SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

ASUNTO	Apelación Sentencia- Proceso Ordinario
DEMANDANTES	Jesús Octavio Vargas Álvarez y Blanca Dilvián Muñoz Álvarez
DEMANDADO	Banco Davivienda S.A.
DECISIÓN	Confirma sentencia
PROCESO RAD.	05001-31-03-008-2010-00133-01

Medellín, diez de junio de dos mil veintidós

ANTECEDENTES

1. DEMANDA. Jesús Octavio Vargas Álvarez y Blanca Dilvián Muñoz Álvarez, mediante apoderado judicial, presentaron demanda en contra del Banco Davivienda S.A., cuyas pretensiones se sintetiza como sigue:

> (a) Se declare que se produjo un desequilibrio durante la ejecución de la obligación que estaba a cargo de los demandantes y que derivaba del contrato de mutuo con interés para la adquisición y financiación de vivienda a largo plazo que dio origen al pagaré No. 03-21847-6 y a la hipoteca de primer grado constituida mediante escritura pública N°3.3731 de la Notaría 13 de Medellín a favor del Banco Davivienda... "*como consecuencia de la liquidación mensual de las cuotas de amortización con capitalización de intereses, cobro sobre intereses y corrección monetaria ligada a la DTF, cobro de intereses de periodos completos sobre saldos inexistentes que se verifica tanto en la proyección de pagos expedidos por el Banco Davivienda, como en los historiales de pagos aportados por esa entidad".*
>
> (b) En consecuencia de lo anterior, se ordene al Banco Davivienda acogerse a los términos y condiciones de las obligaciones contraídas por los mutuarios que surjan como consecuencia de la revisión del crédito que por este proceso se haga, especialmente las referidas a las tasas de interés

pactadas y al sistema de amortización aplicado, debido a que los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 121 numerales 11 y 31, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140 del Decreto 0663 de 1993 eran inconstitucionales y, por tanto, deben ser inaplicados.

(c) Se apruebe la reliquidación del crédito que se anexa a la demanda y se ordene a Davivienda atenerse a ella como saldo real y definitivo de la obligación que debe devolver a los mutuarios y, por tanto, se le ordene el reconocimiento de las sumas de dinero canceladas en exceso por los demandantes, con aplicación y abono de la suma resultante al saldo total de la obligación o su reintegro, según el caso.

(d) Se condene a la entidad demandada al pago de la sanción prevista en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

En forma subsidiaria, los demandantes solicitaron:

(a) Se declare que las cláusulas que hacen referencia a la aceleración del plazo, intereses de mora, conversión a UPAC e intereses, incluido la forma de pago del pagaré, violan los artículos 886 y 1163 del Código de Comercio, los artículos 1617, 2231 y 2235 del Código Civil, los artículos 1, 5, 13, 23 y 51 de la Constitución Política, la Ley 546 de 1999 y las sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre la materia.

(b) Como consecuencia de lo anterior, se declare que esas cláusulas no produjeron ningún efecto jurídico durante el tiempo que estuvo vigente la relación contractual y, por tanto, debieron ser inaplicadas por inconstitucionales, con efectos retroactivos.

(c) Con base en la reliquidación del crédito, se ordene a la demandada reconocer a los demandantes las sumas de dinero que estos cancelaron en exceso, con aplicación y abonos de la suma resultante al saldo total de la obligación o su reintegro, según el caso.

Como fundamento de lo pretendido, el apoderado judicial de la parte demandante expuso:

a. El 22 de diciembre de 1994, Jesús Octavio Vargas Álvarez y Blanca Dilvián Muñoz Álvarez celebraron con la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda Davivienda -hoy Banco Davivienda- un contrato de mutuo con interés para vivienda a largo plazo. Para garantizar el cumplimiento del mismo, los mutuarios suscribieron el pagaré 0321847-6 y constituyeron hipoteca abierta sin límite de cuantía mediante la Escritura Pública 3.373.

b. El crédito debía ser pagado en 180 cuotas mensuales consecutivas, desde el 22 de enero de 1998 hasta el 22 de enero de 2010.

c. En la fecha en que se celebró el contrato, la entidad bancaria entregó a los demandantes $11'300.000°°, equivalentes a 1.776,7910 Unidades de Poder Adquisitivo Constante -UPAC-. Durante el plazo, los demandantes debían pagar cuotas mensuales de 31,6398 UPAC, las cuales serían convertidas en pesos colombianos, de acuerdo con la cotización que de esta unidad hiciera el Banco de la República.

d. A raíz de las estipulaciones sobre intereses, tanto el saldo de la deuda como la cuota mensual para amortizarla, se incrementaron de manera exorbitante, debido a que, con fundamento en el numeral 3 del artículo 121 del Decreto 0663 de 1993, los intereses de plazo eran liquidados diariamente, es decir, sobre una base o capital cada vez mayor, pues este era objeto de ajustes diarios mediante corrección monetaria, por lo cual tales intereses también resultaban indexados. Además, debido a que el valor de la cuota fijada por el Banco y pagada mensualmente por los demandantes no era suficiente para cubrir los intereses corrientes (corrección monetaria + tasa intermediación) generados por el capital durante el respectivo periodo, siempre quedaba un saldo insoluto de esos intereses, que la Corporación automáticamente convertía en capital para producir, así, un nuevo incremento de la base sobre la cual se liquidaba y se cobraba intereses sobre intereses. Por consiguiente, al incurrir los deudores en mora en el pago de la obligación, la Corporación liquidaba intereses moratorios sobre ese capital compuesto aumentado mediante la corrección monetaria y la suma de los saldos de intereses no cubiertos en meses anteriores, lo que, en tal caso se traduce en el cobro de un triple interés.

e. Para verificar tantas inconsistencias, los demandantes hicieron reliquidar el crédito por el experto financiero Juan Guillermo Londoño Rojas y allí se ve con

claridad que los saldos e intereses cobrados a 27 de febrero de 2009, son muy diferentes a los cobrados por la entidad bancaria, toda vez que esta afirma que a 31 de diciembre de 1999 el saldo era de $26'933.631°° que equivale a 260.672,60 UVR, y en la reliquidación elaborada por el experto conforme con lo ordenado por la Circular 007 de 2000, el saldo resultante a 31 de diciembre de 1999 era de $16'057.796°° que equivale a 155.412,67 UVR, estableciendo una diferencia entre una y otra reliquidación de $10'875.835°°.

Adicionalmente, según el perito, los intereses a devolver sobre dicho exceso ascienden a $1'600.528°°, equivalentes a 15.940 UVR. Por consiguiente, el total a devolver o abonar al crédito a 31 de diciembre de 1999, incluido los intereses en exceso, es de $12'476.361°°, equivalentes a 120.750 UVR, que afecta las cuotas y el saldo a iniciar a 01 de enero de 2000, como consecuencia de aplicar a un saldo no debido el alivio de $26'933.631°°, equivalente a 260.673 UVR.

f. Desde el 01 de enero de 2000 hasta el 27 de febrero de 2009, la entidad bancaria no efectuó la reliquidación del crédito conforme con lo ordenado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Ley 546. Cobró tasas de interés de 18%, y hasta septiembre de 2000 el saldo de la deuda según el banco Davivienda era de $6'328.526°°, equivalentes a 34.545 UVR, mientras que el obtenido por el experto a la misma fecha era de – (menos) $25'866.529°°, equivalentes a – (menos) 141.194 UVR, saldo a favor de los deudores, que a la fecha de la demanda equivale a $32'195.075°° equivalentes a 175.739 UVR. Asimismo, los intereses indexados a febrero de 2009 son de $22'21.643°°, además, los intereses fueron cobrados sobre un saldo no debido desde el 01 de enero de 2000 hasta el 27 de febrero de 2009, lo que da cuenta de que el crédito se pagó hasta el 31 de diciembre de 2009 -fecha de la última cuota- sin contar con las sumas pagadas desde antes de 27 de febrero de 2009 y el valor pagado desde esa fecha hasta el 31 de diciembre de 2009, lo cual da un total a devolver como saldo parcial de $59'693.069°° y su equivalente en UVR, que se liquidará al momento de la sentencia en UVR y sobre el valor que tuviere al momento del pago.

g. De acuerdo con el tratamiento del movimiento histórico expedido por el banco y observado por el perito en la reliquidación, el banco cobró unos intereses moratorios, pagados desde el 01 de enero de 2000 hasta el 27 de febrero de 2009, que no fueron liquidados y pagados sobre la base de una tasa de interés

periódica, ya que estos fueron cobrados en periodos de 30 días sin que los deudores hubieren incurrido en mora, lo que conllevó a que muchas veces se pagara un valor mayor al de la cuota, todo lo cual se hizo en contravía de la Ley de vivienda 546 de 1999 y los fallos posteriores de la Corte Constitucional, lo que ha generado graves perjuicios financieros a los demandantes, al verse inscritos en una central de datos por una mora inexistente.

