



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC832-2019

Radicación n° 17001-31-03-003-2008-00216-01

(Aprobada en sesión de cinco de septiembre de dos mil dieciocho)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Procede la Corte, en sede de instancia, a dictar la sentencia sustitutiva de la proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario de Ana Beatriz García Botero contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.

I.- ANTECEDENTES

1.- La accionante pidió declarar que el contrato de mutuo N° 02702875-4 adquirido con el Banco Central Hipotecario el 17 de enero de 1997, fue cedido por transferencia de activos al Banco Granahorrar donde se le

asignó el N° 301300078805, entidad que a su vez fue absorbida por la demandada y lo recodificó con el N° 0013-0442-94-9670078804. Así mismo, que la acreedora incurrió en el reiterado incumplimiento de estipulaciones y disposiciones reguladoras que se reflejó en una sobrefacturación de \$106'830.220 o 605.225,7903 UVR al 9 de junio de 2008, por lo que no era cierto el saldo de la obligación en esa data estimado en \$61'157.782, equivalentes a 346.477,4953 UVR, ya que en realidad correspondía a \$45'672.438, esto es 258.748,2950 UVR, pero a su favor y constituyen cobro de intereses en exceso al tenor del artículo 68 de la Ley 45 de 1990, por lo que se deben aplicar las sanciones del artículo 72 ibídem.

En consecuencia pide el reconocimiento de lo pagado demás, incrementado en una suma igual, con sus intereses desde la causación hasta el pago. Fuera de eso, que los desembolsos parciales que haga la promotora desde la presentación del libelo y hasta la culminación del pleito, sean tomados como intereses en exceso, en su totalidad, que debe reintegrar doblados y con réditos desde el pago de cada cuota hasta su satisfacción.

Informa que el crédito fue de vivienda por \$55'000.000, a satisfacer en 180 meses, pero durante su ejecución se diferencian tres etapas, la primera del 17 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1999, con sistema de financiación en moneda legal y capitalización de intereses, estos correspondientes al DTF equivalente anual trimestre anticipado más 8.50%, así como un régimen general

regulador conforme a los artículos 626 y 864 del Código de Comercio, 1624 y 1627 del Civil, y especial del 46, 97, 98-4.1 inciso 2°, 102-2°, 121 inciso 1°, 121-2°-b), 121 parágrafo, 137-1°, 184-3° y 184-4° del Decreto 663 de 1993, Decreto 384 de 1993 y artículos 64, 68, 69 y 72 de la Ley 45 de 1990; la segunda consistente en la reliquidación por dicho período en UVR en los términos del artículo 41 de la Ley 546 de 1999, el Decreto 2702 de 1999 y las Circulares externas N° 007 y 048 de 2000 de la Superintendencia Bancaria; la última a partir del 1° de enero de 2000 con sistema de moneda legal sin capitalización de intereses, ni reputar como tales las sumas en que se incremente el capital insoluto que no excedan a las variaciones de las UVR durante el período, y la tasa inicialmente pactada, según disponen los artículos 17-2°, 19 y 39 de la Ley 546 de 1999; 46, 97, 98-4°.1, 120-2°, 137-1°, 184-3° y 184-4° del Decreto 663 de 1993; y 68, 69 y 72 de la Ley 45 de 1990; además del mandato obligatorio de las sentencias C-955 y C-1140 de 2000 de la Corte Constitucional.

Sin embargo, el acreedor durante el primer período incumplió sus obligaciones al aplicar una tasa porcentual mayor a la pactada, para incurrir en *«sobrefacturaciones de los intereses de plazo y, con ello, en capitalizaciones de esas sobrefacturaciones y en sobrefacturaciones de los saldos cobrados»*, si se tiene en cuenta que *«no podía capitalizar los intereses sino al cabo de un año de su causación, por así haberlo dispuesto el art. 121-2°-b) del EOSF»*; no hizo contratación pública de los seguros colectivos de vida, incendio y terremoto, fuera de que según *«lo establecido en*

el art. 120-2° del EOSF» en los dos últimos riesgos debía estar cubierto el valor destructible del bien, esto es, luego de deducir «el avalúo de la parte alícuota del lote de implantación», lo que no se dio, eso sin descontar que las primas del seguro de vida quedaban afectadas por la «sobrefacturación» del crédito, todo lo cual las hacía inaplicables y de imposible recuperación. En adición, al liquidar intereses moratorios, también se excedió en igual proporción por «las sobrefacturaciones de los saldos».

Ya en la etapa de reliquidación no se consignaron los datos requeridos para elaborarla, por lo que resulta deficiente, todo eso a pesar de que la deudora cumplió con sus deberes guiada por el principio de la buena fe.

2.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. se opuso y formuló las defensas que denominó *«falta de legitimación en la causa por pasiva», «insuficiencia o ausencia del derecho de postulación», «cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte del BBVA», «ausencia de elementos generadores de responsabilidad civil contractual», «ausencia de prueba», «cosa juzgada constitucional», «autonomía de la voluntad», «irretroactividad de la sentencia C-747 de 1999», «pago», «carga de la prueba», «ausencia o indebida acumulación de pretensiones» y «no haberse agotado válidamente el requisito de procedibilidad contenido en la Ley 640 de 2001»* (fls. 144 a 170 cno. 1).

3.- El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales absolvió a la entidad financiera y apeló la gestora (folios 308

al 324 cno 1).

4.- El superior confirmó lo dispuesto porque, dada la naturaleza unilateral del contrato de mutuo celebrado entre los litigantes, no era posible la existencia de responsabilidad surgida de dicho convenio. Además, porque la entidad financiera acreedora ejecutó el acuerdo de voluntades con estricta sujeción al ordenamiento jurídico vigente en esa época y, por último, la responsabilidad por el pago de los perjuicios derivados del cambio de régimen legal para los créditos de vivienda fue asumida por el Estado (fls. 92 al 133 cno. 4).

5.- La Corte, al desatar la impugnación extraordinaria de la accionante, casó la sentencia del *ad quem* por la patente discrepancia entre el fallo atacado y los aspectos puntuales que se sometieron a decisión judicial, pero decretó de oficio varias pruebas antes de proferir la determinación de remplazo, las que fueron recaudadas (fls. 204 al 543).

II.- FUNDAMENTOS DEL A QUO

A pesar de que el contrato de mutuo es unilateral eso no quiere decir que una vez hecho el desembolso por la entidad financiera ésta se libere de toda responsabilidad, puesto que debe obrar con probidad en el desarrollo del tracto sucesivo al facturar lo que realmente se debe e imputar en debida forma los pagos o abonos que haga el deudor, con sujeción a la normativa vigente y las directrices

que orientan las políticas crediticias.

Para el caso hay que escudriñar el incumplimiento de la opositora en cuatro temas, a saber *«momento a partir del cual tienen efecto las sentencias que declararon inconstitucionales los conceptos DTF y capitalización de intereses»*, *«obligación de devolver lo cobrado en exceso por capitalización de intereses con antelación a la Ley de Vivienda»*, *«incidencia en la liquidación del crédito de lo previsto en el artículo 884 del C. de Comercio»* y *«forma de liquidar los intereses remuneratorios en este tipo de créditos»*.

Es imposible enjuiciar a la contradictora por la forma como, antes de entrar en vigencia la Ley 546 de 1999, procedió a la liquidación de los costos financieros, la inclusión del DTF en el cálculo de los intereses remuneratorios y la capitalización de éstos, por cuanto la normatividad aplicable en esa época lo permitía, fuera de que las sentencias de la Corte Constitucional que trataron el tema y retiraron del ordenamiento algunos preceptos surtieron efectos a futuro y no en forma retrospectiva, como lo ha entendido la Sala Civil Familia del Tribunal de Manizales en sentencias de 8 de julio de 2008, 29 de junio, 2 de septiembre y 26 de octubre de 2009, 20 de abril y 8 de junio de 2010.

En conclusión, no era dable predicar que la acreedora tenía que estarse a los límites del artículo 884 del Código de Comercio, pues sólo debía respetar los máximos previstos para créditos de vivienda y el artículo 72 de la Ley 45 de

1990.

El mutuo que origina la reclamación consiste en un «*crédito para vivienda a largo plazo, en el que se previó un interés compuesto: Corrección monetaria más interés remuneratorio y que se debió regir por los Decretos 677 y 1229 de 1972 y, en lo pertinente por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Ley 45 de 1990*», normativa que interpretada según la línea trazada por el superior «*en estos créditos en UPAC tanto los ahorros como los préstamos tenían dispuesto reajuste periódicamente de acuerdo con la fluctuación de la moneda, por lo que la liquidación de costos financieros correspondientes a corrección monetaria e intereses, se hacía sobre el capital principal reajustado*», lo que no genera responsabilidad «*el obrar de conformidad con la normativa que reguló en su momento el sistema UPAC, que involucraba la liquidación de intereses sobre capitales reajustados, de tal suerte que a la par de cobrar el rendimiento se mantuviera actualizado el capital prestado, lo que a la postre permitía la capitalización de intereses*» bajo un amparo regulatorio que perdió vigencia con la expedición de la Ley 546 de 1999.

El que se declarara inconstitucional el vínculo de la tasa de interés remuneratorio a la DTF, fuera de que en su momento estuvo consentido por la ley, fue objeto de resarcimiento por vía de reliquidación y el abono de la diferencia con recursos estatales, bajo vigilancia de la Superintendencia Bancaria, como aconteció en este evento donde dicho trámite arrojó un monto de \$9'246.013,17 que

se hizo efectivo a favor de la deudora, sin demostrar que con posterioridad al 31 de diciembre de 1999 se capitalizaron intereses ya que en el histórico de pagos *«ciertamente el capital, expresado en UVR y luego del 1 de enero de 2000, siempre estuvo decreciendo»* y con posterioridad a esa fecha *«en ningún momento se ha impedido que se cobren como costos financieros de la obligación, entre otros, la corrección monetaria preservada con el cobro en UVR y los intereses remuneratorios a la tasa establecida por ley, que en materia de estos créditos es una tasa especial»*.

Es más, al estar asentida la capitalización de intereses no debía considerarse en las reliquidaciones, ya que si en CC C-747/99 se declaró inexecutable el numeral tercero del artículo 121 del Decreto 663 de 1993 y la expresión *«que contemplen la capitalización de intereses»* del numeral primero id., para los créditos de vivienda, los efectos del fallo se difirieron al 20 de junio de 2000, mientras se expedía la regulación marco y con la promulgación de la Ley 546 de 1999 se excluyó del ordenamiento *«la capitalización de intereses en los créditos para la adquisición de vivienda»* que se *«concedieran a partir de su vigencia, sin afectar los créditos ya otorgados, los cuales se reliquidaban solamente para eliminar el componente de la DTF, no la capitalización de intereses»*, que fue como se procedió con el mutuo en referencia al depurar *«la DTF en todos y cada uno de los pagos realizados por la deudora antes del 31 de diciembre de 1999»* como aparece en la reliquidación que allegó la misma accionante y que se ajusta a los lineamientos

exigidos por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera).

Frente al cobro de intereses por encima de los topes estatuidos en la ley comercial, no son aplicables las sanciones de que tratan los artículos 884 del Código de Comercio y 111 de la Ley 510 de 1999, en vista de que se pactó el interés remuneratorio y su cálculo en *«créditos de vivienda es especial»* de ahí que los reparos en ese sentido se estudian bajo los parámetros del artículo 72 de la Ley 45 de 1990, *«teniendo como límites de las tasas de intereses las autorizadas por la Junta Directiva del Banco de la República»*, acorde con lo expuesto en CC C-252/98.

A pesar de que el informe financiero allegado en un comienzo previene que el Banco no liquidó conforme a derecho el crédito de la gestora, con ello no se desvirtúa lo anterior *«en tanto que parte el perito del supuesto que los costos financieros debían liquidarse en pesos, en que nunca debió la entidad capitalizar intereses y por ende depuran la obligación en este sentido desde sus inicios»*, fuera de que fija los intereses *«a la última tasa autorizada para este tipo de créditos, desconociendo que en su momento eran otros los parámetros de ley para tales liquidaciones a la que estaban sujetos las entidades crediticias involucradas»*.

III.- LA APELACIÓN

Cometió desacierto el *a quo* al centrar su estudio en la suposición de una obligación denominada en UPAC cuando en el pagaré N° 027002875-4 figura que la financiación se

estipuló en pesos, con tasa de interés variable igual a DTF nominal anual trimestre anticipado +8.50 puntos.

Como la juzgadora acogió la tesis de su superior en varios fallos, se critican las teorías allí contenidas para resaltar que a pesar de que se aportaron algunos documentos en copias no se les puede negar autenticidad *«lo cual no implica que a sus contenidos se les adjudique el atributo de veracidad»*, fuera de que el carácter unilateral del mutuo no impide que al accipiens se le exija una conducta al margen del capricho o la arbitrariedad, así como la debida imputación de pagos, lo que conlleva la posibilidad de reclamar por problemas de sobrefacturación o pago excesivo, aún después de que éste fue total.

Es un grave *«error de juicio del Tribunal poner a imperar las normas generales del contrato de mutuo en desmedro de las normas especiales que rigen su cobro, pago y facturación, por su naturaleza jurídica de título valor, pagaré»*, sin darle relevancia al principio de ejecución contractual de buena fe de los artículos 835 y 871 del Código de Comercio, así como del 1602 al 1604 del Código Civil, con desconocimiento del derecho a la reparación integral del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política.

Las críticas a esos precedentes se extienden a que *«el Tribunal ha sostenido que el inciso 2° del art. 98-4.1 del EOSF sólo consagra deberes generales y facultativos»*, siendo que el incumplimiento de la unidad de medida pactada

puede constituir tipos penales; la *«errónea interpretación del instituto jurídico de la responsabilidad contractual»* a partir del artículo 1604 del Código Civil, cuando deja al margen lo relacionado con la ejecución financiera del contrato de mutuo afectado de sobrefacturaciones; y *«una errónea interpretación del artículo 183 del C.P.C.»* al exigir la acreditación como profesional especializado de quien realizó el informe aportado con el libelo, sin que lo ordene la ley.

La sustentación concreta de la alzada se edifica en los mismos reparos, bajo el entendido de que el contrato de mutuo queda instrumentado en un pagaré bajo las directrices del Código de Comercio, en lo que se refiere a los títulos valores, sin que pueda el legítimo detentador sustraerse del contenido de las cláusulas, por lo que según dispone el artículo 624 del estatuto mercantil *«cuando se produce el pago total (bajo la óptica del tenedor del título), y con la subsecuente entrega del título, desaparece la legitimación del último tenedor, pero no desaparece el derecho del antiguo deudor de reclamar posteriormente asuntos referidos a sobrefacturaciones o pagos excesivos»*.

El artículo 121 del Decreto 663 de 1993, en su primer numeral, autorizó a los establecimientos financieros realizar operaciones de crédito con capitalización de intereses y en el segundo abrió en dos los sistemas alternativos en operaciones de mediano y largo plazo denominados en moneda legal, norma especial como está consignado en el encabezado del capítulo I de la cuarta parte de esa compilación, de forzosa aplicación y que obligaba a respetar

el artículo 886 del Código de Comercio bajo la perspectiva de que *«la capitalización de intereses devengados no percibidos, para optar a la calificación de operación autorizada y no generar sobrefacturaciones por este concepto, debía completar por lo menos un tiempo de espera de un (1) año a partir de su causación»*, lo que exigía la implementación de una metodología que *«permitiese visualizar la idoneidad del procedimiento aplicado y que impidiese incurrir en el quebrantamiento de la norma reguladora de la capitalización de intereses, art. 121-2°-b)»*, que solo tuvo efectos en créditos de financiación de vivienda en todas sus modalidades hasta el 31 de diciembre de ese año cuando empezó a regir la Ley 546 de 1999, donde se abolió.

Eso sí, no se incurre en capitalización de intereses *«cuando se aplica una metodología consistente en impedir que el capital insoluto se incremente en sumas que excedan a la compensación por la inflación, lo cual es coherente, pues la compensación por la inflación del capital insoluto hace parte del capital y no de los intereses»*.

Por corresponder los créditos para adquisición de vivienda contenidos en pagarés a contratos por adhesión, como se indicó en CC C-955/00, su hermenéutica debe hacerse bajo las directrices de la CSJ SC 4 nov. 2009 y los artículos 1624 del Código Civil, 626 del Código de Comercio, 98-4.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 333 inciso cuarto de la Constitución Política, las dos últimas que se refieren a la proscripción del abuso de la posición

dominante.

El artículo 121-3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fijaba las tasas máximas de intereses en el plazo y mora para dicha clase de obligaciones con sistemas de amortización a largo plazo, los iniciales, acorde con el artículo 64 de la Ley 45 de 1990, en el límite del 884 del Código de Comercio, esto es, *«una vez el interés bancario corriente»*. Y si la ejecución financiera se estipulaba en amortización por cuotas mensuales, *«habrá de entenderse que la aplicación de las normas reguladoras igualmente se deberá hacer escalonamiento por escalonamiento y que la tasa máxima será la vigente en la fecha de inicio del escalonamiento liquidado o facturado»*.

Es más, si bien la Ley 45 de 1990 se expidió en una época de liberación de tasas, en el artículo 64 se estableció un límite especial para evitar un desbordamiento *«de los costos financieros de las obligaciones a largo plazo que derivaran en insolvencia del sistema por la arista de los deudores»*, con el agregado de que en ese entorno *«las tasas de interés de los préstamos para adquisición de vivienda estaban cuantitativamente reguladas por la Junta Monetaria, organismo que fijaba las tasas máximas que debían estipular las corporaciones de ahorro y vivienda en función del valor comercial de la vivienda adquirida»*.

Ya a partir del 3 de septiembre de 2000, según Resolución Externa N° 14 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, la tasa máxima remuneratoria en

créditos de adquisición de vivienda quedó en 13.92% efectivo anual adicional a la tasa de variación anualizada de la UVR durante el escalonamiento, lo que se aplicaría a los créditos denominados en pesos. Por demás, el artículo 17-2 de la Ley 546 de 1999 previó la continuidad de la tasa de interés remuneratoria durante la vigencia del crédito, por lo que era revisable a la baja según acuerdo entre las partes, pero nunca al alza, fuera de que en el inciso segundo del artículo 39 ibídem *«se establece que los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas, así como las garantías de las mismas, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entenderían por su equivalencia, en UVR, por ministerio de esa ley»*, pero con prevalencia del precepto anterior, ya que la redenominación de pesos a UVR debía hacerse de consuno, manteniendo la tasa sin incrementos ni perjuicio de la revisión a la baja, como se precisó en CC T-1186-05.

En lo que respecta a los costos adicionales, el artículo *«120-2 del EOSF dispone que las primas de seguros de incendio y terremoto se cobrarán con base máxima en el valor destructible del inmueble»*, por lo que es descontable *«el valor del lote de implantación»* y las de seguro de vida *«se cobrarán con base máxima en el saldo insoluto del crédito»*, valores que deben observar principios técnicos de equidad y suficiencia, así como las exigencias de homogeneidad y representatividad, que de ser inobservados conducen a la inutilización de las pólizas, según los numerales 3 y 4 del artículo 184 ejusdem, todo bajo un régimen de libertad de competencia a la luz del artículo 100 id y con la salvedad de

que a partir de la expedición del Decreto 384 de 1993 se obligó a la contratación de los seguros colectivos de deudores por concurso, de ahí que para *«legitimar el valor del cobro de las primas de seguros, las instituciones crediticias requerían haber acreditado ante la Superintendencia Bancaria el cumplimiento de los anteriores requisitos, so pena de que estos valores no pudiesen ser ni cobrados ni facturados por carecer el acto de cobrar de los requisitos legales para su legitimación»*.

La reliquidación dispuesta en los artículos 40, 41 y 42 de la Ley 546 de 1999 se estableció para reducir el saldo de las deudas hipotecarias de vivienda por la *«diferencia entre la corrección monetaria realmente pagada, menos la corrección monetaria que hubiere resultado de aplicar las UVR y, en el caso de los pagarés con tasa de interés ligada a la DTF, devolver el valor excesivo de la DTF sobre la inflación»*, en una correcta aplicación de la fórmula del Decreto 2702 de 1999, sin que la realización de dicho trámite conllevara el saneamiento de los problemas de sobrefacturación que trajeran, pues la axiología natural de la norma partía de la base de que los saldos *«estaban conformes a derecho»* y, de no ser así, la entidad financiera incurriría en el delito de peculado por apropiación *«con actuación al menos culposa del juez que avale tal proceder»*.

La contraparte no objetó la experticia allegada con la demanda y ni siquiera pidió complementarla o aclararla, por lo que al cumplir con las exigencias del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, daba fe de las modalidades

de sobrefacturación de tasas de interés de plazo y mora, seguros, capitalización de intereses, así como en la reliquidación y redenominación.

Los intereses se pactaron en el DTF nominal anual anticipado +8.50%, pero los bancos aplicaron una fórmula distinta, así mismo a partir del 1 de enero de 2000 «*so pretexto de la aplicación de la redenominación en UVR, incrementaron unilateral y abusivamente la tasa spread del 8.50% al 11.92%*», fuera de que redenominaron el crédito de pesos a UVR, todo lo que se evidencia en el trabajo del perito donde se aplicó la fórmula en la forma convenida del 17 de enero de 1997 al 18 de julio de 2006, «*fecha en la cual el crédito quedó realmente pagado en sus componentes de capital, intereses y servicios vinculados*».

La opositora por su lado en la liquidación no aplicó el «*artículo 121-2°-b) del EOSF*» al proceder a capitalizar los intereses en el mes siguiente a la causación de los no percibidos y así se reveló en el informe donde «*solo capitalizó los intereses causados no percibidos al cabo de un año de su causación*». Fuera de eso, brillan por su ausencia los estudios que exige el «*art. 184-3° ib*» para el debido cobro y facturación de las primas de seguro, aspecto que ni siquiera tuvo en cuenta el experto ya que «*imputó las primas de los seguros de incendio terremoto en valores iguales a los facturados y las primas de los seguros de vida en proporción directa de los saldos totales*».

Todas esas sobrefacturaciones implicaron que la

reliquidación quedara mal hecha, sin que fuera suficiente con que se aplicara la metodología establecida en la Circular Externa N° 007 de 2000 de la Superintendencia Bancaria, pues si la información no era correcta el resultado fue inexacto.

La responsabilidad contractual para el caso tiene su fundamento en el artículo 1604 del Código Civil, bajo una regla de distribución en materia de carga de la prueba ya que *«quien alegue haber actuado con la diligencia o el cuidado requeridos en razón de la calificación de la culpa exigida para su conducta contractual (grave, leve o levísima) deberá probar esa diligencia»* y si bien ambas partes reportaron beneficios de la ejecución financiera del crédito, responsabilizándose ambos de la culpa leve en dicho lapso, lo cierto es que el vínculo fue de adhesión *«lo que implica un quiebre de las responsabilidades contractuales en contra de quien dicta las cláusulas no suficiente y oportunamente explicadas, para dar paso preferente a la interpretación a favor del deudor del art. 1624 del C.C.»*, máxime cuando no le estaba permitido a la acreedora incluir cláusulas abusivas que quebraran el equilibrio financiero en abuso de la posición dominante, de ahí que ésta incurrió en culpa grave y dolo con todos los comportamientos endilgados, para incursionar incluso en las conductas ilícitas de los artículos 299 y 300 del Código Penal y 231 del derogado Decreto 100 de 1980.

La irregularidad del proceder tuvo una relación directa de causalidad con el perjuicio económico sufrido por el

deudor, al corte del 9 de junio de 2008, de \$45'672.438, equivalentes a 258.748,2950 UVR, lo que da lugar a aplicar el artículo 72 de la Ley 45 de 1980 en las sanciones por cobros excesivos expresamente reclamados, visto en concordancia con el artículo 67 de la Ley 45 de 1990.

IV.- CONSIDERACIONES

1.- La relación procesal se ha constituido en legal forma, sin que se observen vicios en la actuación o algún impedimento para decidir de fondo. Como la alzada es provocada sólo por la accionante se tendrán en cuenta las limitaciones del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, sin que haya lugar a «*enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso*» salvo que sea «*indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados*» con la decisión.

2.- Aun cuando los cuestionamientos de la apelante sobre la fuente de la responsabilidad endilgada se dirigen más a confrontar la reiterada posición del Tribunal de Manizales sobre la unilateralidad del contrato de mutuo y la inviabilidad del tipo de acción promovida, que al criterio asumido por la falladora de primer grado consistentes en gran medida con sus argumentos, se reproducen al respecto en extenso las consideraciones que llevaron a hacer una rectificación doctrinaria en el fallo que casó la determinación del *ad quem*, por su relevancia:

Las calidades del préstamo de consumo, como contrato real que

se perfecciona con la tradición de las cosas fungibles que se entregan, con cargo de que se restituyan “otras tantas del mismo género y calidad”, conforme la definición del artículo 2221 del Código Civil, no son materia de discusión y tienen plena aplicación en el campo mercantil y financiero, tal como lo señaló el sentenciador.

Es así como la Corte al diferenciar dicho acuerdo de voluntades con la promesa de celebrarlo, estando de por medio una entidad bancaria, recordó que “el carácter real del mutuo, ‘contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad’, en tanto no se ‘perfecciona’, nace, existe o constituye, ‘sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio’ (artículos 2221 y 2222 del Código Civil), es decir, la figura legis, exige essentialia negotia, para su existencia o constitución (quoad constitutionem), la entrega de la cosa prestada a título de tradición ‘de manera real o material, como también en forma ficta o alegórica, atendidas las modalidades que enuncia el artículo 754 del Código Civil’ (cas. civ. sentencia de 22 de marzo de 2000, [S-031-2000], exp 5335), con la cual se transfiere la propiedad (mutui datio), por el mutuante al mutuario, quien las recibe no ‘para usarlas y devolverlas, sino para consumirlas, natural o jurídicamente, con cargo a devolver otras de la misma especie y calidad’ (cas. civ. sentencia del 27 de marzo de 1998, exp. 4798, CLII, 649-650), esto es, estricto sensu, versa sobre cosas fungibles, sustituibles e intercambiables por otras entre sí, y susceptibles de consumición, cuyo dominio se adquiere, con el deber de restituir igual cantidad de su misma especie y calidad (...) La cuestión central de este contrato, se remite, por tanto, a la tradición cuanto presupuesto iuris imprescindible para la constitución del mutuo, consistente en la entrega a tal título de determinada cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otro tanto de idéntico género y calidad” (sentencia del 18 de agosto de 2010, exp. 2002-00016).

Tampoco admite reparo el carácter unilateral del mutuo, circunstancia que imposibilita aplicarle al mismo normas consagradas únicamente para pactos bilaterales, como lo son el artículo 1546 del Código Civil, sobre la condición resolutoria por incumplimiento, o el 1609 del mismo estatuto, relacionado con la excepción de contrato no cumplido, aspectos a los que se refiere pronunciamiento de la Corte que se cita como sustento de la decisión atacada.

En esa oportunidad la Sala observó que “si bien el sentenciador reconoció que el mutuo era de carácter unilateral, pues al ser también real (artículos 1500 y 2221 del Código Civil), el mutuante cumplía su obligación entregando la cosa que constituye la materia del contrato, equivocadamente, al declarar fundada la citada excepción (artículo 1609, ibídem), inclusive, al subsumir el asunto en una de las hipótesis contempladas en el artículo 1546, éjusdem, pasó por alto que las sanciones en dichos preceptos previstas eran predicables únicamente de los contratos ‘bilaterales’ (...) Desde luego que a diferencia de los actos jurídicos unilaterales, en los cuales para su conclusión se requiere el concurso de una sola voluntad, los contratos son siempre un acto jurídico bilateral en su formación, pero en sus efectos, según las obligaciones emergentes, pueden ser unilaterales o bilaterales. Por esto, el artículo 1496 del Código Civil define el contrato ‘unilateral’ como aquel en que ‘una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna’ y ‘bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente’ (...) Si el Tribunal, en consecuencia, dejó sentado que el caso giraba alrededor de un contrato de mutuo comercial, resulta diáfano que las sanciones previstas en dichas disposiciones no serían aplicables, porque como se dijo, las mismas eran predicables únicamente de los contratos bilaterales. (...) Por supuesto que como lo tiene dicho la Corte, el contrato de mutuo ‘es un contrato unilateral. Como real, que también es, no

se perfecciona sino por la entrega de su objeto (...). Sin la entrega no hay contrato y sólo por ella él existe, con ella y por virtud de ella nace. No es jurídicamente admisible la acción resolutoria. Tanto el artículo 1546 como el 1609 del C. C. comienza diciendo: ‘En los contratos bilaterales’ para establecer aquél la condición resolutoria tácita y para establecer éste la mencionada excepción de contrato no cumplido. Son inaplicables, en fuerza de estas claras y consabidas nociones, a un contrato unilateral’ (sentencia de 3 de junio de 1947, LXII-429) (...) Doctrina jurisprudencial que es aplicable al caso, porque si bien el Código de Comercio no define el contrato de mutuo, por la remisión establecida en el artículo 822 del mismo estatuto, la noción que respecto de dicho contrato trae el Código Civil en el artículo 2221, sirve a los propósitos de este proceso. Por esto, debe seguirse que el mutuo comercial, al igual que el civil, es un contrato de naturaleza real” (sentencia del 12 de diciembre de 2006, exp. 1999-00238).

Es desatinada la apreciación que hizo el juzgador de los precedentes jurisprudenciales en que se apoya, en el entendimiento de que “el contrato celebrado entre la demandante y el Banco Central Hipotecario (que originó el título valor luego negociado al Banco Granahorrar S.A.; entidad posteriormente absorbida sin liquidarse por el Banco BBVA Colombia, fue un mutuo; cuya naturaleza (como se analizó a espacio en acápite anterior), es la de un ‘contrato unilateral’, que no generó obligaciones para la parte mutuante. Por lo cual no es jurídicamente viable montar sobre el referido contrato, un proceso de responsabilidad civil contractual por incumplimiento del referido acuerdo de voluntades”, por haberles dado unos alcances apartados de su contenido y sentido.

Lo anterior, en consideración a que con tal parecer pasó por alto la verdadera esencia del pleito, consistente en obtener el reembolso de lo pagado en exceso, por la deudora en obligación hipotecaria, al no tener en cuenta que las cláusulas del título

valor debían interpretarse con las limitaciones legales que regían los créditos de vivienda, al momento del desembolso; además de que la operación se pactó en pesos y no en UPAC, como erróneamente lo interpretó; y que se solicitó aplicar las sanciones establecidas en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990, atinentes al pago excesivo de intereses.

La procedencia de esos reclamos por la vía ordinaria propuesta, independientemente de la denominación que le dio la accionante, tiene su razón de ser en las disposiciones civiles y mercantiles que establecen las consecuencias del pago realizado más allá de lo debido y de las disposiciones que establecen las penalidades por el desmesurado cobro de los réditos en materia mercantil.

En relación con el contrato de mutuo y su unilateralidad, esta calidad en nada riñe con la posibilidad de que los deudores de créditos de vivienda reclamen por la imputación inadecuada de los pagos realizados o por los errores en la facturación periódica convenida, con mayor razón cuando estas transacciones se encuentran atadas a factores como el DTF, las tasas de interés o el IPC; la aplicación de fórmulas de matemática financiera; así como las conversiones monetarias en UPAC o UVR, en su momento.

Las anteriores variables, citadas a manera de ejemplo, presentan un grado de complejidad para los usuarios del sistema financiero, que las hace difícilmente asimilables. Incluso pueden llegar a generarles desconfianza, debido al detrimento patrimonial que les ocasione una indebida aplicación en la liquidación de los créditos.

Tal incertidumbre de afectación, legitima a los obligados para reclamar frente a cualquier desafuero cometido, sin que el hecho de que se aduzca el incumplimiento de los deberes emanados del acuerdo implique el ejercicio de una acción resolutoria, esta sí

ajena al mutuo.

En estos términos se pronunció la Corte al precisar que “[s]i bien es cierto que el recurrente parte de un supuesto verdadero, como es el consistente en que las obligaciones derivadas del contrato de mutuo y consignadas en sendos pagarés se extinguieron por causa de pago, no lo es menos que se equivoca en la conclusión que de allí extrae para opugnar que el fallador haya aceptado la demanda con respaldo en el incumplimiento contractual atribuido a la demandada por haber recibido intereses en el mutuo que sobrepasan los límites dispuestos en las normas mercantiles o una suma mayor por concepto de prima del seguro, pues que a fin de demandar la restitución de parte del dinero pagado con causa en la sanción legal derivada de ese hecho o en el pago de lo no debido respectivamente, no resulta incidente el carácter unilateral del contrato de mutuo que sirvió de fuente de las obligaciones consignadas en los susodichos títulos valores (...) En efecto, esencialmente el cargo que se le imputa a la compañía demandada tiene origen en la forma en que ésta estableció y liquidó los intereses del préstamo de dinero efectuado a los demandantes y la prima del seguro del vehículo a cuya compra estaba destinado aquél, por la cual la acreedora recibió unos pagos ilegales y excesivos por tales conceptos. Así delineado el cuadro de instancia, tal como emerge de la sustentación de la demanda que dio origen a este proceso, resulta palmario que el litigio se contrae a definir el derecho de los demandantes a obtener la restitución de los intereses pagados como consecuencia de la sanción legal prevista a la sazón en el artículo 884 del C. de Comercio, cuanto que sobrepasaron las tasas de interés legalmente permitidas, y del mayor valor pagado por concepto de la referida prima, lo que en nada se asemeja a la formulación de una petición de resolución del contrato de mutuo (...) En esas condiciones, el escenario fáctico y jurídico en que se desenvuelve el presente conflicto de intereses no queda atado en modo alguno al carácter unilateral predicable del contrato de

mutuo fuente de las obligaciones disputadas, puesto que lo que se imputa a la parte mutuante y se le reclama en este proceso es la restitución de lo que recibió de manera ilegal o en exceso, por vía del pago efectuado para extinguir aquéllas (...) Es indudable, entonces, que la acción de repetición deprecada simplemente mira al mutuante como la persona beneficiaria de la solución o el cumplimiento de las obligaciones, a propósito de la cual recibió el pago de intereses prohibidos y otros conceptos que, por carecer de causa legal o contractual, no estaban ni podían estar incluidos en aquéllas, generándose el derecho de los deudores a obtener las restituciones correspondientes (...) En esos términos, la acción aquí instaurada no se asimila a la de resolución del contrato de mutuo, ni fue examinada por el sentenciador desde esa óptica, lo cual no se desvanece por la circunstancia de que tanto los actores en la formulación de sus pretensiones como el sentenciador en el fallo impugnado hayan aludido y acuñado el término ‘incumplimiento’ del contrato de mutuo como base de tales pretensiones; ciertamente que el empleo de esa expresión en la demanda, según el contexto de ésta, no pasa de ser un error de denominación que, empero, no alcanza a romper la verdadera sustancia de los derechos objeto de disputa judicial” (sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 7400).

Eso sin dejar de lado que la actividad financiera es de orden público, conforme al artículo 335 de la Constitución Política, precepto que faculta la intervención del Estado en ese campo con el fin de democratizar el crédito y, por ende, establecer parámetros que prevengan el abuso de la posición dominante por parte de los bancos, mediante normas como son las relacionadas con el establecimiento de toques a las tasas de interés y la imputación de pagos, cuya desatención en el desarrollo contractual en el que inciden, justifica la puesta en marcha de la administración de justicia, cuando a ella acude el obligado como parte débil de la relación.

En ese sentido la Sala expuso que “[l]os contratos de mutuo celebrados con entidades financieras, es cierto, no están abandonados totalmente a la autonomía de la voluntad, toda vez que encuentran ciertos límites, en lo que interesa al caso, entre otros, a las aplicaciones de los pagos efectuados por los deudores, pues al considerar que éstos constituyen la parte más débil del contrato, no puede dejarse al arbitrio de los acreedores calificados, como los establecimientos de crédito, entre otros, señalar las tasas de interés, ni imputar los abonos que reciben como a bien lo tengan (...) Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige (...) Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica” (sentencia del 14 de diciembre de 2011, exp. 2001-01489)

3.- Toda vez que la juzgadora de primer grado entró a analizar el tema sometido a debate desde una óptica según la cual *«[b]ajo el imperio de nuestra actual Constitución, la concepción fría del contrato de mutuo que otrora permitía suponer que ninguna obligación nacía para el mutuante, resulta injustificada y, por el contrario, obliga a que tal negocio se realice con estricta sujeción a la normativa vigente y directrices que orienten las políticas crediticias, amén de buscar el equilibrio contractual»*, quiere decir que ninguna trascendencia tuvo en la definición del asunto la naturaleza unilateral del nexo ni los lineamientos que en ese sentido había esbozado el Tribunal de ese Distrito Judicial, por lo que no amerita profundizar sobre el extenso desarrollo de la apelante en un tema que resultó pacífico en primera instancia, como era la procedencia de sus reclamos por la vía escogida.

En vista de lo anterior, la discordia se ciñe a la deducción de que no hay lugar a ningún recobro por sobrefacturación ni a la imposición de las sanciones consecuenciales en vista de la falta de evidencia del incumplimiento del Banco en la ejecución del contrato de mutuo, sin que el informe financiero allegado por la opugnadora alcanzara a demostrarlo ya que parte de unos supuestos cuando *«en su momento eran otros los parámetros de ley para tales liquidaciones a la que estaban sujetos las entidades crediticias involucradas»*.

Ahora bien, hay que comenzar por resaltar que

aunque se observa un cierto grado de confusión en la sentenciadora en el tema en discusión porque analizó un crédito de vivienda en pesos bajo las reglas de las obligaciones en UPAC, sin profundizar sobre los puntos de coincidencia o discordancia entre ambos sistemas, no todo el desarrollo argumentativo se hizo bajo el puntual postulado de que lo encasillaba en éste último, ya que en algunos casos lo hizo como referente por sus similitudes con el tema expuesto, como ocurrió cuando llamó la atención en que

*(...) no es posible enjuiciar a la entidad crediticia por haber liquidado los costos financieros de las obligaciones incluyendo la DTF en el cálculo de los intereses remuneratorios, así como haber capitalizado intereses, por cuanto antes de esa fecha estaban vigentes normas que lo permitían; el sistema crediticio hipotecario a largo plazo en UPAC **o que tuviera previsto reajuste monetario, preveía tales comportamientos contractuales.** Aunado a lo anterior, hay consenso en que las sentencias constitucionales a partir de las cuales se retiraron del ordenamiento legal los conceptos inconstitucionales de la DTF y la capitalización de intereses, ésta última en materia de créditos de vivienda, sólo tienen vigencia a futuro, es decir, no pueden aplicarse retrospectivamente (resalta la Sala).*

Incluso al plantear la situación fáctica comenzó por recalcar que «*el mutuo comercial que origina este proceso, es un crédito para vivienda a largo plazo, en el que se previó un interés compuesto: Corrección monetaria más interés remuneratorio y que se debió regir por los Decretos 677 y 1229 de 1972 y, en lo pertinente por el estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Ley 45 de 1990*».

Justamente el Decreto 677 de 1972 se expidió como parte de las políticas tomadas por el gobierno de esa época para estimular el ahorro privado y canalizarlo en parte a financiar la actividad de la construcción, con los propósitos esenciales de suministrar vivienda a los ciudadanos y generar empleo, por lo que se dispuso en el artículo 3° que

El fomento del ahorro para la construcción se orientará sobre la base del principio del valor constante de ahorros y préstamos, determinado contractualmente.

Para efecto de conservar el valor constante de los ahorros y de los préstamos a que se refiere el presente Decreto, unos y otros se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado.

Parágrafo. Los reajustes periódicos previstos en este artículo se calcularán de acuerdo con la variación resultante del promedio de los índices nacionales de precios al consumidor, para empleados, de una parte, y para obreros, de otra, elaborados por el DANE.

Fuera de eso, en el artículo 20 ibídem se precisó que «[p]ara los efectos previstos en el artículo 29 del Decreto 437 de 1961, no constituye enriquecimiento para el acreedor el mayor valor proveniente del reajuste señalado en el artículo 3° de este Decreto».

Quedó incito en esas normas la primacía de la

voluntad contractual al optar por financiaciones que se mantuvieran estables frente a las variaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, por medio de reajustes periódicos y con la precisión de que los réditos convenidos se calcularían sobre el monto incrementado, toda vez que representaba el valor presente de la deuda al momento de la liquidación, lo que de ninguna manera constituía fuente de enriquecimiento indebido.

Si bien dicha norma se complementó con la expedición de los Decretos 678 y 1229 de 1972, en virtud de los cuales se autorizó la constitución de corporaciones privadas de ahorro y vivienda con la finalidad de *«promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción, dentro del sistema de valor constante»*, además del establecimiento de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) como única forma de estipulación en los depósitos de ahorro y los contratos de mutuo relacionados con su objeto, eso no quiere decir que el principio de *«valor constante de ahorros y préstamos»* que los inspiró fuera exclusivo al nuevo régimen establecido en su desarrollo, por tener connotaciones generales.

En este punto tiene relevancia la naturaleza de la entidad que le desembolsó el crédito a la accionante, esto es, el Banco Central Hipotecario cuyos orígenes se remontan a la expedición del Decreto 711 de 1932, que en su artículo 4 dispuso su fundación con el propósito exclusivo de *«hacer operaciones hipotecarias de amortización gradual a plazos no mayores de diez (10) años»*, a ser

constituido con aportes públicos y privados, así como con el enfoque de impulsar el sector de la construcción y que paso a liderar durante cuatro décadas, junto con el Instituto de Crédito Territorial, las políticas de vivienda urbana y de familias de escasos recursos en el país.

Con el surgimiento en la década del setenta de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, así como la creación del UPAC para el cómputo de los depósitos en sus cuentas y las obligaciones convenidas con los adquirentes de unidades habitacionales, se afectaron las operaciones del B.C.H. e hizo necesaria la expedición del Decreto 2404 de 1974 donde se le autorizó para *«abrir y mantener una sección especial destinada a la captación de ahorro y a otorgar créditos hipotecarios dentro del sistema de valor constante»*, con la prevención expresa en el artículo 6 de que a la misma le serían aplicables *«los decretos 677 y 678 de 1972, las disposiciones que los adicionan y reforman y las correspondientes a las secciones de ahorros de los bancos comerciales, en cuanto estas últimas no pugnen con la naturaleza especial de sus funciones»*.

En el artículo 64 de la Ley 45 de 1990, se consignó de manera genérica como norma de intermediación financiera que

[p]ara los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el

correspondiente reajuste computará como interés.

En cualquier sistema de interés compuesto o de capitalización de intereses se aplicarán los límites previstos en el mencionado artículo. Sin embargo, dichos límites no se tendrán en cuenta cuando se trate de títulos emitidos en serie o en masa, cuyo rendimiento esté vinculado a las utilidades del emisor.

Parágrafo primero. En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida la Junta Monetaria.

Parágrafo segundo. Toda tasa de interés legal o convencional en la cual no se indique una periodicidad de pago determinada se entenderá expresada en términos de interés efectivo anual.

El precepto, además de reiterar la posibilidad de que se concedieran créditos bajo sistemas de «*capitalización de intereses*» según reglamentación de la Junta Monetaria y sin restricciones en cuanto a su destinación, fijó el parámetro para establecer un tope al aplicar dicho mecanismo y así evitar que con ellos se excediera el límite de rendimiento autorizado en el estatuto mercantil, pero sin que con ellos se descontextualizara la esencia de la figura o se asociara a cualquier otra estipulación diferente al artículo 884 del Código de Comercio.

En ejercicio de la facultad concedida al Gobierno por el artículo 25 de esa compilación, Ley 45 de 1990, se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por medio del Decreto 1730 de 1991 dentro del cual se dedicó un título

completo al B.C.H., con la precisión en el artículo 2.4.3.1.2. de que

(...) como integrante del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, tendrá por objeto captar ahorro y financiar con prioridad la compraventa de vivienda usada, la integración inmobiliaria, el reajuste de tierras, la rehabilitación de inquilinatos y los programas de remodelación, ampliación y subdivisión de vivienda. También podrá realizar las operaciones autorizadas a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las operaciones de descuento y redescuento de obligaciones que se hayan constituido o se constituyan para financiar la adquisición o construcción de vivienda, la organización, integración o reajuste de tierras, y la adecuación de inquilinatos o subdivisión de viviendas para lo cual creará y administrará un fondo especial, así mismo está facultado para canalizar los recursos de ahorro que el gobierno decida aplicar a la financiación de la política de vivienda de interés social y prestar servicios financieros.

Igualmente se previó en el artículo 2.4.3.2.6. que

[p]ara hacer más asequible a las personas y grupos familiares de escasos ingresos los créditos hipotecarios distintos a los acordados en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), el Banco, mediante reglamentación de su Junta Directiva, podrá:

a. Otorgar dichos créditos hasta por el ciento por ciento del valor de los inmuebles hipotecados, y

b. Establecer sistemas de amortización en los cuales durante una primera parte del plazo, las cuotas periódicas pactadas no incluyan abono alguno al capital mutuado, ni cubran la totalidad de los intereses corrientes causados, y se capitalice la porción no cubierta de los mismos.

Luego se reiteró en el artículo 2.4.3.2.31 que la Sección de Ahorro y Vivienda de dicha institución quedaba cobijada con lo previsto en los decretos 677 y 678 de 1972, así como las normas complementarias en lo pertinente.

Con posterioridad, mediante el Decreto 2822 de 1991 donde se tomaron medidas exclusivamente en relación con el BCH, se adicionó el artículo 2.4.3.1.4 a la anterior compilación previendo su eventual disolución y liquidación, así como la posibilidad de que se escindiera en dos empresas, una de ellas que pasaría a ser una Corporación de Ahorro y Vivienda con la misma denominación y que recibiría los activos, pasivos y contratos de la sección de ahorro y vivienda. Se incorporó también el artículo 2.4.3.1.9 para reformular que

El Banco Central Hipotecario podrá realizar todas las operaciones autorizadas a los Bancos Hipotecarios, a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, y las a él asignadas por disposiciones especiales, siempre y cuando no contrarién lo aquí dispuesto. Así mismo, está facultado como integrante del sistema nacional de vivienda de interés social para financiar la integración inmobiliaria, el reajuste de tierras y la rehabilitación de inquilinatos. Podrá, a su vez, realizar las operaciones de descuento y redescuento de obligaciones que se hayan constituido o se constituyan para financiar la adquisición o construcción de vivienda, la organización, integración o reajuste de tierras, y la adecuación de inquilinatos o subdivisión de viviendas para lo cual creará y administrará un fondo especial. Además, mientras no se escinda, el Banco podrá realizar todas las operaciones autorizadas a los establecimientos bancarios

comerciales.

Dicho Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 36 de la Ley 35 de 1993, fue reemplazado con el Decreto 663 de 1993, donde se procedió a actualizarlo con una modificación tanto en la titulación como en la numeración, para quedar dividido en trece partes, la décima dedicada a las entidades con regímenes especiales y que en el capítulo IV se concretó al Banco Central Hipotecario, como se desarrolló en los artículos 244 a 249.

En el numeral segundo del artículo 244 figura en iguales términos el objeto predispuesto y entre las operaciones activas autorizadas, al tenor del literal f. numeral 1 del artículo 247, se preceptuó que

Para hacer más asequible a las personas y grupos familiares de escasos ingresos los créditos hipotecarios distintos a los acordados en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), el Banco, mediante reglamentación de su Junta Directiva, podrá:

- Otorgar dichos créditos hasta por el ciento por ciento del valor de los inmuebles hipotecados;*

- Establecer sistemas de amortización en los cuales durante una primera parte del plazo, las cuotas periódicas pactadas no incluyan abono alguno al capital mutuado, ni cubran la totalidad de los intereses corrientes causados, y se capitalice la porción no cubierta de los mismos.*

Ya en el artículo 249 al referirse exclusivamente a la

Sección de Ahorro y Vivienda se reconfirmó que:

1. Autorización para crearla. De conformidad con el artículo 1 del Decreto 2404 de 1974 se autorizó al BCH para abrir y mantener una sección especial destinada a la captación de ahorro y a otorgar créditos hipotecarios dentro de sistema de valor constante.

La sección se denomina sección de ahorro y vivienda.

2. Normas aplicables. Son aplicables a la Sección de Ahorro y Vivienda del Banco Central Hipotecario los Decretos 677 y 678 de 1972, las disposiciones que los adicionan y reforman y las correspondientes a las secciones de ahorros de los bancos comerciales, en cuanto estas últimas no pugnen con la naturaleza especial de sus funciones.

3. Garantía de los depositantes de la Sección de Ahorro y Vivienda. Es garantía de los depositantes de la Sección de Ahorro y Vivienda del Banco Central Hipotecario, el capital afectado al funcionamiento de la misma. El mencionado capital, sus incrementos y los recursos captados solo podrán ser invertidos de acuerdo con lo dispuesto por las normas vigentes para las Corporaciones de Ahorro y Vivienda.

Quiere decir lo anterior que para la época de los hechos el Banco Central Hipotecario estaba plenamente autorizado para convenir con sus clientes sistemas de amortización de obligaciones hipotecarias de vivienda, ya fuera en UPAC o en pesos, este último con un plan de cuotas crecientes y la advertencia de que al ser los pagos iniciales por montos inferiores al interés convenido el valor no cubierto se capitalizaría en forma automática e

inmediata mes por mes, todo ello bajo las directrices de los Decretos 677 y 678 de 1972, así como el 663 de 1993 y las demás normas complementarias.

En otras palabras, en virtud de la naturaleza de la entidad acreedora, el pagaré N° 02702875-4 se otorgó bajo un régimen que autorizaba la capitalización de intereses como una forma de conservar el valor constante de los ahorros y préstamos en el sistema de créditos de vivienda, en el que el reajuste del capital era instantáneo, por lo que sobre el saldo renovado era que se causaban los réditos por los instalamentos posteriores y sin que allí se incurriera en las limitaciones del artículo 886 del Código de Comercio toda vez que la diferencia no cubierta de los intereses perdía tal connotación desde el mismo instante del cálculo, por hacer parte de la compensación frente a las variables económicas que incidían en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Adicionalmente, esos préstamos en pesos inspirados en el principio general de «*valor constante de ahorros y préstamos, determinado contractualmente*» de que trata el artículo 3 del Decreto 677 de 1972, que en sus comienzos sirvió de base al desarrollo del UPAC, estaban expresamente autorizados al B.C.H. en la regulación específica para dicha entidad según el artículo 247 literal f. del Decreto 663 de 1993 y quedaban por fuera de las reglas del artículo 121 *ibídem* en que estructura su teoría la deudora.

Revisado el contenido del título valor no se encuentra

irregular ni arbitrario que se dejara consignado que el capital lo conformaban los \$55'000.000 desembolsados más «*los incrementos mensuales del capital inicial o de los saldos acumulados, que se produzcan por la capitalización de la porción de intereses causados que las cuotas periódicas no alcancen a cubrir*»; mucho menos que en la cláusula tercera se describiera la forma como se calcularían las cuotas mensuales durante los 180 meses proyectados para satisfacerlo; ni que en la cuarta se previera que los «*intereses convencionales durante el plazo, se causarán bajo la modalidad mes vencido y se obtienen a partir de la tasa D.T.F, nominal anual trimestre anticipado, más 8.50% puntos porcentuales, es decir, D.T.F. + 8.50%*», con la aclaración de que para «*el cálculo respectivo se tomará la tasa D.T.F. vigente el mismo día del mes anterior al que se produce la fecha de vencimiento de cada pago mensual*» y reiterar que la «*porción de intereses convencionales que la cuota mensual no alcance a cubrir, por efectos de la aplicación del factor anual de reducción de cuota, se incrementará al capital inicial*». Todo ello estaba permitido por la ley y no existían restricciones normativas a que el reajuste estuviera condicionado en el tiempo sino que por el contrario operaba de forma instantánea durante los lapsos convenidos.

En vista de esa situación, como la experticia que se aportó con el libelo está en contravía de lo regularmente pactado ya que todo el trabajo se desenvuelve de la afirmación de que la demandada «*no podía capitalizar los intereses sino al cabo de un año de sus causación, por así haberlo dispuesto el art. 121-2°-b) del EOSF*», estuvo

acertada la falladora de primer grado cuando concluyó que con ese medio de convicción no se lograban «*desvirtuar los elementos de juicio (...), en tanto que parte el perito del supuesto que los costos financieros debían liquidarse en pesos, en que nunca debió la entidad capitalizar intereses y por ende depura la obligación en ese sentido desde sus inicios*» -se resalta-, fuera de que liquidó «*los intereses a la última tasa autorizada para este tipo de créditos, desconociendo que en su momento eran otros los parámetros de ley para tales liquidaciones a la que estaban sujetos las entidades crediticias involucradas*».

La sola omisión de recalcular los saldos periódicos de las cuotas subsiguientes con los intereses que no se alcanzaban a cubrir, le restaba cualquier margen de credibilidad a la labor técnica ya que se amparaba en un criterio íntimo de interpretación normativa ajeno al caso, donde lo que debía revelar era un alejamiento de la acreedora de los términos convenidos.

Esa misma razón le resta peso a dicho informe para considerarlo en la objeción por error grave de la gestora frente al dictamen que decretó de oficio la Corte para dilucidar la existencia o no de reparos en la forma como se hizo efectiva la obligación, en el cual de todas formas tampoco se evidencian disconformidades en la liquidación del crédito y la aplicación de los pagos que se hicieron frente a lo convenido por el período comprendido entre el desembolso el 17 de enero de 1997 y la reliquidación el 31 de diciembre de 1999.

Ahora bien, en la labor que desempeñó el calculista actuarial designado por esta Corporación, la cual fue complementada y aclarada a solicitud de la misma y las partes, existe una proximidad en el valor de los intereses en el plazo causados en pesos por dicho lapso que informó en \$65'125.538,95, frente a los \$65'453.953 que totaliza el reporte de la demandada, para una diferencia de \$328.417,06, discriminada así

FECHA	DÍAS	VALORES REPORTADOS POR LA DEMANDADA (fls. 315 y 316)		VALORES DEL DICTAMEN (fl. 445)		DIFERENCIAS
		TASA	INTERÉS	TASA	INTERÉS	
17/02/97	31	39.38%	\$ 1.573.185	39.38%	\$ 1.573.184,95	\$ 0,05
17/03/97	28	37.37%	\$ 1.394.720	37.37%	\$ 1.394.719,59	\$ 0,41
17/04/97	31	37.49%	\$ 1.588.833	37.49%	\$ 1.588.833,19	-\$ 0,19
13/05/97	26	37.49%	\$ 1.366.099	37.13%	\$ 1.354.768,76	\$ 11.330,24
17/05/97	4	36.83%	\$ 199.630	36.83%	\$ 199.591,13	\$ 38,87
17/06/97	31	35.81%	\$ 1.532.667	35.81%	\$ 1.532.367,38	\$ 299,62
17/07/97	30	35.00%	\$ 1.491.674	35.00%	\$ 1.491.382,58	\$ 291,42
28/07/97	11	35.00%	\$ 556.232	34.77%	\$ 552.878,52	\$ 3.353,48
17/08/97	20	35.06%	\$ 982.910	35.06%	\$ 982.655,83	\$ 254,17
17/09/97	31	34.62%	\$ 1.538.881	34.62%	\$ 1.538.482,74	\$ 398,26
17/10/97	30	34.48%	\$ 1.521.073	34.48%	\$ 1.520.679,43	\$ 393,57
28/10/97	11	34.48%	\$ 567.071	34.46%	\$ 566.764,18	\$ 306,82
17/11/97	20	34.54%	\$ 999.543	34.54%	\$ 999.269,76	\$ 273,24
17/12/97	30	35.70%	\$ 1.574.697	35.70%	\$ 1.574.266,56	\$ 430,44
26/12/97	9	35.70%	\$ 480.165	35.79%	\$ 481.075,58	-\$ 910,58
17/01/98	22	36.29%	\$ 1.179.975	36.29%	\$ 1.179.665,17	\$ 309,83
17/02/98	31	36.17%	\$ 1.695.482	36.17%	\$ 1.695.036,81	\$ 445,19
17/03/98	28	36.66%	\$ 1.588.683	36.66%	\$ 1.588.265,75	\$ 417,25
17/04/98	31	39.99%	\$ 1.944.849	39.99%	\$ 1.944.338,15	\$ 510,85
17/05/98	30	41.52%	\$ 1.999.463	41.52%	\$ 1.998.937,95	\$ 525,05
17/06/98	31	44.44%	\$ 2.253.840	44.44%	\$ 2.253.247,30	\$ 592,70
17/07/98	30	50.00%	\$ 2.483.980	50.00%	\$ 2.483.326,96	\$ 653,04
17/08/98	31	50.36%	\$ 0	50.36%	\$ 0,00	\$ 0,00
17/09/98	31	47.36%	\$ 2.537.075	47.36%	\$ 2.536.407,90	\$ 667,10
17/10/98	30	47.74%	\$ 2.553.266	47.74%	\$ 2.552.595,57	\$ 670,43
26/10/98	9	47.74%	\$ 782.089	47.74%	\$ 781.883,05	\$ 205,95
17/11/98	22	48.99%	\$ 1.721.459	48.99%	\$ 1.720.936,88	\$ 522,12
10/12/98	23	48.99%	\$ 1.844.490	49.46%	\$ 1.858.736,21	-\$ 14.246,21
17/12/98	7	49.46%	\$ 563.834	49.46%	\$ 563.774,55	\$ 59,45
17/01/99	31	49.19%	\$ 2.538.231	49.19%	\$ 2.537.961,80	\$ 269,20
17/02/99	31	46.73%	\$ 2.515.075	46.73%	\$ 2.514.808,45	\$ 266,55
17/03/99	28	43.60%	\$ 2.209.514	43.60%	\$ 2.209.279,53	\$ 234,47

Radicación n° 17001-31-03-003-2008-00216-01

29/03/99	12	43.60%	\$ 965.872	42.66%	\$ 948.096,33	\$ 17.775,67
17/04/99	19	37.09%	\$ 1.284.358	37.09%	\$ 1.283.922,31	\$ 435,69
17/05/99	30	34.77%	\$ 1.957.968	34.77%	\$ 1.957.303,71	\$ 664,29
17/06/99	31	30.42%	\$ 1.844.015	30.42%	\$ 1.843.388,55	\$ 626,45
17/07/99	30	28.95%	\$ 1.745.546	28.95%	\$ 1.744.953,79	\$ 592,21
29/07/99	12	28.95%	\$ 708.496	28.95%	\$ 658.931,71	\$ 49.564,29
17/08/99	19	29.72%	\$ 1.080.017	29.72%	\$ 1.079.561,39	\$ 455,61
17/09/99	31	30.32%	\$ 1.826.236	30.32%	\$ 1.825.464,84	\$ 771,16
17/10/99	30	29.09%	\$ 1.741.468	29.09%	\$ 1.740.732,54	\$ 735,46
17/11/99	31	29.34%	\$ 1.852.190	29.34%	\$ 1.851.408,33	\$ 781,67
17/12/99	30	29.32%	\$ 1.830.146	29.32%	\$ 1.829.373,05	\$ 772,95
21/12/99	4	29.32%	\$ 246.954	29.32%	\$ 246.850,15	\$ 103,85
31/12/99	10	29.32%	\$ 592.002	28.47%	\$ 345.430,04	\$ 246.571,96
TOTALES			\$ 65.453.953		\$65'125.538,95	\$ 328.414,05

Llama la atención en ambos reportes que no aparezca el cálculo de intereses por el lapso comprendido entre el 18 de julio y el 17 de agosto de 1997. Adicionalmente, en la mayor diferencia de montos que se aprecia en el último lapso de 10 días, existe un error en el cálculo del auxiliar según la fórmula reportada para aplicar los valores (fl. 370)

$$\text{Interés corriente} = \text{Saldo anterior en pesos} \times \{(1+i)^{(\text{N}^\circ \text{ días}/365)} - 1\}$$

Que al despejarla con los datos de su informe daría

$$\text{IC} = \$83'715.065,59 \times \{(1+0,2847) \}^{(10/365)} - 1\}$$

$$\text{IC} = \$576.571,95$$

Esa sola operación al confrontarla con los \$345.430,04 que trae el dictamen disminuye en \$231.141,91 las diferencias y revela una falta de atención del auxiliar al rendir el informe.

Otra imprecisión se manifiesta cuando a pesar de la

proximidad de las cifras el calculista habla indistintamente de un cobro excesivo de intereses por \$55'158.142,25 y luego por \$22'399.856,84, cuando en el cuadro 2 de la complementación y aclaración, donde cotejó sus cálculos con los de las entidades financieras involucradas (fls.455 al 457) solo se vislumbra, a lo sumo, que la obligación quedó cubierta el 14 de diciembre de 2011 y el saldo a favor de la deudora el 12 de enero de 2012 en que cubrió la última cuota era por \$3'847.859,27, lo que justifica en los siguientes términos (fls. 453 y 458):

*Teniendo en cuenta que la liquidación de la obligación se hizo desde el inicio (Enero 17 de 1997) y aplicando la tasa que debió haberse empleado para el período Enero 17 de 1997 y Diciembre 31 de 1999 (DTF + 8.5%) y a partir de Enero de 2000 hasta Septiembre 2 de 2000 (15.5% + UVR), del 3 de Septiembre de 2000 hasta Abril 16 de 2001 (13.92% + UVR) y de Abril 17 de 2001 hasta Enero 12 de 2012 (11.92% + UVR), se determina que aplicados en su totalidad todos los pagos realizados por la deudora hipotecaria desde Enero 17 de 1997 hasta Enero 12 de 2012 (Fecha de corte según histórico de pagos), **la obligación hipotecaria se canceló totalmente en Diciembre 14 de 2011. tal como se presenta en el Cuadro N° 2- Aclaración y Complementación 2.***

*Quedando un saldo a favor del deudor hipotecario por la suma de **CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE CON VEINTICINCO CTVOS. (-\$3.847.859,27)** equivalentes a **-19.379,3900 UVR**, tal como se presenta en el **Cuadro N° 2 - Aclaración y Complementación 2, Columnas N° 28 y N° 26**, y que se resume así: -resaltado del texto-*

Radicación n° 17001-31-03-003-2008-00216-01

CONCEPTO	VALOR EN \$	VALOR EN UVR
Capital	-3.847.859,27	-19.379,3900
Capital Mora	0,00	0,0000
Int Cte	0,00	0,0000
Seguros	0,00	0,0000
TOTALES	-3.847.859,27	-19.379,3900

No conforme con tal inconsistencia pretende reforzarla con el siguiente cuadro comparativo (fl.465)

CONCEPTOS	LIQUIDACION PERITO		LIQUIDACION BANCO		DIFERENCIA PERITO VS BANCO	
	PESOS	UVR	PESOS	UVR	PESOS	UVR
SALDO INICIAL OBLIGACIÓN A ENE 17/97	55.000.000,00	0,0000	55.000.000,00	0,0000	0,00	0,0000
SALDO CAPITAL EN PESOS A DIC 31/99	84.103.932,00	0,0000	84.103.932,00	0,0000	0,00	0,0000
SALDO CAPITAL PESOS CON UVR A DIC 31/99	76.986.128,30	745.097,2314	76.986.123,00	745.097,1834	5,30	0,0480
ALVIO SEGÚN LEY 546/99	7.117.803,70	68.888,4601	7.117.809,00	0,0000	-5,30	68.888,4601
SALDO DESPUÉS DE APLICADO EL ALVIO	78.942.692,24	744.676,8428	77.223.665,00	747.395,1902	-280.972,76	-2.719,3474
SALDO FINAL DE LA OBLIGACIÓN A ENE 12/12	-3.847.859,27	-19.379,3900	0,00	0,0000	-3.847.859,27	-19.379,3900
INTERESES COBRADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL CREDITO	160.370.352,20	674.090,3932	182.770.209,05	0,0000	-22.399.856,84	674.090,3932

Por si fuera poco y para aumentar la confusión, el experto contradice sus propios cálculos cuando elabora el cuadro de «*mayor valor cobrado por intereses a enero 12 de 2012*», puesto que en el aparte de «*intereses liquidados y cobrados por el banco*» traslada unas sumas que corresponden a la mezcla de dos columnas diferentes del reporte allegado por la entidad financiera, donde una representa el interés calculado y la otra que denominó NETO – INT, corresponde al saldo entre la cuota pagada y el descuento de los intereses del período, seguros causados, mora y honorarios, para representar el monto neto en que se reducía el capital adeudado, como consecuencia de la

irregularidad en los abonos que hizo la accionante para esa época.

Es así como una apropiada lectura de la información que allegó la acreedora por la etapa inicial y previo requerimiento en ese sentido, para las fechas en que se hicieron los pagos (fls. 315 y 316), corresponde a

FECHA	SALDO ANTERIOR	PAGO	SEGUROS	MORA	INTERÉS	A DESCONTAR	ABONO NETO	SALDO DESPUES DE ABONO
13/05/97	\$59.556.738	\$3.350.000	\$235.552	\$187.892	\$1.366.099	\$1.789.543	\$1.560.457	\$57.996.281
28/07/97	\$61.220.252	\$2.800.000	\$106.638	\$113.961	\$556.232	\$776.831	\$2.023.169	\$59.197.083
28/10/97	\$63.239.947	\$3.197.400	\$236.294	\$134.620	\$567.071	\$937.985	\$2.259.415	\$60.980.533
26/12/97	\$63.554.773	\$1.497.580	\$57.242	\$46.656	\$480.165	\$584.063	\$913.518	\$62.641.255
26/10/98	\$80.877.868	\$14.000.000	\$778.207	\$2.340.740	\$782.089	\$3.901.036	\$10.098.965	\$70.778.904
10/12/98	\$72.500.363	\$1.545.000	\$64.633	\$15.409	\$1.844.490	\$1.924.532	-\$379.532	\$72.879.895
29/03/99	\$80.706.550	\$4.613.000	\$319.700	\$199.925	\$965.872	\$1.485.497	\$3.127.503	\$77.579.047
29/07/99	\$84.410.935	\$6.600.000	\$406.445	\$272.322	\$708.496	\$1.387.263	\$5.212.738	\$79.798.197
21/12/99	\$87.528.255	\$4.458.000	\$243.312	\$191.611	\$246.954	\$681.877	\$3.776.123	\$83.752.132
TOTAL		\$42.060.980	\$2.448.023	\$3.503.136	\$7.517.468	\$13.468.627	\$28.971.888	

Como bien se puede ver, el registro del NETO-INT que en realidad se refiere al valor neto que reducía el saldo de capital del mes anterior, luego de deducir de la consignación los gastos acumulados y el interés causado en el mes, era meramente informativo. Tan es así que luego de descontados los valores se observa una reducción por dicho valor en el saldo del capital, salvo el 10 de diciembre de 1998 donde el desembolso ni siquiera alcanzó a cubrir los cargos del período y por ende la diferencia de -\$379.532 fueron los intereses no cubiertos que fueron capitalizados, sin que en algún otro evento se tomaran a título de interés

extra como lo pareció interpretar el perito, ya que le dio ese carácter a los datos por \$2.023.169, \$2.259.415, \$10.098.965, \$3.127.503, \$5.212.738, \$3.776.123 y \$28.971.888, según pasa a verse (fl. 459):

**MAYOR VALOR COBRADO POR INTERESES
A ENERO 12 DE 2012**

Nº. DIAS	DTF E.A.	PUNTOS %	TASA DE INT E.A. APLICADA	FECHA LÍMITE DE PAGO	FECHA DE PAGO	INTERESES CAUSADOS IC PESOS	INTERESES LIQUIDADOS Y COBRADOS POR EL BANCO	DIFERENCIA PERIÓDICA ENTRE LO LIQUIDADADO POR EL PERITO Y LO LIQUIDADADO POR EL BANCO
1	2	3	4	5	6	7	8	9 = 7 - 8
	28,17%	8,50%	48,45%	17-ene-97	17-ene-97			
31	27,22%	8,50%	39,38%	17-feb-97	17-feb-97	1.573.184,95	1.573.185,00	-0,05
28	25,42%	8,50%	37,37%	17-mar-97	17-mar-97	1.394.719,59	1.394.720,00	-0,41
31	25,53%	8,50%	37,49%	17-abr-97	17-abr-97	1.588.833,19	1.588.833,00	0,19
26	25,21%	8,50%	37,13%	13-may-97	13-may-97	1.354.768,76	1.366.099,00	-11.330,24
4	24,94%	8,50%	36,83%	17-may-97	17-may-97	199.591,13	199.630,00	-38,87
31	24,03%	8,50%	35,81%	17-jun-97	17-jun-97	1.532.367,38	1.532.667,00	-299,62
30	23,31%	8,50%	35,00%	17-jul-97	17-jul-97	1.491.382,58	1.491.674,00	-291,42
11	23,10%	8,50%	34,77%	28-jul-97	28-jul-97	552.878,52	2.023.169,00	-1.470.290,48
20	23,36%	8,50%	35,06%	17-ago-97	17-ago-97	982.655,83	982.910,00	-254,17
31	22,97%	8,50%	34,62%	17-sep-97	17-sep-97	1.538.482,74	1.538.881,00	-398,26
30	22,84%	8,50%	34,48%	17-oct-97	17-oct-97	1.520.679,43	1.521.073,00	-393,57
11	22,83%	8,50%	34,46%	28-oct-97	28-oct-97	566.784,18	2.259.415,00	-1.692.650,82
20	22,90%	8,50%	34,54%	17-nov-97	17-nov-97	999.269,76	999.543,00	-273,24
30	23,93%	8,50%	35,70%	17-dic-97	17-dic-97	1.574.266,56	1.574.697,00	-430,44
9	24,01%	8,50%	35,79%	26-dic-97	26-dic-97	481.075,58	480.165,00	910,58
22	24,46%	8,50%	36,29%	17-ene-98	17-ene-98	1.179.665,17	1.179.975,00	-309,83
31	24,35%	8,50%	36,17%	17-feb-98	17-feb-98	1.695.036,81	1.695.482,00	-445,19
28	24,79%	8,50%	36,66%	17-mar-98	17-mar-98	1.588.265,75	1.588.683,00	-417,25
31	27,76%	8,50%	39,99%	17-abr-98	17-abr-98	1.944.338,15	1.944.849,00	-510,85
30	29,13%	8,50%	41,52%	17-may-98	17-may-98	1.998.937,95	1.999.463,00	-525,05
31	31,73%	8,50%	44,44%	17-jun-98	17-jun-98	2.253.247,30	2.253.840,00	-592,70
30	36,68%	8,50%	50,00%	17-jul-98	17-jul-98	2.483.326,96	2.483.980,00	-653,04
31	37,00%	8,50%	50,36%	17-ago-98	17-ago-98	0,00	0,00	0,00
31	34,33%	8,50%	47,36%	17-sep-98	17-sep-98	2.536.407,90	2.537.075,00	-667,10
30	34,67%	8,50%	47,74%	17-oct-98	17-oct-98	2.552.595,57	2.553.266,00	-670,43
9	34,67%	8,50%	47,74%	26-oct-98	26-oct-98	781.883,05	10.098.965,00	-9.317.081,95
22	35,78%	8,50%	48,99%	17-nov-98	17-nov-98	1.720.936,88	1.721.459,00	-522,12
23	36,20%	8,50%	49,46%	10-dic-98	10-dic-98	1.868.736,21	379.532,00	1.479.204,21
7	36,20%	8,50%	49,46%	17-dic-98	17-dic-98	563.774,55	563.834,00	-59,45
31	35,96%	8,50%	49,19%	17-ene-99	17-ene-99	2.537.961,80	2.538.231,00	-269,20
31	33,77%	8,50%	46,73%	17-feb-99	17-feb-99	2.514.808,45	2.515.075,00	-266,55
28	30,98%	8,50%	43,60%	17-mar-99	17-mar-99	2.209.279,53	2.209.514,00	-234,47
12	30,14%	8,50%	42,66%	29-mar-99	29-mar-99	948.096,33	3.127.503,00	-2.179.406,67
19	25,17%	8,50%	37,09%	17-abr-99	17-abr-99	1.283.922,31	1.284.358,00	-435,69
30	23,10%	8,50%	34,77%	17-may-99	17-may-99	1.957.303,71	1.957.968,00	-664,29
31	19,22%	8,50%	30,42%	17-jun-99	17-jun-99	1.843.388,55	1.844.015,00	-626,45
30	17,90%	8,50%	28,95%	17-jul-99	17-jul-99	1.744.953,79	1.745.546,00	-592,21
12	17,90%	8,50%	28,95%	29-jul-99	29-jul-99	658.931,71	5.212.738,00	-4.553.806,29
19	18,59%	8,50%	29,72%	17-ago-99	17-ago-99	1.079.561,39	1.080.017,00	-455,61
31	19,13%	8,50%	30,32%	17-sep-99	17-sep-99	1.825.464,84	1.826.236,00	-771,16
30	18,03%	8,50%	29,09%	17-oct-99	17-oct-99	1.740.732,54	1.741.468,00	-735,46
31	18,25%	8,50%	29,34%	17-nov-99	17-nov-99	1.851.408,33	1.852.190,00	-781,67
30	18,23%	8,50%	29,32%	17-dic-99	17-dic-99	1.829.373,05	1.830.146,00	-772,95
4	18,23%	8,50%	29,32%	21-dic-99	21-dic-99	246.850,15	3.776.123,00	-3.529.272,85
10	17,47%	8,50%	28,47%	31-dic-99	31-dic-99	345.430,04	592.002,00	-246.571,96
TOTALES				31-dic-99	31-dic-99	65.125.538,94	88.960.194,00	-21.534.655,06
TOTALES				31-dic-99	31-dic-99		0,00	0,00

De ahí que existen imprecisiones que demeritan la

labor del experto en cuanto a la existencia de un cobro de intereses mayor al convenido, puesto que los errores en los cálculos y el manejo erróneo de los registros informados por la contradictora tienen una enorme incidencia en un sistema como el de la capitalización de intereses donde cualquier dato, por ínfimo que sea, tiene efecto exponencial al alza o a la baja.

4.- Quiere decir todo lo anterior que, como se dedujo en primera instancia, fue vano el esfuerzo de la promotora en demostrar los supuestos de la acción ya que el informe que aportó se aleja de los términos contractuales del mutuo, que estaban amparados por el marco legal aplicable, sin que con el dictamen decretado de oficio se lograran establecer a ciencia cierta inconsistencias en los registros financieros de la ejecución del crédito que conllevaran a un cobro excesivo de intereses.

Esa situación se refleja directamente en la inconformidad frente al valor amparado con el seguro de vida, ya que si no puede deducirse que los saldos que manejaba la acreedora fueran equivocados quiere decir que acertó si los tomó en cuenta para ese fin, sin que se desplegara algún esfuerzo demostrativo para desvirtuarlo.

En cuanto al valor que se tuvo en cuenta para el seguro de incendio, basta con apreciar que fue la deudora quien figuró como tomadora del mismo y no la entidad, como se desprende de la copia firmada que se hizo llegar en cumplimiento de las exigencias de la Corte (fl. 275), donde

aparece reportado el valor asegurado por \$82'880.000, lo que quiere decir que fue ella quien suministró el monto y señaló la aseguradora, lo que podía ocurrir así la acreedora estuviera facultada para hacerlo por su cuenta.

A ese respecto en SC9618-2015, donde se analizaron las particularidades del «seguro grupo deudores por el riesgo de incendio», se advirtió como

[e]l que la entidad financiera actúe como tomadora «por cuenta de sus deudores» no impide que estos puedan constituir esas garantías de forma independiente y a su criterio. Si aquella escogió como oferentes del amparo a más de una aseguradora «solo el deudor asegurado podrá elegir a su arbitrio, la que en su caso asumirá el riesgo», de conformidad con uno de los criterios del artículo 1° del Decreto 384 de 1993.

Así lo resalta la Circular Externa 07 de 1996 de la Superintendencia Bancaria o Básica Jurídica sobre el ramo, que en el Capítulo Sexto al referirse a las reglas sobre competencia y protección al consumidor financiero y la protección a la libertad de contratación de tomadores y asegurados para pólizas contratadas como «seguridades adicionales de créditos», precisa que

El numeral 2 del artículo 100 del estatuto orgánico del sistema financiero contempla, en el segundo inciso, la libertad de contratación de seguros y la libertad de escogencia de aseguradora e intermediario, consagradas en favor de tomadores y asegurados (...) Por su parte, el numeral 1 del artículo 101 de dicho estatuto, si bien exige la existencia de un seguro de incendio o terremoto, no dispone que la entidad vigilada sea la que contrate este seguro, de manera que puede ser el deudor o el

dueño del inmueble quien tome la póliza (...) Para el seguro obligatorio sobre los inmuebles hipotecados o en relación con el seguro de vida, constituidos como seguridades adicionales de un crédito contratado, el deudor ostenta la libertad de escogencia aunque la institución financiera haya contratado una o varias pólizas con sujeción a los criterios previstos en el decreto 384 de 1993; así, el deudor o dueño del inmueble siempre conserva la facultad de tomar un seguro con una compañía diferente.

Incluso a la fecha, de conformidad con el artículo 2.36.2.2.5 del Decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 1° del Decreto 673 de 2014,

En cualquier caso el deudor asegurado podrá contratar con otra aseguradora siempre que las condiciones del seguro sean, cuando menos, iguales a aquellas plasmadas en el pliego de condiciones de la licitación. En consecuencia, la institución financiera que actúe como tomadora de los seguros de que trata el presente Capítulo, no podrá rechazar pólizas que cumplan con tales condiciones, ni podrá establecer cargo alguno por la revisión o aceptación de dicha póliza.

5.- Por lo expuesto, se confirmará la providencia desestimatoria de primer grado, pero por las razones aquí expuestas.

6.- Se impondrán las costas en segunda instancia a la demandante, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. Las agencias en derecho se determinarán en esta misma decisión, atendiendo lo reglado en dicha norma, y conforme al Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el 2222 del mismo año, expedidos por el Consejo Superior de la

Judicatura.

V.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, actuando en sede de segunda instancia,

RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2010, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, en el proceso ordinario de Ana Beatriz García Botero contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A., por los motivos consignados en este pronunciamiento.

Segundo: Condenar en costas de la segunda instancia a la accionante y en favor de la opositora. Líquidense por la Secretaría, incluyendo agencias en derecho por \$500.000.

Tercero: Devolver, en su oportunidad, el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA