

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado ponente

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil once (2011).

Referencia: C-1100131030142001-01489-01

Se deciden los recursos de casación que interpusieron las partes, respecto de la sentencia de 9 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por JORGE SAFFÓN SALAZAR, NORA LUCÍA SANÍN POSADA y la CONSTRUCTORA SAFINSA LIMITADA, EN LIQUIDACIÓN, contra BANCAFE S.A., antes CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA CONCASA.

ANTECEDENTES

1.- En el expediente se da cuenta que la sociedad demandante y la entidad convocada celebraron un contrato de mutuo con interés, regido por las condiciones establecidas en las comunicaciones 122430 de 30 de septiembre de 1992 y 022379 de 12 de agosto de 1994, por la suma de \$1.500'000.000, la cual fue desembolsada entre el 1º de abril de 1993 y el 26 de julio de 1995, simultáneamente con la suscripción de dieciséis pagarés, firmados también por las personas naturales pretensoras, previa la constitución de una hipoteca.



2.- A partir de lo anterior, en el libelo genitor, los demandantes solicitaron, en lo pertinente, que se declarara que la demandada (a) liquidó y cobró "sumas de dinero en exceso, no amparadas por el contrato de mutuo", al aplicar indebidamente pagos realizados a "capital" e "intereses", a rubros no autorizados, como "papelería, visitas de obra, avalúos, estudios de títulos, timbres, seguros e intereses"; (b) que no "contabilizó" pagos efectuados y recibidos; y (c) que "cobró ilegalmente (...) intereses sobre intereses" o "superiores a los límites permitidos".

Así mismo, que se ordenara la "revisión" y el "rastreo" de la liquidación a efectos de establecer las restituciones pertinentes; y que se condenara a la convocada a devolver el exceso pagado, estimado en \$1.247'000.000, "junto con sus intereses, liquidados desde la fecha del cobro indebido", incluyendo los perjuicios materiales y morales causados.

3.- En lo esencial, las pretensiones se fundamentaron en que firmados los títulos valores en "blanco" "sin carta de instrucciones" por así haberse exigido en una clara "posición dominante", la entidad bancaria, en una práctica insegura, incorporó y liquidó, amén de excesivas, indistintamente, tasas de interés de plazo del 18% y 20% trimestre anticipado, superior a una tasa efectiva anual del 50%, toda vez que al pactarse el pago en unidades de poder adquisitivo constante, la corrección monetaria de éstas eran reputada por la ley como intereses.

Además, "aplicó" pagos de "intereses a otros rubros no autorizados" y solicitó sumas de dinero "no contempladas en los



contratos". En todo caso, aquellos se exigieron en forma global y no independientemente para cada obligación, todo lo cual fue honrado debido a que se confió en las liquidaciones presentadas, pero expertos financieros, apoyados en la documental adosada, establecieron que hubo asalto a la buena fe, dado que el banco acreedor, en general, había "cobrado sumas indebidas".

4.- Tramitado el proceso, con oposición de la parte demandada, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de septiembre de 2005, declaró infundadas las excepciones formuladas y reconoció las "aplicaciones indebidas", así como el cobro de "sumas de dinero en exceso". Consecuentemente, condenó al banco convocado a pagar por esos conceptos \$597'523.382.06, más intereses, los cuales ascendían a la cantidad de \$492'364.153.90.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1.- El Tribunal, al resolver el recurso de apelación que contra la decisión del juzgado interpuso la entidad demandada, dejó sentado que el crédito concedido era "netamente comercial", razón por la cual no se podía liquidar aplicando los precedentes de inexigibilidad del UPAC, instituido para créditos de vivienda.

2.- En relación con la "posición dominante", el *ad-quem* señaló que no existía medio alguno que permitiera establecer que se "abusó" de la misma, dirigida a obtener la firma de los pagarés y demás documentos que acreditaban las obligaciones, menos cuando las "condiciones para conceder los



préstamos no se imponían por las entidades bancarias, sino por las autoridades en materia monetaria, crediticia y cambiaria".

3.- Acerca de la "revisión y rastreo de la liquidación" a efectos de establecer las restituciones pertinentes, el sentenciador consideró, conforme a lo pretendido, que se trataba de una acción ajena a la que se derivaba de la "teoría de la imprevisión" contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, de ahí que era "improcedente traer a análisis [sus] presupuestos".

4.- Descartadas, entonces, las figuras del abuso de la posición dominante y de revisión de los contratos, el juzgador se adentró a establecer si se había demostrado lo "concerniente al monto del reconocimiento o resarcimiento económico pretendido".

4.1.- A partir de los pagarés suscritos, de la escritura de hipoteca y de las cartas de aprobación del crédito, sobre que los deudores pagarían los "gastos, expensas, tasas e impuestos", el Tribunal concluyó que éstos conocían de antemano la forma como se aplicaría cada pago, incluyendo los costos contemplados en el Decreto 721 de 1987. Por esto, el *a-quo* debió declarar fundada la excepción de "validez de la aplicación de los pagos efectuados" y de "cobro estricto de los conceptos autorizados".

"No obstante", dijo, como el pagaré 36504-13 estaba exento del pago del impuesto de timbre, la suma de \$500.000, cobrada "indebidamente" por el banco para cubrir ese concepto, debía restituirse a los actores, actualizada y con intereses de mora pactados, todo a partir del 29 de septiembre de 1994.



4.2.- En cuanto a la omisión de contabilizar algunos abonos realizados, el *ad-quem* señaló que estos no se habían demostrado. De hecho, verificado que el convocado recibió sumas por \$2'787.400.080, mientras los demandantes probaron pagos del orden de \$2'072.189.278, se infería que todos fueron aplicados, cuestión suficiente para que prosperara la excepción de "*imputación de todos y cada uno de los pagos efectuados*".

En adición, en lo que atañe al pago realizado el 2 de marzo de 1995, por \$25'283.366, se registraron \$11'258'365, "*teniendo en cuenta los valores distribuidos en todos los pagarés*", y el documento para demostrarlo corresponde a una "*liquidación de intereses*" del banco y no a un recibo de consignación. Y con relación al abono efectuado el 26 de julio de 1995, el banco contabilizó pagos por \$315'450.748, mientras los documentos de los demandantes demuestran una suma menor, concretamente \$299'816.899.

4.3.- Relativo a la "*liquidación y cobro de intereses sobre intereses*" y de "*tasas superiores a las establecidas en el contrato*" y "*determinadas en la ley*", el Tribunal anotó que los respectivos hechos no fueron acreditados.

En efecto, dijo, el trabajo de la analista financiera de los demandantes, falla al estimar como cobros indebidos conceptos "*pactados válidamente*". Además, liquida intereses globales a unas mismas tasas, cuando eran distintas en los pagarés, e irrogando a los deudores, pese a los retardos en que incurrieron, una conducta normal de cumplimiento.



El primer dictamen pericial, no era idóneo, pues en el cálculo de los réditos se sumaron los gastos que fueron autorizados y se aplicaron sentencias de constitucionalidad no retroactivas referidas a vivienda, proferidas después de cancelados los créditos, amén de que se maneja en forma global y no individual el histórico de pagos, omitiendo, inclusive, intereses durante la mora. En adición, se registraron pagos por \$2.979'665.809.03, distintos, como se vio, a los del banco y al de los demandantes, todo lo cual incide en el resultado final.

La experticia decretada de oficio, tampoco demostraba el hecho investigado, porque liquidó la obligación como una sola, al margen de cada pagaré, y con intereses inferiores a los estipulados, y sin que se evidenciara una tasa superior correspondiente a la mora, mientras que en lo demás, fuera de ser inexacto en cuanto a la fecha del pago de la obligación, se limita a liquidar en forma abstracta el crédito y sin referirse a los conceptos de cada una de las pretensiones.

Ahora, si bien en la audiencia del artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, se evocó el tema, al comparar el histórico de pagos, no aparece el cobro excesivo de intereses, pues como se ejemplifica y se demuestra con la liquidación de cada título valor, el "*Banco no hizo cobros en exceso ni liquidó tasas...superiores a las previstas en la ley*".

"*No obstante*", al hacerse el desembolso del pagaré 36504-13, se constata que se descontaron por concepto de réditos vencidos la suma de \$20'394.706, cuando el instrumento



anterior (36504-12), "no arrastraba un saldo de intereses en contra de los deudores". Por esto, como dicha cantidad no figuraba imputada en ninguno de los registros históricos, la entidad "demandada" había incurrido en un "cobro de lo no debido que debe dar lugar a su restitución a favor de los demandantes".

