

**ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE O BUENA FE EN UN CONTRATO DE
LEASING HABITACIONAL**

Caso de estudio

Ana Cristina Valencia Guerrero

Código 11591005

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho
Con Énfasis en Derecho Empresarial.

Director de Trabajo de Grado:

Doctor Andrés Felipe Florez Zuluaga

Universidad ICESI

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Cali, Junio 2014

TABLA DE CONTENIDO

Resumen		Pág.
1.	Introducción	5
2.	CONTEXTO JURÍDICO DEL CASO	7
2.1	El leasing habitacional.	7
2.2	La dación en pago	9
2.3	Contratos de adhesión	10
2.4	Interpretación de los contratos	15
2.5	Principio de Buena fe	17
2.6	Posición dominante	19
2.6.1	Cláusulas y prácticas abusivas	20
2.6.2	Cláusulas abusivas	21
2.6.3	Prácticas abusivas	23
2.7	Enriquecimiento sin justa causa	24
3.	DESCRIPCIÓN DEL CASO	26
3.1	Resumen del caso	26
3.2	La demanda	28
3.3	Contestación de la demanda	30
3.4	Actuaciones surtidas después de La notificación de la demanda	33
3.5	Tutela	34
3.6	Estado actual del proceso	38
4.	Resolución del caso	40
5.	Bibliografía	49
6.	Anexos	51

Resumen

Luis Pérez Domínguez, adquirió con el Banco del Valle S.A., varias obligaciones dentro de las que se encontraban tarjetas de crédito, préstamos de libre inversión y préstamo de vehículo; el señor Pérez incumplió con el pago de todas las obligaciones adquiridas, reportando un valor en mora de (\$222.887.450). En vista que el señor Pérez Domínguez no estaba en condiciones de cancelar la totalidad del valor adeudado, el Banco del Valle S.A., le ofreció la modalidad de leasing habitacional a título de dación en pago sobre un inmueble de su propiedad. El valor del inmueble, según avalúo del año 2009, era de \$339.010.000

Mediante escritura pública No. 2145 de la Notaria Segunda del Circulo de Cali, el señor Pérez Domínguez transfirió el inmueble a título de dación en pago a favor de Banco del Valle S.A., seguidamente se suscribió el contrato de leasing habitacional.

Posteriormente, el señor LUIS PEREZ DOMINGUEZ, incurrió en mora en el pago de varios cánones de arrendamiento, por lo que el Banco del Valle S.A., inicio proceso abreviado de restitución de inmueble

El caso objeto de estudio pretende abordar y resolver los siguientes interrogantes: ¿existe abuso de posición dominante por parte del Banco al recibir un inmueble cuyo avalúo superaba el valor de la deuda?; si existe abuso de posición dominante, ¿sería una causal para decretar la nulidad del contrato? o ¿Prima en este caso el principio de la buena fe y la libertad para contratar?

Palabras clave: Abuso de la posición dominante, enriquecimiento sin justa causa, buena fe contractual

SUMMARY

LUIS PEREZ DOMINGUEZ, acquired with the Bank of Valle S.A., several obligations which were credit cards, free investment loans, vehicle loan, remaining in default of all obligations undertaken by value \$ 222.887.450. Since Mr. Perez Dominguez was unable to pay the entire amount owed, the Bank of Valle S.A., offered him leasing housing as payment in respect of his property. The value of the property, according to assessment of 2009 was \$339.010.000.

By deed No.2145 of the second notary of Cali, Mr. Perez Dominguez transferred the property by way of payment in favor of the Bank of Valle S.A., then the leasing housing was signed.

Mr. Perez Dominguez became late on his payments, so the Bank of Valle S.A. started a property restitution process.

The case under study aims to raise discussions on the following topics: Does an abuse of dominant position of the Bank, upon receiving a property valuation which exceeded the value of debt exist? If there is abuse of dominant position, would be grounds of decreeing the nullity of the contract? or prevalence in this case the principle of good faith and freedom to contract?

Keywords: Abuse of dominant position, enrichment without cause, contractual good faith

1. INTRODUCCIÓN

A continuación se plantea el estudio de un caso que dio origen a una serie de actuaciones procesales enmarcadas en el trámite de un proceso abreviado de restitución de inmueble que tuvo lugar entre Banco del Valle S.A. y Luis Pérez Domínguez. El debate sustancial dado entre las partes, motivó, por parte del demandante, el uso de instrumentos no propios del proceso como lo es la acción de tutela.

El problema jurídico que se plantea en el caso consiste en determinar si el contrato de leasing suscrito entre el Banco del Valle S.A. y Luis Pérez Domínguez contenía cláusulas abusivas en favor de la entidad financiera, las cuales a su vez significaron un abuso de la posición dominante y el enriquecimiento sin justa causa por parte de ésta.

Como se verá, la discusión central del caso no radica en los aspectos económicos propios de contrato de leasing, pues si bien se presentaron discusiones sobre los cánones adeudados, el análisis se enfoca en los antecedentes previos a la formación del contrato y en el perfeccionamiento del mismo más no en su ejecución. Así, ante las pretensiones de la acción de restitución promovida por la entidad financiera, el demandado argumenta tanto en las excepciones presentadas a la demanda como en su tutela, que fue lesionado en su buena fe contractual al entregar en dación en pago un inmueble con un valor superior a las obligaciones en mora existentes a favor del Banco a la fecha del contrato; de igual forma, afirma que la entidad financiera en un claro abuso de posición dominante impuso sus condiciones al contrato de leasing, situación que lesionó su patrimonio y representó un enriquecimiento injustificado en favor de la entidad financiera.

Inicialmente se abordará el estudio teórico de temas como interpretación de los contratos, cláusulas abusivas, posición dominante y enriquecimiento sin justa causa. Posteriormente se hará una descripción de los hechos y actuaciones surtidas dentro de los trámites judiciales para finalizar con un análisis del caso estructurado desde una concepción personal, pues actualmente el proceso se encuentra a la espera de fallo y no existe certidumbre frente a su resultado.

2. CONTEXTO JURÍDICO DEL CASO

2.1 EL LEASING HABITACIONAL.

El Leasing habitacional es una figura que tuvo su origen en la Ley 546 de 1999 (Ley de vivienda), surgió a partir de la crisis del sistema financiero a finales de la década de los noventa por el colapso del sistema UPAC. La desconfianza del sistema entre los consumidores financieros dio pie al nacimiento del leasing habitacional como una nueva alternativa para la adquisición de vivienda.

La figura del Leasing habitacional se encuentra desarrollada principalmente por la Ley 795 de 2003, Decreto 2555 de 2010 y Decreto 1787 de 2004; fue creado con la finalidad de incentivar la adquisición de vivienda familiar para los Colombianos.

A través del leasing habitacional se puede acceder a la vivienda sin necesidad de contar con todo el dinero necesario para pagar la totalidad del precio del inmueble, ya que la diferencia entre el dinero disponible y el precio total es cubierto por la entidad autorizada, con la salvedad que mientras dure la vigencia del contrato será la entidad la propietaria del inmueble y el locatario cancelara el valor del contrato mediante el pago de cánones mensuales. Una vez el locatario cancele el valor del contrato, lo cual puede suceder dentro del término establecido o anticipadamente, puede ejercer la opción de adquisición para hacerse propietario del inmueble.

El contrato de leasing está conformado por la entidad autorizada persona jurídica y el locatario persona natural, dicho contrato se constituye por documento privado y no requiere mayor formalidad.

Mediante la promulgación de la Ley 795 de 2003, se autorizó a los bancos y compañías de financiamiento comercial (hoy compañías de financiamiento) la operación del leasing habitacional. De igual forma el artículo primero de la precitada Ley habla de la prioridad que tienen los deudores que hayan entregado inmuebles en dación en pago para ser titulares del leasing habitacional con el objeto de readquirir el inmueble.

Mediante jurisprudencia la Corte en su sentencia C- 936 de 2003 en su exposición de motivos, ha dispuesto que las entidades autorizadas, antes de ofertar el leasing habitacional, deben consultar la capacidad de pago del futuro locatario, lo anterior para que el contrato se lleve a cabo sin una carga excesiva para este último.

Finalmente, resulta importante precisar que la normatividad ha dispuesto que en el caso de la terminación del contrato por mora del deudor, la entidad autorizada puede hacer uso del proceso ejecutivo para recuperar los cánones adeudados, y obtener la restitución del inmueble a través del proceso abreviado de que trata el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Si existieran valores a reintegrar al locatario en el caso de terminación unilateral del contrato, ya sea por terminación anticipada voluntaria o judicial, la entidad autorizada deducirá de este valor los costos y gastos incurridos, el capital de los cánones no amortizados y el ejercicio de la opción de compra.

Cabe resaltar que el locatario moroso pierde la opción de adquirir el inmueble, toda vez que conjuntamente con la restitución del inmueble, la entidad autorizada solicita la terminación del contrato de leasing, extinguiéndose a la vida jurídica las cláusulas plasmadas en éste.

2.2 LA DACIÓN EN PAGO.

Las formas de extinguir las obligaciones se encuentran detalladas de forma expresa en el artículo 1625 del Código Civil Colombiano, sin embargo, dentro de la enumeración que dispone la norma civil no se encuentra la dación en pago y tampoco se hace referencia alguna sobre la figura en el Código de Comercio.

Sin embargo la dación en pago¹, también es una forma de extinguir las obligaciones y se encuentra fundamentada en la Ley 22 de 1995 artículos 1831 y 1931 y en la Ley 546 de 1999. La dación en pago es un negocio jurídico traslativo de un derecho que extingue una obligación. Simplemente requiere acuerdo entre las partes y consiste en entregar un objeto en remplazo de lo que se debe, el objeto a entregar debe ser diferente del de la obligación inicial.

La solemnidad del acto depende del objeto a transmitir, en el caso de estudio la dación en pago versa sobre un inmueble por lo tanto, se realizó mediante escritura pública.

Sobre la dación en pago también se ha pronunciado la Corte Constitucional en su sentencia C- 136/ 99² sobre los bienes que sirven como garantía a las entidades financieras

¹ Derecho de las obligaciones recurso de internet disponible en migonzaezp.blogspot.com/2008/08/mutuo-disenso-tacito-y-dacion-en-pago.html

² Sentencia C-136 de 1999, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil: Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo

“El precepto en su esencia se ajusta a la Constitución, por las mismas razones expuestas y corresponde a la figura jurídica de la dación en pago. Además, la norma no contempla nada distinto de la realización del supuesto de la relación jurídica entre el deudor hipotecario y la entidad financiera acreedora: el de que el préstamo está amparado con garantía real y, por consiguiente, el acreedor, en caso de imposibilidad de pago por parte del deudor, se paga con el inmueble hipotecado...”

Para puntualizar la dación en pago se diferencia de las otras formas de extinguir las obligaciones en el hecho de que se constituye en una nueva obligación con una prestación distinta, el cual garantiza al acreedor el pago de la misma.

Para el caso de los títulos valores la liberación del deudor solo se produce como consecuencia del descargo efectivo del título³.

2.3 CONTRATOS DE ADHESIÓN.

En el tráfico mercantil es muy común encontrar los contratos de prestación masiva o mejor conocidos como de adhesión, en los cuales no existe como tal un acuerdo de voluntades; esto en aras de agilizar la contratación con el mayor número de personas sin que se entienda suprimida la voluntad contractual. Los contratos de adhesión permiten que las partes lleguen a un acuerdo rápidamente, porque una de ellas se adhiere a las condiciones previamente establecidas.

Los contratos de leasing habitacional son un ejemplo típico de los contratos de adhesión, que son aquellos en donde no confluyen⁴ el acuerdo de voluntades y donde se encuentran condiciones y cláusulas preestablecidas, como consecuencia que una de las partes las redacta y la otra debe aceptarlas en su integridad o descartar suscribir contrato.

³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios su significación en América Latina, Editorial Legis, 5 Edición, pág.84

⁴ Ibíd., pág. 115

El contrato de leasing habitacional no es ajeno a esta situación, puesto que es un contrato ya establecido y son de prestación masiva, con pequeñas variaciones en cada caso, cómo es el valor del contrato, el plazo pactado etc., pero que en su esencia son los mismos.

El contenido de los contratos de adhesión de prestación masiva, en sus condiciones generales, deben pasar por la aprobación previa de la Superintendencia Financiera, ya que por disposición legal deben ser revisados para que puedan ser entregados al consumidor final; esto como mecanismo de control de inclusión de cláusulas abusivas dentro de los mismos, tema que será tratado más a profundidad más adelante.

Los contratos de adhesión no se encuentran descritos en la enumeración que trae el código civil y las referencias que hace de los contratos el código de comercio, sin embargo sabemos que son aquellos que nos presentan condiciones generales, cuya función en el caso de los contratos de leasing habitacional es permitir contrataciones con el mayor número de usuarios financieros.

La Corte Constitucional en su sentencia del 14 de Diciembre de 2001, habla de las condiciones generales de los contratos de seguros, que a su letra dice así:

*“Aquellas disposiciones de naturaleza volitiva y por tanto negocial a las que se adhiere el tomador, sin la posibilidad real o efectiva de controvertirles, en la medida que han sido diseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio para su negociación individual”.*⁵

Si bien el extracto de la sentencia habla sobre los contratos de seguro, el concepto de la Corte puede equipararse a los contratos de leasing habitacional, puesto que al igual que el contrato de seguro, el contrato de leasing habitacional no da posibilidad a la modificación o negociación de las condiciones generales del mismo por parte de quien los suscribe.

⁵ Estatuto Orgánico Financiero, Artículo 146 numeral 4

Aunque los contratos de adhesión no se encuentren descritos en códigos, si se encuentran relacionados en el estatuto orgánico del sistema financiero y el régimen de protección al consumidor financiero de esta forma:

Numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

“Aprobación previa del modelo de contrato. Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos”

Literal f del artículo 2º de la Ley 1328 de 2009⁶

*“Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y **cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad**”.*

Numeral 3 del Capítulo Primero, Título V de la Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica)⁷

⁶ Ley 1328 de 2009 Artículo 2 Literal F

⁷ Circular Básica Jurídica No 007 de 1996 numeral 3 Superintendencia de Sociedades

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS DE PRESTACIÓN MASIVA

“De acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Financiera tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria, así como sus modificaciones o adiciones, siempre que éstos constituyan contratos de adhesión o se utilicen para la prestación masiva de servicios.”

“Dicha revisión tiene por objeto procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios, en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses.

“Por otra parte, por contratos de prestación masiva se entienden aquellos cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios por ser su contenido similar y uniforme generalmente en formularios o documentos idénticos o similares. Estos contratos responden además en la mayoría de los casos al concepto de contrato de adhesión. (Negrilla, cursiva y subrayas Propias)

“El alcance del pronunciamiento de la Superintendencia se limita únicamente a la revisión de los modelos de contrato y en ningún momento constituye una valoración previa, aprobación o conformidad respecto de la validez o eficacia del negocio jurídico, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con su celebración, ejecución y/o liquidación, así como de las obligaciones y derechos de las partes

*intervinientes, o relacionado con los conflictos de orden contractual que puedan surgir con ocasión del desarrollo del mismo.*⁸

Si bien es cierto los contratos como el leasing habitacional, tienen cláusulas preestablecidas por una de las partes y no son de libre discusión, la parte adherente no está desprotegida, el control que hace la Superintendencia Financiera es una garantía que las cláusulas insertas en el contrato no serán abusivas ni desproporcionadas; en este sentido se ha pronunciado la Ley 1328 de 2009 en su exposición de motivos.

“Desde los desarrollos iniciales de la regulación financiera se ha considerado que es justificable una protección especial a este tipo de consumidor, dado el hecho de que la actividad financiera es una actividad de interés público, el que existe un criterio evidente de necesidad por cuanto, por regla general, la población requiere acceder a un producto o servicio financiero con el ánimo de alcanzar un bienestar económico y que existe una relación contractual generalmente.

“La relación que se crea entre las dos partes en la instrumentación de un servicio financiero es, por principio, asimétrica por cuanto una de las partes, la institución financiera, conoce en mejor forma el mercado, los riesgos y el régimen jurídico de la operación. Adicionalmente, en su condición de proveedor de servicios en forma masiva, la institución financiera establece sus relaciones jurídicas a través de esquemas contractuales previamente elaborados, no sujetos a discusión o modificación. Generalmente el cliente sólo puede aceptar el producto o servicio en los términos o condiciones en que es ofrecido o rechazarlo.

⁸ Concepto Superintendencia Financiera 2012006058-001 del 6 de marzo de 2012

“En adición a lo anterior, debe considerarse que tratándose de las relaciones de consumo, en la actividad financiera no se está frente a un esquema tradicional de suministro de información, publicidad, defectos o garantías, razón que fortalece la necesidad de adoptar un régimen particular de protección. Por lo tanto, la especialidad de las operaciones y los riesgos implícitos en ellas ha promovido la adopción de un régimen particular dirigido a la protección del consumidor de tales servicios que procure el equilibrio contractual...”⁹

Como la actividad que prestan las entidades financieras es considerada un servicio público, sus actuaciones se encuentran reguladas por el Estado, razón por la cual los contratos de adhesión, como el contrato de leasing habitacional, revisten una especial vigilancia en aras de proteger los derechos del consumidor financiero.

2.4 INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.

La interpretación de los contratos es de suma importancia en el tema que vamos a tratar dentro de este escrito, toda vez que el conflicto entre el locatario y la entidad autorizada, en su esencia es, el contenido del contrato de leasing habitacional y su posterior ejecución, así las cosas es importante que se haga énfasis en algunos de los criterios de interpretación de los contratos, los cuales se enumeraran a continuación:

⁹ (*)La ley 1328 de 2009, ley de protección del consumidor, fue creada especialmente para brindar una protección especial a los usuarios de las entidades vigiladas, imponiéndoles deberes y obligaciones a las mismas, de igual forma clarifica los derechos en cabeza de consumidores financieros, así como los mecanismos de protección y defensa del consumidor, como la figura del defensor del consumidor financiero y el sistema de atención al consumidor financiero SAC.

- ✓ Intención de su contenido.

En la interpretación de los contratos, antes que la expresión literal de las cláusulas insertas en el contrato, está la voluntad que las partes hayan querido plasmar en el documento.

- ✓ Conducta anterior a la celebración del contrato.

Esta regla de interpretación está ligada a la manifestación de voluntad de las partes contractuales, toda vez que el comportamiento de las partes antes, durante y después de la ejecución del contrato es importante para determinar la intención del mismo y por consiguiente las obligaciones que entre ellos se derivan.

- ✓ La Buena Fe

Se debe partir del principio que todos los contratos son celebrados de Buena fe, es decir que existe claridad y entendimiento entre las partes, que el contenido no revista confusión para alguna de ellas.

- ✓ Favorabilidad de las cláusulas para quien no las impuso.

Cuando una de las cláusulas haya sido impuesta por una de las partes, éstas se interpretarán en el sentido que más favorezca al otro contratante, en los contratos con cláusulas generales o los llamados contratos de adhesión, la interpretación de las cláusulas se realizará a favor del consumidor financiero.¹⁰

¹⁰ *Ibíd.* Págs. 117, 118

2.5 PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Retomado el tema de la interpretación de los contratos, encontramos la Buena fe contractual, un elemento determinante para la celebración de los contratos. La buena fe contractual la encontramos descrita en el Código Civil título XII “el efecto de las obligaciones“, el cual trae en su artículo 1603 la buena fe en la ejecución de los contratos, en el cual especifica que las partes se encuentran no solamente obligadas por el contenido de las obligaciones que se encuentran en los contratos, sino de todas aquellas actuaciones emanadas del mismo, de igual forma el Código de Comercio trata en sus artículos 863 y 871 la buena fe, antes y durante la ejecución de los contratos y en esta última etapa no solamente obliga a los contratantes a respetar lo expresamente pactado en el contrato, sino a todo lo que se derive del mismo, según la Ley, la costumbre o la equidad natural. De igual forma debemos recordar que el principio de buena fe, es un principio de origen constitucional el cual se encuentra en su artículo 83 que a su letra dice así:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

El principio de que el contrato es Ley para las partes es aplicable de igual forma al caso de estudio, ya que de acuerdo con la sentencia No. T-423 de 2003, los contratos para adquirir vivienda revisten las siguientes características: I. Ser contratos de Derecho privado, II. Que están altamente

intervenidos por el estado y III. Que frente a su ejecución la entidad financiera goza de posición dominante.¹¹

Es claro entonces que existiría de una desigualdad en el conocimiento del negocio entre las entidades que prestan la figura del leasing habitacional y el consumidor financiero quien solamente puede decidir si se adhiere o no a lo previamente establecido.

Ahora bien esto puede generar controversias en la ejecución del contrato, es cuando toma significativa relevancia los principios que regulan las relaciones contractuales como la autonomía de la voluntad, mutuo consentimiento y la buena fe.

En el tema que nos ocupa, principalmente se está debatiendo el contenido del contrato y la actuación posterior del Banco al reclamar la integridad del inmueble que le fuere entregado como dación en pago. Es importante nuevamente retomar el tema de la vigilancia y el control que realiza la superintendencia Financiera a los contratos de prestación masiva, toda vez que este tipo de controles son la herramienta de la parte “débil” contractual para blindarse de cualquier cláusula abusiva que pueda contener el contrato redactado por la entidad vigilada, pero también le asiste el deber a quien suscribe bajo su voluntad decidir sobre su adherencia a este tipo de contratos a sabiendas de las consecuencias de los mismos.

El tema ya tratado a cerca del abuso de la posición dominante está ligado al principio de la Buena Fe contractual, ahora bien la posición dominante como tal no reviste ningún problema; y de hecho en el tráfico de los negocios es muy común que alguna de las partes contractuales ostente tal calidad por la especialidad que tenga en el negocio, siempre y cuando no concurra en las

¹¹ Sentencia T-423 de 2003, Corte Constitucional , sala civil, MP Eduardo Montealegre Lynet, expediente T695086

prácticas que se consideran abusivas, que en el caso en cuestión ya se enuncian expresamente a continuación.

2.6 POSICIÓN DOMINANTE

La posición dominante está definida en la Ley como la posibilidad directa o indirecta de determinar las condiciones del mercado¹². El tema de la posición dominante ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia y en doctrina reciente; la Corte Constitucional en su sentencia C-1041 de 2007, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, define la posición dominante como

*“La posición dominante, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología. **El Estado, en virtud del artículo 333 Superior “por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional**” (negrilla, cursiva y subrayado propio)*

El elemento determinante de la posición dominante es cuando un agente del mercado puede modificar de forma unilateral las condiciones que presta el

¹² Decreto 2153 de 1992, artículo 45 del numeral 5

servicio o vende un producto, sin que sus competidores o usuarios puedan intervenir.

En cuanto a las entidades Bancarias es claro que ejercen la posición dominante ante los consumidores financieros, puesto que son los bancos los que fijan las condiciones en que prestan sus servicios, sobre la posición dominante de las entidades Bancarias también se ha pronunciado la Corte en su sentencia T- 534 de 2013 la cual a su letra dice así:

“Para la Corte es claro que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero. En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de los clientes.”¹³

En Colombia la posición dominante no es sancionada, siempre y cuando esté controlado por el Estado, es decir que se puede ejercer una posición dominante en un mercado determinado siempre y cuando no exista abuso del mismo.

2.6.1. CLAUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS

En estricto sentido las cláusulas abusivas son aquellas que lesionan la buena fe de uno de los contratantes, creando una situación ventajosa de forma injustificada para la entidad prestadora del servicio, dichas cláusulas tienen como característica la evidente afectación al consumidor financiero

¹³ Sentencia T-534 de 2013, Corte Constitucional. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente T-2.076.439, sentencia del 14 de Agosto de 2013.

Como se trató en líneas anteriores de este escrito, los contratos que utilizan las entidades autorizadas que ofrecen el sistema de leasing habitacional son de adhesión, cuyas cláusulas son redactadas de forma unilateral por la entidad autorizada, dando pie para que el contenido de las mismas pueda considerarse abusivo por parte de los consumidores financieros. Ahora bien es importante precisar que se considera una práctica abusiva o una cláusula abusiva. Por lo anterior me remito al concepto de la Superintendencia Financiera sobre las prácticas y/o cláusulas abusivas por parte de las entidades vigiladas por esta última.

2.6.2 CLAUSULAS ABUSIVAS

Las entidades autorizadas para operar leasing habitacional deben abstenerse de realizar conductas que conlleven a afectar el equilibrio contractual y den lugar a abuso de la posición dominante, si la entidad vigilada llegara a incurrir en alguna de estas prácticas se entenderá como cláusulas no escritas.

Las cláusulas que se consideran abusivas se encuentran de forma expresa descritas en la circular externa de la Superintendencia Financiera No 039 de 2011.

Que para mayor ilustración me permito citar algunas de ellas que se relacionan con el tema de estudio:

FUENTE CIRCULAR	DESCRIPCIÓN	MOTIVO
C.E. 039/11 numeral 10.1.1.	"Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero".	Exonerar, limitar o atenuar la Responsabilidad.
C.E. 039/11 numeral 10.1.1. b)	"Autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley".	Modificación unilateral - Obligaciones adicionales.
C.E. 039/11 numeral 10.1.2.	Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de derechos de los consumidores	Limitación o renuncia a derechos.
C.E. 039/11 numeral 10.1.1. b). Ejemplo 1	Solamente en aquellos eventos en que la ley exija el consentimiento previo y expreso de los consumidores financieros, serán abusivas aquellas cláusulas que permitan a las entidades vigiladas la modificación de los términos y condiciones del contrato, de manera unilateral y sin contar con la aquiescencia de aquellos.	Modificación unilateral del contrato

14

¹⁴ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa No. 039 de 2011.

6.2.3 PRÁCTICAS ABUSIVAS

Después de revisadas las cláusulas que la Superintendencia considera abusivas, es importante también remitirnos a la Ley 1328 de 1999 reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 2373 de 2010(régimen de protección al consumidor financiero) artículo 12 a cerca de las prácticas abusivas. Es importante conocer este concepto, por cuanto el caso de estudio amerita identificar los comportamientos de las partes contractuales antes y después de la celebración de los contratos, enfocándose en la entidad vigilada por ser la parte fuerte de la relación contractual. Estas prácticas se enumeran a continuación

- Condicionar al consumidor financiero para que adquiera uno de sus productos o servicios.
- Servicio sin solicitud o autorización expresa, del consumidor financiero.
- Invertir la carga de la prueba en el caso de fraudes contra el consumidor financiero, esto es, exigir que el consumidor financiero cuando es la entidad quien está en posibilidad de hacerlo.
- Las que establezca el consumidor financiero de manera previa y general.
- Letras ilegibles en los contratos
- No suministrar copia de los contratos
- Cobrar sin autorización o aviso ¹⁵

¹⁵ Ley 1328 de 1999 artículo 12

2.7 ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

La figura del enriquecimiento sin justa causa, se encuentra contemplada en nuestro Código del Comercio en su artículo 831 que a su letra dice “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, ahora bien es importante determinar para efectos de resolución del caso, cuando se considera que ha existido un enriquecimiento injusto, la Corte Constitucional en sus sentencias sobre el tema ha precisado que la figura del enriquecimiento sin justa causa opera cuando, sin que exista causa jurídica para ello, un patrimonio se ve incrementado a expensas de otro. Se han establecido unos requisitos para que se configure un enriquecimiento injusto, los cuales se encuentran descritos en la sentencia T-401 de 1996 que me permito citar:

- *Enriquecimiento o aumento del patrimonio*
- *Un empobrecimiento correlativo al otro*
- *Que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir sin fundamento jurídico*¹⁶

De esta forma, entendemos entonces que para que exista un detrimento patrimonial a favor de otro deben confluir los factores antes enunciados, los dos primeros requisitos tal vez son los más fáciles de identificar, sin embargo el tercer requisito como lo es la “justa causa” reviste un poco más de análisis puesto que se debe determinar cuándo opera esta causal.

¹⁶ Sentencia T-401 de 1996, Corte Suprema de justicia, MP Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente T 89.033, sentencia del 23 de agosto de 1996.

Entendemos que el enriquecimiento sin justa causa, es aquel que se presenta cuando no hay razón para que opere un traslado patrimonial, sin que se tenga un sustento factico o jurídico que permita ajustarlo a derecho ¹⁷, sobre el enriquecimiento sin justa causa se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de esta forma:

"Sobre la acción de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, de antaño la jurisprudencia de esta corporación ha precisado los requisitos que la estructuran, e invariablemente los ha considerado bajo la idea de que son acumulativos o concurrentes, y por lo tanto todos deben estar presentes para que esa acción pueda resultar exitosa. Tales son:

...

"4. Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos".

"Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia".¹⁸

De igual forma se ha señalado que el enriquecimiento sin justa causa no puede configurarse cuando el afectado haya provocado su empobrecimiento, es decir sacar provecho de su propia culpa.

¹⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo. M.P Ramiro Saavedra Becerra , Sección tercera. Sentencia del 30 de Marzo de 2006.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 7360 Sentencia del 7 de junio de 2002.

3. DESCRIPCION GENERAL DEL CASO

3.1 RESUMEN:

El señor Luis Pérez Domínguez, empresario y cliente frecuente de los productos de crédito que ofrecen las entidades Bancarias adquiere siete (7) obligaciones diferentes con el Banco del Valle S.A., quedando en mora en todas ellas por un valor total de \$222.887.450., en vista que se vio imposibilitado para llegar a un acuerdo de pago con la entidad financiera por su situación económica, el Banco le propuso la opción de leasing habitacional en la modalidad dación en pago, el cual señor Pérez acepto poniendo como garantía un inmueble de su propiedad avaluado en \$339.010.000., el cual readquiriría una vez finalizara el contrato de leasing cancelando el valor adeudado al Banco por medio de cánones mensuales.

✓ **Condiciones del contrato**

Las condiciones generales en que le fue entregado al señor Pérez Domínguez el inmueble a título de mera tenencia son las siguientes:

EL LOCATARIO:	LUIS PEREZ DOMINGUEZ
PROVEDOR:	BANCO DEL VALLE S.A.
VIGENCIA DEL CONTRATO:	180 MESES
VALOR DEL INMUEBLE:	\$339.010.000
VALOR DEL CONTRATO:	1.205.238.9405UVR equivalente a \$222.887.450
SIS DE AMORTIZACIÓN:	MEDIA UVR
NUMERO DE CANONES:	180

VALOR DEL CANON: **16.098.7506 UVR**
MODALIDAD DE PAGO: **MES VENCIDO**
FECHA DE PAGO : **EL DÌA 30 DE CADA MES**
FECHA PRIMER PAGO **30 DE ABRIL DE 2009**
LUGAR DE UBICACIÓN: **Calle 76 No 26-87 Barrio la Estancia Cali**
DEL INMUBELE

✓ Objeto del contrato

Banco del Valle S.A., entrega al locatario la mera tenencia del inmueble que se describió en la cláusula xx del contrato, para que lo use lo disfrute pagando cánones mensuales durante el plazo de duración del contrato. Al vencimiento, el locatario restituirá el inmueble a Banco del Valle, a menos que opte por adquirirlos previa cancelación de la opción de adquisición pactada, siempre y cuando haya pagado la totalidad de los cánones y demás costos establecidos en el contrato.

✓ Causales de terminación de contrato.

El contrato de leasing termina por vencimiento del plazo pactado, además Banco del Valle S.A., podrá darlo por terminado sin previo requerimiento privado o judicial por las siguientes causas.

- Mora en el Pago
- Por cualquier acción judicial que involucre el bien objeto del contrato
- La muerte del locatario
- La reticencia o la negativa injustificada del locatario para permitir que Banco del Valle inspeccione el bien objeto del contrato
- El no ejercicio oportuno por parte del locatario de las acciones u oposiciones policivas o judiciales encaminadas a proteger y a mantener la tenencia de dicho bien

- Por el incumplimiento de las demás obligaciones del locatario
- Por cualquier otra que las partes acuerden en su momento

En locatario incurrió en la causal primera de terminación unilateral del contrato al quedar en mora de seis cánones de arrendamiento desde el mes de Febrero de 2012, por lo que el Banco inicia el proceso abreviado de restitución de inmueble en fecha 5 de Julio de 2012.

3.2 LA DEMANDA

En fecha 5 de Julio de 2012, el Banco del Valle, en calidad de propietario del inmueble objeto del leasing radica demanda de restitución de inmueble, que por reparto conoció el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, demanda que presentó los siguientes hechos y pretensiones:

a. HECHOS PRINCIPALES DE LA DEMANDA:

- “Que el Banco del Valle S.A., entidad domiciliada en la ciudad de Medellín, con sucursal en la ciudad de Cali, en calidad de arrendadora celebró con el señor Luis Pérez Domínguez, en calidad de locatario contrato de arrendamiento financiero leasing habitacional ...”
- El contrato de arrendamiento LEASING FINANCIERO No xxx, se acordó por un término de 180 meses, comenzando el primer pago del cánón el 30 de Abril de 2009 y los siguientes el mismo día de cada mes sin interrupción, hasta la cancelación total del leasing.
- OBJETO DEL CONTRATO DE LEASING: Banco del Valle S.A., entrega al locatario la mera tenencia del inmueble descrito en la cláusula quinta del contrato, para que lo use y lo disfrute pagando cánones mensuales durante el plazo de duración del contrato. Al vencimiento el locatario

restituirá los inmuebles a Banco del Valle S.A., a menos que opte por adquirirlos previa cancelación del valor de la opción de adquisición pactado en la cláusula cuarta, siempre y cuando haya pagado la totalidad de los cánones y demás costos establecidos en el contrato.

- El locatario demandado, ha incumplido su obligación de pagar en forma oportuna el valor del canon de arrendamiento desde el día 1 Febrero de 2012.

b. PRETENSIONES:

- “Que se declare terminado el CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL No. XXXX, por incumplimiento del mismo por parte del señor LUIS PEREZ DOMINGUEZ ...”
- “ Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la restitución inmediata del bien inmueble dado al locatario a título de leasing habitacional ...”
- “Que se condene en costas al demandado...”

El objeto de la demanda es restituir el inmueble objeto del leasing. Si bien es cierto este bien fue objeto de una dación en pago, la propiedad del mismo ya no la tiene el señor Pérez Domínguez, sino el Banco, puesto que si bien el objeto del leasing era permitirle la readquisición del inmueble al locatario previa cancelación del valor del contrato, la normatividad que regula el contrato de leasing faculta a las entidades autorizadas para terminar unilateralmente en contrato cuando el locatario incumple alguna de sus obligaciones. Ahora bien para cobrarse los cánones adeudados puede recurrir al proceso ejecutivo y con respecto al inmueble puede iniciar un proceso abreviado de restitución a su elección.

En el caso del presente análisis, el Banco opto únicamente por iniciar el proceso abreviado de restitución, toda vez que al obtener sentencia favorable se dará por

terminado el contrato suscrito y se ordenara la restitución, momento en el cual en inmueble será puesto en subasta pública y así se podrá cobrar los cánones adeudados.

Es de anotar que el inmueble objeto de este caso, tenía una hipoteca de cuantía indeterminada a favor del Banco del Valle S.A., antes de la constitución del leasing habitacional.

3.3 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

El día 21 de febrero de 2013, el demandado dio contestación a la demanda, a través de su apoderada judicial, de la siguiente manera:

a. En cuanto a los hechos y pretensiones de la demanda.

Rechazó los hechos, en su mayoría, y se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo –en síntesis- que es erróneo el valor del contrato y la destinación del inmueble, en lo que respecta a la mera tenencia por parte del locatario, por lo que formuló las excepciones previas y de mérito que a continuación se enunciarán y describirán brevemente.

b. Excepciones previas:

- ***“Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que le corresponde”.***

La que funda en el error al que fue inducido el Juzgado por parte del Banco demandante, puesto que se consignaron en la demanda varias falsedades ideológicas, como es que el banco no actuó en calidad de arrendador sino de entidad autorizada para operar leasing habitacional.

- ***“Compromiso”***.

La que estima se estructura, en la medida que en contrato en mención se consignó una cláusula que indica que dicho instrumento prestará mérito ejecutivo, razón por la cual es improcedente iniciar un proceso de restitución de inmueble.

c. Excepciones de mérito:

Igualmente, el demandado propuso las excepciones que denominó:

- ***“Violación al debido proceso”***.
- ***“Abuso de posición dominante”***.
- ***“Excepción de inconstitucionalidad”***.
- ***“Nulidades absolutas de los contratos de leasing habitacional originados en el abuso de posición dominante”***.
- ***“Inexigibilidad del leasing en proceso de restitución de inmueble”***.
- ***“Cobro de lo no debido”***.
- ***“Compensación”***.

Medios de oposición que el extremo pasivo fundamentó en los argumentos que seguidamente se sintetizan:

- El contrato de leasing no puede asimilarse a un contrato de arrendamiento, pues en este último el propietario no tiene la intención de trasladar el dominio.

- En ninguna disposición vigente establece que la mora de un canon de arrendamiento conlleva a la pérdida del precio pagado, por lo que, por analogía si no hay ley aplicable, se aplicaran las reglas generales de derecho; y, particularmente, en este asunto deberá aplicarse la excepción de inconstitucionalidad.
- El contrato de leasing no presta mérito ejecutivo, toda vez que los pagarés que el deudor suscribió previamente, por ocasión a sus antiguas obligaciones con el banco, no le fueron regresados después de realizada la dación en pago, por lo tanto no se entiende extinguida la obligación anterior.
- El contrato de leasing fue firmado con ciertos espacios en blanco, relativos al valor del canon mensual y del canon de la cláusula décima, sin diligenciar carta de instrucciones, razón por la cual se predica que el banco demandante hizo uso de posición dominante.
- Las cláusulas del contrato referente al su plazo son sobredimensionadas, por cuanto en la cuota 123 el deudor ya hubiera pagado casi el doble de la obligación.
- El Banco demandante, haciendo uso de su posición dominante, recibió por parte del deudor un inmueble avaluado en \$339.010.000 a título de dación en pago, cuando las obligaciones adeudadas al Banco eran de \$220.287.450, contando capital e intereses.
- La entidad demandante incluyó una cláusula abusiva, la que se puede evidenciar en la escritura pública a través de la cual el demandado trasladó a la demandante el dominio del inmueble en cita, que a la letra dice:

“ EL TRADENTE señor LUIS PEREZ DOMINGUEZ garantizará el inmueble de esta dación en pago ... libre de cualquier otro gravamen, con excepción de las hipoteca(s) abierta(s) y sin límite de cuantía a favor del BANCO DEL VALLE S.A., constituida por el señor LUIS PEREZ DOMINGUEZ según la escritura pública Números xxx, de la Notaria Segunda del Circulo de Cali.”

- Según el informe financiero presentado por el demandado, el Banco del Valle incurrió en anatocismo al sobrefacturar las cuotas de leasing, por lo que el demandante tendría sumas a favor y por ende operaría la figura de la compensación.

✓ **TRAMITE DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS.**

Luego de surtido el traslado de las previas, mediante proveído del 24 de octubre de 2013, el Despacho de conocimiento resolvió tener por no probadas las mismas.

3.4 ACTUACIONES SURTIDAS DESPUÉS DE LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA

- Mediante auto del 12 de Noviembre de 2013 el juzgado deniega la atención al recurso de reposición contra el Auto de fecha 24 de Octubre de 2013 que decidió las excepciones previas, por no encontrarse el deudor al día en los cánones de arrendamiento como lo dispone el artículo 424 numeral 2 del C.P.C

- Mediante Auto de 28 de Noviembre de 2014, el juzgado deniega el recurso de reposición en subsidio de apelación del Auto de fecha 12 de Noviembre de 2013, toda vez que el demandado se encuentra en mora en los cánones pactados en el contrato, y en concordancia con el artículo 424 numeral 2 del C.P.C., mientras el demandado se encuentre en mora de los cánones pactados no será oído.
- Mediante Auto del 10 de Diciembre de 2013, El Juzgado resuelve no darla trámite al recurso de reposición de la parte demandada en contra del Auto de fecha 28 de Noviembre de 2013, el cual resolvió el recurso de reposición en contra de auto que decidió las excepciones previas.

3.5 LA TUTELA.

En Febrero de 2014, el demandado interpone acción de tutela ante el Tribunal Superior Sala Familia de Cali, en contra del Juzgado Segundo Civil del Circuito por la supuesta violación al debido proceso y acceso a la administración de justicia, acción donde fue vinculado en Banco del Valle S.A.

a. HECHOS, SOLICITUDES Y PRETENSIONES.

- Que para ser oído dentro del proceso abreviado de restitución de inmueble y para que sean resueltos los recursos interpuestos por el demandado, el señor PEREZ DOMINGUEZ, día 15 de Febrero de 2013, consignó a órdenes del Juzgado la suma de \$17.707.322, que según sus cálculos lo facultaba para intervenir dentro del proceso hasta el 31 de Octubre de 2013.

- El demandado hace énfasis en que si bien el Juzgado accionado declaro no probadas las excepciones presentadas se abstuvo de dar trámite al recurso de reposición en subsidio apelación en contra del auto que decidió las mismas, por cuanto la parte pasiva no estaba al día con los cánones de arrendamiento, razón por la cual no podía dársele trámite al proceso.
- Argumenta el accionante que el Juzgado actuó indebidamente, toda vez que la liquidación presentada por la parte demandada donde certificaba que estaba al día con los cánones hasta Octubre de 2013, fue trasladada al Banco del Valle sin que éste se pronunciara, y que siendo la institución especializada y calificada y al guardar silencio se daba por hecho que no se oponía a lo manifestado por el demandado.
- El juzgado se opuso a la liquidación presentada, sin fundamentar la decisión según narración del demanda y tomando lugar de la entidad especializada. De igual forma no accedió a presentar la liquidación realizada, ni tampoco fijar el monto del canon que debía cancelar el deudor para ser escuchado.
- Solicitud de medida cautelar. Solicitó el demandado la suspensión del proceso
- Petición: solicita el accionante que el despacho accionado, se sirva allegar los autos de liquidación de la ejecución financiera del contrato leasing donde se especifique el saldo a 30 de Octubre de 2013, de igual forma que el juzgado certifique el nombre de los funcionarios que realizaron dicha liquidación
- Dicha petición fue trasladada al Juzgado accionado, sin que este último haya dado respuesta favorable y mucho menos argumentado su decisión con los documentos solicitados.

b. PARTE VINCULADA BANCO DEL VALLE S.A.

A continuación se resaltan los principales hechos y fundamentos de la contestación de la demanda:

- El Banco DEL VALLE S.A., en fecha 5 de Julio de 2012 inicio proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado debido a la mora alcanzada en los cánones dentro del contrato de leasing ya referenciado, que por reparto le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali.
- Que los hechos y pretensiones presentadas por el accionante mediante su escrito de tutela, son derivadas de trámites puramente procesales en el marco del trámite de restitución de inmueble arrendado, razón por la cual no es materia de discusión mediante acción de tutela. Como se puede constatar en el escrito de tutela y en el expediente que es aportado cómo prueba, al señor PEREZ DOMINGUEZ se le han respetado sus derechos de contradicción y defensa, mal podría entonces el accionante tratar de atacar por vía de tutela actuaciones legítimas dentro del precitado proceso.
- El Despacho de conocimiento ha seguido de forma rigurosa la ruta procesal del proceso abreviado de restitución de inmueble, por lo que no se entiende que el accionante use la acción constitucional para lograr que se despachen favorablemente sus pretensiones.
- La tutela no puede entrar a suplir la actividad de las partes en procura de sus intereses, más aún cuando dentro del proceso existen mecanismos idóneos de defensa.
- Teniendo en cuenta lo señalado se considera que el Banco del Valle S.A. no ha conculcado el derecho al debido proceso ni ningún otro derecho fundamental alegado como vulnerado por el accionante, por consiguiente,

solicitamos respetuosamente al señor Juez DESVINCULAR de la presente acción de tutela a Banco del Valle S.A.

c. FALLO DE TUTELA.

En fecha 24 de Enero de 2014 la parte demandada instaura acción de tutela en contra del Juzgado Segundo Civil del Circuito, por la supuesta violación al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al no darle trámite a los recursos interpuestos por él, sin el debido sustento jurídico y probatorio, de igual forma la parte accionante solicita medida provisional de suspensión del proceso mientras se resuelve la acción.

El Tribunal Superior de Cali, admitió la acción de tutela y decretó las pruebas pertinentes, se vinculó a banco del Valle S.A., y accedió a la medida provisional.

Consideraciones a la contestación del Juzgado accionado: Manifestó que las razones y fundamentos de las decisiones que tomo el despacho están plasmadas en las providencias emitidas.

Consideraciones del Tribunal: Que la acción cumple con los requisitos de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales.

El Tribunal considera que el despacho accionado al resolver el recurso contra el auto admisorio de la demanda, tramitar las excepciones previas y el incidente de nulidad, el despacho accionado acepto que el demandado se encontraba al día en los cánones hasta 30 de Octubre de 2013, para lo cual expone las siguientes razones:

- Que el día 30 de octubre de 2013, fecha en la cual del demandante interpuso recurso contra el Auto de fecha 24 de Octubre todavía se encontraba al día, por lo cual debió ser oído por el juzgado accionado.
- El juzgado accionado no cumplió con su deber legal de informar al demandado los valores que en su consideración adeudaba para ser oído, incurriendo de esta forma en defecto procedimental.
- Concluye el Tribunal que existió una violación al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por parte del juzgado accionado.