2. CONTESTACIÓN. El demandado Banco Davivienda S.A., por medio de apoderado judicial ,se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes "excepciones": (i) *"pago",* (ii) *"Improcedencia de la revisión, corrección y adecuación de los contratos de mutuo por haber operado por ministerio de la ley",* (iii) *"No existe fundamento para pedir la revisión del contrato y el fundamento que traen las normas es el de teoría de la imprevisión que como vamos a analizar no tiene aplicación en estos casos por ausencia de los requisitos de fondo y procesales para su aplicación",* (iv) *"Vigencia y oponibilidad de los contratos de mutuo"* , (v) *"Validez del pagaré No. 03-21847-6 de fecha 22 de diciembre de 1994 a favor de Davivienda",* (vi) *"Ausencia de capitalización de intereses",* (vii) *"Corrección monetaria no es interés",* (viii) *"Ausencia de cobro de intereses en exceso",* (ix) *"Responsabilidad patrimonial exclusiva del estado por el ejercicio de la actividad legislativa y falta de legitimación en la causa por pasiva",* (x) *"Falta de causa para pedir",* (xi) *"Derechos adquiridos",* (xii) *"Efectos ultractivos y no retroactivos de las sentencias y principio de legalidad",* (xiii) *"Buena fe por parte de Davivienda S.A.",* (xiv) *"Ausencia de responsabilidad del Banco Davivienda S.A.",* (xv) *"Cobro de lo no debido"* y (xvi) *"Prescripción de la acción de revisión del contrato o de la acción de indemnización de perjuicios".*

3. SENTENCIA. En decisión de 26 de junio de 2018, el Juzgado 020 Civil del Circuito de Medellín declaró probadas las "excepciones" denominadas *"Inoperancia de la teoría de la imprevisión, ausencia de cobro de intereses en exceso y cobro de lo no debido"* y, en consecuencia, desestimó las pretensiones de la demanda.

3.1. El juez de primera instancia expuso que ninguno de los dictámenes obrantes en el expediente resta valor a la reliquidación elaborada por entidad bancaria demandada y luego de referirse a cada uno, expuso que aquellos no están ajustados a la metodología prescrita por la Circular 007 de 2000, la Circular Externa 048 del mismo año y la proforma F.0000-50 de la Superintendencia

Financiera -la cual regula paso a paso los diferentes conceptos que obligatoriamente han de ser tenidos en cuenta para la reliquidación del crédito de UPAC a UVR-.

3.2. El juzgador señaló que la reliquidación decretada como prueba pericial no es suficiente para acreditar las súplicas de la parte demandante, ya que son los valores incorrectos los que impiden estimarla como prueba de una indebida reliquidación de los montos anteriores a 31 de diciembre de 1999 y, por consiguiente, de los que con posterioridad a dicha fecha se causaron. En consideración del funcionario judicial, para el quiebre de la presunción de validez de la cual se encuentra revestida la reliquidación llevada a cabo por la entidad demandada, la parte demandante debió encausar sus esfuerzos no solo a indicar cómo consideraba que esta debería elaborarse, sino también, a atacarla directamente, mostrando cada punto específico, en que se incurrió en error, cuál fue la causa y cuáles son las repercusiones sobre el crédito, censuras que ineludiblemente debía apoyar en datos objetivos acordes con el ordenamiento jurídico, lo cual no hizo.

4. APELACIÓN. Inconforme con lo resuelto, la PARTE DEMANDANTE presentó recurso de apelación y expuso que tanto el dictamen pericial aportado por ella, como aquel decretado por el juzgado, se ajustan a lo establecido en la Ley 546 de 1999 y la Circular 007 de 2000. Expuso que el juez de primera instancia erró al considerar que en este asunto se había aplicado un doble alivio, lo cual no es cierto, porque la aplicación del alivio a la reliquidación del crédito es de expreso cumplimiento según la Ley 546 de 1999 y la resolución 007 de 2000. Adicionalmente, precisó que la entidad bancaria demandada no hizo la reliquidación de acuerdo con los créditos en mora a 31 de diciembre de 2009, según lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de la Ley 546 de 1999.

-La parte demandante refirió que en este evento no discute el resultado ni la diferencia que da el banco o el perito en cuanto a la liquidación, sino la metodología y aplicación del alivio, control que el sentenciador de primera instancia debió ejercer y no lo hizo.

-Asimismo, la parte apelante señaló que la aplicación del Banco Davivienda se hizo en forma indebida, comenzando a partir de enero de 2000 con un saldo de $27’319.265°°, sin tener en cuenta que este crédito estaba en mora a 31 de

diciembre de 1999, por lo que se debía reliquidar conforme al mandato de la Ley 546 de 1999 y la Circular 007, a lo que agregó que una certificación jamás hace tránsito a cosa juzgada en una liquidación de crédito para inferir el valor del alivio. Al respecto, el apoderado de los apelantes explicó que se trata de simular cuotas en mora tanto en la liquidación del crédito en UPAC como en la reliquidación y estas cuotas obtenidas, se restan al valor del alivio, como si el crédito quedara al día y el saldo resultante se aplica al capital, es decir, coge el saldo de UPAC de diciembre de 1999 y lo pasa a enero de 2000 en UVR, así: $26'933.630,63°° se divide por 103.3236, valor UVR a 31 de diciembre de 1999 y esto da 260.672.59 UVR, equivalente a 01 de enero de 2000 a 103.3396, igual a $26'937.801°°.

- No es cierto, lo que la apoderada del banco afirma, en cuanto a que en la reliquidación y aplicación del alivio, así como en la redenominación de los créditos UVR, se haya eliminado el componente de la DTF, ya que la Superintendencia dijo que lo establecido en los artículos 41 y 42 de la Ley 546 consistía en liquidar nuevamente los créditos de Davivienda liquidados en UPAC, con tasa referida a la DTF, que se encontraba vigente al 31 de diciembre de 1999, tomando como base la UVR, por lo que el crédito no se desafectó del componente DTF con dicho procedimiento.

-La parte apelante refirió que los jueces deben aplicar la sentencia SU846 de 06 de junio de 2000 y, además, señaló que, en este asunto, en el historial de pagos no se advierte ni la reliquidación, ni la aplicación del alivio, ni la redenominación del crédito, por lo que concluye que al revisar todo lo acontecido con el crédito desde el 01 de enero de 2000, se encuentra un saldo muy superior a favor de los deudores quienes pagaron más de lo debido.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

5.1. La parte apelante reiteró los argumentos expuestos en primera instancia al momento de presentar los reparos concretos. Insistieron en que en el presente asunto, el juzgador incurrió en una vía de hecho al no valorar la liquidación del perito y por el contrario involucrar operaciones matemáticas que no son de su competencia, disfrazando saldos contrarios a los expuestos en los dictámenes, por el solo hecho de ser allegados por la apoderada judicial de Davivienda, con

lo cual determinó que no hubo violación constitucional ni financiera y sin prueba alguna prueba concluyó que no hubo violación en el manejo del crédito.

Los apelantes señalaron que tanto el perito contractual, como aquel que fue designado por el juzgado, advirtieron que los trabajos se hicieron conforme a lo ordenado en la Circular 007 de 2000 y a los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional.

5.2. La parte no recurrente -Banco Davivienda-, señaló que en todo momento aplicó las normas reguladoras del sistema UPAC y que, luego, a partir de la Ley 546 de 1999, reliquidó el crédito, aplicó los respectivos alivios, cambió las tasas de intereses y los planes de amortización conforme con lo autorizado por la Superfinanciera. De allí que la sentencia debe ser confirmada, puesto que, en todo momento, la entidad cumplió con la normatividad reguladora del sistema de valor constante.

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO. En atención al recurso de alzada interpuesto, de conformidad con la competencia restringida prevista en el artículo 328 del Código General del Proceso, a esta Sala corresponde definir, si asiste razón a la parte demandante al señalar que la decisión de primera instancia debe ser revocada, en tanto que una debida valoración de las pruebas obrantes en el proceso, permite concluir, a diferencia de lo expuesto por el juez *a quo,* que los dictámenes periciales practicados en el proceso se ajustan a lo dispuesto en la Ley 546 de 1999 y en la Circular 007 de 2000 y, en consecuencia, hay lugar al reconocimiento del saldo a favor de los demandantes -deudores- por los pagos que hicieron en exceso en contra de la reliquidación presentada por la entidad demandada.

2. MARCO NORMATIVO Y DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA PARA LA DECISIÓN DEL CASO EN CONCRETO.

Sobre la reliquidación de créditos de vivienda, la Corte Suprema de Justicia -Sala Civil-, en sentencia de 10 de septiembre de 2013[1], explicó lo siguiente:

[1] Exp. 7600131030022007-00019-01

"(…) las políticas del Gobierno encaminadas a facilitar el acceso a la vivienda propia, dieron paso al establecimiento de un sistema que permitiera a las entidades financieras la captación de recursos, para ser canalizados a la industria de la construcción, mediante la creación de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante, que permitirían el ajuste del valor, tanto de los créditos hipotecarios para compra de vivienda, como de las cuentas de ahorro en dicha variable, de acuerdo con el índice de inflación, garantizando que el dinero mantuviera su capacidad de compra.

8. Sin embargo, no todas las obligaciones se representaron en UPAC, pues, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 64 de la Ley 45 de 1990 "[e]n operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida la Junta Monetaria".

A su vez el artículo 121 del Decreto 663 de 1993 posibilitó la concesión de créditos de mediano y largo plazo en moneda legal bajo dos sistemas ya sea que "contemple en cada año el pago total de los intereses causados en el período", o "que ofrezca como beneficio para el deudor programas de amortización que contemplen la capitalización de intereses conforme al artículo 886 del Código de Comercio y de acuerdo con las condiciones que para el efecto establezca el Gobierno Nacional".

A estos últimos se refieren aquellos contratos de mutuo que se pactaron en pesos, con el pago de intereses conformados en parte por la tasa variable DTF y complementados con determinados puntos porcentuales, que permitían la capitalización de las sumas que por dicho concepto no se alcanzaran a cubrir con los pagos mensuales acordados.

Esto quiere decir que mientras las obligaciones en UPAC estuvieron inspiradas en el índice de precios al consumidor, estas últimas se vincularon directamente a las fluctuaciones del mercado financiero, aunque ambas buscaban compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

9. Las distintas reformas al modelo del sistema UPAC que lo desvincularon del índice de precios al consumidor, para asociarlo a la variación de las tasas de interés de mercado, mediante el Decreto 1131 de 1984, y posteriormente al promedio ponderado de la inflación y la tasa DTF, según Decreto 1319 de 1989, empezaron a generar un impacto adverso a los deudores hipotecarios que vieron cómo sus obligaciones crecían en mayor proporción.

Esto se acentuó con las Resoluciones Externas 6 de 1993, 26 de 1994 y 18 de 1995, de la Junta Directiva del Banco de la República, expedidas en cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 16 de la Ley 31 de 1992, que ataron la corrección monetaria a la tasa DTF, produciéndose un incremento considerable en el monto de las deudas adquiridas bajo ese sistema, en vista de las altas tasas de interés que se manejaban para esa época.

10. En ese escenario la Corte Constitucional profirió varios pronunciamientos en el año 1999, que obligaron al Legislativo a reorientar los créditos que autorizaban la capitalización de intereses, cuando estaban vinculados a un derecho de índole superior como es el de la vivienda digna, con el fin de solventar una crisis social latente, que se pasan a resaltar:

a) C-383-99, que declaró inexequible la expresión "procurando que ésta [la Upac] también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía", contenida en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992.

b) C-700-99, por medio de la cual declaró inexequibles las normas que estructuraban el sistema UPAC, entre ellas los artículos 18 a 23 y 134 a 140 del Decreto 663 de 1993, con la novedad de que los efectos del fallo comenzarían a surtirse a partir del día 20 de junio del año 2000, plazo que consideró prudencial para que el Congreso estableciera las directrices necesarias para la instauración del sistema que lo sustituyera, sin producir un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable.

c) C-747-99, que retiró del ordenamiento la expresión "que contemplen la capitalización de intereses" contenida en el numeral primero y todo el numeral tercero del artículo 121 del Decreto Ley 0663 de 1993, por inexequibles, con la salvedad de que únicamente se refería a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo y difirió sus efectos hasta la misma fecha del anterior fallo, para que el Congreso expidiera la ley marco correspondiente.

11. El 23 de diciembre de 1999 se promulgó la Ley 546 de 1999, que señaló los objetivos y criterios generales para regular un sistema especializado para la financiación de vivienda individual a largo plazo, ligado al índice de precios al consumidor; creó las Unidades de Valor Real; y concedió un plazo de tres meses para redenominar las obligaciones pactadas en UPAC a UVR.

Igual situación ocurrió para los créditos de vivienda pactados en pesos, con capitalización de intereses no satisfechos con el pago de las cuotas convenidas,

sólo que en estos casos los deudores podían optar por continuar atendiendo la obligación en los términos convenidos, si la mutación se la hacía más gravosa.

Quiere decir que este paso únicamente constituía un régimen de transición, para ajustar a las disposiciones del nuevo sistema los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo desembolsados con anterioridad a la vigencia de la ley, sin que ello condujera a la ilegitimidad de lo que se había ejecutado, pues, conservaba plena validez.

12. El artículo 40 de la regulación citada, consagró un beneficio adicional para algunos de esos deudores, consistente en la reliquidación de sus obligaciones desde la fecha del respectivo desembolso hasta el 31 de diciembre de 1999, como si siempre hubieran estado pactados en UVR, bajo sus patrones, y la aplicación de un alivio que compensara la diferencia advertida entre el resultado arrojado y la forma como se venía cuantificando.

Reza la referida norma:

"Artículo 40. Inversión social para vivienda. Con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, el Estado invertirá las sumas previstas en los artículos siguientes para abonar a las obligaciones vigentes que hubieren sido contratadas con establecimientos de crédito, destinadas a la financiación de vivienda individual a largo plazo y para contribuir a la formación del ahorro que permita formar la cuota inicial de los deudores que hayan entregado en dación en pago sus viviendas, en los términos previstos en el artículo 46. (…) Parágrafo 1°. Los abonos a que se refiere el presente artículo solamente se harán para un crédito por persona. Cuando quiera que una persona tenga crédito individual a largo plazo para más de una vivienda, deberá elegir aquel sobre el cual se hará el abono e informarlo al o a los respectivos establecimientos de crédito de los cuales sea deudor. Si existiera más de un crédito para la financiación de la misma vivienda, el abono podrá efectuarse sobre todos ellos. En caso de que el crédito haya sido reestructurado en una misma entidad, la reliquidación se efectuará teniendo en cuenta la fecha del crédito originalmente pactado (…) Parágrafo 2°. Quien acepte más de un abono en violación de lo dispuesto en este numeral, deberá restituir en un término de treinta (30) días los abonos que hubiera recibido en desarrollo de lo dispuesto en esta ley y los decretos que la desarrollen; si no lo hiciere incurrirá en las sanciones penales establecidas para la desviación de recursos públicos. La restitución de las sumas abonadas por fuera del plazo antes señalado deberá efectuarse con intereses de mora, calculados a la máxima tasa moratoria permitida por la ley".

En la forma como aparece planteado ese alivio consiste en un paliativo al crecimiento de las UPAC por haberse incluido en su cálculo variables financieras ajenas al IPC, como consecuencia de las reformas legales introducidas, que pusieron en riesgo el derecho constitucional a la vivienda digna, sin que implicara una disminución en los ingresos del acreedor, quien se veía compensado por el Gobierno Central en la diferencia resultante en la reliquidación en los términos de los artículos 41 y 42 de la nueva ley de vivienda, así como la Circular Externa No. 007 del año 2000, emanada de la Superintendencia Bancaria de Colombia. Tan es así, que dicho abono se constituyó en un pago total o parcial según el caso, tanto para el Estado como para el establecimiento de crédito (…)"

3. SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO. En esta ocasión, la Sala advierte de entrada que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, en tanto que, como bien lo advirtió el juez de primer grado, *"ninguno de los dictámenes obrantes en el expediente resta valor a la reliquidación elaborada por la parte demandada"*, conforme se pasa a exponer.

3.1. <u>En cuanto al dictamen del perito Juan Guillermo Londoño Rojas.</u> El estudio financiero presentado por los demandantes, tal como el juez primera instancia expuso, no desvirtúa la idoneidad de la reliquidación presentada por el Banco Davivienda. En efecto, para descartar el estudio del perito, basta con advertir que este, en contravención de lo dispuesto en la Ley 546 de 1999 y la Circular 007 de 2000, aplicó un doble alivio al practicar la reliquidación del crédito, lo cual genera que los demás valores resulten inaceptables. Nótese que el perito aplica dos veces el alivio, ya que lo imputa al capital en UPAC y luego al capital en UVR, cuando en realidad, como la Superintendencia Financiera de Colombia indica, *"La aplicación del alivio debe realizarse al saldo histórico, con base en lo ordenado por la Ley y la Circular Externa 007 de 2000, así los establecimientos de crédito debieron deducir el alivio establecido del saldo al 31 de diciembre de 1999 resultante de convertir las UPAC a pesos"* (fol. 8, c.3).

Según el perito, el alivio, a 31 de diciembre de 1999, debió ascender a $5'670.117,25°°, resultante de la diferencia entre la liquidación UPAC-PESOS de $26'894.639,75°° (fol. 68, c.1) y en UVR-PESOS de $21'224.522,50°° (fol. 70, c.1). No obstante, a esta última suma en UVR-PESOS, el perito imputó el alivio de $5'670.117,25°°, para iniciar la liquidación a partir del 22 de enero de 2000, con un saldo UVR-PESOS de $16'057.796°° (fol. 74, c.1), con lo cual desconoció que la reliquidación del crédito de UPAC a UVR conllevaba la exclusión de todos

los factores que tornaron inconstitucional la UPAC, esto es, no tuvo en cuenta que la reliquidación y redenominación del crédito son consecuencia de la aplicación del alivio contemplado en la Ley 546 de 1999 y del saneamiento del crédito de factores como la capitalización de intereses y las tasas de interés atadas a la DTF, entre otros.

El perito Juan Guillermo Londoño Rojas, en la declaración rendida ante el despacho de primer nivel, fue cuestionado en los siguientes términos: *"PREGUNTADO: Le pongo de presente al señor perito el folio 202 un concepto de la Superfinanciera en donde ésta, explica a qué saldo se debe aplicar el alivio. En el párrafo penúltimo dice, se concluye que la aplicación del alivio debe aplicarse al saldo histórico con base en lo ordenado en la ley y circular 007 de 2000, así los establecimientos de crédito debieron deducir el alivio establecido del saldo a 31 de diciembre de 1999, resultante de convertir las UPAC a pesos. Si esto es así, por qué entonces usted insiste en aplicar el alivio al saldo en UVR de la reliquidación?"* a lo que contestó: "*Yo insisto porque el mandato de la ley 546 de 1999 ley de vivienda a largo plazo, es muy claro en la aplicación de este alivio, primero que debe de aplicarse a 31 de diciembre de 1999 y el parágrafo segundo, que se puede resaltar, dice, que se aplicará a la reliquidación del crédito. Puede sopesarse, si se le cree a lo que dice o a lo que dijo la Superfinanciera de Colombia o la ley"* (fols. 11-12, c.2).

Es evidente que el entendimiento que el perito da a la aplicación del alivio es contrario a lo indicado por la Ley 546 de 1999 y la Circular 007 de 2000. Del parágrafo 1 del artículo 41 de la ley en cita, se desprende que para los créditos vigentes a 31 de diciembre de 1999, en los préstamos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo, "*se establecerá una equivalencia entre la DTF y la UPAC (…) con el fin de comparar el comportamiento de la UPAC con el de la UVR, a efectos de que tengan la misma rebaja que la correspondiente a los créditos pactados en UPAC*" y la diferencia obtenida representaría el abono a imputar, para efectos de entender como depurado el crédito.

<u>3.2. En cuanto al peritaje decretado de oficio por el juzgado de primera instancia:</u>
El Tribunal encuentra que el estudio aportado por el perito León Jaime Ortiz -decretado de oficio-, presentó un escenario controvertido: En primer lugar, el perito trajo una experticia en la que adujo los errores que presentaba el peritaje

aportado con la demanda y, además, presentó una reliquidación del crédito prácticamente coincidente con la hecha por el Banco Davivienda, en la que concluyó un alivio de $5.668.588,72°° (fols. 1-18, c.4); no obstante, tal experticia se dejó sin efectos a solicitud del mismo perito, lo cual fue aceptado por el juzgado de primer grado mediante auto de 20 de agosto de 2014. En segundo lugar, el perito León Jaime Ortiz, presentó un nuevo dictamen pericial -que data de 07 de octubre de 2013- (fols. 23 a 62, c. 4), en el cual indicó que no se tuviera en cuenta el peritaje inicial, al expresar que en otro estudio que presentó para otro proceso en otro juzgado, en el que se le pidió aclaración "*por aplicación de días diferentes en el cálculo de reliquidación entre el Sistema U.P.A.C y el Sistema U.V.R. (…) evidenció la forma como las entidades financieras ocultan el cobro en exceso de intereses en la transición de los dos sistemas y la razón por el cual no expresan textualmente los días en los diferentes históricos de pagos (…)",* a lo que agregó que "*A la fecha ninguna entidad crediticia a* (sic) *querido aportar los días aplicados entre cada pago, por lo tanto apliqué matemática financiera inversa para demostrar los días reales y la diferencias de cálculo de los sistemas calculados"* (fol. 23, c. 4)*.*

En este segundo peritaje, el experto expuso que da cuenta de que *"los cálculos de reliquidación son resultados totalmente diferentes a los aportados por la entidad crediticia y la Reliquidación avalada por la Superintendencia financiera de Colombia",* a lo que indicó que halló "*1. Faltante de aplicación de capital al saldo del crédito en enero 15 y 21 de 2002 por valor de $240.000°°. 2. Cambio del sistema pactado en U.P.A.C. (360/30) y aplicar el sistema Exacto (365/Días Mes) en la reliquidación con U.V.R. 3. Aplicación de 25,93 días en exceso en la reliquidación en U.V.R."* (fol. 28, c.4).

En síntesis, el experto explicó que, al hacer la reliquidación del crédito bajo un sistema híbrido entre el sistema comercial (360/30) y el real o exacto (365/día mes) para la liquidación de intereses, reporta un exceso de 25.93 días de más *"dentro de sus cálculos financieros para el abono del Alivio generando un cobro en exceso de intereses y unos saldos irreales de UPAC y UVR y disminución del saldo del Alivio al 31 de diciembre de 1999"*. En sentir del técnico en la materia, el cambio del sistema de amortización de intereses pactado (360/30), alteró los cálculos en la reliquidación.

Ahora, frente a dicha conclusión, el juzgado ofició al Banco Davivienda con el fin de que indicara cuál fue el tipo de sistema que se pactó en el pagaré 03218476 de diciembre de 1994, a lo que la entidad financiera, en respuesta de 14 de septiembre de 2017 informó que *"En los históricos de pago hasta el 22 de noviembre de 2001, los intereses corrientes (remuneratorios) se liquidaban por el número de días causados entre fechas de pago y/o vencimiento, es decir, asumiendo año real (365/ días mes), pero cuando la fecha anterior correspondía exactamente al mismo día del mes anterior, es decir el día del vencimiento de la cuota, los intereses se liquidaban por mes completo entre las dos fechas de vencimiento, con lo cual, para esos periodos se asumía el año comercial (360/30). En los históricos de pago a partir del 22 de noviembre de 2001, los intereses corrientes (remuneratorios) se liquidaban por mes completo, entre fechas de vencimiento de cuota, con lo cual se asume año comercial (360/30)"* (fols. 197-198, c. 4).

En efecto, contrario a lo expuesto por el perito, quien no justifica de dónde concluye que en el pagaré se pactó *"una cuota constante en UPAC calculada en Sistema Comercial (360/30)"* - lo cual no se expresó en ningún lado-, la entidad financiera dio una explicación razonable sobre la aplicación del sistema real para la liquidación de intereses, lo cual concuerda con lo entendido por el juez de primer grado, ya que del histórico de pagos obrante en el expediente (fs. 158 a 164, c.4), particularmente de la columna 10, relativa a los *"días entre fechas de causación de pagos",* se desprende que la entidad financiera tiene en cuenta los días completos del mes, es decir, si estos comprendían 28, 30 o 31 días, según el caso, lo cual se ajusta al sistema real (365/ días mes); también concuerda con lo expuesto en el numeral 2[2] del artículo 41 de la Ley 546 de 1999, en el que se ordenó reliquidar el saldo total de cada uno de los préstamos utilizando la UVR para todos los días comprendidos entre el 1 de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999[3], por lo que es viable concluir, como lo hizo el juzgador de primer grado, que la reliquidación del crédito debe practicarse en atención al

[2] *"El establecimiento de crédito reliquidará el saldo total de cada uno de los créditos, para cuyo efecto utilizará la UVR que para cada uno de los días comprendidos entre el 1o. de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, publique el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con la metodología establecida en el Decreto 856 de 1999."*

[3] Para cumplir ese mandato de ley, se confronta unas metodologías adoptadas por el Gobierno Nacional, como en su momento lo dispuso el Decreto 2703 de diciembre 30 de 1999, *"por el cual se determina la equivalencia entre la UVR y la Unidad de poder Adquisitivo Constante-UPAC- y se adopta la metodología para calcular en valor en pesos de la UVR*".

número de días base para el cálculo de la tasa de interés diaria y *"de ahí que si el sistema real fue utilizado durante el crédito hasta el 31 de diciembre de 1999, mal puede variarse al comercial por disposición del perito"*

Por lo tanto, no es de recibo el dictamen presentado por el perito León Jaime Ortiz, en tanto, advierte excesos a favor del demandante, al aplicar, sin fundamento alguno, un sistema comercial en la liquidación de intereses hasta el 31 de diciembre de 1999, por lo que en su ejercicio, toma un número menor de días diferente al real causado y, en consecuencia, liquida un menor interés, lo cual lógicamente genera valores diferentes a los establecidos en la reliquidación presentada por Davivienda.

3.3. Ahora, el Tribunal encuentra que la entidad demandada practicó la reliquidación del crédito, en la que se expresa el monto en valor UVR de la obligación a 31 de diciembre de 1999, con la correspondiente aplicación del alivio a reconocer, todo lo cual se refleja en los documentos aportados en el formato 254, con base en la Circular Externa 048 de 2000, así como en el histórico de pagos. Esta operación permitió que los demandantes obtuvieran un alivio efectivo por la suma de $5.669.788,92 (fs. 126-128, c. 1). Adicionalmente, la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre el reporte del alivio por $5.669.788,9111, indicó que este "*fue verificado en su momento por la Superintendencia y lo informó a la Dirección General del Crédito Público del Ministerio de Hacienda* (fol. 4, c. 3). En tal sentido, en armonía con lo expuesto por el juez *a quo*, la Sala advierte que la parte apelante cuestionó que la metodología empleada en la reliquidación del crédito por parte de la entidad bancaria fue incorrecta porque no se ajustaba a lo dispuesto en la Ley 546 de 1999 y en la Circular 007 de 2000, pero ello no se acreditó en este escenario, conforme quedó expuesto.

4. En tal orden, sin necesidad de ahondar en otros aspectos, el Tribunal concluye que la decisión de primera instancia debe ser confirmada. Se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante. Como agencias en derecho, se fijará la suma de $2'000.000°°, equivalente a 2 SMLMV.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 26 de junio de 2018 por el Juzgado 020 Civil del Circuito de Medellín.

SEGUNDO. Las COSTAS de esta instancia se imponen a la parte demandante y a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho se fija un valor de $2’000.000°°, que equivale a 2 SMLMV.

NOFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

MARTHA CECILIA LEMA VILLADA

RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

LUIS ENRIQUE GIL MARÍN