5.- Frente a lo expuesto, para el sentenciador de segundo grado no sólo prosperaban las "excepciones de mérito propuestas de acuerdo con las consideraciones consignadas en la parte motiva", sino que al establecerse el "cobro no permitido por razón de los descuentos (...) a título de intereses corrientes vencidos y de impuesto de timbre", se abrían paso "parcialmente las pretensiones primera y segunda del libelo incoativo", aclarando que sobre la actualización de las respectivas sumas, hasta el 30 de octubre de 2009, se debían pagar intereses de mora pactados, 30% adicionales a los del plazo del "20%", en el entendido que no excedían el "límite de usura para cada periodo".

6.- En esas circunstancias, el Tribunal revocó la sentencia apelada y declaró fundados los medios de defensa nominados por el extremo pasivo como "inaplicabilidad de los fallos de la Corte Constitucional a los contratos objeto de este proceso", "plena validez de las aplicaciones de los pagos efectuados por la demandante", "estricto cobro de Concasa (Bancafé) de acuerdo con los términos de los contratos de mutuo, del contrato de hipoteca y de los acuerdos de cupo de crédito" e "imputación de todos y cada uno de los pagos efectuados por los deudores demandantes, a las obligaciones a su cargo".



Así mismo, declaró que la convocada "*realizó un cobro de lo no debido*", en cuantías de \$500.000 y \$20'394.706, sumas que actualizadas para el 30 de octubre de 2009, arrojaban un total de \$103'392.399,86, y como consecuencia, la condenó a pagar ese valor en el equivalente a UVR's, junto con intereses de mora pactados a partir del 29 de septiembre de 1994, los cuales calculó para aquella fecha, en la suma de \$351'875.431.16, hasta el día en que se verifique el pago total de la obligación, y negó las "*demás pretensiones de la demanda atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión*".

LOS RECURSOS DE CASACIÓN

La Corte estudiará primero los cinco cargos formulados por la demandada, empezando por los tres primeros, agrupados, por denunciar errores de actividad, y luego los otros, dirigidos a infirmar las declaraciones y condenas que fueron impuestas, y por último, los dos cargos propuestos por los actores, enfilados a que esas condenas se aumenten, aclarando desde ya, frente a los reproches de técnica recíprocos elevados, que al ser recibidos a trámite, esto supone, en principio, que reunían los requisitos formales y de técnica, de ahí que si para los recurrentes dichos cargos no eran idóneos, ha debido reclamarse en su oportunidad, al decir de la Sala, al "*momento de haberse admitido los respectivos libelos*"¹.

¹ Sentencia de 20 de septiembre de 2010, expediente 2000-00248.



DEMANDA DE BANCAFE S.A. CARGO PRIMERO

1.- Con fundamento en el artículo 368, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia del Tribunal por estar incurso en la causal de nulidad de falta de competencia funcional, prevista en el artículo 140, numeral 2º, *ibídem*.

2.- En su desarrollo, la recurrente sostiene que, en general, la declaración de ilegalidad de los dos pagos en cuestión y la consecuente condena, no fueron objeto de ningún pronunciamiento por parte del juzgado, como tampoco materia de estudio en los dictámenes que dieron lugar a la sentencia estimatoria de primera instancia, pues sólo se evocaron por los demandantes en las alegaciones ante el *ad-quem*.

Mas, dice, como el extremo activo no apeló la sentencia del *a-quo*, al "*Tribunal le estaba vedado su estudio, dado que el ámbito de su competencia funcional quedaba circunscrito solamente a lo que de desfavorable tenía la sentencia del juzgado para la entidad demandada*".

3.- Solicita, en consecuencia, que se case el fallo impugnado y que se deje "*sin valor ni efectos*" en lo pertinente.

CARGO SEGUNDO

1.- A partir de lo previsto en el artículo 368, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, se denuncia el fallo



compendiado de contener decisiones que hicieron más gravosa la situación de la entidad demandada, como única apelante.

2.- Sostiene la censura que las declaraciones de ilegalidad de los cobros a que se hizo referencia y las condenas por esos conceptos, *"no fueron objeto de pronunciamiento alguno por parte del juzgado de primera instancia ni del análisis como tales en los dictámenes periciales en que se apoyó la sentencia"*.

Por esto, la entidad demandada considera que como los actores, quienes no apelaron la sentencia del juzgado, abordaron esos puntos en segunda instancia, al Tribunal no sólo le estaba prohibido su estudio, sino también *"enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, tal como lo dice el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil"*.

3.- Consiguientemente, el recurrente demanda de la Corte que se case la sentencia impugnada y que en sede de instancia se remueva todo lo que le resulta adverso.

CARGO TERCERO

1.- En los términos del artículo 368, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil, el banco convocado enrostra al Tribunal haber caído en incongruencia objetiva.

2.- Lo anterior, porque dirigidas las pretensiones primera y segunda a que se declarara que con relación a pagos efectuados tanto a *"capital"* como a *"intereses"*, hubo *"aplicaciones*



indebidas" a papelería, visitas de obra, avalúos, estudios de títulos, timbres, seguros, en fin, el "*Tribunal falló extra petita*" al decidir que el acreedor había realizado era un "*cobro de lo no debido*" de las sumas de \$500.000.00 y \$20'394.706.00.

3.- Solicita la recurrente, por tanto, que se case el fallo cuestionado, por "*incongruente*", y se proceda de conformidad.

CONSIDERACIONES

1.- El estudio conjunto de los cargos se justifica, porque como se observa, todos se relacionan con las declaraciones y condenas que el Tribunal hizo en contra de la entidad demandada, y porque al fin de cuentas, en términos generales, el mismo error de actividad se alega bajo la égida de la falta de competencia funcional, como violación del principio prohibitivo de reforma en perjuicio del único apelante y por el camino de la incongruencia objetiva.

2.- Si bien cada una de esas causales de casación tienen en común controlar el poder de quienes se encuentran investidos de jurisdicción, lo cierto es que poseen identidad propia. De ahí que unos mismos hechos no pueden subsumirse, a la vez, en las distintas hipótesis normativas que se han instituido para evitar que haya extralimitación de funciones.

Así, la competencia funcional, concebida no sólo en consideración a la distribución vertical de la misma, sino también en relación con la especialidad jurisdiccional para conocer de un



caso particular, no puede confundirse con la materialización de una cualquiera de esas atribuciones, porque una cosa es que, según sea el caso, el juez se encuentre legalmente facultado para resolver un recurso de apelación o una pretensión determinada, y otra, distinta, que en cumplimiento de ese laborío, desborde los límites de su competencia, pues para hablar de esto último, necesariamente se debe estar investido de lo primero.

Por esto, la competencia funcional propiamente dicha tiene como factor de parangón la misma ley. En cambio, salvo las declaraciones o condenas oficiosas, la armonía o desarmonía de las pretensiones se establece cotejando lo pedido en la demanda con lo decidido en la sentencia, en sentir de la Corte, mediante una simple *"labor comparativa indispensable entre el contenido de fondo de la relación jurídico procesal y lo resuelto en el fallo"*²; al paso que la prohibición de la reforma en perjuicio, tiene como elementos de contraste, en general, las sentencias de instancia y el contenido del recurso de apelación.

3.- Frente a esas directrices, el cargo primero, sin más, no se estructura, porque en estricto sentido, desde la perspectiva legal, aquí no se pone en entredicho la competencia funcional del Tribunal para resolver el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia del juzgado. Por el contrario, a partir de la adquisición de esa competencia funcional, precisamente lo que se reprocha es la forma como fue ejercida ésta, cuestión que, cual quedó dicho, en el caso de

² Sentencia de 9 de septiembre de 2011, expediente 2001-00108, reiterando doctrina anterior.



haberse desbordado, el camino para corregir el error de procedimiento es distinto al de las nulidades procesales.

Y aunque se afirma que la sentencia del juzgado no fue apelada por los demandantes, aspecto que es cierto, de ahí no puede seguirse que, al resolver el Tribunal como lo hizo, estaba contestando un recurso que no fue formulado por aquellos. Ante todo, porque desde el punto de vista de la construcción formal de la sentencia, el Tribunal anunció que decidía el "*recurso de apelación invocado por la parte demandada*", sin que en ninguna parte haya aludido a alguna inconformidad elevada por los pretensores, al punto que al extractar el contenido de ese medio de impugnación, identificó que la recurrente aspiraba a que se acogieran positivamente las "*excepciones de mérito*".

En segundo lugar, porque el juzgado, expresamente, no negó las declaraciones y condenas que de manera específica se hicieron en segunda instancia en contra de la entidad demandada, luego no se puede entender que esto último se produjo como consecuencia de haberse revocado aquello. Por el contrario, si el *a-quo* concluyó que "*HUBO UN EXCESO en el cobro que el banco efectuó a los demandantes*", se comprende que las decisiones cuestionadas venían incluidas en la sentencia apelada, considerando que el monto de la condena fue estimada por el juzgado de manera global, con mayor razón cuando el dictamen pericial que para tal fin fue valorado, el segundo, igualmente hizo lo propio, una vez realizó la "*reconstrucción total del crédito*", según la aclaración al mismo presentada.



