...) de la cifras ya canceladas en exceso”.

Esa argumentación del *a quo* envuelve su propio fracaso, como pasa a establecerse:

5.3.1. No hay duda que el crédito otorgado a los demandantes fue concebido en UPAC y que en cumplimiento de las previsiones de la Ley 546 de 1999, previa su reliquidación, se red denominó en UVR.

Así se desprende del hecho primero de la demanda, del reconocimiento de ser cierto el mismo, que hizo el banco al replicar tal libelo, y del informe rendido por la Superintendencia Financiera de Colombia, contenido en la comunicación que obra en los folios 17 a 20 del cuaderno No. 2.

5.3.2. También quedó comprobado con el memorado informe, que en relación con dicho crédito, el banco accionado “**reportó** dos alivios a favor del señor Balmiro José Carrillo Maestre, por valor de \$18,541,902.7353 (sic) y de \$5,153,645.2830 (sic) (...). Estos reportes, fueron **verificados** en su momento por la Superintendencia y lo informó a la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda quien mediante Resoluciones Nos. 842 y 1189 del 14 de abril de 2000 y del 26 de junio de 2003 respectivamente, **ordenó** la expedición

del (los) Título (s) de Tesorería TES a favor de la entidad financiera”.

5.3.3. Traduce lo dicho, en primer lugar, que la aplicación de esos alivios, descontaminó el crédito de la incidencia negativa que el cálculo de la corrección monetaria con base en la tasa DTF representó para él, mientras estuvo expresado en UPAC y sometido a las reglas de este sistema de crédito.

Y, en segundo término, que en la medida en que, a partir de su redenominación, continuó sometido al régimen de la UNIDADES DE VALOR REAL, su actualización monetaria, desde entonces, se realizó únicamente con base en el IPC, tal y como lo ordena el artículo 3º de la Ley 546 de 1999, que reza:

La Unidad de Valor Real (UVR) es una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE (se subraya).

5.3.4. Se sigue de lo expuesto, que las circunstancias atinentes a que el mutuo en mención se hubiere otorgado en UPAC; al desmonte de este sistema, como consecuencia de las providencias judiciales atrás relacionadas, con todo lo que ello implicó; y a la transición que comportó la expedición de la Ley 546 de 1999, mediante la cual se adoptó una nueva forma de crédito para la adquisición de vivienda, representada en las UNIDADES DE VALOR REAL (UVR), ninguna incidencia directa y cierta tuvieron en el

alcance económico de las cuotas que, según el análisis contenido en el punto 5.2. precedente, son las únicas susceptibles de revisarse del modo que autoriza el artículo 868 del Código de Comercio, esto es, se reitera, las causadas a partir del 2 de junio de 2007.

Es que, en relación con ellas, se torna imperativo colegir, por ordenarlo así expresamente la ley, que el cómputo de la corrección monetaria se realizó exclusivamente con base en el ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (IPC), sin que, por lo tanto, la DTF o algún otro factor distinto, hubiese incidido dicho cálculo, como en atañeo ocurrió.

5.3.5. Para arribar a una conclusión distinta, era necesario que los demandantes demostraran lo contrario, esto es, que pese a las disposiciones de la Ley 546 de 1999, la determinación de la corrección monetaria comprendió algún elemento extraño al IPC, lo que ellos no hicieron.

Llegados a este punto, debe relievase que, aparte de la prueba documental, la única solicitada por la parte actora y que, en efecto, se decretó y practicó, fue el dictamen pericial rendido por el señor Orlando Amaris Mcausland, que obra en los folios 49 a 59 del cuaderno No. 2, aclarado y complementado mediante escrito militante en los folios 134 a 136 siguientes.

Dicho medio de convicción, como se señaló y analizó al estudiarse el único cargo propuesto en casación, fue

objetado por error grave por la parte demandada, quien, en frente del mismo, reprochó, fundamentalmente, que el auxiliar de la justicia, al reliquidar el crédito, no aplicó la Circular Externa No. 0007 del 2000, expedida por la, en ese tiempo, denominada Superintendencia Bancaria; tomó como valor inicial de la deuda uno distinto al real; imputó doblemente el alivio ordenado en la Ley 546 de 1999; y contabilizó pagos inexistentes.

El juzgado del conocimiento desestimó dicho reclamo, en razón a que tanto el nombrado perito, como el experto Gabriel Sánchez, quien elaboró el *“informe técnico”* que el banco allegó con el escrito de objeciones (fls. 151 a 158, cd. 2), *“actuaron con la mayor idoneidad”*, elaboraron un trabajo que *“se ajusta a la realidad procesal”* y las conclusiones de uno y otro *“están acordes”*, de modo que *“la diferencia entre ellos es mínima”*.

