

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA CIVIL**

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

Proceso: **EJECUTIVO CON TITULO HIPOTECARIO**

Radicación: **1100131030272017-00772-01**

Demandante: **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

Demandada: **OSCAR JAVIER JIMÉNEZ JIMÉNEZ Y OTRA.**

Magistrada Sustanciadora: **JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE.**

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de agosto del año 2018 por el Juzgado 27 Civil del Circuito de esta ciudad.

**ANTECEDENTES**

**1**. La entidad citada en el epígrafe, mediante apoderada judicial, solicitó que contra Oscar Javier Jiménez Jiménez y Ángela María Cifuentes Ordoñez, se librara mandamiento de pago, por los siguientes montos:

1.1. $124.087.502,32 a título de capital acelerado, contenido en el pagaré No. 79.906.487, suma sobre la cual se deben causar intereses moratorios desde la presentación de la demanda.

1.2. $6.341.491,89 por concepto de 8 cuotas en mora causadas del 15 de abril al 15 de noviembre de 2017, ítems sobre los cuales y de forma independiente se deben liquidar intereses moratorios desde el día siguiente al vencimiento de cada una de ellas y a la tasa máxima legal permitida.

**2.** En apoyo de las pretensiones, se expusieron los argumentos fácticos que a continuación se compendian (fls. 115 y 116., C.1):

2.1. Los demandados recibieron de la demandante a título de mutuo el 29 de diciembre de 2015 la cantidad de $140.560.000,oo

2.2. Los deudores se comprometieron a pagar el capital referido en 120 cuotas mensuales sucesivas, contadas a partir del día 29 de enero de 2016 y hasta el vencimiento final pactado.

2.3. La parte ejecutada incurrió en mora en cuanto al pago de sus obligaciones mensuales, el día 15 de abril de 2017, razón por la cual la parte actora presentó demanda cobrando los instalamentos atrasados e hizo uso de la cláusula aceleratoria prevista en el numeral sexto del pagaré.

2.4. Como garantía de la obligación, los deudores constituyeron hipoteca abierta de primer grado a favor del acreedor sobre los inmuebles con folios de matrículas inmobiliarias números 50N-20751780 y 50N-20728250, como consta en la escritura pública No. 1886 del 3 de septiembre de 2015, otorgada en la Notaría 52 del Círculo de Mosquera.

**3.** Mediante auto del 5 de febrero de 2018 se libró mandamiento de pago.

**4.** Enterados los deudores de la acción invocada en su contra, contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones y propusieron la excepción que denominaron “*pago*”.

**5.** Surtido el trámite de rigor, y en virtud de que las pruebas arribadas sólo fueron documentales, se dio aplicación a los establecido por el artículo 278 del C.G.P., profiriéndose la sentencia impugnada (fl. 249 C.1).

**LA SENTENCIA RECURRIDA**

La juez de primer grado declaró parcialmente probada la excepción de pago propuesta por los ejecutados y, en consecuencia, ordenó seguir adelante la ejecución por la suma de $120.358.128,34,[[1]](#footnote-1) más los intereses moratorios a partir de la presentación de la demanda.

Para arribar a tales determinaciones, tras compendiar sobre los antecedentes del litigio y señalar el cumplimiento de los “*requisitos*” generales y particulares del cartular, precisó que la discusión se centraría en la comprobación del único medio exceptivo propuesto, esto es, el pago de la obligación.

Inició el análisis en lo referente a la aceleración del plazo, aspecto discutido por la parte ejecutada que despachó desfavorablemente, tras indicar que dentro del expediente constaba, no solo en los hechos del libelo sino además en la pretensión 1.1., la afirmación del demandante de hacer efectiva la cláusula aceleratoria a partir del momento de la presentación de la demanda, razón por la cual se daba el requisito exigido por el artículo 431 del C.G.P.

Señaló, en cuanto al pago, que dentro del asunto sub judice se allegaron recibos en los que se establecía la verificación de reembolsos en los meses de agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2016, así como en enero, febrero y marzo de 2017 (fls. 192-198 c.1), documentos que contienen como información el valor consignado y el saldo de la deuda para esas datas, que para marzo de 2017 ascendía a la cantidad de $136.362.113,98, recibos que no fueron desconocidos por la ejecutante pero que, sin embargo, no reflejan la cancelación total de la obligación. Por el contrario, de ellos se advirtió que la deuda se encontraba insoluta y presentaba un retraso o mora en las cuotas, y a guisa de ejemplo se indicó cómo, a folio 193, se verificaba un saldo vencido de $12.410.836,27 para el 11 de octubre de 2016, fecha en la que se produjo un depósito por $4.000.000, suma que no estaba cancelando esos $12.410.836,27, por lo que obviamente el saldo que venía de atrás era de $138.549.059,95. Todo para explicar que los montos sufragados fueron tenidos en cuenta por la entidad demandante antes de presentar la demanda, pues el cobro ejecutivo se pidió por $130.428.993,21.

En lo que respecta a la activación del seguro de desempleo al que tenía derecho quien suscribió el pagaré, advirtió que sí se hizo efectivo, al punto que se aplicó al crédito la suma de $5.921.195, como obra a folio 159 del expediente; sin embargo, esa concesión no podía perdurar como lo pretendía la parte ejecutante, por 12 meses, porque en realidad Jiménez Jiménez, según lo probado, para el 10 de febrero de 2017 quedó cesante pero superó esa condición el 5 de junio del mismo año (fl. 154 certificación de Alfa Gres); luego de marzo de 2017 a junio de ese año solo habían transcurrido 3 meses, sin que pudiera afirmarse que la mora se había purgado.

Tras analizar los recibos de pago que obran a folios 199 a 204 y 205 a 209 del expediente, concluyó que los primeros se efectuaron antes del 1 de diciembre de 2017, es decir, previo a la presentación de la demanda y pese a esto, no fueron tenidos en cuenta por la ejecutante, sin que aparezcan descontados del monto del capital por el que se libró la orden compulsiva, por lo que a ellos les dio la capacidad de enervar de manera parcial las pretensiones de la demanda.

Concretamente, el monto del capital insoluto fue reducido a $120.358.128,34, luego de restar el valor de $11.654.000,oo, cifra que resultó de las sumas canceladas por los ejecutados. A su turno, las consignaciones efectuadas ya en el curso de la actuación, se consideraron como abonos y se señaló que su reflejo tendría lugar al momento de la liquidación del crédito.

**EL RECURSO**

El reproche consistió en la indebida aplicación que se dio al seguro de desempleo del que gozaba el señor Oscar Javier Jiménez Jiménez.

Señaló que todos los hechos del plenario imponen la “*novación del proceso*” (sic), porque en realidad el ejecutante es quien debería estar en la posición del mencionado ejecutado, esto de atender que fue el Fondo Nacional del Ahorro el que edificó la mora, ya que sabiendo del negocio jurídico preexistente a la demanda, estaba obligado a hacer los pagos mediante la activación del seguro de desempleo y así hubiera evitado que el crédito se atrasara.

Que, en efecto, dicho ejecutado era beneficiario de un seguro cuya cobertura iniciaba desde la fecha del desembolso del crédito aprobado por el Fondo Nacional del Ahorro y finiquitaba con la cancelación del préstamo o con el pago de las 12 cuotas continuas o discontinuas de acuerdo a la situación de desempleo del deudor.

Para el caso del señor Jiménez se presentaron, a esa sazón, dos periodos en los que adquirió la calidad de cesante; el primero comprendido entre el 15 de abril y el 14 de septiembre de 2016, y el segundo, a partir del 10 de febrero y hasta el 5 de junio de 2017, fecha en la que nuevamente ingresó a trabajar con la empresa ALFAGRES S.A., variaciones laborales que fueron advertidas de manera oportuna al Fondo Nacional del Ahorro; sin embargo, el accionar de la entidad, en lo relacionado con la activación del seguro, se generó hasta el 9 de octubre de 2017, informándose al demandado que se había realizado el pago de tan solo 3 cuotas, por valor de $5.921.195,67., faltando o quedando pendientes por cubrir otras 6 cuotas, de acuerdo a los periodos de desempleo por los que pasó Jiménez Jiménez.

Que por lo anterior, dentro del asunto se consuma el delito de fraude procesal, pues al incumplir el Fondo Nacional del Ahorro con su obligación contractual y no agilizar oportunamente el trámite del seguro, hizo que la parte ejecutada cayera en mora, situación que se hubiera podido evitar por la propia demandante, por lo que concluyó que la mora es inexistente y no puede ser imputable a los demandados, debiéndose revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia y terminarse el proceso por sustracción de materia.

**CONSIDERACIONES**

1. Dispuso el legislador en la Ley 45 de 1990 que, “*Cuando en las obligaciones mercantiles se estipule el pago mediante cuotas periódicas, la simple mora del deudor en la cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario. En todo caso, cuando en desarrollo de lo previsto en este artículo el acreedor exija la devolución del total de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando comprendan sólo intereses*”[[2]](#footnote-2).

De otra parte, se indicó en el artículo 468 del C.G.P. que en tratándose de la ejecución para la efectividad de la garantía real, “*si el pago de la obligación a cargo del deudor se hubiere pactado en diversos instalamentos, en la demanda podrá pedirse el valor de todos ellos, en cuyo caso se harán exigibles los no vencidos*” y, además, la Ley 546 de 1999, en su artículo 19 previó que “*los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial*”.

Sobre el punto igualmente memora la Sala que los títulos-valores admiten varias formas de vencimiento, dentro de las que se destacan *“a un día cierto, determinado o no”,* y los *“vencimientos ciertos sucesivos”,* como lo regula el artículo 673 del Código de Comercio, modalidad de la que dependerá la determinación del ejercicio oportuno de la acción cambiaria, pues si existe fecha cierta, a partir de su ocurrencia se contará el momento en que la obligación se puede hacer efectiva, judicial o extrajudicialmente, esto es, cuando nace el poder jurídico del acreedor de reclamar la prestación debida, en tanto surge la acción cambiaria como instrumento legal para su cobro, precisándose sobre el tema de los vencimientos sucesivos que, en línea de principio, cada uno de los diversos instalamentos se hace exigible en su respectiva fecha, sin perjuicio de que, en virtud de una cláusula de extinción anticipada del plazo, comúnmente apellidada aceleratoria, sea posible que el vencimiento final se precipite ante la ocurrencia de alguno de los hechos que provocan su decadencia, término que no sería posible adelantar en caso de no existir o no haberse pactado la aceleración, eventualidad en la que el acreedor tendría que respetar los vencimientos de cada cuota.

2. En este caso el reparo puntual de la parte ejecutada consiste en el pago –parcial- de la obligación, que soportó en la existencia de una póliza de seguro por desempleo contratada por uno de los demandados, el señor Jiménez, que garantizaba la satisfacción de las cuotas hasta por 12 meses, razón por la cual no era posible perseguirlo ejecutivamente, pues recaía sobre la ejecutante la activación oportuna de dicho seguro para así evitar la mora que ahora es alegada, retraso que, a voces de los apelantes, fue originada por el Fondo Nacional del Ahorro, entidad que, según ellos, no solo actuó de manera tardía, sino que, además, imputó apenas 3 meses a la deuda, cuando lo correcto era la cobertura de los 9 meses durante los cuales el deudor estuvo desempleado.

3. Para resolver la censura cumple precisar, en primer lugar, que es un asunto pacifico entre las partes que a propósito del crédito instrumentado en el pagaré a largo plazo No. 79.906.487, que sirve de báculo a la presente ejecución, se contrató un seguro por el deudor ante un eventual pérdida involuntaria del trabajo, como así lo admitió la apoderada judicial de la parte ejecutante al descorrer el traslado de las excepciones, al aseverar que: “*… el seguro de desempleo ha realizado el pago de once (11) cuotas en mora de los ejecutados, quedando pendiente el pago de una (1) cuota por parte de la aseguradora, pero a pesar de esto, los ejecutados se encuentran en la actualidad en mora en el pago de nueve (9) cuotas del crédito, por lo que al pagarse la cuota que está pendiente de pagar por parte de la aseguradora, los ejecutados continuarían en mora en el pago de ocho (8) cuotas, por lo que no se puede pretender que prospere la excepción de pago de la obligación presentada”[[3]](#footnote-3).*

Tampoco admite discusión que, según el pagaré adosado con la demanda[[4]](#footnote-4), el cual fue diligenciado por el Fondo Nacional del Ahorro, el señor Oscar Javier Jiménez Jiménez se comprometió a cancelar a dicha entidad la suma total de $130.428.993,21, rubro que debía satisfacerse en un total de 120 cuotas mensuales sucesivas, a partir del 21 de enero de 2016; no obstante llama la atención que en la demanda se enrostra la mora a partir del día 15 de cada mensualidad, sin explicar la razón de un cambio que afecta la determinación de la fecha de exigibilidad, tanto más si se repara en que igualmente se convino, en la cláusula sexta, que el Fondo quedaba facultado “*para que de acuerdo con lo señalado en la normatividad aplicable, dé por extinguido e insubsistente el plazo que falte para el pago de la deuda a mi (nuestro) cargo y para exigir su cancelación inmediata …”,* entre otros eventos, en caso de incurrir en mora en el pago de las cuotas mensuales.

Precisamente al amparo de esa estipulación, el Fondo acudió a la jurisdicción por la falta de pago de los periodos comprendidos entre los meses de abril y noviembre de 2017, persiguiendo como capital insoluto el monto de $124.087.502,32, más las referidas cuotas atrasadas que en total arrojan un importe de $ 6.341.490,89.

En el caso concreto, cuestionan los ejecutados que no se podía iniciar el cobro coercitivo, porque el Fondo Nacional del Ahorro tenía conocimiento de la pérdida del trabajo del señor Jiménez Jiménez, quien informó que estuvo desempleado en los siguientes periodos: 1) Entre abril 16 y el 13 septiembre de 2016 y 2) Entre febrero 10 y el 5 de junio de 2017, aseveraciones que se encuentran demostradas en el interior del plenario con la prueba documental que obra a folios 155 y s.s. del cdno 1., por lo que debió hacerse efectivo el seguro que cobijaba ese riesgo, en vez de incoar la acción cambiaria por la no satisfacción de las cuotas que se iban generando.

Ante ese planteamiento, estima la Sala que cuando el deudor de una obligación contraída –a largo plazo- para adquirir vivienda individual, toma un seguro de desempleo para que la aseguradora, de realizarse el riesgo asegurado (la pérdida involuntaria del trabajo), satisfaga las cuotas de amortización respectivas mientras se mantiene esa condición (por el tiempo máximo previsto en el negocio aseguraticio), la efectividad de la cláusula aceleratoria pactada debe reparar en ese contrato coligado, conocido por el banco prestamista, quien si bien es cierto tiene la facultad de anticipar el vencimiento del plazo para cobrar la totalidad de las sumas adeudadas, no puede desconocer que, de pagarse el siniestro, ese pago indefectiblemente incide en el cobro del capital acelerado y, claro está, en la continuidad de la ejecución.

Con otras palabras, si bien es cierto que el acreedor, por el no pago de una de las cuotas de amortización del préstamo, puede acelerar –según lo pactado- el plazo inicialmente previsto, no lo es menos que si ese retardo de deudor obedece a la falta de ingresos por la pérdida involuntaria de su condición de trabajador, lo procedente, en principio, es hacer efectivo el seguro de desempleo, contratado precisamente con ese propósito. Luego, o el acreedor espera que se cubran las cuotas respectivas por la compañía de seguros, sin acelerar el plazo, o si resuelve adelantarlo, una vez reciba el pago debe desacelerarlo, no sólo porque el seguro cumplió su función, sino también porque el vencimiento anticipado fue inculpable, motivado por una situación amparada, prevista de antemano por las partes.

A esta conclusión debe llegarse si se considera el derecho a la vivienda previsto en el artículo 51 de la Constitución Política, lo mismo que la interpretación sustancial prevalente en favor del consumidor financiero, según el literal e) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, en consonancia con el artículo 4º de la Ley 1480 de 2011. Si así no fuera, el seguro de desempleo se convertiría en una simple fuente de pago para el acreedor, que ciertamente lo es, desconociendo que también tiene la función de amparar al deudor en una situación que escapa a su manejo (pérdida involuntaria del empleo) y que puede comprometer grave y sensiblemente la prerrogativa constitucional mencionada.

En este orden de ideas, si la mora es incumplimiento culpable; si el no pago de un préstamo otorgado para adquirir vivienda obedece a un situación que, como la pérdida involuntaria del empleo, no es imputable al deudor; si para cubrir ese riesgo y con pleno conocimiento del acreedor, se contrata un seguro con el fin de que el asegurador pague las cuotas de amortización correspondientes, mientras subsiste esa situación de desempleo; y si la aceleración del plazo, cuando ella se pacta, constituye un acto del acreedor que necesariamente debe reparar en las condiciones particulares del préstamo, es necesario aceptar que la sola voluntad del prestamista, cuando las cuotas han sido solventadas por el asegurador, no es suficiente para preservar la pretensión de pago del capital acelerado, justamente porque el negocio aseguraticio cumplió con el propósito previsto por ambos contratantes.

3.1. Luego, si en la demanda radicada el 1º de diciembre de 2017, se pretendió el pago del saldo total de la obligación, es decir, del saldo insoluto del capital acelerado con la presentación del libelo y de las cuotas en mora, concretamente de ocho (8), causadas entre el 15 (sic) de abril y el 15 (sic) de noviembre de 2017, es lo cierto que ante el pago que realizó el seguro en comento, según lo admitió la apoderada judicial del Fondo el 22 de junio de 2018, en el escrito de respuesta a las excepciones, cuando manifestó que el seguro “*de* *desempleo ha realizado el pago de once (11) cuotas en mora de los ejecutados*”[[5]](#footnote-5) -atestación que, al tenor de lo consagrado en el artículo 194 del C.G.P., constituye una verdadera confesión de la que se puede inferir, sin equívocos, que el mentado seguro cubrió las cuotas atrasadas que dieron lugar a la anticipación del plazo-, esa circunstancia debió dar lugar al restablecimiento del plazo.

En este punto es importante señalar que en la sentencia de primer grado la juez, tras hallar acreditados una serie de pagos, efectuados con anterioridad a la presentación de la demanda, los imputó a las obligaciones pendientes que, en su orden, obedecían primero a las cuotas en mora y luego al capital insoluto, que disminuyó a la suma de $120’358.128.34 (el mandamiento de pago, por este concepto, fue de $124’087.502,32), sin que el Fondo ejecutante, ello es medular, hubiere apelado por esa determinación, lo que significa, según los artículos 320 y 328 del C.G. del P., que ese pago parcial es decisión inmutable que escapa al conocimiento del Tribunal. Por tanto, si ello es así, el efecto del pago del seguro necesariamente debe incidir en la aceleración, como se explicó en párrafos precedentes.

3.2. De acuerdo con lo discurrido se revocará la sentencia de primer grado, para, en su lugar, tras declarar probada la excepción de pago parcial propuesta, disponer la terminación del proceso y las consecuentes condenas.

No obstante, como la obligación sigue vigente por el saldo insoluto, bajo los parámetros que inicialmente se establecieron, el título-valor base de la ejecución debe ser devuelto al Fondo Nacional del Ahorro, con las respectivas constancias.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en su Sala de Decisión Civil No. 1, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** REVOCAR los numerales 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la sentencia proferida el nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de esta ciudad.

**SEGUNDO:** CONFIRMAR el numeral 1º de la sentencia apelada.

**TERCERO:** En consecuencia, DECRETARla terminación del proceso ejecutivo adelantado por el Fondo Nacional del Ahorro contra Oscar Javier Jiménez Jiménez y Ángela María Cifuentes Ordoñez.

**CUARTO:** ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares practicadas. Líbrense los oficios del caso.

**QUINTO**: CONDENAR al ejecutante al pago de los perjuicios causados, con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.

**SEXTO:** CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte ejecutante.

**SÉPTIMO:** ORDENAR el DESGLOSE de los documentos presentados como base de la acción, los cuales se deberán entregar al Fondo Nacional del Ahorro.

Los Magistrados,

**JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE**

Rad.: 027-2017-00772-01

**RICARDO ACOSTA BUITRAGO**

Rad.: 027-2017-00772-01

**MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ**

Rad.: 027-2017-00772-01

1. Auto que corrigió la suma de $112.538.128,34 en razón a que la misma fue producto de un error aritmético. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ar. 69. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fl. 241, cdno. 1 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 4 a 6 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ver folio 241.* [↑](#footnote-ref-5)