

Señores:

JUZGADO DOCE (12) CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D

REF: PROCESO VERBAL

DEMANDANTE: GRUPO CARRANZA ABRIL SAS

DEMANDADO: BANCO FINANADINA S.A.

RAD: 11001400300620210071701

ASUNTO: MEMORIAL QUE DA CUMPLIMIENTO AL AUTO DE FECHA 07 DE SEPTIEMBRE DE 2021- SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

ANDRÉS FELIPE CEPEDA PUENTES, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente conforme aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado de la sociedad GRUPO CARRANZA ABRIL S.A.S., teniendo en cuenta que mediante auto de fecha 07 de septiembre de 2021, el Juzgado de conocimiento indicó que:

“El apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, so pena de declararse desierto (art. 14 Decreto Legislativo No. 806 de 2020)”.

por medio del presente, me permito presentar escrito de SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN indicando lo siguiente:

ARGUMENTOS DEL JUZGADO DE ORIGEN.

En suma, los argumentos dados por el Juzgado de primera instancia para denegar las pretensiones impetradas y objeto del presente recurso se reducen a los siguientes:

- a) Minuto 2:30:48 de audio audiencia artículo 373 del C.G.P. *“Entonces, sobre ello considera el despacho que no es aplicable el artículo 2008 y la declaratoria de responsabilidad, en cuanto a haber finalizado el contrato por destrucción de la cosa, en este caso, por perdida por el hurto, no finalizaba el contrato de leasing por su propia particularidad de ser un contrato de una operación de financiamiento en donde ya la leasing adquirió y pago al momento de la adquisición la totalidad del valor del bien y además de ello, traslado el uso y goce de la cosa a cambio un canon y un componente de amortización y de utilidad final, por lo tanto, si, digamos el pacto existe, el pacto debe ser respetado en principio, ya miraremos el tema de las cláusulas abusivas si el mismo resulta abusivo o leonino o no, entonces, respecto de este punto, el despacho no atenderá las pretensiones por cuanto el cobro de los cánones tanto lo que componen el uso y goce de la cosa junto como las demás componentes de este canon a raíz de la amortización y el componente financiero , es decir, los intereses, se realizó en aplicación de las cláusulas contractuales pactadas por las partes en específico las del parágrafo 7° de la cláusula novena por lo tanto esto da al traste con las pretensiones que se apoyan en este*

punto, que son las, haber, primera, con sus subsidiarias, la segunda, la sexta, la octava y la novena”

- b) Minuto 2:32:27 de audio audiencia artículo 373 del C.G.P. *“sobre la declaratoria de responsabilidad por haber cobrado rubros tales como sanción de cheque, honorarios de abogado, cargo 1/2, estas tampoco serán atendidas porque tenemos que tener en cuenta que la responsabilidad se basa en un daño efectivamente irrogado, en este caso, pues si bien en algún momento se cobró, se aclaró dicho cobró, específicamente en cuanto a la sanción de cheque se realizó de manera automática en cuanto se consignó el cheque, al producto pero después se aclaró que esta no correspondía su cobro porque fue el cheque que se consignó producto de, o su origen era, una persona distinta, a la locataria por lo que en este caso, sino se está cobrando, realmente en este momento pues digamos no hay perjuicio que resarcir, y por lo tanto pues digamos independientemente, que se haya cobrado o no en algún momento, se ve que estos cobros digamos, tenían una justificación porque había mora, en el pago de los cánones y hubo mora en el pago de los cánones independientemente de la pérdida del vehículo por disposición contractual y teniendo en cuenta que existe la disposición contractual pues no se puede indicar que hubo una mala fe o que hubo un abuso del derecho o una posición dominante en el cobro de estas sumas.*

FUNDAMENTOS POR LOS QUE SUSTENTO EL RECURSO DE APELACIÓN.

1. Existencia y declaratoria de Incumplimiento de obligaciones contractuales y legales de la entidad financiera solicitadas en *petitum* de la demanda

Por parte del despacho de instancia, se restó importancia por completo tal y como es expuesto en aparte transliterado de audio obrante en literal b) anterior, a la existencia de incumplimientos de orden contractual y legal por parte del Establecimiento bancario, bajo el supuesto que para la fecha de radicación de demanda, habrían sido retirados los cobros injustos objeto de reproche por parte de la entidad Bancaria, y por tanto, no existía a la fecha un daño real cuantificable por parte de aquellos, olvidando por completo que si bien, tales cobros a la fecha fueron desistidos por parte de la entidad financiera, ateniendo su ilegalidad e ilegitimidad, el daño producto de su cobro ya se había materializado o consumado en contra de mi representada.