Añadió que *“la liquidación efectuada en el dictamen por experto en la materia se ajustó a la metodología que brinda la Ley de Vivienda y a las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria”*; y que pese a que el banco, de conformidad con la Ley 546 de 1999, reliquidó el crédito y le aplicó el alivio en ella contemplado, *“el resultado de la diferencia con lo pagado no está claro”*.

Dedúcese, pues, que el *a quo*, al apreciar la comentada prueba, incurrió en similares errores a los de hecho que cometió el Tribunal y que se dejaron explicados al resolver la acusación introducida en desarrollo del recurso

extraordinario ya analizado, toda vez que no vio que el punto de arranque de la liquidación (capital mutuado) no corresponde al efectivamente prestado a los actores, que no se aplicó la metodología establecida en la Circular Externa No. 007 del 2000 de la hoy Superintendencia Financiera de Colombia, y que el auxiliar de la justicia imputó dos veces el alivio ordenado por la precitada ley, desatinos que califican de graves, pues comportaron la desfiguración del crédito objeto de la pericia y que, como consecuencia de ello, sus conclusiones no sean confiables, ni, por ende, atendibles.

En suma, la objeción habrá de acogerse y, en tal virtud, se desechará la experticia.

5.3.6. Así las cosas, es del caso reiterar, entonces, que en el proceso no milita ni una sola prueba que evidencie la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato de mutuo que vinculó a las partes, de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que hubieren ocasionado el desequilibrio económico de las cuotas previstas para el pago del crédito, causadas a partir del 2 de junio de 2007.

Nada permite pensar que la cuantía de ellas, se precisa, de esas específicas prestaciones periódicas, en lo que refiere al cálculo de la corrección monetaria y/o a los intereses cobrados, que en esencia fue el otro motivo de queja de los actores, no guardó plena sujeción a la Ley 546 de 1999 y que, por lo mismo, se vio indebidamente incrementada por un error en el cómputo de esos factores.

Total fue, por lo tanto, la orfandad probatoria en que quedó la alegación de los actores, relativa a la ocurrencia de hechos sobrevinientes al crédito, que afectaron su equilibrio económico en perjuicio de ellos.

5.3.7. Al respecto, es del caso añadir que el acogimiento de la revisión contractual perseguida, mal podría estar soportado en el advenimiento de circunstancias tan generales y abstractas como las señaladas en la demanda, referidas al indebido manejo tanto por parte de las autoridades monetarias, como de los bancos, del sistema de crédito expresado en UVR; al aumento desmesurado de estas unidades de cuenta; a la recesión económica experimentada en la región donde residen los demandantes; y/o a los bajos ingresos de los colombianos.

El éxito de la acción exigía la comprobación de esas eventualidades y, sobre todo, de que ellas incidieron de manera real y cierta, en el alcance económico de las prestaciones periódicas pendientes de ejecutarse. No bastaba con la mera alegación de ellas, que, en últimas, fue lo que aconteció en este proceso.

5.3.8. Resultado de todo lo anterior, es que el requisito axiológico en estudio no se cumple en el caso *sub lite*.

6. La ausencia de la condición precedentemente analizada, permite afirmar el fracaso de la acción y releva a

la Corte del estudio de las excepciones alegadas por el banco.

7. En definitiva, se negarán la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda; se declarará probada la objeción por error grave, que contra el dictamen pericial rendido en el curso de lo actuado propuso el banco accionado, con las medidas que le son consecuentes; y se condenará al pago de las costas de ambas instancias, a los actores. En las de segunda, por concepto de agencias en derecho, se fijará la suma de \$7.600.000.00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 8 de agosto de 2012, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil - Familia, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído; y en sede de segunda instancia, **REVOCA** la de primer grado; y en su lugar, **RESUELVE**:

Primero: **NEGAR** las pretensiones elevadas en la demanda.

Segundo: **DECLARAR PROBADA** la objeción que, por error grave, propuso el banco convocado contra el dictamen pericial rendido como prueba en el curso de lo actuado.

No hay, por ende, lugar al pago de los honorarios fijados al auxiliar de la justicia. De haber sido consignados, devuélvanse los mismos a quien los sufragó. Si se entregaron al perito, se ordena a éste reintegrar la suma que hubiere recibido.

Tercero: **CONDENAR** en las costas de ambas instancias, a los actores. Tásense en oportunidad. En la liquidación de las de segunda, que habrá de realizar la secretaría del *ad quem*, inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma de \$7.600.000.00.

Cuarto: Sin costas en casación, por la prosperidad del recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA