

Magistrado Ponente: Carlos Mauricio García Barajas
Número de Radicación: 13001-31-03-007-2014-00240-01
Decisión: Revoca sentencia
Fecha de la Decisión: 5 de febrero de 2021.
Clase y/o subclase de proceso: VERBAL DECLARATIVO

PROMESA DE COMPRAVENTA/CESIÓN DE CONTRATO DE PROMESA/CONTRATO DE COMPRAVENTA /CONTRATO DE LEASING/ Conexión contractual

LEASING FINANCIERO/LEASING HABITACIONAL/Finalidad y utilidad

SOCIEDAD DE LEASING / Intermediario financiero que ofrece una operación de financiación a largo plazo.

DESTRUCCIÓN DEL OBJETO DE LEASING PACTADO/La jurisprudencia nacional ha admitido como válida la obligación del locatario de continuar pagando los cánones mensuales a pesar de la destrucción del objeto dentro del leasing suscrito, en tanto éste incorpora *“la amortización de una obligación de linaje financiero”*.

DEBERES DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA/ Señaladas en literal e del artículo 7° y literal a y d del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

FUENTE FORMAL/ Artículos 5 y 51 de la C. N., artículo 25 numeral 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, literal e del artículo 7° y literal a y d del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, artículo 25 numeral 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 2.28.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ Cas. Civ., sentencia de 6 de octubre de 1999, exp. No. 5224, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 2007. Ref: Exp. No. 11001-31-03-027-2000-00528-01, T-002 de 2019 de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC4462-2020 de dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020), sentencia STC15993-2019 de veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019); STC12679-2019 de diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019); STC10381-2019 de cinco (5) de agosto de dos mil diecinueve (2019) y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 1984, Corte Suprema de Justicia Sentencia SC9446 de 2015, STC15241-2017 y STC13901-2015.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C. SALA CIVIL –
FAMILIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS.

Cartagena de Indias D. T. y C., cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)
(Proyecto discutido y aprobado en sesión no presencial de fecha 2 de febrero de 2021)

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de apelación propuesto por el demandante **JORGE DARIO PABA BORJA** contra la sentencia de primera instancia de fecha **30 de abril de 2019**, proferida por el **Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena**, por medio de la cual concluyó en forma típica el proceso declarativo que el recurrente promovió en contra de **BANCO DAVIVIENDA S.A. e INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.**

DEMANDA

Pretende el actor que, mediante sentencia, se declare la existencia de un contrato de leasing habitacional, precedido de una promesa de compraventa, ambas con el objeto descrito en la demanda; que se declare el incumplimiento de ambos contratos por los demandados, y se les condene a pagar las siguientes sumas de dinero:

Daños representados en los gastos relacionados en los hechos 15, 16, 17, 18, 19 y 22 (avalúo comercial del inmueble, estudios de títulos de tradición, notariales de escrituración, anotación y registro ante la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena, pago de la cuota inicial del precio del inmueble, pago del impuesto predial desde 2010 a 2014, y de las cuotas de sostenimiento del inmueble, mejoras y cánones cancelados en el leasing habitacional).	\$ 393.597.825,00
Pérdida de oportunidad de adquirir los inmuebles objeto del contrato de leasing (mayor valor del inmueble), a un mejor valor comercial.	\$ 251.720.000,00
Menoscabo a la personalidad del demandante y su familia, por comportamiento doloso o culposo en el incumplimiento del contrato.	\$ 369.000.000,00

Como soporte fáctico se esgrimieron los siguientes hechos relevantes:

1. JORGE DARIO PABA BORJA suscribió con la sociedad INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C., contrato de promesa de compraventa con fecha de **6 de**

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

mayo de 2010, sobre inmueble ubicado en el edificio mar de barú, barrio bocagrande, específicamente un apartamento y un parqueadero con matrículas inmobiliarias 060-105500 y 060-105536. Como precio se señaló la suma de \$350.000.000, de los cuales \$104.872.000 fueron pagados por el demandante al promitente vendedor, y el resto fue pagado por el Banco Davivienda S. A., al materializarse el contrato prometido, producto de una operación de leasing habitacional.

2. En efecto, mediante escrito de fecha **15 de abril de 2010**, el BANCO DAVIVIENDA S.A. informó la aprobación de un crédito al demandante en la modalidad de leasing habitacional, y dentro de los trámites exigió, entre otros documentos, que el promitente comprador cediera a la entidad financiera el contrato de promesa de compraventa aludido.

3. La mencionada cesión se materializó, razón por la cual el contrato prometido “se perfeccionó” mediante escritura pública No. 0636 de **31 de mayo de 2010**, donde el BANCO DAVIVIENDA S.A. adquirió la propiedad de los inmuebles de la sociedad INVERSIONES CURIEL FUENMAYOR S. en C.

4. A su turno, el **4 de junio de 2010** se suscribió el contrato de leasing habitacional entre JORGE DARIO PABA BORJA y BANCO DAVIVIENDA S.A., dentro del cual se pactó el pago de cuotas fijas por \$2.845.000 mensuales por un plazo de 180 meses, vencido el cual tendría derecho a ejercer opción de compra de los inmuebles.

5. El demandante usufructuó el bien de forma tranquila y pacífica hasta el 4 de diciembre de 2013, cuando comenzó a ser molestado, intimidado y amenazado mediante llamadas telefónicas, en las que lo atemorizaban con tomar represalias en su contra o de su familia sino desocupaba y entregaba los inmuebles a la Fiscalía 50 de la unidad de patrimonio económico de Barranquilla, debido a que estos se encontraban incursos en un proceso a disposición del Juzgado 12 penal municipal con función de control de garantías de esa misma ciudad por obtención de documentos públicos falsos y fraude procesal.

6. La anterior situación la comunicó por escrito al banco (5 de diciembre de 2013), y en forma verbal al vendedor del predio. Éste se negó a responder indicando que debía hacerlo la institución financiera, entidad que mediante escrito de **2 de abril de 2014** notificó al demandante la terminación unilateral del contrato de leasing habitacional, solicitando la devolución y entrega inmediata de los inmuebles, “*sin entrar a establecer su responsabilidad contractual ni las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios causados tanto materiales como morales*”.

7. Revisadas las copias del proceso penal, el demandante pudo constatar que los demandados omitieron “*ejercer su defensa como partes interesadas en lo que respecta a la situación de los inmuebles objeto de esta demanda*”, y solo acataron lo ordenado “*en perjuicio de sus derechos como tenedor y bajo los lineamientos del contrato de leasing habitacional suscrito*”.

8. Finalmente, el inmueble fue desocupado por el actor y las llaves entregadas al Banco el **2 de septiembre de 2014**.

Como fundamento de derecho se invocó el decreto 1787 de 2004, el decreto 2555 de 2010, así como los artículos 1613, 1849, 1880 a 1892 y 2341 del C. C.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

POSTURA DE LOS DEMANDADOS

Admitida la demanda el **16 de febrero de 2015**, los demandados se pronunciaron así:

INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C.¹ se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de causa eficiente y de respaldo fáctico y probatorio. Admitió la existencia de la promesa de compraventa, y que por concepto de ella recibió \$105.000.000, que se imputaron como parte del pago del precio en la venta realizada a Davivienda (el resto del precio de la venta - \$245.000.000 – fue recibido de parte del banco, para un total de \$350.000.000). Adujo que, con la cesión de la promesa a esta entidad el 29 de mayo de 2010, el demandante rompió toda relación jurídica con ella. Además, desde el 3 de junio de 2010, una vez inscrita la escritura de venta, dejó de ser propietario del bien y cumplió todas sus obligaciones. Por último, destaca que no intervino en las negociaciones entre el demandante y el Banco ni tiene responsabilidad en la terminación unilateral del contrato de leasing, que califica como el fondo del litigio.

Admitió la reclamación verbal realizada por el demandante por las presuntas irregularidades que presentaba el inmueble, frente a lo cual se dirigió ante la autoridad penal y, al constatar que la investigación no era contra la sociedad, dejó una comunicación de fecha 28 de enero de 2014, poniéndose a disposición del ente investigador.

Formuló cuatro excepciones (abuso del derecho de postulación, inexigibilidad de la obligación, cobro de lo no debido y falta de legitimación por pasiva), soportadas en lo sustancial en los mismos hechos: esta demandada no tiene vínculo jurídico con el actor, el contrato de leasing habitacional no fue suscrito por la sociedad y fue terminado unilateralmente por BANCO DAVIVIENDA S.A., luego no es lógico pretender que asuma responsabilidades por un acto que no le corresponde, ni pagar perjuicios que no ha causado. En suma, lo que se demanda de fondo es el incumplimiento de un contrato de leasing habitacional, del cual no hizo parte ni es responsable.

BANCO DAVIVIENDA S.A.² se allanó a la pretensión de declaración de existencia del contrato de leasing, y se opuso a las demás por carencia del derecho alegado por el demandante, quien quiere sacar provecho indebido de una circunstancia que es ajena a la institución demandada.

En términos generales estructura su defensa bajo las siguientes premisas:

- La entidad sí estaba autorizada para poner fin al contrato en forma unilateral, al tratarse de una facultad inherente a los contratos de tracto sucesivo, fruto de la autonomía de la voluntad, que no contraría ninguna norma imperativa y, por tanto, se fundó tal conducta en norma contractual válida y vinculante.
- El bien objeto del contrato pereció jurídicamente, de lo cual también fue víctima el banco, y actuando de buena fe se puso fin al contrato para cesar la causación de renta, ante la imposibilidad sobrevenida de continuar su ejecución.
- Se está frente a un caso de pérdida de la cosa debida (la tenencia del bien inmueble).

¹ Fls 190-202 cdno. Ppal 1.

² Fls 245-264 cdno. Ppal 1.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

- El ejercicio del derecho de opción se hizo imposible por la pérdida de la cosa sobre la cual debería recaer su ejercicio, por fuerza mayor y acto de autoridad, por vicios de la cosa muy anterior a la compra por el Banco.

Sobre los hechos indicó que cuando Davivienda conoció la orden del juez penal ella ya era irreversible, se trataba de un acto de autoridad que debía cumplirse so pena de incurrir en fraude a resolución judicial. Además, el demandante también pudo intervenir en el proceso penal en forma autónoma, pero no lo hizo. Agregó que de existir algún daño emergente sería la porción de la renta que se pagaba destinada a abonar al pago del precio, pero sobrevino la pérdida de la cosa debida. En últimas, el responsable es el demandante que fue quien escogió y negoció el predio, y la compra se hizo bajo sus estrictas instrucciones con el tercero escogido por él; incluso como cedente es responsable de los vicios anteriores.

Formuló las siguientes excepciones:

1. Pérdida de la cosa que se debe: Con fundamento en los artículos 1625-7, 1729 y 1736 del C. C., la posibilidad del demandante de acceder al dominio del inmueble se hizo imposible por la destrucción jurídica del objeto, en la medida en que la parte demandada sufrió la evicción de la cosa.

A lo sumo el actor tendría derecho a que DAVIVIENDA le cediera sus derechos contra terceros, pero para ello era necesario haber llegado al mes 180 pagando rentas de arrendamiento.

La pérdida de la cosa que se debe sin culpa de la demandada extinguió la obligación, e hizo imposible mantener vivo el derecho de opción del demandante, única obligación que podría reclamar, por perderse la propiedad en cabeza del demandado.

2. Inexistencia de la obligación por estar sometida a condición fallida. Se soporta en los artículos 1536, 1537, 1542 y 1543 del C. C. Señala que el derecho de opción solo surgiría al final del contrato, estaba sometido a una condición suspensiva consistente en el desarrollo del contrato de arrendamiento y el pago de la renta durante 15 años, dentro de los cuales se amortizaría periódicamente el precio, pero no nació o fue imposible porque la cosa pereció antes de cumplirse la condición y el banco sufrió una evicción porque por mandato de autoridad se cancelaron sus títulos de propiedad, luego las prestaciones que se demandan son inexigibles, pues tales hechos constituyen fuerza mayor y no son imputables al deudor.

No puede admitirse que el demandante reclame una indemnización vinculada al valor del predio, como si ese inmueble fuera ya de su propiedad, cuando el derecho de opción ni siquiera surgió; o que ejerza una acción de evicción de la cosa, omitiendo que él no es comprador ni es un propietario que la haya perdido por culpa de la demandada.

3. Inexistencia de la obligación de saneamiento demandada. En su fundamento sostiene: *“no hay más que ver las pretensiones de la demanda, para descubrir que el demandante ha hecho reclamaciones a que tendría derecho un comprador que hubiere sido privado de la cosa o del dominio por sentencia judicial. No obstante, la diferencia abismal entre un inquilino con opción de compra y un comprador real, reside en que el arrendatario tiene apenas una simple expectativa que desde luego puede frustrarse por el advenimiento de una fuerza mayor o caso fortuito”*. El demandante se equipara con un comprador para ejercer acción de saneamiento por evicción, e incluso pide

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

más (Art. 1094 C. C.), cuando ni siquiera tiene ese derecho, y si alguno le asistiera no es más que el frustrado ejercicio del derecho de opción, única obligación a cargo de DAVIVIENDA que se extinguió por pérdida de la cosa que se debe.

4. Inexistencia del derecho reclamado. Fue la parte demandante quien seleccionó el inmueble, concertó con el vendedor anterior la promesa de compraventa celebrada el 6 de mayo de 2010 y cedió esa promesa a favor de DAVIVIENDA. Por esa razón se convino la cláusula décima sexta del contrato de leasing que establece que DAVIVIENDA no responderá por ninguna perturbación legal que llegare a sufrir el locatario en la tenencia del inmueble salvo que dicha perturbación legal provenga de un acto de ella.

Este convenio sirve de salvaguarda a la parte demandada, es plenamente válido y no agravia norma imperativa de derecho, y es ley para las partes. Además, las cláusulas 17-3 y la 26-5 establecían que el inquilino podría salir también a la defensa del inmueble y que su omisión era causal de terminación del contrato.

5. Inexistencia del derecho reclamado por el ejercicio legítimo de una prerrogativa contractual. El numeral 2° de la cláusula vigésima sexta tiene previsto que la existencia de una acción judicial que involucre el bien objeto del contrato es causal suficiente para que DAVIVIENDA pudiera dar por terminado el contrato.

6. Inexistencia del derecho a la indemnización pedida. La cláusula vigésima sexta, en el párrafo primero, establece el procedimiento para la devolución del canon inicial y la determinación de los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición del inmueble cuando a ello haya lugar, a la terminación del contrato de leasing.

En dicho párrafo están regulados los derechos del arrendatario, necesariamente vinculados a que el banco venda de nuevo el inmueble donde el inquilino tiene derecho a recuperar el precio que periódicamente pago como renta de arrendamiento. Pero, como DAVIVIENDA no vendió el inmueble, sino que se perdió el derecho por decisión de autoridad penal, no hay posibilidad de que el inquilino ejerza el derecho a la recuperación de suma alguna a cargo de la demandada. Como sobre el inmueble recayó una providencia judicial que privó al banco de la propiedad, ese riesgo castigó al arrendador y propietario por hechos anteriores al momento en el cual el demandante cedió la promesa de compraventa al banco.

De igual forma, objetó el juramento estimatorio porque todos los cálculos están hechos sobre el valor del inmueble, como si fuera de propiedad del demandante, quien obvia que su derecho de opción nunca surgió.

RÉPLICA A LAS EXCEPCIONES

En término el demandante se pronunció sobre la postura de ambas accionadas. Admitió que el bien objeto del contrato fue despojado al locatario por orden judicial, operando una causal de terminación del convenio por desaparición de su objeto que a simple vista podría enmarcarse en una causal de fuerza mayor que exonera de responsabilidad. Agrega, en todo caso, que se debe determinar qué hizo y qué dejó de hacer Davivienda como propietaria para que no ocurriera el despojo, quien nada hizo para proteger su derecho de dominio ni subrogó al locatario como era su obligación si quería exonerarse de responsabilidad, pues si bien el

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

locatario podía salir a defender el bien, no podía hacerlo como propietario sino como mero tenedor.

Si bien la demandada podía dar por terminado el contrato, era sin perjuicio de establecer los efectos de la terminación frente a las obligaciones de cada una de las partes y la obligación de reparar, de aparecer incumplida alguna de ellas.

Destacó que lo que se pretende no es que se otorgue opción de compra. Lo perseguido es la responsabilidad por no cumplirse la finalidad del contrato de leasing ante el despojo del bien, y que a pesar de que haya existido fuerza mayor ésta no exonera de responsabilidad en razón al no cumplimiento de obligaciones contractuales.

Agregó que sí es posible aplicar el artículo 1904 sobre el saneamiento por evicción, para lo cual invoca la verdadera finalidad del leasing habitacional (Sentencia C-936 de 2003 C.C.) y la Convención de Ottawa de 1988, numeral 2 artículo 8, según el cual la institución financiera debe responder al usuario por los ataques de terceros. Puntualizó que la cláusula de exoneración de responsabilidad invocada por la defensa de Davivienda debe ser catalogada de abusiva porque no estuvo acompañada de la cesión de derechos de la demandada como compradora.

Frente a las excepciones de INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C., afirmó que todas confluyen a una falta de legitimación en la causa por pasiva, situación que ya fue desechada al resolverse las excepciones previas que ella misma propuso (auto de 24 de abril de 2018).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del **30 de abril de 2019**, el **Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena** desestimó las pretensiones de la demanda.

Luego de plantear lo que, a su juicio, constituía el problema jurídico, y esbozar los elementos básicos que se deben analizar para definir una demanda de responsabilidad contractual, concluyó frente al presunto incumplimiento del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Jorge Darío Paba Borja e Inversiones la Esmeralda Curiel Fuenmayor S. en C., que este contrato fue cedido por el demandante al Banco Davivienda S.A., de donde se sigue que no existe un contrato entre las partes del cual pudiera verificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones, y hasta el momento de la cesión no se advierte ni se acredita incumplimiento alguno atribuible a la promitente vendedora.

En cuanto a la responsabilidad del Banco Davivienda y el contrato de leasing habitacional, luego de revisar las obligaciones a cargo de la demandada (cláusula 19) no encuentra que alguna de ellas haya sido incumplida, amen que la parte demandante nunca especificó cuál fue el incumplimiento contractual de ésta. Agrega que la causal de terminación del contrato (cualquier acción judicial que involucre el bien objeto del contrato) se probó, y no luce descabellada, atrevida, ni arbitraria.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

Al referirse sobre la escasa o nula defensa del banco en al proceso penal, considera que no era una obligación que hiciera parte del contrato, y de haberse actuado diferente no se podría asegurar que el resultado hubiere sido distinto.

Puntualizó que el locatario también podía ejercer su defensa con base a la cláusula decimoséptima numeral tercero del contrato de leasing, y que siendo Davivienda víctima, no podría estructurarse incumplimiento contractual en este caso.

APELACIÓN

Inconforme con la sentencia la apela el demandante, quien expone en sus reparos concretos en la audiencia y en escrito posterior, que (1) la sentencia carece de examen crítico de las pruebas, y de razonamientos legales y constitucionales necesarios para fallar, además de no calificar la conducta de las partes; (2) no tiene en cuenta que previo a la cesión del contrato de promesa de compraventa, existieron derechos y obligaciones no transmisibles con la cesión. Se agrega, respecto a la responsabilidad de DAVIVIENDA S.A., (3) que no se dio la debida y necesaria importancia a la clase y calidad del contrato, ni a dilucidar cuáles eran las obligaciones de las partes, si hubo cumplimiento y, de no haberse cumplido, si se causaron perjuicios indemnizables, y (4) tampoco hubo análisis sobre la calidad de contrato de adhesión pues de haberlo hecho se hubiere determinado que la demandada abusó de su posición dominante en contra del demandante.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Adecuado el trámite de la apelación a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se otorgó término al apelante para sustentar, lo que hizo de la siguiente manera:

1. Señala que **INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. EN C.** debe ser declarada responsable del incumplimiento del contrato de promesa de compraventa suscrito con el demandante, y condenada en la forma solicitada en la demanda, porque la *“posición contractual cedida no trasladó al Cesionario (Banco Davivienda) hechos o situaciones suscitadas con anterioridad entre Cedente (Jorge Paba) y Promitente Vendedor (Inversiones La Esmeralda Fuenmayor)”*, sociedad que recibió del demandante la suma de ciento cinco millones de pesos que no fueron cedidos a Banco Davivienda, porque fueron parte del precio que se pactó en el contrato de promesa.

Habiéndose demostrado la evicción o el vicio del inmueble prometido en venta, sigue, le asiste responsabilidad en la cadena de tradiciones, teniendo que responder devolviendo lo recibido como precio junto con todos los perjuicios que ello generó, al darse fallido posteriormente el contrato de leasing habitacional.

2. El juzgador de primera instancia no realizó un estudio concienzudo del contrato de leasing habitacional. De haberlo hecho, con base en los hechos probados dentro del proceso, hubiese llegado a la conclusión que hubo incumplimiento de este, que produjo perjuicios que tienen que ser indemnizados.

Luego de señalar el que, a su juicio, es el régimen jurídico aplicable al contrato de autos, incluyendo la Convención de Ottawa de 1988 o Tratado de Unidroit sobre arrendamiento

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

financiero internacional (art. 7° C. de Cio), destacó como obligación principal de la demandada procurarle al usuario la explotación o uso pacífico del bien objeto del contrato durante todo el término de su duración, que en el caso no se cumplió.

3. Sobre la cláusula contractual invocada por la demandada para terminar el contrato, señala que el demandante nunca fue vinculado a la investigación penal, distinto a Davivienda que sí lo fue como propietaria del bien, pero omitió ejercer la defensa jurídica, como tampoco subrogó ni cedió los derechos al Locatario.

4. No son de recibo las justificaciones de Davivienda para exonerarse de la obligación de saneamiento. Si es verdad que las decisiones en el proceso penal se tomaron a sus espaldas luce evidente la vulneración de su derecho al debido proceso, pero optó por no defenderse. Además, si conocida la decisión de la autoridad penal (diciembre de 2013) concluyó que no era posible hacer nada contra ella, se pregunta porque no dio por terminado de una vez el contrato de leasing, sino que dilató por 4 meses tal determinación.

5. Sobre la exoneración de la demandada Davivienda por haber sido el demandante quien escogió el bien, cita la sentencia del 13 de diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (expediente 6462), de donde concluye que ella debió ir acompañada de la correlativa subrogación del usuario en las acciones que le corresponderían a tales instituciones financieras como parte compradora, admitiéndose que si esa exoneración de responsabilidad no se acompaña de la cesión de las acciones a favor del usuario, la cláusula habrá de reputarse abusiva o vejatoria, habiendo de responder en primer lugar el banco o la compañía de financiamiento comercial, según el caso.

En el caso ni en el contrato de cesión, ni en otro documento, aparece acreditado que el banco haya cedido al locatario las acciones derivadas de su calidad de compradora frente al vendedor. Por el contrario, el Banco conoció del proceso penal mucho antes que el locatario y no lo informó ni cedió las acciones, luego no actuó de buena fe, contrario a los parámetros establecidos a la luz del artículo 1603 del C. C.

6. Reclama la aplicación al caso en virtud del artículo 7° del C. de Cio., de la convención de Ottawa de 1988 o Tratado de Unidroit, como fuente formal del Derecho mercantil y en lo que respecta al saneamiento por evicción dentro del contrato de leasing.

7. Finaliza señalando que, por tratarse de un contrato de adhesión, debe ser interpretado a favor del cliente situación que debe tenerse en cuenta, junto con lo establecido en los artículos 1618, 1622, 1623 y 1624 del C. C., para interpretar el PROCEDIMIENTO PARA LA DEVOLUCIÓN DEL CANON INICIAL Y DE LOS SALDOS AMORTIZADOS AL PRECIO DE LA OPCIÓN DE ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE CUANDO A ELLO HAYA LUGAR, A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING, expresamente allí pactado.

INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR Y CIA S. EN C., atendió el traslado de la sustentación oponiéndose a sus argumentos. Para ello califica de ilógico reclamar un incumplimiento sobre una promesa de compraventa en la cual, y como producto de la cesión, ya no tiene injerencia legal el demandante, y de haber existido algún incumplimiento el llamado a reclamar era Davivienda como cesionario. Además, las obligaciones derivadas de la promesa se cumplieron al otorgarse la escritura de compraventa. Solicita se declare desierto

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

el recurso porque el apelante se limita a reiterar los mismos argumentos volcados en la primera instancia y que ya obtuvieron respuesta, o en subsidio que se confirme la sentencia apelada.

El **BANCO DAVIVIENDA S.A.** también se pronunció sobre los argumentos de la apelación. Llama la atención sobre la competencia del Tribunal porque el recurrente en la sustentación menciona las diversas fuentes del derecho aplicables al caso, entre ellas tratados internacionales, pero no desarrolla la impugnación contra los argumentos que verdaderamente guiaron al juzgado en su decisión. Critica la postura del apelante porque si la cesión de la promesa de venta no trasladó hechos o situaciones anteriores, el demandante tenía suficiente legitimación para defender jurídicamente el inmueble sin esperar que Davivienda algo le cediera. Plantea que no se puede censurar al banco por no haber retornado la posición contractual al señor Paba en la compraventa, porque dentro de las acciones posibles a emprender por su parte comprometerían al propio demandante, al ser el responsable de haber cedido una posición contractual en un contrato viciado.

Afirma que el Banco sí cumplió con la obligación de garantizar el uso y goce del inmueble durante la vigencia del contrato, sólo que éste perdió vigencia cuando en uso de una cláusula del mismo contrato se dio por terminado, como podía hacerse, terminación que el *a quo* calificó de justa sin recibir reparo, y que se atribuye a un hecho derivado del propio demandante, quien suscribió la promesa de compraventa viciada.

Califica de impertinente el alegato sobre que una cláusula de exoneración debe estar acompañada de la cesión, pues el Juzgado en la sentencia recurrida no aplicó ninguna cláusula de exoneración, y puntualiza que los argumentos sobre la contingencia e incertidumbre del resultado de las acciones defensivas del Banco y el de la ausencia de relación de causalidad no fueron combatidos en el recurso de apelación, como tampoco lo fue la conclusión de que el inquilino tenía la obligación contractual de defender el inmueble y que la obligación del Banco de defender el inmueble, era de medio y no de resultado y que no estaba compelido a obtener como resultado la reversión de las decisiones penales.

En lo demás, reiteró algunos argumentos de sus excepciones de fondo y alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

1. Esta Sala es competente para pronunciarse sobre la apelación propuesta contra la sentencia de primera instancia, y a ello se procede al encontrarse reunidos los presupuestos procesales para proferir decisión de fondo y no otearse alguna irregularidad que genere la nulidad de lo actuado.

2. De entrada advierte la Sala que, en lo relacionado con la responsabilidad del demandado Banco Davivienda S. A., el verdadero alcance de la apelación radica en criticar la decisión de juzgador en cuanto limitó el examen de sus obligaciones a las establecidas en el cláusula 19 del contrato de leasing habitacional pues, de acuerdo con la finalidad de ese convenio, el régimen jurídico aplicable en su condición de contrato atípico y de adhesión, y el principio de la buena fe que debió regir su ejecución, la principal obligación de la institución financiera era procurarle al usuario la explotación o uso pacífico del bien objeto del contrato durante todo el término de su duración, la que no se cumplió porque se permitió su despojo en virtud de una

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

decisión de autoridad penal frente a la cual la entidad financiera demandada no hizo lo necesario para preservar los derechos del locatario.

Lo anterior, de cara a la obligación de saneamiento que considera aplicable, y la imposibilidad de aplicar la cláusula de indemnidad del demandado contenida en el contrato de leasing, hacen procedente a juicio del apelante, la prosperidad de la reparación de perjuicios contenida en la demanda.

Frente al otro demandado la censura plantea que la “... *posición contractual cedida no trasladó al Cesionario (Banco Davivienda) hechos o situaciones suscitadas con anterioridad entre Cedente (Jorge Paba) y Promitente Vendedor (Inversiones La Esmeralda Fuenmayor)*”, por lo que la sociedad está llamada a responder devolviendo lo recibido como precio junto con todos los perjuicios que generó al darse fallido posteriormente el contrato de leasing.

De lo anterior se sigue que lo sustentado guarda relación con los reparos que se identificaron en los antecedentes de esta providencia con los números 2, 3 y 4, y sí confrontan la decisión del *a quo* en cuanto señaló la inexistencia de contrato entre las partes de un lado, y que las obligaciones de Davivienda estaban previstas en la cláusula 19 y no se observaban incumplidas, del otro, por lo que no luce acertado sostener que el recurso no fue debidamente sustentado.

3. Son hechos pacíficos del asunto que JORGE DARIO PABA BORJA suscribió un contrato de promesa de compraventa con la sociedad INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C. el **6 de mayo de 2010** en calidad de promitente comprador, posición que posteriormente cedió al BANCO DAVIVIENDA S.A. el **30 de mayo de 2010** en forma gratuita, con la única finalidad de materializar con esa entidad un contrato de leasing habitacional que ya se encontraba aprobado (ver documento de fecha 15 de abril de 2010, suscrito por Karla Vélez de Gómez como Gerente del Banco Davivienda sucursal Bolívar, donde se informaba la aprobación de la solicitud. Obra de igual forma documento de la misma fecha donde el banco informa al proveedor INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C. la aprobación de la solicitud de leasing, e indica los documentos necesarios para el desembolso).

La compraventa prometida se celebró el **31 de mayo de 2010** entre INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C. y el BANCO DAVIVIENDA S.A., y fue registrada en debida forma por la oficina de registro de instrumentos públicos local, según anotación de fecha 3 de junio siguiente (folios de matrícula inmobiliaria 060-105500 y 060-105536). Su precio ascendió a \$350.000.000, de los cuales \$105.000.000 fueron pagados por el demandante como se hizo constar en el escrito de cesión de la promesa de compraventa y la admite en este proceso la demandada INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C.; y el valor restante (\$245.000.000) producto del desembolso del contrato de leasing.

El contrato de leasing habitacional tiene como fecha el **4 de junio de 2010**, ajustado entre el demandante y la institución financiera demandada, y se ejecutó sin novedad hasta el mes de **diciembre de 2013**. En efecto, obra en el expediente escrito presentado por el locatario al Banco Davivienda el 4 de ese mismo mes y año, donde informó haber recibido una llamada telefónica en tono amenazante, de alguien que dijo ser abogado y lo conminó a desocupar el

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

inmueble, y haber constatado en el certificado de tradición y libertad que el bien estaba involucrado en un proceso penal por cuenta del Juzgado 12 Penal con Función de Garantías de Barraquilla. Sobre la comunicación de tales hechos por el locatario al banco en diciembre del citado año también se pronunció su representante legal en el interrogatorio practicado en la audiencia del artículo 101 del C. P. C.

De conformidad con las anotaciones que aparecen en el certificado de tradición y libertad del predio que era objeto del contrato de leasing, el **29 de octubre de 2013** se registró decisión del Juez 12 Penal Municipal de Control de Garantías de Barraquilla en virtud de la cual se cancelaron las anotaciones 13, 14, 15 y **16** de esa matrícula inmobiliaria, siendo esta última anotación la que contenía el registro de los títulos de propiedad a favor del Banco Davivienda S. A. (Escritura Pública 636 del 31 de mayo de 2010).

Ante la situación jurídica del inmueble ya descrita, el banco DAVIVIENDA S.A. determinó dar por terminado en forma unilateral el contrato de leasing, decisión que comunicó al locatario mediante escrito adiado **2 de abril del 2014**, donde además le solicitó la devolución material inmediata de los inmuebles para hacer entrega de ellos a la Fiscalía 50 de la unidad de patrimonio económico de Barraquilla.

Finalmente, y luego del intento de entrega a través de la Inspección de Policía de Bocagrande por orden de la autoridad penal, el locatario desocupó el inmueble y remitió sus llaves al Banco Davivienda S. A., según consta en escrito de fecha **2 de septiembre de 2014**, junto a copia de guía de transporte de Servientrega de ese mismo día, con número 916308591.

4. Debe destacarse, en primer lugar, que los distintos negocios jurídicos que se mencionan en el presente caso (promesa de compraventa, cesión de contrato de promesa, contrato de compraventa y contrato de leasing) no pueden valorarse en forma abstracta, examinando cada negocio jurídico mencionado como una isla, sin tener en cuenta todo el entramado del cual hicieron parte: una operación de leasing habitacional para vivienda familiar.

Esa conexión contractual se presenta por cuanto, aun cuando se trata de varios contratos distintos, incluso con intervinientes diferentes, *“desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión”* (Cas. Civ., sentencia de 6 de octubre de 1999, exp. No. 5224). No de otra manera se entendería la cesión del contrato de promesa de compraventa y la posterior adquisición del inmueble por cuenta de la institución financiera (contrato de aprovisionamiento), con la única causa de celebrar en forma ulterior el contrato de leasing habitacional con el usuario.

Ese ligamen, en todo caso, *“no implica que tales negocios pierdan su identidad y fisonomía propias, por manera que preservan su individualidad y se sujetan al régimen jurídico que les es propio”*³.

En segundo término, es preciso subrayar la importancia que en nuestro medio tiene la señalada operación de leasing habitacional para vivienda familiar, en atención a que ella

³Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 2007. Ref: Exp. No. 11001-31-03-027-2000-00528-01.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

constituye un mecanismo legalmente habilitado para garantizar el acceso a un derecho fundamental⁴, como lo es el derecho a la vivienda digna previsto en el canon 51 constitucional. Señala la norma: *“Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”*. De igual forma, como forma de protección de la familia como institución básica de la sociedad (Art. 5 C. N.).

Como derecho humano, el derecho a la vivienda adecuada se encuentra reconocido en el artículo 25 numeral 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*. De igual forma, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁵ sostiene que dentro de los aspectos que deben tenerse en cuenta en cualquier contexto para definir el derecho a una vivienda adecuada, en los términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos Social y Culturales, se encuentra la *seguridad jurídica de la tenencia*, en virtud de la cual *“todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”*⁶.

Sobre la relación entre estas garantías fundamentales y la operación mercantil bajo análisis también se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha pregonado que el leasing habitacional familiar⁷ *“guarda intrínseca relación con el derecho a la vivienda reglado por el precepto 51 de la Carta Política, pues con él se procura garantizar un lugar para el desarrollo de la familia como sujeto de especial protección (...)”*⁸

Las anteriores consideraciones resultan pertinentes al presente caso, que enseña la situación de una familia que, gozando de la tenencia de un inmueble destinado para su vivienda familiar y sobre el cual realizó una inversión con el objeto de adquirir su propiedad a largo plazo, se vio obligada a restituir el mismo para acatar la terminación unilateral declarada por el otro contratante, amparado en la necesidad de dar cumplimiento a una decisión judicial, sin que a

⁴ En ese sentido ver, por ejemplo, sentencia T-002 de 2019 de la Corte Constitucional.

⁵ Sexto período de sesiones (1991).

⁶ <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Housing/toolkit/Pages/RighttoAdequateHousingToolkit.aspx>

⁷“(…) Artículo 2.28.1.1.2. Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar (...)”. “(...) Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor (...). En los términos del artículo 4 de la Ley 546 de 1999 las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar son un mecanismo del sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo en desarrollo de lo cual, les serán aplicables las reglas previstas en los artículos 11, 12, 13, y 17 numerales 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 y parágrafo de la Ley 546 de 1999, los literales b) y c) del artículo 1º del Decreto 145 de 2000 y lo previsto en el presente decreto (...)”.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC4462-2020 de dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020). En similar sentido: sentencia STC15993-2019 de veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019); STC12679-2019 de diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019); STC10381-2019 de cinco (5) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

la fecha se haya hecho efectiva algún tipo de protección, cuando menos a nivel negocial, que garantice el retorno de su inversión.

5. Insiste el apelante, frente a la demandada **INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. EN C.**, que debe ser declarada responsable del incumplimiento del contrato de **promesa de compraventa** suscrito con el demandante, bajo el argumento que la cesión NO trasladó al cesionario situaciones ocurridas con anterioridad a ese momento, en concreto, el pago que el demandante hizo al promitente vendedor por la suma de \$105.000.000, dinero que, afirma, NO fue cedido al Banco Davivienda.

5.1 Se recuerda que la promesa de compraventa la celebró JORGE DARIO PABA BORJA con la sociedad INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C., a la sazón propietario del predio, el **6 de mayo de 2010, y por razón del leasing habitacional, para permitir que Davivienda se convirtiera en propietario del inmueble y poder dar paso al contrato de leasing habitacional.** En esos términos expresos se hizo constar en el documento de cesión, el **30 de mayo de 2010.**

La compraventa prometida se celebró el **31 de mayo de 2010** entre INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C. y el BANCO DAVIVIENDA S.A., y el 4 de junio siguiente se suscribió el contrato de leasing, que estuvo vigente hasta el 2 de abril de 2014, cuando unilateralmente fue terminado por la institución financiera.

5.2 La cesión de contratos permite que un tercero ajeno a los contratantes originarios ingrese a participar en el negocio jurídico, permitiendo que el tercero cumpla con las obligaciones restantes. Opera tanto en contratos de ejecución periódica o sucesiva, y en contratos de ejecución instantánea cuando no se han cumplido todas las obligaciones⁹.

La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato. Con todo, no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes¹⁰.

Por su parte, el contrato de promesa es un contrato preparatorio donde dos o más partes se obligan a celebrar en el futuro, en una época determinada, otro contrato que se conoce como el contrato definitivo o prometido. Tratándose de una promesa de compraventa de inmuebles, las partes promitentes adquieren una obligación de hacer que consiste en celebrar, en la época que se pacte, el contrato de compraventa mediante el otorgamiento de la respectiva escritura pública.

No obstante, resulta usual que en el contrato de promesa las partes anticipen la ejecución de alguna o algunas de las prestaciones que no corresponden naturalmente a él, sino al contrato prometido, como por ejemplo cuando se adelanta el pago de parte del precio o la entrega de la tenencia o la posesión del bien. Ello en todo caso no modifica que la obligación principal que emana del citado contrato de promesa es la celebración del contrato prometido.

⁹ Artículo 887 del Código de Comercio. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

¹⁰ Artículo 895 del Código de Comercio.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

Celebrado el contrato prometido se entiende cumplido, extinguido o agotado el contrato preparatorio de promesa, a no ser que pervivan obligaciones derivadas de él, y se abre paso la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato definitivo. Lo anterior en atención al carácter provisional y transitorio que acompaña al contrato de promesa. *“Si las partes, pues, entrecruzaron sus voluntades y cumplieron las formalidades exigidas por la ley para perfeccionar la compraventa y a través del acuerdo contractual se obligó la una a entregar la cosa, a efectuar su tradición, a sanear en caso de vicios redhibitorios o de evicción, etc. y la otra a pagar el precio del modo convenido y a realizar las demás prestaciones pactadas, es decir, si directamente lograron el propósito que se habían forjado: celebrar el negocio de venta, resulta errado considerar que las obligaciones que ésta origina tienen su fuente en un negocio previo aunque haya podido constituir una etapa importante en la conducción al contrato definitivo y aunque algunas de sus estipulaciones quedaran incorporadas en el negocio fin”*¹¹

5.3 Al aplicar las anteriores reglas al caso concreto se concluye que los reparos del apelante no tienen vocación de prosperidad.

En primer lugar, la cesión del contrato de promesa de PABA BORJA a BANCO DAVIVIENDA S.A. implicó de igual forma la cesión de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, sin que aparezca pactado en el texto de la cesión alguna restricción o limitación como la indicada por el apelante, de donde pueda concluirse que la cesión de la posición contractual no trasladó al cesionario hechos o situaciones suscitadas con anterioridad a la cesión.

Agréguese a lo anterior que, para el caso concreto, la obligación de hacer derivada del contrato preparatorio aparece cumplida por el promitente comprador según consta en la escritura pública 0636 otorgada el 31 de mayo de 2010 en la Notaría Sexta de Cartagena, donde en ejecución del contrato de promesa y atendiendo el contenido del contrato de cesión, se enajenó por venta el inmueble al Banco Davivienda S.A.

Así, no se encuentra cuál es la obligación que, nacida del contrato de promesa de compraventa, se enrostra como incumplida al promitente vendedor, máxime cuando la garantía de libertad a que se refiere la cláusula sexta¹² es una obligación de la naturaleza del contrato prometido (compraventa), y el valor de \$105.000.000 que admitió haber recibido el presunto contratante incumplido, y cuya devolución se reclama por el incumplimiento que se estudia, fueron aplicados de igual forma al pago del precio del contrato prometido como consta en la escritura de compraventa y lo admitieron las partes dentro del proceso. Es más, y sobre esto adelante se volverá, ese precio corresponde al canon inicial de que habla el contrato de leasing habitacional.

Conforme a lo anterior, no se evidencia incumplimiento del contrato de promesa de compraventa por la que pueda reclamar la parte demandante; y cualquier aspecto relacionado con la compraventa prometida, por lo menos en principio, la única entidad legitimada para exigir responsabilidad por su incumplimiento sería el BANCO DAVIVIENDA S.A., en su condición de compradora en virtud de la cesión de la posición contractual que a su favor se

¹¹Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 1984. Magistrado Ponente: Dr. Horacio Montoya Gil. Bogotá, D.E., gaceta judicial No. 2415. Pág. 17 y siguientes.

¹²El promitente vendedor garantiza que los inmuebles de que se trata, son de su exclusiva propiedad y que no los ha vendido ni enajenado a persona alguna y se hayan libres de limitaciones y condiciones resolutorias de dominio, servidumbre, arrendamiento por escritura pública, pleitos pendientes, patrimonio de familia inembargables, que no tiene ninguna limitación en el dominio.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

efectuó. En esa misma condición, además y también en regla de principio, sería la institución financiera la única llamada a ejercer una acción de saneamiento por evicción.

5.4 Ahora bien, por los contornos del caso es evidente, aun a pesar de la cesión del contrato de promesa, que el demandante no es por completo ajeno a la compraventa, pues ella se celebró bajo sus instrucciones y para su propio beneficio: la posterior celebración del contrato de leasing. Luego, es un tercero que se encuentra en la periferia del contrato, y de su inejecución o ejecución defectuosa puede resultar dañado.

Bajo ese análisis, parecería plausible concluir que al actor le asiste interés para ejercer alguna acción derivada de ese contrato, como por ejemplo la acción de saneamiento por evicción, como cuando la jurisprudencia nacional ha reconocido interés al beneficiario para demandar a la aseguradora ante la negativa del acreedor-beneficiario de hacerlo, con base en un seguro de vida grupo deudores¹³. Sin embargo, es claro para la Sala que las pretensiones de la demanda, así como los argumentos que sostiene la apelación, repugnan a ese entendimiento, porque resulta palmario que el acá demandante no accedió al poder judicial para reclamar en favor del comprador (Davivienda) que se ha negado a ejercer una acción propia del contrato de compraventa (saneamiento por evicción), y de la cual él podría obtener provecho (porque pagó parte del precio del bien), sino que, por el contrario, reclama en beneficio propio, por los perjuicios personales que, considera, se le ocasionaron por un presunto incumplimiento del contrato de promesa y del contrato de leasing habitacional.

5.5 En consecuencia, la sentencia, en cuanto negó las pretensiones elevadas en contra de INVERSIONES LA ESMERALDA CURIEL FUENMAYOR S. en C., debe ser confirmada al no encontrar eco en esta instancia los argumentos del actor.

6. Para el examen de los reparos restantes, elevados en contra de lo decidido frente a la responsabilidad endilgada al Banco Davivienda S.A., es preciso recordar que el *a quo* encontró que las obligaciones de éste de cara al contrato de leasing se reducían a las tres enlistadas en la cláusula diecinueve, a saber:

Entregar el bien objeto del contrato, que encontró cumplida.

Entregar el bien a paz y salvo por concepto de impuestos, servicios públicos y administración a la fecha de celebración del contrato de leasing habitacional, que no encontró acreditada, pero sobre ella no reposa glosa alguna en la demanda.

Transferir el bien libre de gravámenes inclusive en el momento en que el LOCATARIO o cesionario ejerza la opción de adquisición, obligación que no pudo ser cumplida dada la terminación anticipada del contrato.

Frente a la nula defensa observada por Davivienda dentro del proceso penal, señaló el *a quo* que dicha obligación “*no hacía parte del contrato*”, y si el banco la hubiera ejercido eso necesariamente no habría dado como resultado cambiar la situación del bien, pues se trataría de una obligación de medio mas no de resultado. Ante la falsedad encontrada por los funcionarios penales, sentenció, poco o nada podía hacer Davivienda.

¹³Entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil. Sentencia STC634-2019.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

Por el contrario, el recurrente sostiene que de acuerdo con la finalidad del leasing habitacional, el régimen jurídico aplicable en su condición de contrato atípico y de adhesión, y el principio de la buena fe que debió regir su ejecución, la principal obligación de la institución financiera era procurarle al usuario la explotación o uso pacífico del bien objeto del contrato durante todo el término de su duración, la que no se cumplió porque se permitió su despojo en virtud de una decisión de autoridad penal frente a la cual la entidad financiera demandada no hizo lo necesario para preservar sus derechos, a escasos 4 años de ejecución del contrato. Lo anterior, de cara a la obligación de saneamiento que considera aplicable conforme al régimen jurídico citado y la imposibilidad de oponer la cláusula de indemnidad contenida en el contrato de leasing, todo lo cual hace procedente la reparación de perjuicios contenida en la demanda.

Anticipa la Sala que acogerá parcialmente los argumentos de la alzada, por lo que la sentencia en cuanto acá es materia de análisis, será modificada.

6.1 Aun cuando existen discusiones sobre su naturaleza jurídica, la finalidad y utilidad del leasing financiero, del cual hace parte el leasing habitacional familiar objeto de este proceso, es clara: *“La función económica y la utilidad social del contrato no generan dudas, en la medida en que financia la tenencia de un bien al empresario o usuario, con ventajas tributarias y fiscales, pagando un canon o renta mensual, manteniendo siempre la opción de compra del mismo”*¹⁴

La sociedad de leasing, o para el caso el banco autorizado para ofrecer este servicio es un típico intermediario financiero que ofrece una operación de financiación a largo plazo. Siendo esa la finalidad del contrato, un modo de financiación, no puede ser visto al menos al principio como un contrato de adquisición o de transferencia de dominio.

En virtud de esa especial característica la jurisprudencia nacional ha admitido como válida la obligación del locatario de continuar pagando los cánones mensuales a pesar de la destrucción del objeto dentro del leasing suscrito, en tanto éste incorpora *“la amortización de una obligación de linaje financiero”*¹⁵. Es que, tratándose de un contrato de financiación, lo cierto es que al locatario indirectamente se le prestó un dinero para la adquisición de la cosa, que no se ha restituido no obstante su desaparición. Lo anterior bajo el entendido que el equilibrio y la equidad del contrato se mantiene cuando, estando asegurada la cosa como usualmente lo está, con el valor del siniestro que pague la aseguradora se deben solventar las cuotas pendientes o el saldo insoluto, y lo que sobre debe ser entregado al locatario¹⁶. Es decir, la suma que resulte del seguro se entrega a la sociedad de leasing hasta un monto que le garantice recuperar su inversión, y el valor restante debe entregarse al locatario.

¹⁴Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC9446 de 2015. Sentencia del 22 de julio de 2015.

¹⁵Ibidem. Señala la Corte: *“Ciertamente el leasing conlleva la amortización de un crédito. (...) el pago de los cánones que realiza el locatario a la compañía de financiamiento no se limita a la contraprestación por el goce de aquel, sino que implica al mismo tiempo el pago de una obligación de naturaleza financiera; de ahí el nomen iuris del negocio: arrendamiento financiero. (...) en el leasing, no solo se cede el uso y goce del bien escogido por el locatario-arrendatario, sino que además se presenta una modalidad de financiamiento que le genera a dicha parte una especie de crédito indirecto a más de otros beneficios de carácter tributario”*.

¹⁶Sobre el mismo tema, en la sentencia STC15241-2017 (27 de septiembre), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reiteró: *“Por último, como justamente ese aseguramiento es de gran valía para los contratantes de cara a sus intereses dentro del convenio, pues para la financiera éste es necesario para resguardar un activo de su propiedad, en tanto que, como se sabe, el locatario es un mero tenedor, mientras que éste también protege a futuro su inversión, dado que la destrucción del bien no lo exonera del pago de los cánones de arrendamiento, por lo que con el valor entregado en virtud del seguro se pagarán las cuotas pendientes o el saldo insoluto y lo que sobre, para efectos de equilibrio contractual y el principio de equidad, a más de evitar un enriquecimiento indebido para la compañía de leasing, le deberá ser entregado, según corresponda de acuerdo a la cláusula de imputación de indemnizaciones (cláusula 11ª) (...)”*.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

En el presente caso juzga la Sala que la obligación de pago de cánones mensuales se mantuvo hasta el momento en que el Banco demandado, de manera unilateral, decidió dar por terminado el contrato de leasing, aun a pesar de no haber recuperado la totalidad de su inversión. A esa altura, se recuerda, ni siquiera habían transcurrido 4 años de todo el periodo pactado de vigencia del contrato. Bajo ese entendido, se tiene que la forma de recuperar su inversión no sería otra distinta al ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa, en contra de quien fungió como su vendedor.

6.2 Lo anterior se apuntala, además, en la misma postura adoptada por este extremo del litigio a lo largo del proceso, y que consistió en no ceder al locatario las acciones pertinentes para poder demandar al vendedor, acudiendo a argumentos tales como que Davivienda también es víctima y por ello no puede cederlas, o que el locatario no alcanzó la meta de 15 años de pago de cánones mensuales, o que simplemente quien fungió como cesionario también puede ser responsable de la evicción padecida, al haber sido él quien escogió el bien y cedió un contrato de promesa “viciado”.

Por lo tanto, esas acciones derivadas del contrato de compraventa se mantienen en el patrimonio del banco demandado, quien al no ceder las acciones al locatario le privó de la posibilidad de ejercer acción por evicción en forma directa en contra del vendedor. Aunado a ello, se tiene que Davivienda tampoco ejerció dicha acción, o al menos lo contrario acá no se ha señalado, ni buscó la forma de lograr la reparación del locatario, o al menos garantizarle el retorno de su inversión.

6.3 Ante esa postura de la institución financiera, que impide que el locatario ejerza de manera directa reclamación en contra del proveedor pues aquella se reservó el derecho para demandarlo, y tampoco lo ejerce para tratar de recuperar la inversión, es natural que entonces deba ser la llamada a atender las reclamaciones que su contratante le realiza, incluso las relacionadas con la calidad técnica o jurídica de la cosa, pues lo contrario equivaldría a colocar al locatario en una situación de indefensión para nada compatible con la especial protección de que es titular no solo por su calidad de consumidor financiero¹⁷, sino por las particularidades del contrato base de la reclamación que quedaron explicadas en el numeral cuarto de estas consideraciones.

Recuérdese que, conforme al literal e del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009, es deber especial de la institución financiera demandada 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. A su turno, se encuentran prohibidas las cláusulas que limiten los derechos de los consumidores financieros y los deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o las que exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero (artículo 11, literal a y d, del mismo cuerpo normativo).

¹⁷ Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas. Ley 1328 de 2009, artículo 2.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

Para el caso, considera la Sala que las cláusulas contractuales que invoca el Banco Davivienda en su defensa, en concreto las cláusulas novena¹⁸ y dieciséis¹⁹ del contrato de leasing, así como el hecho incontrovertible de no haber sido esa entidad la que escogió el proveedor ni el bien inmueble objeto de la operación, no son suficientes para exonerarle de responsabilidad, en atención a que al reservarse las acciones para reclamar la eventual responsabilidad del vendedor por la evicción de la cosa, privó al locatario de la posibilidad de reclamar frente a él los perjuicios que considera causados, o cuando menos lograr recuperar la inversión realizada, circunstancias en la que impedirle también su ejercicio frente al arrendador financiero se torna desproporcionado y abusivo, en claro desmedro de las garantías del consumidor.

Por lo anterior esas cláusulas, que no provienen de la libre negociación de las partes sino de la adhesión del locatario a una forma establecida previamente por la entidad financiera, al tornarse para el caso concreto contrarias al estatuto de protección al consumidor financiero por afectar el equilibrio de la operación de leasing y dar lugar a un abuso de la posición contractual de dominio, deben tenerse por no escritas.

6.4 En similar sentido, sobre las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la compañía de leasing por vicios ocultos y, en general, por defectos en el funcionamiento del bien objeto del negocio jurídico, ha señalado la jurisprudencia que al menos en principio, ellos no deben estar a cargo de la sociedad de leasing, en atención a la forma cómo se presenta la operación completa donde, también en regla de principio, no es ella la que interviene en su elección ni en la escogencia del proveedor. Con todo, para hacer efectivos los “...*principios de equilibrio negocial y equidad contractual, de forma tal que la exoneración –o ausencia- de responsabilidad de la compañía de leasing, en el tópico que se analiza*”, debería estar en ligada “–*correlativamente e in abstracto- a la transferencia al tenedor, en forma coetánea al negocio jurídico de leasing, o con posterioridad a él, de los derechos y acciones que ésta tiene –como adquirente- contra el proveedor o productor, derivados de la infracción de la garantía o de la obligación de saneamiento por vicios ocultos, con el confesado propósito de que el tomador no quedare negocialmente desprotegido y pudiera válidamente legitimarse en las reclamaciones que le formule a aquellos*”²⁰.

Similares apreciaciones resultan aplicables a casos de evicción de la cosa como del que da cuenta este expediente, donde el vicio es jurídico, no material. Así puede constatarse en la sentencia del 27 de septiembre de 2012²¹ donde se censuró desde la óptica ius fundamental la decisión de condenar a una sociedad de leasing a responder solidariamente por la evicción padecida por el vehículo objeto del contrato, contrariando los razonamientos expuestos y las pruebas que indicaban existir la cesión de acciones en contra del proveedor que, a favor del locatario, hizo la compañía especializada.

Como la anotada cesión convencional de acciones no operó en el presente caso, ni en forma coetánea o posterior a la celebración del contrato de leasing habitacional, acogiendo el

¹⁸“CLAUSULA NOVENA. ESTADO DEL INMUEBLE: El LOCATARIO declara que conoce y ha revisado, previo a la celebración del presente contrato, el estado del INMUEBLE y que DAVIVIENDA lo ha adquirido por expresa solicitud suya; por lo tanto, el LOCATARIO no podrá efectuar reclamaciones a DAVIVIENDA sobre el estado y la calidad del mismo con posterioridad a la fecha de este contrato y de realizarse, DAVIVIENDA no estará obligada a atenderlas.

PARAGRAFO. DAVIVIENDA no será responsable de vicios ocultos o la calidad del bien, estando éstos a cargo del vendedor.”

¹⁹“CLÁUSULA DECIMA SEXTA. RESPONSABILIDAD: DAVIVIENDA no responderá por ninguna perturbación legal que llegara a sufrir el LOCATARIO en la tenencia del inmueble salvo que dicha perturbación provenga de un acto de ella”.

²⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002). Ref: Expediente No. 6462.

²¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Ref. Exp. 11001-02-03-000-2012-2068-00.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

planteamiento de la censura debe concluirse que las cláusulas invocadas por la defensa no gozan de eficacia jurídica.

6.5 En suma, Davivienda no cedió las acciones al locatario para ejercer en forma directa acción de evicción en contra del proveedor, con lo que le privó de la posibilidad de acudir a ese mecanismo de protección para lograr el restablecimiento de los derechos vulnerados. Tampoco la ejerció, ni garantizó al locatario la forma de recuperar su inversión. En tales condiciones resultan ineficaces las cláusulas de exoneración de responsabilidad pactadas a favor de la leasing, cuyo patrimonio debe resistir las reclamaciones que el locatario le hace.

En consecuencia, en el presente caso le asiste derecho al actor para pretender que el BANCO DAVIVIEDA S.A., una vez frustrado el objeto del contrato de leasing con ella celebrado, responda de las consecuencias que de allí se derivaron, precisamente con ocasión de la evicción que padeció el inmueble que era utilizado como su vivienda.

6.6 Eso no significa, en todo caso, que la totalidad de las aspiraciones del demandante tengan vocación de prosperidad, como se procede a explicar.

6.6.1 Tendrán acogida las aspiraciones de la demanda que se denominaron “daño emergente”, exclusivamente en lo relacionado con el pago de la (i) cuota inicial del precio del inmueble y (ii) los cánones cancelados durante la vigencia del leasing habitacional, solo en la parte que amortizó a capital.

Es que, visto desde otra óptica, el pago inicial que reclama el actor (\$105.000.000) es cierto que NO se entregó al Banco Davivienda, sino al proveedor en ejecución del contrato de promesa de compraventa posteriormente cedido, pero en todo el entramado negocial ese valor fue incorporado al contrato de compraventa imputándolo como parte del pago del precio, como se lee en el escrito de cesión y en la misma escritura de compraventa (cuando en ella se afirma que ese valor fue pagado por el comprador), e incluso aparece contenido (aun cuando no se señala a cuánto ascendió ese pago inicial), en el texto mismo del contrato de leasing, cuando se define el **CANON INICIAL** y, se establece una cláusula para devolverlo, junto a los saldos amortizados al precio, en caso de terminación del contrato de leasing.

Nótese que el contrato mencionado define así el canon inicial: *“Valor que pagará el LOCATARIO a DAVIVIENDA, al comienzo del contrato como abono directo a capital y que le permite acceder a un leasing habitacional con un menor valor de los cánones por recaudar”.*

Aunque expresamente no lo señala, y se dice que el pago de ese canon inicial se hace a la sociedad de leasing, para la Sala no queda duda que por la dinámica misma de la operación económica, que estuvo precedida por una inicial promesa de compraventa entre proveedor y locatario en curso de la cual se alcanzó a cancelar por éste directamente a aquel la suma de \$105.000.000, ese es el canon inicial a que se refiere el contrato de leasing, y naturalmente, terminada la ejecución del mismo en la forma cómo acá sucedió, debe restituirse al locatario²².

²²En la sentencia STC13901-2015 de fecha ocho (8) de octubre de dos mil quince (2015), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia encontró razonable la determinación de un juez civil que, dentro de un proceso de restitución de tenencia de bien entregado a título de leasing (volqueta), ordenó el reintegro a favor del locatario demandado del canon extraordinario que, previo a la celebración del acto, canceló en suma equivalente a cincuenta y nueve millones seiscientos sesenta mil doscientos pesos (\$ 59.660.200). Se

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

Es que ese valor sirvió como parte del precio para que DAVIVIENDA se hiciera a la propiedad del inmueble, y bien podría intentarse su recuperación por la vía del ejercicio de las acciones judiciales que esta entidad conserva en contra del vendedor.

6.6.2 Como ya se anunció, la misma restitución debe ordenarse frente a los cánones cancelados durante la vigencia del leasing habitacional, exclusivamente en la parte que amortizó a capital, pues corresponde a parte del precio del bien que el locatario alcanzó a satisfacer durante la ejecución del contrato de leasing, que en similares condiciones la institución financiera estaría llamada a recuperar de quien fungió como vendedor.

De esa manera, encuentra esta Corporación que, de cara a la operación comercial reseñada, y en concreto en el marco del contrato de leasing, se garantiza el equilibrio contractual y el principio de equidad, a más de evitar un enriquecimiento indebido para la compañía de leasing o un empobrecimiento correlativo del locatario. El enriquecimiento de aquella puede surgir cuando, manteniendo en su patrimonio las acciones judiciales pertinentes para reclamar la evicción de la cosa comprada, y privando al locatario de ejercer tal acción, se vería avocada a reclamar la totalidad del precio de la venta, cuando ya se sabe, todo ese valor no fue cubierto por ella.

6.6.3 En la cláusula del contrato de leasing denominada PROCEDIMIENTO PARA LA DEVOLUCIÓN DEL CANON INICIAL Y DE LOS SALDOS AMORTIZADOS AL PRECIO DE LA OPCIÓN DE ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE CUANDO A ELLO HAYA LUGAR, A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING, a que ya se hizo alusión, se contempla la forma de proceder para liquidar el contrato en caso de terminación, para las siguientes hipótesis:

Quando el locatario, cumplido el término del contrato, no ejerce la opción de compra pactada a su favor;

Quando antes del vencimiento del plazo pactado, el locatario incumple sus obligaciones; y

Quando se termina el contrato por mutuo acuerdo.

Se señala allí, además, que en caso de terminación anticipada del contrato, por incumplimiento o por cualquier causa, salvo que el locatario ejerza el derecho de opción, éste debe restituir el bien inmediatamente se le solicite; que el valor resultante de la liquidación del contrato será devuelto por DAVIVIENDA “dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento del contrato de compraventa del inmueble o del nuevo contrato de leasing”, y que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del decreto 1787 de 2004, DAVIVIENDA, sin importar la causa de terminación del contrato, solo realizará devoluciones una vez realice la venta o la nueva colocación en leasing del inmueble restituido.

concluyó: “En la forma que quedó expuesto, la resolución que se enuncia como contraria a las prerrogativas de la accionante no se advierte carente de sustento, pues, el Tribunal analizó el tópico del <<canon extraordinario>> a la luz de los medios de convicción, específicamente del contrato celebrado entre las partes, el cual es ley entre ellas, y extrajo una interpretación que por lo razonada y fundamentada no puede ser objeto de reproche por parte del juez constitucional, habida cuenta que la intervención de este sólo se posibilita en los eventos de manifiesto capricho o arbitrariedad.”

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

La anterior disposición tiene su origen en el decreto 1787 de 2004, hoy incorporado en el artículo 2.28.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010.

En todo caso, que en esa cláusula de liquidación, o en la norma reglamentaria citada, no se haya establecido en forma típica la situación que acá sucedió no significa, per se, que el locatario no tenga derecho a la devolución de los valores indicados, siendo deber del operador, en aplicación de principios de equidad y equilibrio contractual, tratar de garantizar a las partes la recuperación de su inversión sin que se presente un desbalance, menos aun cuando el afectado pueda ser la parte débil de la contratación.

Por lo antes expuesto se acogerán estas pretensiones en la forma ya explicada, y de pasó se negarán las excepciones denominadas *Inexistencia del derecho reclamado* e *Inexistencia del derecho a la indemnización pedida*.

6.6.4 Es cierto que, a la terminación del contrato, el mayor valor que adquiera el bien debe beneficiar al locatario, no a la institución financiera. Esa regla se desprende del mismo artículo 2.28.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010 acabada de aludir, y su decreto anterior recopilado que era el vigente para cuando se celebró el contrato que dio origen a este proceso.

Se afirma lo anterior porque las reglas de liquidación parten por señalar que el procedimiento para efectos de la devolución del canon inicial y de los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición del inmueble parten del valor de éste “*de acuerdo con su precio de venta o por el precio pactado en un nuevo contrato de leasing*”, es decir, de acuerdo con el valor actualizado del inmueble. De allí, lo que se reconoce a la institución financiera corresponde a los gastos en que haya podido incurrir con ocasión de la ejecución del contrato o su terminación, la venta del bien o su colocación en un nuevo contrato, el valor de la opción de compra (si fue la que dejó de usarse); y si el contrato finaliza antes de su término de duración se reconoce además, entre otras cosas, el costo financiero generado y no pagado por el locatario; las garantías de cumplimiento de las obligaciones del locatario, pactadas a favor de la entidad autorizada; el componente de capital de los cánones pactados no amortizado, y el valor de ejercicio de la opción de adquisición pactada en el contrato.

Nótese entonces que básicamente a la entidad financiera se reconocen gastos y rubros financieros liquidados a su favor para garantizarle recuperar la totalidad de su inversión (recuérdese que ab initio colocó una suma de dinero a modo de crédito, que le debe garantizar el retorno de su inversión). Pero más haya de eso, cualquier mayor valor que haya adquirido el bien por cuenta de su valorización debe retornarse al locatario que no va a adquirir su propiedad.

En ese sentido, parecerían plausibles las aspiraciones del demandante cuando señala como materia de resarcimiento, la pérdida de oportunidad de adquirir los inmuebles objeto del contrato de leasing a un mejor valor comercial (mayor valor del inmueble).

Sin embargo, en el presente caso la Sala no encuentra conducta reprochable atribuible al Banco Davivienda S.A., en los hechos que frustraron la legítima aspiración del actor locatario de convertirse en propietario del inmueble objeto del leasing. Su decisión de finalizar el contrato en forma unilateral, como lo señala esta demandada, se soportó en una cláusula contractual válida y ante la innegable imposibilidad fáctica de poder garantizar la tenencia del

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

inmueble en poder del locatario. Esa situación es incluso admitida por la demandante, y estando plenamente justificada no podría dar lugar a una reparación como la señalada.

Ni siquiera la ausencia de resistencia en el proceso penal por parte de la institución financiera demandada puede dar soporte a esta aspiración, toda vez que como lo concluyó el *a quo*, en aspecto que no fue objeto de controversia, no existe ni una sola prueba que enseñe que una actitud distinta de la entidad frente a la autoridad penal hubiere modificado el resultado final que se presentó. Este es un aspecto que el mismo demandante reconoció en su declaración de parte rendida en audiencia del artículo 101 del C. P. C. el 15 de agosto de 2018, donde precisó que su queja contra la entidad bancaria era haberlo dejado solo cuando ella, como persona jurídica, no habría estado en situación tan vulnerable como él, y admitir que en todo caso nada garantizaba que su intervención hubiera modificado la determinación de la justicia penal.

Por último, acceder a esa aspiración exigiría tener en el plenario prueba del valor actual del inmueble. Ya se sabe que él no fue vendido ni colocado nuevamente en leasing, luego los parámetros que señala la norma reglamentaria no aplicarían para estimar ese valor. Con la demanda se aportó un avalúo comercial para demostrar el valor del bien al momento de la restitución (año 2014). Con todo, se trata de una pericia que nunca fue tratada como tal, no se dio la oportunidad de contradecirla como prueba técnica, y en todo caso, si fuera viable su valoración, llevaría a señalar la ausencia de razones claras y precisas que justifiquen como, entre el año 2010 y el año 2014, el valor del inmueble ascendió de \$350.000.000 a \$601.720.000.

Esta pretensión, en consecuencia, no resulta próspera.

6.6.5 Ahora bien, dentro de los demás conceptos reclamados a título de **daño emergente** se tienen los siguientes:

Dineros invertidos en el trámite de la operación de leasing habitacional, tales como: avalúo comercial del inmueble, estudios de títulos de tradición, gastos notariales de escrituración y de anotación y registro ante la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena.

Pago del impuesto predial desde el año 2010 hasta el año 2014; Pago de las cuotas de sostenimiento del inmueble,

Mejoras y

Cánones cancelados en el leasing habitacional (el excedente al valor amortizado a capital, del cual ya se habló)

A juicio de la instancia ninguno de tales rubros puede ser acogido, básicamente porque la operación de leasing habitacional se materializó y ejecutó sin solución de continuidad hasta septiembre de 2014, incluso luego de la decisión de terminación unilateral adoptada por la institución financiera el 4 de abril de ese mismo año.

En tal virtud, todos los gastos de avalúo comercial del inmueble, estudios de títulos de tradición, gastos notariales de escrituración y de anotación y registro ante la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena, pago de impuestos y de cuotas de sostenimiento del

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

inmueble tuvieron una causa jurídica suficiente que las soportó, y que no desaparece por la terminación posterior del contrato también por causa justificada.

Es que la terminación del contrato ante la imposibilidad fáctica de seguir garantizando la tenencia de la cosa al locatario no implica la desaparición de todos los actos anteriores al contrato, los previos a su celebración como los de ejecución misma durante el tiempo que estuvo vigente, como para ahora venir a restituir al locatario unos valores que justamente pagó para dar paso a la celebración del contrato, o aquellos que como impuestos y cuotas de sostenimiento solo constituyen a una prestación correlativa al tiempo durante el cual usó del bien.

Frente a la reclamación por mejoras, señalaba el contrato como prohibiciones al locatario, modificar, cambiar o ampliar las características del inmueble, sin autorización expresa de DAVIVIENDA. (Cláusula 18 numeral 3º). A su turno la regla 14 indicaba: *“Las mejoras estarán a cargo del LOCATARIO, quien se compromete a devolver el INMUEBLE en las mismas condiciones en que lo recibió, salvo las mejoras autorizadas que haya hecho el mismo a su costa y cuya separación no causen deterioro al INMUEBLE. Las mejoras cuyo retiro causen deterioro pasarán a ser de propiedad de DAVIVIENDA, sin que haya lugar a reconocer al LOCATARIO el pago de alguna suma de dinero por concepto de indemnización, compra o compensación”.*

Conforme a lo anterior, las mejoras sobre el bien debían ser autorizadas por DAVIVIENDA y, a la finalización del contrato, podían ser retiradas por su autor siempre y cuando no causaran deterioro. En caso contrario, pasaban a ser propiedad de la entidad bancaria.

En el caso no se acreditó autorización alguna para realización de mejoras proveniente de Davivienda y, en todo caso, de haber existido las mismas de cara a las normas del contrato de leasing financiero, su reconocimiento no está a cargo de la demandada quien, además, ni siquiera fue quien se benefició de ellas al haberse cancelado su título de propiedad, y tenerse que entregar al inmueble a un tercero ajeno al contrato.

Por último, y retomando la finalidad económica y utilidad del leasing financiero (mecanismo de financiación donde el banco autorizado para ofrecer este servicio es un típico intermediario financiero), es natural que durante el tiempo que tuvo vigencia el contrato, la entidad disfrutó del derecho a hacerse dueña de los demás componentes – diferentes a la amortización a capital – que integraban el canon ordinario mensual, tales como intereses de plazo y mora, y a cobrar otros conceptos para cubrir servicios distintos como los seguros. En tal orden de cosas, la terminación del contrato de larga duración no tiene por que afectar esas prestaciones ya causadas y pagadas, con justa causa, máxime cuando esa finalización, se reitera, no resulta imputable a la entidad que otorgó la financiación.

6.6.6 Por último, en la demanda también se solicitaron perjuicios por daño moral, por el menoscabo a la personalidad del demandante y de su familia, por comportamiento doloso o culposo en el incumplimiento del contrato.

En primer lugar, solo actúa como demandante el locatario, luego no puede abrirse paso pretensión alguna a favor de terceros no integrantes del extremo activo.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

En segundo término, si bien los testigos (PAULO SEXTO VIBERO DIAZ, FABIAN ALVARADO PATERNINA, EDWIN PULIDO SIERRA) hablaron de la congoja del demandante, misma a que se refiere la historia clínica de psicología aportada con la demanda, lo cierto es que ella radicó en las amenazas de muerte que sufrió el actor para que hiciera entrega del inmueble, hecho que, de acuerdo con lo demostrado, para nada resulta imputable a los acá demandados.

Que tales amenazas hubieran cesado con la intervención de Davivienda en el proceso penal es algo que no está demostrado, pues, se reitera, el mismo demandante en su declaración admitió la incertidumbre de esa situación.

Luego esta aspiración resarcitoria tampoco tiene vocación de prosperidad, e impide también incluir los gastos de psiquiatría como daño emergente a reconocer.

7. EXCEPCIONES

INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C. formuló cuatro excepciones (abuso del derecho de postulación, inexigibilidad de la obligación, cobro de lo no debido y falta de legitimación por pasiva), soportadas en lo sustancial en los mismos hechos: esta demandada no tiene vínculo jurídico con el actor, y ella no es parte del contrato de leasing habitacional. Se declarará probada exclusivamente la que denominó inexigibilidad de la obligación, bajo el entendido de carecer el actor de facultad para reclamar con soporte en el contrato de promesa de compraventa cedido y posteriormente agotado con la celebración del contrato prometido, y de no poder ejercer acción directa en contra del vendedor – proveedor por no haberse cedido en forma convencional las acciones con ese objeto, por parte del Banco Davivienda S.A.

Se mantendrá, en consecuencia, la decisión de negar las pretensiones de la demanda en su contra.

Respecto de **BANCO DAVIVIEDA S.A.**, por su parte, se declararán probadas las excepciones de **1. Pérdida de la cosa que se debe; 2. Inexistencia de la obligación por estar sometida a condición fallida; 3. Inexistencia de la obligación de saneamiento demandada y 5. Inexistencia del derecho reclamado por el ejercicio legítimo de una prerrogativa contractual**, bajo el entendido básico que le asiste razón al alegar que:

- La entidad sí estaba autorizada para poner fin al contrato en forma unilateral, y de ello no puede erigirse perjuicio alguno.
- El bien objeto del contrato pereció jurídicamente, de lo cual también fue víctima el banco, y habilitaba terminar el contrato ante la imposibilidad sobrevenida de continuar su ejecución.
- El ejercicio del derecho de opción se hizo imposible por la pérdida de la cosa sobre la cual debería recaer su ejercicio.

Sin embargo, se declaran NO probadas las excepciones que se denominaron **4. Inexistencia del derecho reclamado e 6. Inexistencia del derecho a la indemnización pedida**, ante la imposibilidad de aplicar la cláusula décima sexta del contrato de leasing que establece que

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

DAVIVIENDA no responde por ninguna perturbación legal que llegare a sufrir el locatario en la tenencia del inmueble salvo que dicha perturbación legal provenga de un acto de ella; y la conclusión a la que se arribó sobre la posibilidad de liquidar el contrato para garantizar la devolución de valores a favor del locatario, no obstante no estar prevista la hipótesis de terminación que acá ocurrió en el contrato o el decreto reglamentario del contrato de leasing habitacional.

8. LA CONDENA

Como se anticipó, se condenará a BANCO DAVIVIENDA S.A. a pagar al demandante el valor equivalente al canon inicial pagado (\$105.000.000), y el capital amortizado durante la vigencia del contrato de leasing. Este último, de acuerdo con certificación ofrecida por la institución financiera demandada en cumplimiento del auto de decreto de pruebas, ascendió a la suma de \$30.533.166 (folio 296).

Con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de la moneda, se ordenará la indexación de esos valores desde la época de finalización del contrato de leasing (abril de 2014) a la fecha de esta sentencia, bajo la siguiente fórmula:

$$V.A. = \frac{V.P. \times I. FINAL}{I. INICIAL}$$

Al reemplazar se obtiene el siguiente resultado:

CONCEPTO	VALOR HISTÓRICO	I.INICIAL	I. FINAL	VALOR ACTUALIZADO
CANÓN INICIAL	\$ 105.000.000,00	81,14	105,48	\$ 136.497.411,88
CAPITAL AMORTIZADO	\$ 30.533.166,00	81,14	105,48	\$ 39.692.363,20
TOTAL				\$ 176.189.775,08

En lo demás se negarán las pretensiones de la demanda.

En materia de costas, las de ambas instancias correrán a cargo de **JORGE DARIO PABA BORJA** y a favor de **INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.** Para esta instancia se fija la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su turno, se condenará en costas de ambas instancias a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** y a favor de **JORGE DARIO PABA BORJA**, en un 65%. Como agencias en derecho se fija la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA SALA CIVIL – FAMILIA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el **30 de abril de 2019** por el **Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cartagena**. En su lugar, se dispone lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de **1. Pérdida de la cosa que se debe; 2. Inexistencia de la obligación por estar sometida a condición fallida; 3. Inexistencia de la obligación de saneamiento demandada y 5. Inexistencia del derecho reclamado por el ejercicio legítimo de una prerrogativa contractual**, propuestas por BANCO DAVIVIENDA S.A.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

SEGUNDO: DECLARAR NO probadas las excepciones que se denominaron **4. Inexistencia del derecho reclamado** e **6. Inexistencia del derecho a la indemnización pedida**, alegadas por el mismo demandado BANCO DAVIVIENDA S.A.

TERCERO: DECLARAR el incumplimiento del contrato de leasing descrito en la demanda, por **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, exclusivamente en lo relacionado con la liquidación de los valores a devolver al locatario al momento de su terminación.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** a pagar a **JORGE DARIO PABA BORJA**, la suma de **CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS CON 08 CENTAVOS (\$176.189.775,08)**, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

PARÁGRAFO: Vencido el término anterior, se generará interés sobre el capital anterior a la tasa del interés bancario corriente aumentada en su mitad, por tratarse de un negocio de origen comercial.

QUINTO: Se **DECLARA** probada la excepción de **inexigibilidad de la obligación** propuesta por la demandada **INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.** En consecuencia, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda en su contra.

SEXTO: Costas de ambas instancias a cargo de **JORGE DARIO PABA BORJA** y a favor de **INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.** Para esta instancia se fija la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SÉPTIMO: Costas de ambas instancias a cargo de **BANCO DAVIVIENDA S.A.** y a favor de **JORGE DARIO PABA BORJA**, en un 65%. Como agencias en derecho se fija la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

OCTAVO: En firme lo aquí decidido, remítase la actuación al juzgado de origen, previa las anotaciones pertinentes en los sistemas de registro de información.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE²³

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS
Magistrado Sustanciador

MARCOS ROMAN GUIO FONSECA
Magistrado

(Con impedimento aceptado)²⁴
JOHN FREDY SAZA PINEDA
Magistrado

Firmado Por:

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS

²³ La firma electrónica contenida en este documento puede ser validada en el link <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica/validarDocumento>. Igualmente, el contenido de esta providencia y el estado en el cual aparece notificada, pueden ser consultados en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunalsuperior-de-cartagena-sala-civil>.

²⁴ Auto de fecha 28 de enero de 2021. La decisión se adopta por la mayoría de los miembros de la Sala de decisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 270 de 1996.

Proceso: VERBAL / DECLARATIVO
Demandante (s): JORGE DARIO PABA BORJA
Demandado (s): BANCO DAVIVIENDA S.A.
INVERSIONES LA ESMERALDA CURIELFUENMAYOR S. en C.
Rad. No.: 13001-31-03-007-2014-00240-01

MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA CIUDAD DE
CARTAGENA-BOLIVAR

MARCOS ROMAN GUIO FONSECA MAGISTRADO TRIBUNAL O
CONSEJO SECCIONAL TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 CIVIL -
FAMILIA DE CARTAGENA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez
jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
a424c35b45fe50a84f3485746b45d2c6c24b15ddc378fb9cb7c1d0443745bcb6
Documento generado en 05/02/2021 10:20:57 AM