Ahora, si los demandantes indicaron, acorde con las alegaciones de segunda instancia, que la sentencia del juzgado se debía "*mantener*" o recibir "*confirmación*", así hubieren elementos para adicionarla a favor, cuestión prohibida por respeto al principio "*non reformatio in pejus*", esto desvirtúa el argumento sobre que en esa oportunidad dicha parte introdujo un recurso de apelación, respecto de algo que le fue negado. Distinto es que el Tribunal haya dado paso a ciertas pretensiones, pero sólo "*parcialmente*", en cuanto encontró, al margen de la calificación jurídica que corresponda, que el cobro de unos intereses que no venían acumulados, así como el valor de un impuesto de timbre, no correspondían a la realidad.

En suma, el Tribunal, al dar respuesta al recurso de apelación que interpuso el extremo pasivo, no hizo más que conferirle la razón, aunque no en forma total. Por esto, como es natural entenderlo, la revocatoria del fallo de primera instancia y el reconocimiento de las excepciones de mérito, no abarcaba los dos rubros mencionados, los cuales quedaban a salvo, pues de acuerdo con el contexto considerado, ninguna otra significación se le puede atribuir al conector adverbial "*No obstante*" utilizado.

Como es conocido, las expresiones "*empero*", "*sin embargo*" y "*no obstante*", semánticamente corresponden a "*conectores discursivos adverbiales*", en cuanto los "*adverbios y las locuciones adverbiales...orientan la manera en que la oración o el fragmento oracional sobre el que inciden han de ser interpretados en relación con el contexto precedente o con las diferencias que de él se obtienen*". Por esto, dichas locuciones



clasifican dentro de los conectores “adversativos o contraargumentativos”, los cuales “se distinguen especialmente en los casos en los que adverbios presentan cierta información como un contenido diferente del que se muestra en el discurso previo, o bien como opuesto a él”³.

4.- Frente a ese orden de ideas, el cargo segundo tampoco resulta de recibo, porque sin desconocer que el demandado fungió como único apelante, las declaraciones y condenas en cuestión de manera alguna agravaron su situación, lo cual de por sí descarta, contrario a como se sugiere en el escrito de réplica, que hayan sido consecuencia necesaria de alguna reforma impuesta por el Tribunal.

Confrontadas las sentencias de instancia, claramente se advierte que la entidad financiera obtuvo éxito con la interposición del recurso de apelación. En efecto, mirados en su valor nominal o histórico los puntos materia de discusión, se observa que el juzgado, apoyado en la segunda experticia, estableció, en general, que “HUBO UN EXCESO en el cobro que el banco efectuó a los demandantes”, en la suma total de \$198'002.732; mientras que para el *ad-quem*, fundado en medios distintos a los dictámenes periciales, pues éstos fueron desechados, ese valor fue mucho menor, en concreto, en el equivalente a \$20'894.706, correspondientes a un impuesto y a unos intereses que no se causaron, con independencia que el “cobro” al que se refirió lo haya calificado, indistintamente, como “no debido”, “en exceso”, “no permitido” o “ilegal”.

³ Nueva Gramática de la Lengua Española, Sintaxis II, Real Academia Española, Espasa Libros, Madrid, 2009, págs. 2358, 2361 y 2364.



El Tribunal, por lo tanto, respecto del demandado, no pudo violar el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, porque uno de los requisitos para que ello ocurra, como es, al decir de la Corte, que el "*juez de segundo grado haya empeorado con su decisión la situación del único apelante*"⁴, no aparece cumplido, dado que el *ad-quem* jamás impuso cargas económicas por encima de las globales apeladas, por el contrario las redujo en forma sustancial, según quedó explicado, y porque como se anotó al resolverse el cargo primero, las declaraciones y condenas que hizo, tampoco fueron negadas expresamente por el juzgado.

3.- Resta por establecer, entonces, si el Tribunal, al actuar de la manera dicha, profirió un fallo "*extra petita*", bajo el entendido, en sentir de la Sala, que esa especie de incongruencia se presenta en los casos en que el "*Juez, al proferir su sentencia, se pronuncia sobre un objeto distinto del pretendido*"⁵, esto es, cuando "*decide el litigio a partir de peticiones no formuladas en la demanda, ni expresa ni implícitamente, a las cuales alude el fallo de sopetón y de modo inopinado para las partes*"⁶.

Según el recurrente, el error de procedimiento se configura, porque habiéndose solicitado en las pretensiones primera y segunda del libelo genitor que se declarara que con relación a ciertos pagos realizados, hubo "*aplicaciones indebidas*" a rubros distintos a "*capital*" y a "*intereses*", el *ad-quem*, en últimas, terminó sentenciando un "*cobro de lo no debido*".

⁴ Sentencia 165 de 29 de septiembre de 2000, expediente 5405.

⁵ Sentencia de 7 de junio de 2011, expediente 2000-00121, reiterando doctrina anterior.

⁶ Sentencia 046 de 8 de abril de 2003, expediente 7844.



Aunque lo anterior es cierto, cual surge de la mera confrontación entre lo solicitado y lo decidido, el error, sin embargo, no se estructura, porque el problema se presenta es en la terminología empleada respecto a un mismo objeto jurídico tratado, que no a uno distinto, con características propias, como sería la repetición de un pago efectuado por equivocación y que no se debía, en una especie de cuasicontrato.

Nada de eso fue materia de decisión, todo lo contrario, como el propio recurrente lo acepta, las declaraciones y condenas se hicieron de acuerdo con las pretensiones primera y segunda del libelo genitor, en cuanto fueron "*acogidas parcialmente*". De ahí que la expresión "*cobro de lo no debido*" no debe entenderse como correlativo a "*pago de lo no debido*", en su acepción jurídica, sino en relación con un contrato de mutuo, particularmente, respecto a la imputación de algunos pagos efectuados, toda vez que ese y no otro es el alcance o sentido que se le debe dar a la parte dispositiva de la sentencia, a partir, precisamente, de los elementos racionales que fueron ofrecidos en las motivaciones o consideraciones de la misma.

Obsérvese, en efecto, cómo el Tribunal por ningún lado aludió a un pago efectuado por error, simplemente avaló la voluntad contractual sobre las aplicaciones que a ciertos pagos debían hacerse, y distinto es que, "*no obstante*", haya encontrado dos rubros no causados: el valor de un impuesto de timbre nacional y el monto de unos intereses. Desde luego, si esas cantidades fueron cobradas al margen de la realidad, su aplicación simulada resulta "*indebida*", como así se solicitó de



manera genérica en las pretensiones primera y segunda, al liquidarse y cobrarse "*sumas de dinero en exceso, no amparadas por el contrato de mutuo celebrado*".

4.- En ese orden, ninguno de los tres errores de procedimiento denunciados se configuró.

CARGO CUARTO

1.- Acusa la violación indirecta de los artículos 1602, 1603, 1613, 1614, 1626, 1627, 1634, 2313, 2316, 2318, 2341, 2342 y 2343 del Código Civil; 884, 878, 880, 1163, 2221, 2224 y 2230 del Código de Comercio; y 16 de la Ley 446 de 1998.

2.- En su desarrollo, el recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho probatorios, relacionados todos con las declaraciones y condenas que hizo:

2.1.- Consideró de modo indebido los alegatos de los demandantes en segunda instancia, al no tener en cuenta que como éstos no apelaron la sentencia del juzgado, no podía apreciar "*hechos nuevos traídos tardíamente*", menos cuando no fueron objeto de pronunciamiento por parte del *a-quo*, ni analizados en los dictámenes periciales, lo cual conllevó a que no se tuviera "*oportunidad de refutar esas imputaciones*".

2.2.- Tergiversó las pretensiones primera y segunda del libelo genitor, pues al solicitarse, respecto a pagos realizados tanto a "*capital*" como a "*intereses*", que "*hubo aplicaciones*



indebidas" a "*rubros no autorizados*", se juzgó que se había realizado un "*cobro de lo no debido*", sin que sobre el particular se haya tenido posibilidad de contestar.

2.3.- Señaló que el pagaré 36504-13, por valor de \$100'000.000, acorde con el sello que en el mismo aparecía incorporado, estaba exento de impuesto nacional, pero no reparó que en los demás títulos que excedían la suma de \$20'000.000, salvo uno, se encontraba liquidada esa carga fiscal, de donde es equivocado sentenciar que por ese concepto hubo un cobro de lo no debido en cuantía de \$500.000.

2.4.- Dejó de lado el alcance de la excepción nominada "*plena validez de las aplicaciones de los pagos efectuados*", porque pese a que la declaró fundada, dio paso parcialmente a las pretensiones primera y segunda de la demanda, cuando ese medio de defensa también enervaba lo que finalmente en mínima parte fue reconocido.

3.- Concluye el recurrente que los errores manifiestos puestos de presente, incidieron en la decisión final, pues si no se hubieren cometido, las declaraciones y condenas realizadas, como lo explica, habrían quedado sin soporte legal.

4.- Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia del Tribunal, en lo pertinente, y que en sede de instancia se revoquen las decisiones adversas.



CONSIDERACIONES

1.- Suficientemente es conocido que los errores de hecho necesariamente deben referirse a la apreciación objetiva "de la demanda, de su contestación o de determinada prueba", según lo previsto en el artículo 368, numeral 1º, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil.

2.- Precisión que viene a propósito del caso, para notar, sin más, que el yerro que se hace derivar del contenido material de los alegatos presentados por los demandantes en segunda instancia, no puede tener cabida por el cauce de la vía escogida, si se tiene en cuenta que tales escritos no se subsumen en ninguna de esas tres hipótesis normativas.

2.1.- En el evento de que el Tribunal haya fundado su decisión en hechos nuevos, como se dice en el cargo, "traídos tardíamente" en segunda instancia, respecto de los cuales no se tuvo la oportunidad de contradecir, el problema sería netamente de procedimiento, puesto que como es apenas natural entenderlo, la apreciación objetiva o jurídica de algo, supone que sobre ese mismo tópico se ha garantizado el derecho de defensa.

Con todo, en ningún error de esa laya incurrió el Tribunal, por cuanto los hechos nuevos aludidos, relacionados con las declaraciones y condenas controvertidas, no se estructuraron por ser absolutamente ajenos a la demanda, sino por no haber sido materia de pronunciamiento en primera



instancia, ni analizados en los dictámenes periciales, cuestión que por sí implica que sí hacían parte del respectivo cuadro factual.

Y esto, a no dudarlo, es así, porque en los hechos del libelo genitor, los demandantes afirmaron, en forma genérica, que el ente convocado "*ilegalmente*" "*aplicó*" pagos efectuados a "*capital*" e "*intereses*", "*a otros rubros no autorizados*", y además, "*cobró...sumas de dinero no contempladas en los contratos*".

Ahora, si a esos hechos se opusieron las excepciones correlativas nominadas como "*plena validez de las aplicaciones de los pagos efectuados por la demandante*", "*imputación de todos y cada uno de los pagos efectuados*" y "*estricto cobro...de acuerdo con los contratos de mutuo*", entre otras, todas recibidas por el Tribunal, salvo en los rubros cuestionados, según quedó analizado al resolver los tres primeros cargos, resulta contrario a la realidad procesal sostener que se trata de asuntos sobre los cuales se coartó la oportunidad de refutación.

2.2.- Empero, examinada la acusación a la luz de un típico error de hecho, respecto de la apreciación del dictamen pericial, en cuanto los puntos en discusión no aparecían allí analizados, observa la Corte que el yerro, de existir, sería imputable al juzgado, nunca al Tribunal, porque éste, al resolver el recurso de apelación que únicamente interpuso la parte demandada se apartó del citado medio de convicción.

En ese campo, por lo tanto, el error probatorio no estaría en la apreciación del dictamen que en forma expresa fue



desechado al proferirse la sentencia recurrida en casación, sino en la prueba documental que sirvió de base para adjetivar el cobro del impuesto de timbre y de unos intereses, indistintamente, como "no debido", "en exceso", "no permitido" o "ilegal".

3.- El punto, precisamente, se pone de presente en otro apartado del cargo, específicamente en lo que atañe al calificado cobro no debido de la carga fiscal, en el equivalente a \$500.000, porque el otro aspecto discurrecido, el descuento por la derecha de unos intereses, en realidad, en la dirección apuntada, no fue opugnado, así se afirme, valga reconocerlo, que por tratarse de un hecho nuevo, no hubo posibilidad de contradicción, cuestión que no es cierta, como quedó estudiado en el número anterior, a lo cual la Corte se remite por economía.

El yerro denunciado, sin embargo, no se estructura, dado que el recurrente lo edifica al margen del contenido objetivo del pagaré por valor de \$100'000.000, en su sentir, por cuanto si otros títulos valores que excedían de \$20'000.000, se sometieron al impuesto, era de entender que aquél también lo estaba.

Esto, porque así sean ciertas las circunstancias que se traen como parámetros de comparación, el otro hecho, en su materialidad, también lo es, cual es la existencia, en el cuerpo del comentado pagaré, de un sello sobre que estaba "exento del impuesto de timbre". Como esto último no se discute, la equivocación, entonces, no sería del Tribunal, sino del contenido del sello impuesto, en sí mismo considerado, de ahí que el ataque debió dirigirse a poner de presente, cosa que no se hizo, que la



lectura del mismo se alejaba de la realidad, por las circunstancias que fueren, con cita de las pruebas que lo indicaban.

4.- Con relación a la tergiversación de las pretensiones primera y segunda del libelo genitor, por haberse declarado un "cobro de lo no debido" no pedido, el error, ya no de incongruencia, sino de hecho, tampoco se estructura, porque como quedó explicado al resolver el vicio de actividad que sobre el mismo particular se formuló, todo lo cual igualmente se trae aquí para abreviar, en el contexto considerado por el Tribunal, esa expresión no correspondía al recíproco cuasicontrato "pago de lo no debido", sino que resumía el querer y sentir de los demandantes, en cuanto algunos pagos realizados a intereses y a capital, fueron aplicados, en general, a "rubros no autorizados" o "no contemplados en los contratos".

5.- El recurrente, por último, se duele de haberse apreciado equivocadamente la excepción que se nominó "plena validez de las aplicaciones de los pagos efectuados", pero de acuerdo con el planteamiento del ataque, el error, en realidad, no se refiere a que se haya desfigurado totalmente el medio defensivo, pues al fin de cuentas, el Tribunal lo declaró fundado, sino lo que se protesta son los "efectos" de esa decisión, aspecto que como es apenas lógico, se verifica, entre otras cosas, luego de superado cualquier vicio procesal y en una etapa posterior a la fijación material de los hechos y de las pruebas del proceso.

En esa línea, el error de hecho se descarta por completo. Con todo, si se interpreta con amplitud que el censor



encuentra contradicción en las disposiciones espetadas, pues, en principio, resulta exótico que simultáneamente se absuelva y se condene por lo mismo, en una especie de neutralización, lo cual ocurre, en sentir de la Corte, cuando una decisión "excluya la ejecución de la otra"⁷, la incompatibilidad tampoco se presenta, porque la revocatoria de la sentencia estimatoria del juzgado y el recibo de las excepciones de mérito propuestas, no fue absoluta.

En efecto, como quedó estudiado al despacharse el cargo de falta de competencia funcional, el primero, todo lo cual, en lo pertinente, se entiende ahora reproducido, las decisiones del Tribunal no se extendieron a los dos rubros que se cuestionan, pues al decirse que las pretensiones primera y segunda sólo prosperaban "parcialmente", aunque ya no con base en el segundo dictamen pericial, sino en la prueba documental, esto significa que la sentencia apelada en ese mismo sentido fue confirmada, así no se haya dicho expresamente, o lo que es igual, en coherencia con el conector adverbial "No obstante" utilizado, que el éxito del recurso de apelación apenas fue parcial, al punto que la condena en costas quedó reducida en un 70%.

6.- Así las cosas, el cargo cuarto no se abre paso.

CARGO QUINTO

1.- Denuncia la violación "directa" de los artículos 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 1626, 1627, 2313, 2316 y 2318 del

⁷ Sentencia de 18 de agosto de 2010, expediente 2002-00016, reiterando doctrina anterior.



Código Civil, 90 del Código de Procedimiento Civil, 16 de la Ley 446 de 1998 y 2° del Decreto 2495 de 1993.

2.- En sustento, el recurrente manifiesta que el Tribunal incurrió en los siguientes "*errores de juicio*", con repercusión en las normas citadas, según lo explica:

2.1.- Desconoció los efectos jurídicos de la última norma citada, porque al exceder el pagaré 36504-13, la cuantía de \$20'000.000, concretamente la suma de \$100'000.000, era claro que se encontraba sujeto al pago del impuesto de timbre nacional, en la suma de \$500.000.

2.2.- En relación con los dos cobros que calificó como no debidos, actualizados para el 30 de octubre de 2009, en la suma de \$103'392.299.86, el error de juicio, dice, consistió en haberse "*reconocido intereses de mora*", a la tasa pactada, "*desde 29 de septiembre de 1994*", cuando como lo tiene sentado la jurisprudencia, resulta a todas luces inadmisibles liquidar intereses comerciales de una suma traída a valor presente.

2.3.- Por último, dice, esos intereses tampoco era dable liquidarlos desde el 29 de septiembre de 1994, dado que para esa época no se había incurrido en mora de pagar las condenadas impuestas, de ahí que sólo eran exigibles a partir del 28 de noviembre de 2001, fecha de notificación de la demanda.

3.- Solicita, consiguientemente, que se case la sentencia impugnada y profiera la que corresponda.



CONSIDERACIONES

1.- Como es sabido, cuando se acusa la violación de la ley sustancial por la vía directa, resulta obligatorio para el recurrente aceptar en su integridad, a manera de exigencia ineluctable, las conclusiones fácticas y probatorias contenidas en el fallo recurrido, caso en el cual, al decir de la Corte, el censor debe discurrir su actividad dialéctica sin *“separarse, un ápice siquiera, de la quaestio facti, cual y como fue apreciada por el sentenciador, so pena de resultar inidónea la acusación en caso de que ello ocurra”*⁸

Si la censura, por lo tanto, debe tomar los hechos investigados en el proceso en la forma como fueron fijados por el Tribunal, sea o no equivocada, pues mientras no se desvirtúen siguen amparados por la presunción de legalidad y acierto, esto implica que, a partir de allí, cualquier problema quedaría confinado a la adecuación de las circunstancias que se dejaron debidamente acreditadas, en las hipótesis normativas que las gobiernan, respecto a su elección, aplicación y alcance.

2.- Así que como se trata es de confrontar directamente hechos con normas sustanciales, pronto se advierte, sin más, que el primer error *iuris in judicando*, no se estructura, porque en el correspondiente ejercicio, el recurrente toma una sola orilla, la ley, y olvida la otra, como son las conclusiones

⁸ Sentencia de 14 de diciembre de 2010, expediente 2002-00047, reiterando doctrina anterior.



probatorias que deben subsumirse en ella, lo cual por sí es suficiente para que esta parte del cargo no sea de recibo.

En efecto, lo que se dejó demostrado y que no fue desvirtuado, pese a su ataque en el cargo cuarto, todo conforme al sello de exención del impuesto estampado en el pagaré de marras, enfrentado al descuento efectuado, es que se obró de "manera contraria a la ley", y que, por lo tanto, el valor respectivo fue "cobrado indebidamente". Distinto es que, en el campo de los hechos y de las pruebas, el Tribunal haya concluido lo contrario, esto es, que la carga fiscal se ajustaba al ordenamiento, no obstante lo cual condenó la restitución de la anotada suma.

Esta última hipótesis, desde luego, no es la que se presenta ni se alega. Y la otra tampoco se subsume en el precepto aludido, porque sin desconocer que efectivamente los instrumentos, documentos y títulos valores, en las condiciones en la norma misma indicadas, en cuantía superior a \$20'000.000, se encontraban sujetos al impuesto de timbre, en ninguna parte se dice que cuando los agentes retenedores, inclusive por error, eximían el valor del tributo, los contribuyentes debían cumplirlo.

Además, si el impuesto debía asumirse, pese a que fue eximido, el reo de violación de la ley sustancial es quien observó esa conducta, nunca el Tribunal, de modo que en ese caso la parte no puede sacar provecho de sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*). De ahí que la única forma de reivindicación es desvirtuando, en el plano fáctico y probatorio, por supuesto, la literalidad del sello, por las



circunstancias que fueren, pero nada de ello, como se dijo, fue esbozado, razón por la cual no puede sostenerse, sin más, que lo allí indicado, por sí, es irrelevante o carente de efectos jurídicos.

3.- Frente al segundo error de juicio, la parte demandada protesta por haberse ordenado pagar el capital en cuestión, conforme a la entonces conocida UPAC, en concordancia con los cambios generados por el sistema UVR, según las conversiones efectuadas, toda vez que en aquellas unidades fueron convertido los pagos cuestionados al ser recibidos por el banco, aplicando intereses moratorios pactados, a partir de 29 de septiembre de 1994, sobre una suma que, en los términos dichos, había sido actualizada al 30 de octubre de 2009.

En ese orden, aquí debe averiguarse si dentro de ese interregno era factible reconocer los intereses condenados, respecto de un capital actualizado, aunque valga aceparlo, a propósito del escrito de réplica, que los intereses remuneratorios y moratorios que en materia comercial se reconocen sobre un capital histórico o nominal, cuando no se ha especificado por convenio el interés, no sólo incorporan elementos de ganancia y de indemnización, según el caso, sino que igualmente, al decir de la Corte, aparejan *"un componente que, precisamente, está destinado a corregir la depreciación del dinero"*⁹.

Ese, desde luego, no es el problema del caso, porque si bien el Tribunal, durante el lapso aludido, dispuso el pago de intereses moratorios, lo hizo sobre una suma de dinero

⁹ Sentencia de 15 de enero de 2009, expediente 2001-00433, en concordancia con doctrina anterior.



actualizada, según conversiones del derogado UPAC y las UVR, y a tasas distintas de las señaladas en el artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999.

Otra cosa es que el banco demandado no haya estipulado pagar intereses moratorios con los demandantes, en caso de incumplimiento de una obligación de su parte, y que los ordenados, convenidos a la inversa, además de contener algún tipo de renta o ganancia, amén de la indemnización, también llevaban consigno un factor de depreciación monetaria. Ahora, como nada de esto se discute en el cargo, debe entenderse, inclusive aceptarse, dada la vía escogida para denunciar la violación de la ley sustancial, la directa, de una parte, que el banco sí había acordado pagar a los demandantes los intereses de plazo y de mora decretados, y de otra, que las tasas ordenadas no incluían el valor de la inflación.

El Tribunal, por lo tanto, no pudo incurrir en el error estrictamente jurídico que se le imputa, porque si para el cálculo convencional de los intereses que se cuestionan, en lo que concierne al caso, en principio, no se incluyó la actualización de la moneda, ésta no resulta incompatible con aquéllos. Por supuesto que, a tono con la Corte, la *"utilidad práctica"* tanto de las *"UPAC"*, como de las *"UVR"*, es *"servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo"*¹⁰, o al decir de la Corte Constitucional, refiriéndose a las UVR, ellas incluyen *"exclusiva y*

¹⁰ Sentencia 160 de 17 de agosto de 2001, expediente 6942.



*verdaderamente la inflación, como tope máximo, sin elemento ni factor adicional, correspondiente exactamente al IPC*¹¹.

4.- En cambio, el otro error denunciado, el cobro de intereses moratorios desde el 29 de septiembre de 1994, sí se estructura, porque una cosa son las utilidades que hayan podido percibir los demandantes teniendo en su poder los capitales condenados, desde cuando el banco los percibió indebidamente, y otra, distinta, son los perjuicios de esos mismos dineros, representados en los intereses moratorios, bajo el entendido, contrario a lo sostenido en el escrito de réplica, que para predicar estos últimos, en general, según los términos del artículo 1617 del Código Civil, necesariamente debe estarse frente a una *"obligación"* cierta e indiscutida.

En el caso, no se trataba de una prestación de esas características, esto es, preexistente, en tanto se puso en entredicho su existencia, vale decir, si los pagos a restituir eran o no legales. Ahora, como esto vino a definirse en la sentencia, la incertidumbre que se planteó desde la misma demanda, se disipó en ésta, de ahí que, en estricto sentido, puede afirmarse que la *"obligación de pagar una cantidad de dinero"*, de manera alguna pervivía de antemano.

En otras palabras, el fallo emitido es de naturaleza constitutiva, que como tal carece de efectos retroactivos, pues todo se reducía simple y llanamente, en coherencia con la

¹¹ Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000.



doctrina, a la "supresión de una incertidumbre"¹², y no de índole declarativa de condena, caso en el cual, por regla de principio, se predicen esas consecuencias, como ocurre, en sentir de la Corte, cuando el "derecho preexiste limitándose la decisión a reconocer el estado de cosas preexistente y no a constituirlo"¹³.

5.- El cargo, por lo tanto, prospera parcialmente, porque se transgredieron las normas que señalan las pautas para empezar a cobrar perjuicios moratorios.

RECURSO DE LOS DEMANDANTES

CARGO PRIMERO

1.- Acusa la violación directa de los artículos 1495, 1602, 1603 del Código Civil, 882, 864, 871 y 1168 del Código de Comercio, y 68 de la Ley 45 de 1990.

2.- En su desarrollo, los recurrentes aceptan las conclusiones probatorias del Tribunal, según los cuales las partes convinieron que los "rubros correspondientes al desarrollo del contrato de mutuo no serían abonados a intereses al momento de cancelarse el crédito y estarían a cargo de los demandantes".