Tales cobros injustificados son los expuestos puntualmente en pretensión segunda por concepto de “sanción cheque “y pretensión séptima que trataba el cobro injustificado por concepto de “honorarios de abogado” y “cargo 1/2”.

En efecto, en hecho trigésimo sexto se hizo referencia expresa a que la sociedad Finandina S.A. hizo el cobro de lo que denominó “sanción cheque” visible en estado de cuenta para pago 10 de diciembre de 2019 por valor de (\$19’218.220), documento en el cual se puede evidenciar que no existía ningún tipo de cobro adicional por cánones de arrendamiento, pues precisamente el canon de ese mes había sido satisfecho en integridad por parte de la sociedad Grupo Carranza Abril, quien se encontraba al día (ver estado de cuenta de 2019 diciembre) tal hecho recibió confesión en contestación a la demanda, y en interrogatorio a representante legal que fuere surtido (Min 0:41:36 audiencia artículo 372 C.G.P.).

El cobro de la denominada “sanción cheque” conforme obra en hecho quincuagésimo tercero y su confesión del mismo en respectiva contestación a la demanda se citó fue eliminado debido a que “*no existía nexo causal entre el cobro de la sanción que venían realizando y el título valor devuelto*”, lo cual puede ser evidenciado igualmente por el despacho en estado de cuenta emitido por Incomercio solo hasta el 19 de mayo de 2020 conforme documento anexo, esto es, se ajustó y eliminó el cobro injustificado solo después de ser citados a conciliación por parte de mi representada en el mes de abril de 2020, y véase, luego de radicación de innumerables derechos de petición radicados en tal sentido obrantes en anexos a la demanda donde se pidió por parte de Grupo Carranza Abril la eliminación de tal rubro por ser injusto, no tener causa y afectar la concreción de valores reales a pagar con posterioridad al hurto del vehículo.

Es decir, la pretensión segunda que relata el incumplimiento de obligaciones de Finandina con ocasión al cobro de la denominada “sanción cheque” está probada más allá de toda duda, y de hecho, el cobro injusto citado **se dio cuando por parte de la sociedad GRUPO CARRANZA ABRIL se encontraba a paz y salvo en todas y cada una de sus obligaciones**, pues, so pena de ser reiterativo, dado que se observa a simple vista con el estado de cuenta relatado, el cánón del mes de noviembre había sido pagado por anticipado, en incluso en estado de cuenta de corte 10 de diciembre de 2020 con vencimiento 24 de diciembre de 2020 es claro que ningún canon de arrendamiento era objeto de cobro o existía deuda (ver fl. 195 de archivo de demanda reformada), justificación que sería suficiente para que por parte de este despacho se revocase la decisión tomada por el *a quo* frente a la pretensión segunda al ser abiertamente, contraria a la realidad documental y probatoria.

Ahora, con ocasión a los cobros emitidos en estado de cuenta obrante en el plenario en documento fechado 19 de mayo de 2020 emitido por la entidad de cobro de la sociedad Findanina S.A. (Incomercio) aquel incluyó entre otros, rubros tales como el denominado “cargo ½” y “honorarios abogado” respecto a los cuales posterior a derecho de petición radicado por la sociedad Grupo Carranza Abril S.A.S. solicitando explicación de a que correspondía cada uno de ellos, la entidad Bancaria dio respuesta en documento fechado 10 de julio de 2020 el cual obra en el plenario indicando que frente a los honorarios de abogado: “*Se informa que por su indebido comportamiento crediticio fue necesario que la Entidad interpusiera acciones judiciales en su contra con el fin de garantizar el pago de los valores adeudados.*” Cosa que era absolutamente falsa, pues las acciones judiciales instauradas por finandina y en contra de la sociedad Grupo Carranza Abril obran desde diciembre de 2020 conforme consta en demanda, y auto que libró mandamiento de pago aportado en anexos, demanda que actualmente se encuentra en curso en Juzgado de pequeñas causas y competencias múltiples, e igual suerte tiene el denominado concepto “cargo ½” que véase, indicaron: “*se informa que los cargos 1 / 2, corresponden a los siguientes conceptos: ✓ Cobro Ingreso Pre-jurídico ✓ Sanción Cheque Devuelto (condonado)*” donde puede avizorar este honorable despacho en aparte alguno del contrato, o documento aportados por el demandado se evidenció que mi prohijado aceptase el cobro de un concepto denominado cargo 1/2 (ver Min: 0:42:42 audiencia artículo 472 interrogatorio de parte Finandina), lo cual, fue el realmente informado en estado de cuenta.

Y recuerdese, aunado a la inexistencia de acciones judiciales o conceptos que dieran lugar al cobro de tales rubros, el Banco en incumplimiento a sus obligaciones legales consignadas en estatuto de consumidor financiero los realizó y siquiera los informó previamente¹, pues es claro

¹ ARTÍCULO 7o. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

y evidente que la prueba de haber realizado la notificación, aviso o informe de tales cobros, correspondía a tal Banco cosa que brilla por su ausencia en los documentos obrantes en contestación de demanda radicada por Finandina.

Motivo por el cual se solicita se revoque igualmente la decisión del Juzgado respecto a la pretensión séptima de la demanda y se declare que efectivamente Finandina dio lugar al cobro indebido e injustificado de los conceptos denominados “honorarios abogado” y “cargo 1/2”.

2. Incumplimientos derivados de cobros injustificados por parte de Finandina dieron lugar a indeterminación de la deuda real objeto de cobro e incluso retrasó el pago de la misma por la aseguradora.

No tuvo en cuenta el *a quo* de forma infortunada que, como se relató en aparte anterior, da noticia el estado de cuenta fechado 15 de noviembre de 2019 que al momento de la realización del cobro injustificados de la “sanción cheque” por parte de Finandina S.A., la sociedad Grupo Carranza Abril S.A.S. se encontraba totalmente al día con sus obligaciones, e incluso en estado de cuenta del mes de diciembre de 2019 también obrante en plenario, se puede avisorar con facilidad que en tal momento tampoco existía mora alguna por concepto de cánones de arrendamiento, u otro rubro alguno más allá de la falaz “sanción cheque” lo cual, conforme lo remarca la legislación civil en especial el artículo 1609² la relevaba del cumplimiento de obligaciones subsiguientes, hasta tanto finandina cumpliera con las propias, y la razón de ello, es que tal y como se demarcó en los hechos de la demanda, el cobro inicial y pre-maturo de casi 20 millones de pesos en contra de la sociedad GRUPO CARRANZA ABRIL S.A.S., cobro que no fue relevado sino hasta la emisión del documento fechado 19 de mayo de 2020 por parte de Finandina (Incomercio), es decir, prácticamente 6 meses después de incontables llamadas, comunicaciones y peticiones solicitando cumpliera con sus obligaciones de información, veracidad, colaboración, etc. hicieron que no se tuviera NUNCA certeza de la obligación real existente, y mucho menos permitió que se conociera el valor real adeudado para que por parte de la aseguradora, se emitiera el pago correspondiente.

Pues conforme obra en documentos anexos y fue debidamente acreditado por interrogatorio efectuado al representante legal de Finandina y testimonial a persona a cargo de movilidad y pagos de la aseguradora, justo al momento que finalmente se obtuvo por parte de mi representada un estado de cuenta final (estado de cuenta Comercio 19 de mayo) se pidió de forma pronta e inmediata el pago del capital allí registrado por parte de la aseguradora y en favor de Finandina (testimonio aseguradora Min. 1:14:40 audiencia artículo 373 C.G.P), claro está, con la petición expresa de solo consignar lo incluido como capital, pues dado que la demora en la definición de valores había sido por parte de Finandina, resultando lo propio que tales rubros no fuesen injustamente cobrados a la sociedad que tuvo que soportar la mora de la entidad Bancaria, mora

g) Abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados previamente al consumidor financiero, de acuerdo con los términos establecidos en las normas sobre la materia, y tener a disposición de este los comprobantes o soportes de los pagos, transacciones u operaciones realizadas por cualquier canal ofrecido por la entidad vigilada. La conservación de dichos comprobantes y soportes deberá atender las normas sobre la materia.

² ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

que, no hizo más que aumentar los valores supuestamente adeudados en claro beneficio de la entidad financiera, y en perjuicio del cliente – consumidor.

Es por ello, que habrían de ser revocadas las decisiones del despacho de instancia y en su lugar declarar probadas las pretensiones obrantes en numeral Tercero que cita que el Banco “*ha cumplido imperfectamente o retardó el cumplimiento de sus obligaciones para con la sociedad GRUPO CARRANZA ABRIL S.A.S., retrasando actividades necesarias para activación de pólizas de seguro que cancelarían el valor total del capital consistente en los cánones faltantes y la opción de compra.*”, la obrante en numeral cuarto que dice que el establecimiento Bancario “*ha actuado en oposición a la buena fe contractual, vulnerando principios de diligencia, honestidad, equilibrio, reciprocidad y consideración de los intereses de la otra parte.*” Y numeral quinto “*Se declare que con el pago de efectuado por la entidad aseguradora por monto de noventa y siete millones treinta y cuatro mil cuarenta y ocho pesos con cincuenta y un centavos (\$97.034.048,51) en favor de la sociedad BANCO FINANDINA S.A., FINANDINA ESTABLECIMIENTO BANCARIO, la sociedad GRUPO CARRANZA ABRIL S.A.S. se encuentra a paz y salvo por todo concepto del contrato de leasing.*” Con las respectivas condenas que derivan de ellas obrantes en numerales Décimo tercero a décimo séptimo del petitorio.

3. Ausencia TOTAL de valoración de la prueba testimonial aportada.

Hilado a los argumentos anteriores, note el despacho como fueron recepcionados los testimonios en curso de audiencia que trata el artículo 373 del C.G.P. de la señora Paola Esparza Siachica (Min 0:13:45 y 0:14:16), Maria Paula Matamoros (Min 0:29:29 y 0:37:20), y Claudia Milena Rivera (Min 0:50:00 y 0:51:38), quienes de forma consistente indicaron lo que les constaba frente a los hechos objeto de litigio, precisando que efectivamente la actuación de la entidad Financiera Banco Finandina había sido prácticamente nula, no solo para corregir los cobros injustificados por concepto de la denominada “sanción cheque”, sino que, también existió poca o nula colaboración en la atención de otros requerimientos tales como “la obtención de un certificado de no recuperación del vehículo” en Fiscalía, el cual solo fue logrado hasta que finandina a inicios del 2020 dio entrega de autorización expresa a representantes legales de Grupo Carranza Abril para su gestión, así como, nula colaboración respecto a la cancelación de la matrícula del vehículo objeto de hurto.

Situaciones que pese a las consideraciones del despacho de instancia no se pueden imputar de forma única y exclusiva al tenedor o locatario, pues es claro que diversas entidades tanto judiciales o administrativas requieren de la colaboración y atención pronta del propietario del vehículo, propietario que al ser una entidad Financiera, tal y como lo refirió el propio Juzgado le competen una serie de obligaciones de diligencia y atención mucho mayores que a cualquier otra entidad del sector comercial, haciéndolos incluso acreedores a una completa y muy formada legislación y reglamentación en tal sentido (estatuto de consumidor financiero), por lo que, pretender que por parte de la sociedad Grupo Carranza Abril se iniciara todo tipo de acciones judiciales solo para obtener su reconocimiento y agilización de trámites cuando todo ello se podía realizar de forma más ágil e independiente con la intervención del propietario (Finandina) es algo absolutamente desproporcionado que rompe incluso los propios principios y reglas de derecho a los consumidores financieros³.

³ ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:

4. Ineficacia de pleno derecho de cláusulas del contrato y terminación del contrato de arrendamiento financiero por Ausencia de Causa.

Ciertamente, claro esta que el contrato de Leasing suscrito entre las partes tiene, como bien lo reconoce el despacho de instancia un componente financiero, pero no menos cierto es que el propio objeto del contrato señala que es de su esencia la entrega del uso y goce de la cosa en cambio del pago de un canon de arrendamiento, como sigue:

”El Banco ha entregado al locatario la mera tenencia del bien que se especifica en las condiciones particulares, para que este lo use y disfrute, pagando un canon periódico durante el periodo de duración del contrato”, lo cual resulta correspondiente a la propia definición que de aquel contrato trae el Decreto único reglamentario del Sector Financiero que se cita a continuación:

Artículo 2.2.1.1.1. Definición de arrendamiento financiero o leasing.

Entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.

Sin embargo, por parte del despacho haciendo una interpretación alejada a la estipulación contractual de las partes en lo que toca al objeto mismo del contrato, consideró que pese a la pérdida o destrucción del bien, para el caso el hurto del vehículo con ocasión a la estipulación contractual obrante en cláusula séptima que cita *“La obligación de pagar los cánones de arrendamiento no se suspenderá por el hecho de cesar total o definitivamente el funcionamiento del bien objeto de contrato, por causa no imputable al banco”* aquella no resultaba ineficaz o abusiva en los términos del Estatuto del consumidor, pues a su juicio no resultaba en un desequilibrio injustificado de las prestaciones contractuales.

Sin embargo, por parte de esta representación debe resaltarse nuevamente para estudio de este despacho judicial en sede de apelación que conociendo como tanto por la jurisprudencia de antaño emitida con anterioridad a la emisión del estatuto del consumidor resulta fundamental la necesidad de evaluar la existencia de cláusulas que no produjesen un desequilibrio injustificado en contra de una de las partes, cosa que, sería reiterada y reforzada en estatuto del consumidor al precisar en artículo 42 que:

“ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que,

- a) Debida Diligencia. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

*Ciertamente hay recompensa para el justo,
ciertamente hay un Dios que juzga en la tierra.*

en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

*Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, **En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.*** Subraya fuera de texto original

Y conociendo que en palabras del Doctrinante y ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil Dr. Jaime Arrubla Paucar quien en su libro de contratos atípicos señaló expresamente frente al contrato de Leasing y su terminación que:

“La pérdida total de la cosa impide que el tomador continúe con el goce del bien y que la dadora procure al primero dicho goce; por tanto, se extingue el contrato liberando en principio al tomador de la obligación de restituir y de continuar pagando el precio, pues su obligación carece de causa.

*Para efecto de la terminación del contrato no importa si la pérdida ocurrió por circunstancias fortuitas o con culpa; solo importa saber si hubo culpa del tomador para determinar si hay cabida a la indemnización de perjuicios.
(...)*

Para precaver las eventualidades que puedan presentarse con ocasión de la destrucción de la cosa, se estipula la obligación a cargo del tomador, de mantener cubiertos estos riesgos por medio de un contrato de seguro. ” (Contratos mercantiles- contratos atípicos. Jaime Alberto Arrubla Paucar. 2012. P 195-196)

No puede menos esta representación que solicitar al Juzgado evalué nuevamente como en el presente asunto efectivamente hay: i) la relación de consumo existente, ii) Se ha CONFESADO por la parte demandante estar frente a un contrato de adhesión, iii) Se ha CONFESADO por la parte demandante que en efecto sus obligaciones eran las de permitir el uso y goce del bien entregado, y que, con posterioridad al hurto, ese uso y goce legítimo se interrumpió. Iv) Se ha demostrado que quien incumplió sus obligaciones legales y contractuales de forma inicial fue la sociedad Finandina (con la denominada sanción cheque) cuando por parte de Grupo Carranza Abril se estaba a paz y salvo por todo concepto. v) Por parte del establecimiento Bancario en oposición a la las obligaciones de diligencia y demás disposiciones legales y contractuales no facilitó la concreción de un valor real y definitivo para el pago de la aseguradora. vi) Que la sociedad Banco Finandina S.A. se hizo beneficiaria de su propia mora y desidia aumentando valores y conceptos a cobrar a la sociedad Grupo carranza Abril.

Lo anterior evidenciado en como FINANDINA formuló en el contrato obligaciones de continuidad de pago de cánones de arrendamiento, pese a que no existiera CAUSA, o bien, que por parte del consumidor GRUPO CARRANZA ABRIL no se tuviera la prestación de servicio acordado, todo lo cual, denota un palpable desequilibrio de las prestaciones

*Ciertamente hay recompensa para el justo,
ciertamente hay un Dios que juzga en la tierra.*

contractuales⁴, sumado a como el contrato le vinculaba a seguir, aun cuando el proveedor Finandina no cumplía con sus obligaciones, tales como, la debida diligencia y pericia que correspondía tener a FINANDINA como entidad del sector Financiero, especialmente en cuanto a la no emisión de cobros injustificados (recuérdese no retirados durante un lapso de casi 6 meses, pese a que no existía motivación para ellos como ocurrió con la sanción cheque) emisión de documentos requeridos por la Fiscalía para emitir el certificado de no recuperación del vehículo, los requeridos por seguros SURAMERICANA para el pago del siniestro, e incluso la propia definición de valores reales a cancelar por cánones de arrendamiento o capital.

Motivo por el cual se solicita al despacho revocar la decisión de instancia y en su lugar tener por probadas las pretensiones obrantes en numeral Primera Subsidiaria a pretensión primera, así como, las pretensiones Undécima y Duodécima.



ANDRÉS FELIPE CEPEDA PUENTES
C.C. No. 1.031.122.060
T.P. 248.260 del C.S. de la J.

⁴ Recuérdese en este punto, tal especial cuidado no es exclusivo de la relación de consumo, sino que, se ve reiterado por la ley 1328 de 2009. Estatuto de protección al consumidor financiero en su ARTÍCULO 7o. que cita: *OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:*

e) *Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual."*