2.- Afirman, sin embargo, que lo dicho desconoce los artículos 1168 del Código Civil y 68 de la Ley 45 de 1990, normas de orden público, no modificables por acuerdo de las partes, en cuya virtud se reputan intereses todas las sumas que el acreedor

¹² Francesco Carnelutti. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Uteha. 1944. T. I. Págs. 157 y 160.

¹³ Sentencia de 28 de agosto de 2008, expediente 1997-14171.



reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, al margen de que se justifiquen por honorarios, comisiones u otros conceptos semejantes, al igual que aquellas que el deudor pague por servicios vinculados directamente al crédito, en exceso de las sumas señaladas en el reglamento.

Así que al considerar que los demandantes aceptaron cobros en exceso, el *ad quem* "no tuvo en cuenta la trasgresión de estas normas de orden público por parte de la demandada", ni interpretó de manera adecuada el alcance de las reglas que fijan los topes de intereses y los rubros que deben reputarse como tales. Al contrario, prefirió aplicar una norma de inferior jerarquía y anterior, el Decreto 721 de 1987, frente a la Ley 45 de 1990, que es una disposición ulterior y de mayor rango.

3.- La vulneración de esas disposiciones, dicen, tuvo consecuencias negativas, porque respecto de varios de los desembolsos, según se pone de presente, la entidad demandada aplicó gastos no autorizados, en particular a avalúos y papelería, respectivamente, por las sumas de \$3'214.607 y \$165.000.

4.- Solicitan que se case la sentencia impugnada, en cuanto declaró fundadas las excepciones de mérito formuladas, y que se condene el pago actualizado de los cobros indebidos.

CONSIDERACIONES

1.- En el campo fáctico y probatorio, ninguna polémica existe en torno a que los demandantes convinieron con el banco



involucrado que ciertos rubros, como papelería, visitas de obra, avalúos, estudio de títulos, timbres, en fin, corrían por cuenta de ellos, inclusive que se deducirían de los desembolsos.

Por esto, con relación a la pretensión sobre que hubo aplicaciones indebidas, en cuando se liquidaron y cobraron dineros en exceso no amparados por el contrato de mutuo, el Tribunal, para negar la misma, con todas sus consecuencias, avaló las imputaciones realizadas, al estar autorizadas por el "Decreto 721 de 1987" y establecidas en los "contratos de mutuo, hipoteca y los acuerdos de cupo de crédito".

En ese orden, frente al contenido del cargo, todo se reduce a establecer, en el campo estrictamente jurídico, si las imputaciones realizadas a rubros distintos a intereses y a capital, en todo caso previstos en la ley positiva y contractual, eran válidos, o si, por el contrario, violaban normas de orden público, como así fue planteado en lo esencial, razón por la cual, a propósito de la respuesta dada por la entidad demandada, ningún defecto de técnica adolece el ataque.

2.- Los 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 calificado, 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 Corporación¹⁴. 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

¹⁴ Vid. Sentencias 125 de 19 de octubre de 1994 (CCXXXI-709/777), expediente 3972; y 002 de 2 de febrero de 2001, expediente 5670.



de de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica.

En cuanto al entendimiento de lo que es una cláusula abusiva, bien podrá acudirse como referencia al llamado sistema de "lista negra", acogido en el sistema jurídico patrio en el artículo 133 de Ley 142 de 1994, o también a la idea general adoptada en la Ley 1480 de 2011, próxima a entrar en vigencia, la cual, en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.

Por lo pronto, en la situación actual del sistema legal de los contratos, ausente de una regulación propia para el contrato por adhesión, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes.

Pero no se trata de una función discrecional para el juez, o que pueda soslayarla bajo la disculpa de respetar la autonomía privada de las partes, que le veda una intromisión en el



contrato so pretexto de interpretarlo. El mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no sólo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales, como ocurre con los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, las cuales ejercen una posición dominante, sino a sancionar los abusos contra dichas personas.

El sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor, donde se dispone expresamente, en el artículo 34, que dichas cláusulas se interpretan a favor de la parte adherente y que en caso de duda prevalecen las cláusulas más favorables para éste.

La razón de esto estriba, en términos generales, en que la actividad financiera, como motor integrante de la economía, tiene una función social que supone responsabilidades, y como tal, de interés público, lo cual significa que debe estar sujeta a controles e intervenciones del Estado, según lo previsto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política.

Por ejemplo, en materia crediticia, estableciendo qué rubros se entienden como réditos, con lo cual se da seguridad a



los agentes económicos acerca de las transacciones que realizan en el sistema financiero. El artículo 68 de la Ley 45 de 1990, prevé que *"para todos los efectos legales se reputarán intereses las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aún cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes. Así mismo, se incluirán dentro de los intereses las sumas que el deudor pague por concepto de servicios vinculados directamente con el crédito en exceso de las sumas que señale el reglamento"*.

Sin embargo, al decir la norma que los pagos que se reciban *"sin contraprestación distinta al crédito otorgado"* o en *"exceso de las sumas que señale el reglamento"*, se imputarán a los réditos causados, esto significa que existen rubros autorizados que se justifican y causan de manera independiente, de una parte, aquellos que las autoridades competentes no tienen en cuenta para el cálculo de la tasa de interés efectiva, y de otra, los servicios vinculados directamente al crédito.

Entre los primeros, la disposición prohíbe el cobro de puntos relacionados con la inflación y el porcentaje de utilidades a que tiene derecho la entidad crediticia en desarrollo de su negocio, pues tales conceptos se entienden incluidos en la tasa de interés efectiva. Así mismo, los gastos por administración del crédito, manejo de cartera, papelería, en fin, considerando, al tenor del artículo 4º de la Resolución 19 de 1998, emanada de la Junta Directiva del Banco de la República, que el *"concepto de tasa de interés efectiva comprende, también, la totalidad de los*



costos financieros a cargo del deudor -cualquiera que sea su denominación- vinculados al préstamo o relacionados con él".

Igualmente, todo gasto que en desarrollo del crédito deba erogar la entidad bancaria, al margen de que lo justifique por "*honorarios, comisiones u otros semejantes*", salvo lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 590 de 2000, respecto de actividades relacionadas con microcréditos, como estudio de crédito, cuotas de administración o de manejo u otra equivalente, costos de operación, envíos de extractos mensuales, expedición y manejo de cupones de pago, nómina, implementación y desarrollo de tecnologías, entre otros, por tratarse de rubros que se hacen en función y mejora de su objeto social.

En cambio, los servicios vinculados directamente al crédito que no se reputan intereses, se relacionan con los gastos cuya carga no le corresponde a la entidad financiera, sino al usuario, debido a que se realizan a raíz de la puesta en funcionamiento del respectivo servicio, como estudio de títulos, cargos por seguros, impuestos, avalúos, visitas a los predios, etc. En estos casos, lo que se prohíbe, de conformidad con el artículo 1168 del Código de Comercio, es simular tales costos, o exigir por los mismos conceptos, según el artículo 68, transcrito, sumas en exceso a las establecidas en las leyes o en los reglamentos.

3.- En el caso, el Tribunal declaró fundadas las excepciones de mérito que se nominaron "*plena validez de las aplicaciones de los pagos efectuados por la demandante*" y "*estricto cobro de Concasa (Bancafé) de acuerdo con los términos*



de los contratos de mutuo, del contrato de hipoteca y de los acuerdos de cupo de crédito", salvedad hecha, como *supra* quedó analizado, de dos rubros específicos.

Lo anterior, porque en los pagarés se estipuló que los "gastos, expensas, tasas e impuestos" que se ocasionaren por su "legalización", serían de cargo de los actores. Así mismo, al percatar en la escritura de hipoteca que el crédito se desembolsaría "mediante entregas parciales, a medida del avance de la construcción, previas visitas técnicas del perito o supervisor técnico", a solicitud de los interesados, quienes debían "cubrir los gastos que las mismas demanden". Por último, al constatar en los cupos de crédito que era "entendido que los gastos por avalúos de inmuebles (...), serán de cargo exclusivo del constructor".

Igualmente, porque en la escritura de hipoteca se consignó que cualquier pago que se hiciera a la deuda, la entidad financiera aplicaría su valor, "primero a los gastos generales que haya tenido que hacer en razón del presente contrato, a los relacionados en los literales a), b) (...) del artículo octavo (8º) del Decreto setecientos veintiuno (721) de mil novecientos ochenta y siete [estudio de títulos, notariado y registro; y visitas legales al predio], luego a las primas de seguro o reembolso de las mismas, posteriormente a las sobretasas, después a intereses moratorios, luego a intereses corrientes y por último a capital".

4.- Si el sentenciador de segundo grado, por tanto, concluyó que todas las imputaciones efectuadas eran plenamente válidas, pues el banco había ajustado su conducta apegado a los



términos de los contratos de mutuo y de hipoteca, así como a los acuerdos de cupo de crédito, surge claro que, en el plano jurídico, transgredió la ley sustancial, en lo que respecta al cobro del concepto de papelería, por la suma total de \$165.000, pues se trataba de un cobro prohibido, no obstante lo cual en forma global lo avaló jurídicamente, considerando, según lo explicado, que las tasas de interés efectivas lo comprendían.

En cambio, no sucede lo mismo con la aplicación de los rubros destinados a avalúos, en cuantía \$3'214.607, porque fuera de haberse estipulado que su pago correspondía a los demandantes, son cargas que, como quedó elucidado, debían asumir. Distinto es que en la realidad los costos por visitas al predio, todos o algunos de ellos, incluyendo avalúos, no se hayan causado o sean excesivos, pero esto no fue encarado, pues únicamente se hizo la afirmación de que la ley prohíbe la simulación de intereses, mas no que efectivamente haya ocurrido, sin que la Corte pueda asumir su investigación de oficio, dado el carácter estricto y dispositivo del recurso de casación.

5.- Así las cosas, el cargo prospera parcialmente.

CARGO SEGUNDO

1.- Denuncia la violación de los artículos 1617 y 1653 del Código Civil, 882, 884, 1163 y 1168 del Código de Comercio, 64, 65 y 72 de la Ley 45 de 1990.



2.- Lo anterior, por haber incurrido el Tribunal en la comisión en errores de hecho probatorios, frente a la pretensión de que el banco demandado no contabilizó pagos efectuados, a pesar de haberlos recibido.

2.1.- En efecto, en general, conforme al cuadro que se presenta, omitió los documentos que se relacionan, con los cuales se acredita que se hicieron pagos del orden de \$2.876'583.915.55, mientras que el demandado alegó abonos reconocidos únicamente por \$2.787'400.080.

2.2.- En particular, no tuvo en cuenta que el documento denominado "*liquidación de intereses*", considerado insuficiente, respecto del pago realizado el 2 de marzo de 1995, así como el efectuado el 26 de julio del mismo año, debía valorarse de la mano de otras pruebas.

El primero, por la suma de \$25'283.366, con el documento de aplicación a intereses que identifica, con los libros de contabilidad de la constructora demandante y los dictámenes periciales, pues pese a que éstos fueron rechazados, tuvieron en cuenta la contabilidad de ambas partes, todo lo cual demuestra que se dejaron de contabilizar \$14'025.001.

El otro, en cuantía de \$388'146.616, con el comprobante de ingreso y demás documentos provenientes de Concasa, Regional Bogotá, los cuales singulariza, así como con la contabilización a que aluden los peritos, todos indicativos de que se dejaron de abonar \$72'695.868.



3.- Solicitan, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada, en cuanto declaró fundadas las excepciones de mérito formuladas, y que en sede de instancia se proceda de conformidad.

CONSIDERACIONES

1.- En contra de lo sostenido en el escrito de réplica, desde la misma demanda se planteo la discusión, así sea genérica, sobre la no imputación de algunos pagos efectuados, al punto que, al margen de las incidencias particulares, todo ello fue objeto de pronunciamiento del juzgado y del Tribunal, pues el primero encontró configurada la pretensión, mientras el segundo la enervó, al declarar fundada la excepción que se nominó *"imputación de todos y cada uno de los pagos efectuados por los deudores demandantes, a las obligaciones a su cargo"*.

De otra parte, si el Tribunal, en forma global llegó a esa conclusión, acudiendo a la confrontación de recibos de pagos y del histórico del crédito presentado por el banco, ningún reproche de idoneidad formal cabe hacer sobre el particular, porque los recurrentes, para mostrar que no se tuvieron en cuenta unos pagos realizados, al mismo procedimiento acudieron.

2.- En esa línea, con miras a establecer la omisión probatoria sobre pagos realizados y que según se dice no fueron contabilizados, no se puede pasar por alto que el Tribunal realizó la liquidación de cada uno de los títulos valores, las cuales constituyen una ley del proceso, entre otras cosas, porque no



fueron controvertidas por ninguna de las partes, "partiendo del desembolso efectuado en la fecha correspondiente e imputando los pagos realizados por los deudores en las fechas en que aparecen registrados en los documentos obrantes en el proceso y liquidando con las tasas convenidas".

Ahora, si en esa operación encontró que se efectuaron pagos en el orden de \$2.787'400.080, inclusive con un saldo a favor de la entidad demandada de \$3'153.847.76, esto significa, así se haya dicho que se acreditaron abonos del orden de \$2.072'189.278, que el Tribunal no pudo incurrir en ningún error de hecho en la apreciación de las pruebas documentales que se singularizan, en cuanto hace a la diferencia, pues al fin de cuentas, al traer ésta a la liquidación realizada, necesariamente debe seguirse que las tuvo en cuenta, expresa o implícitamente.

La censura afirma que se hicieron pagos por la suma de \$2.876.583.915.55, según los documentos que se relacionan. Como allí se hace alusión a los abonos por \$25'283.366 y \$388'146.616, en su orden, de 2 de marzo y 26 de julio de 1995, los cuales se entroncan con los errores de hecho específicos, cuyo estudio se abordará adelante, no hay lugar a sumarlos. Del mismo modo, tampoco deben agregarse los supuestos pagos efectuados el 1º de junio, 19 de Octubre, 19 de octubre, 24 de octubre, 24 de octubre, 24 de noviembre y 24 de noviembre de 1995, respectivamente, por la suma total de \$95'872.821, porque no se trata de ingresos efectivos al banco, sino liquidaciones de cobro de intereses efectuados por éste, al paso que en el cargo



no se indican otras pruebas que demuestren que el valor de las mismas materialmente fueron entregadas al acreedor.

Así las cosas, en cuanto a los errores de hecho que en forma global se imputan, respecto de la apreciación de la prueba documental, ninguna equivocación objetiva o material existe, puesto que hasta ahora en el cargo se demuestran pagos del orden de \$2.367'281.112.55, mientras que el Tribunal, al liquidar cada uno de los títulos valores, tuvo en cuenta pagos por una suma mayor, en concreto, por la cantidad de \$2.787'400.080.

3.- Con relación a la apreciación de los documentos que demuestran un pago de \$25'283.366, efectuado el 2 de marzo de 1995, hay que sumar como cancelados \$11'258.365, suma tenida en cuenta por el Tribunal, no porque el recibo de liquidación de intereses lo demuestre, sino porque, en dicha fecha y por esa suma, aparecían registros en el banco.

Desde luego, el documento en cuestión no demuestra, por sí, el abono del excedente, \$14'025.001, dado que en su esencia es igual a otros recibos de liquidación de intereses, como los mencionados en el punto anterior, algunos de los cuales tienen notas como "*DIGITE..S.. si efectivamente van a pagar los ints. (de lo contrario N)*", de donde no existe certeza de si efectivamente fueron o no pagados.

Y de la "*mano*" de otras pruebas, tampoco se acredita el hecho, inclusive aceptando como autónoma la prueba documental adosada por los peritos, pues al fin de cuentas hace



parte del mundo del proceso, por no ser cierto que se trate de "extracto de Concasa-Libros Auxiliares", sino de la sociedad demandante, menos cuando, frente a las diferencias con el banco, tendrían que hacerse otras confrontaciones, las cuales ni por asomo se mencionan (artículos 68 y 70 del Código de Comercio y 271 del Código de Procedimiento Civil); y de otra, porque los demás documentos hacen relación, unos, a liquidaciones de intereses efectuadas por el banco, inclusive con mención a fechas distintas (folios 253 y 258, C-2), y otros (folios 373, C-1), a la liquidación del crédito en uno de los dictámenes periciales desechados.

Ahora, respecto del segundo error en particular, observa la Corte que se configura, porque las pruebas documentales que se relacionan con los pagos efectuados, inclusive al margen de otros medios, objetivamente ponen de presente que el 26 de julio de 1995, se hicieron abonos por \$388.146.616, pero el Tribunal, y ahí está la incidencia del error en la decisión final, y por ende, en las normas citadas como trasgredidas, únicamente reconoció \$315'450.748, razón por la cual esa cantidad, arriba restada, efectivamente debe sumarse.

4.- Frente a lo expuesto, salta de bulto que el *ad-quem* se equivocó en forma manifiesta y trascendente al apreciar las pruebas documentales, en virtud de las cuales se acreditó que los demandantes hicieron abonos por la suma de \$20'713.941.45, sin que hubiese sido aplicada a intereses y a capital, cantidad que resulta de la diferencia entre lo reconocido por el juzgador en las liquidaciones que practicó, \$2.787'400.080, y lo probado en el



cargo, \$2.766'686.093.55. Sin embargo, a dicha cantidad debe descontarse la suma de \$3'153.847.76, pues fue el saldo que se encontró a favor del banco en las mentadas liquidaciones, las cuales, se repite, no fueron impugnadas en casación, para un total de \$17'560.138.69, que en definitiva deben reconocerse.

5.- El cargo, por o tanto, prospera parcialmente.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1.- Infirmada, en lo pertinente, el fallo del Tribunal, las consideraciones expuestas al despacharse los cargos, sirven ahora de sustento para hacer las modificaciones correspondientes, razón por la cual a ellas se remite la Corte, simplemente por economía, en cuanto, frente a la condena impuesta por el juzgado, contestan, en lo esencial, los reproches elevados por la entidad bancaria al interponer el recurso de apelación, respecto del cual, en últimas, sale bien librada, si se tiene en cuenta que las excepciones de mérito efectivamente son de recibo, como en últimas se aspiraba, así sea en parte.

2.- En coherencia, adicionalmente a las condenas que mantuvo el Tribunal, se debe agregar el pago de \$165.000, suma que fue aplicada, indebidamente, como gastos de papelería, cuando por lo dicho, se trata de un concepto que corresponde sufragar a la respectiva entidad bancaria, porque de antemano, con el cobro y pago de intereses, se entiende, por regla general, que esos costos fueron trasladados al usuario de los servicios financieros. Igualmente, la cantidad de \$17'560.138.69, por haber



sido recibida por acreedor, sin que la haya imputado, en la forma prevista en la ley, a las obligaciones de los demandantes.

Se aclara, sin embargo, que como la metodología empleada para actualizar el valor de las condenas, esto es, su conversión en UPAC y en UVR, según los momentos históricos, no fue materia de discusión, debe mantenerse para las que ahora se imponen, sin necesidad de hacer las operaciones correspondientes, porque establecidas las bases para el efecto, la actualización corresponde hacerse al momento de su pago, sea voluntario o compulsivo. Lo mismo debe decirse de las tasas de interés durante el plazo y la mora referidas por el Tribunal, en cuanto son temas que, al no reclamarse, salvo la época a partir de la cual se causaron, permanecieron indemnes en casación.

3.- Desde luego, a partir de la fecha en que se hicieron cada uno de los pagos, hasta cuando fue notificado el auto admisorio de la demanda, los intereses de mora ordenados quedan reducidos a los del plazo, porque como quedó elucidado al resolverse el cargo quinto postulado por la entidad bancaria, las indemnizaciones por el incumplimiento del pago de un capital, se imponen frente a una obligación cierta e indiscutida, según lo prevenido, por regla general, en los artículos 1608 y 1617 del Código Civil, de ahí que cuando la misma nace en la sentencia, como en el caso, tales efectos no son retroactivos.

La "constitución en mora -dice la Corte- supone la existencia cierta e indiscutida de la respectiva obligación (...). De ahí que la 'mora en el pago solo llega a producirse cuando existe



en firme una suma líquida', proyectada, obviamente, como es natural entenderlo, a la fecha de notificación de la demanda, según el artículo 90, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, en los casos en que no ha mediado reconvención judicial previa o se establece que no se trata de una mora automática" ¹⁵.

En el *sub-judice*, por lo tanto, los intereses moratorios sobre las condenas, serán calculados sobre las sumas históricas, pues la corrección monetaria se hizo por aparte, en el entendió que, por la metodología empleada, no los comprende, y deberán pagarse a partir del 28 de noviembre de 2001, fecha de notificación de la demanda, porque al margen de cualquier otra consideración, así se acepta en forma expresa por el banco en el cargo correspondiente.

4.- En ese orden de ideas, se reproducirá, con los ajustes correspondientes, la parte dispositiva del fallo apelado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia de 9 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por JORGE SAFFÓN SALAZAR, NORA LUCÍA SANÍN POSADA y la CONSTRUCTORA SAFINSA LIMITADA, EN LIQUIDACIÓN,

¹⁵ Sentencia de 3 de noviembre de 2010, expediente 2000-0315063, con cita de precedente anterior.



contra BANCAFE S.A., antes CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA CONCASA, y en sede de instancia;

RESUELVE:

a) "**Primero: REVOCAR**", parcialmente, "la sentencia apelada por la parte demandada, proferida el 9 de septiembre de 2006 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, D.C., por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"**Segundo: En su lugar, DECLARAR**", salvo en lo que concierne con las decisiones siguientes, "probadas las excepciones de mérito de 'inaplicabilidad de los fallos de la Corte Constitucional a los contratos objeto de este proceso'; 'plena validez de las aplicaciones de los pagos efectuados por la demandante'; 'estricto cobro de Concasa (Bancafé) de acuerdo con los términos de los contratos de mutuo, del contrato de hipoteca y de los acuerdos de cupo de crédito' e 'imputación de todos y cada uno de los pagos efectuados por los deudores demandantes, a las obligaciones a su cargo', propuestas por la parte demandada, atendiendo las consideraciones consignadas en la parte motiva de esta decisión.

"**Tercero: DECLARAR** que la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda Concasa, absorbida por Bancafe, en su condición de acreedora respecto de la operación de crédito No. 36504, realizó un cobro de lo no debido en cuantía de \$20'394.706 (...), para el día 29 de septiembre de 1994, por



concepto de intereses corrientes vencidos retenidos en el desembolso del pagaré No. 36504-13, descuento respecto del cual no se encontró soporte.

“Cuarto: DECLARAR que la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda Concasa, absorbida por Bancafe, en su condición de acreedora respecto de la operación de crédito No. 36504, realizó un cobro de lo no debido en cuantía de \$500.000 (...), para el día 29 de septiembre de 1994, por concepto de impuesto de timbre indebidamente retenido respecto del pagaré No. 36504-13”.

b) **DECLARAR** que la precitada entidad bancaria cobró la suma de \$165.000, por concepto de un gasto no autorizado, y no imputó a la operación de crédito indicada, la cantidad de \$17'560.138.69, pese a haberla recibido.

“Quinto: CONDENAR”, como consecuencia, “a la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda Concasa, hoy Bancafe, a pagar (...) a favor de los demandantes Jorge Saffon Salazar, Nora Lucía Sanín Pasada de Saffon y Constructora Safinsa Ltda.”, las sumas de \$20'394.706, \$500.000, \$165.000 y \$17'560.138.69, actualizadas, al momento del pago, mediante conversión a UPAC's y a UVR's, conforme a los cambios históricos operados, con los intereses de plazo y de mora referidos por el Tribunal, hasta que se satisfagan las obligaciones,



calculados sobre los capitales nominales, los últimos desde el 28 de noviembre de 2001, fecha de notificación de la demanda, y los primeros, para las dos sumas iniciales, desde el 29 de septiembre de 1994, para la cuarta, a partir del 11 de marzo de 1996, cuando conforme al histórico del banco, se hizo el último abono a la obligación, y para la tercera, a partir de cuando fueron descontadas por la derecha cada una de las sumas que la integran, según los recibos de los folios 70, 71, 72, 75, 77, 79, 82, 87, 87, 90, 92, 97, 100, 103 y 106, cuaderno 1.

"Sexto: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

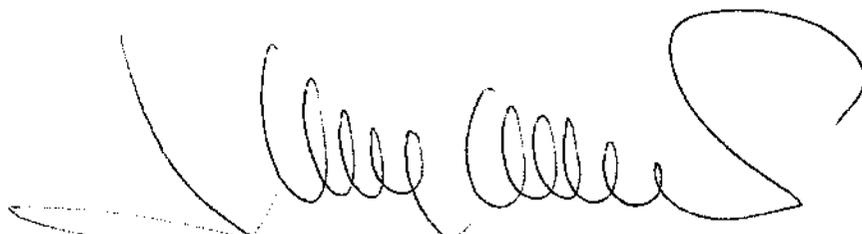
"Séptimo: Condenar a la parte demandada al pago de las costas de la primera instancia y de la segunda instancia en un 30%. Tásense".

c) Sin costas en casación por haber prosperado ambos recursos, así sea parcialmente.

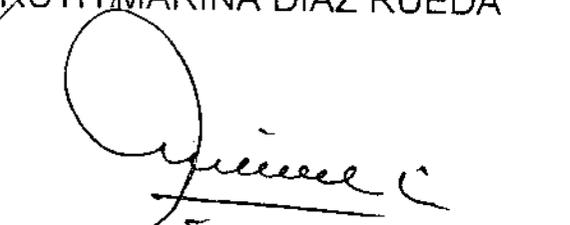
Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.


FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ




JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR


RUTH MARINA DÍAZ RUEDA


WILLIAM NAMÉN VARGAS