✓ RESUELVE:

- TUTELAR los derechos fundamentales del señor LUIS PEREZ DOMINGUEZ al debido proceso y a la administración de justicia.
- ORDENAR al juzgado Segundo Civil del Circuito que en el término de tres días deje sin efecto el autos proferidos y actuaciones proferidas posteriores al Auto 12 de noviembre de 2013
- Que en el término de los diez días siguientes a la declaratoria resuelva el recurso de reposición, y en su caso conceder el recurso de apelación del auto 24 de Octubre de 2013, adoptando la decisión que corresponda con la debida valoración probatoria.
- Deberá realizar la respectiva liquidación la cual se dará traslado a las partes, e informar al demandado Luis Pérez Domínguez el valor de los cánones adeudados para ser escuchado.
- Desvincular al Banco del Valle S.A., de la presente acción de tutela.
- Se ordena el levantamiento de la medida provisional decretada.

Después de la sentencia de tutela el Juzgado de conocimiento nuevamente resolvió el recurso de reposición en contra del auto que declaro no probadas las excepciones previas, no reponiéndolo pero concedió la apelación del mismo, la apelación también fue desfavorable a las pretensiones del demandado.

3.6 ESTADO ACTUAL DEL PROCESO.

Mediante proveído del 28 de marzo de 2014, el Juzgado de conocimiento decidió mantener incólume la resolución de las excepciones previas, concediendo el recurso de apelación frente a esta decisión, el cual fue declarado inadmisibile, a través del auto calendado el 9 de mayo de 2014.

Inconforme con esta última decisión, el demandado interpuso acción de tutela en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior de esta ciudad, al estimar la afectación de su derecho al debido proceso. Motivo por el cual, se encuentra suspendido el trámite procesal, encontrándose pendiente para fallo.

4. RESOLUCIÓN DEL CASO

El narrado asunto aún no ha sido objeto de pronunciamiento de fondo, ya que, pese al trámite preferente que, por mandato legal, debe imprimirse a esta clase de asuntos, las acciones de tutelas que han sido interpuestas en contra de las actuaciones procesales surtidas al interior del proceso han ocasionado su dilación. No obstante, después de apreciada la enunciada normatividad y algunos de los pronunciamientos emitidos por las Altas Cortes relativos al caso objeto de estudio, resulta palmario que el Juzgador podría optar por acceder a las pretensiones de la demanda, declarando infundadas las excepciones, ello soportado en las consideraciones que a renglón seguido se esbozarán.

Así mismo, es oportuno precisar que, como se advirtió inicialmente y de acuerdo a la finalidad académica de este caso, este análisis se realizará sin considerar el aspecto económico, es decir, la amortización de los cánones cancelados, argumento que sirvió como sustento para la excepción de pago de lo no debido

En principio, es pertinente esclarecer que, a pesar de que entre las partes existió una relación comercial previa a la celebración del citado contrato de leasing, se trata de dos negocios jurídicos distintos, debiendo ser objeto análisis, por parte del Juez de conocimiento, sólo las controversias que se desprendan directamente frente al contrato de leasing, ya que las que provengan del contrato de dación en pago no fueron alegadas por el demandado en sus excepciones, por lo que cualquier controversia referente al contrato de dación en pago se deberá resolver a través de otra senda judicial y no al interior del estudiado asunto, el que deberá limitarse a resolver respecto a la restitución del inmueble.

Como primera medida, es importante reparar en la naturaleza Jurídica del contrato de leasing.

El contrato de leasing, en sus diferentes modalidades, tiene ciertas particularidades que lo hacen diferente a los distintos negocios jurídicos que se encuentran regulados por la Ley. La figura del leasing en Colombia no ha tenido desarrollo normativo y por ende se encuentra en los llamados contratos atípicos. A este respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de fecha 13 de Diciembre de 2002, en la cual expresó:¹⁹

“... en este orden de ideas, como el legislador rigurosamente no se ha ocupado de reglamentar el contrato en cuestión...” cuando sea el caso, habrá de adecuarse a la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en regla general...bajo este entendimiento, si el contrato leasing en Colombia no posee una regulación propiamente dicha, debe aceptarse por ende , que no puede gobernarse por las reglas que son propias de los negocios típicos, por afines que éstos realmente sean , entre ellos por vía de ilustración , el arrendamiento, la compraventa ...”

“Ahora bien, la atipicidad del contrato... debe agregársele que el leasing es un negocio jurídico consensual; bilateral- o si se prefiere de prestaciones recíprocas... la compañía de leasing y el usuario o tomador, se obligan recíprocamente...”

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil. MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. 13 de Diciembre de 2002

Ahora bien, aclarado el tema del origen y la naturaleza del contrato de leasing en Colombia, el Juez de conocimiento deberá antes de emitir su fallo, decidir sobre las excepciones de fondo propuestas por el demandante, las cuales se basan en un supuesto abuso de posición dominante y enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad financiera.

Antes de realizar algún pronunciamiento al respecto, es necesario determinar si el contrato de leasing adolecía de algún requisito que lo hiciera inválido.

Sobre los requisitos de validez del contrato de leasing habitacional, el Doctor Luis Gonzalo Baena Cárdenas en su obra “El leasing habitacional”, ha establecido que a la luz de lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil los requisitos de validez de todo negocio jurídico son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa, sin que se encuentre excluido de esta regla el contrato de leasing. Condiciones que se estima concurren en el caso objeto de estudio, ya que Luis Pérez Domínguez y el Banco del Valle gozaban de capacidad para ser titulares de derechos y contraer obligaciones por no estar incurso en ninguna causal de incapacidad prevista en Ley.

Igualmente, no se encuentra reparo frente al consentimiento, entendiendo este elemento como el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico integrado por dos actos sucesivos y siempre copulativos como son la oferta y la aceptación²⁰, el cual será válido siempre y cuando no este viciado por error fuerza o dolo. En efecto, en el negocio jurídico celebrado entre las partes no se ha podido demostrar que existió error en cuanto al objeto del contrato, tampoco existió fuerza o violencia y, menos aún, actuaciones dolosas por parte de alguna de las partes para constreñir o engañar a su contraparte para suscribir el contrato de leasing; y por el contrario

²⁰ BAENA CARDENAS, Luis Gonzalo, el leasing habitacional, Universidad Externado de Colombia. Pág. 76

puesto como bien lo señala los hechos de la demanda y su contestación, las partes acudieron libremente a la suscripción.

De igual forma, de acuerdo a las voces del Decreto 913 de 1993 y 1787 de 2004, los elementos esenciales para la existencia del contrato del leasing son la cosa, el precio y la opción de adquisición. Estos requisitos pueden ser fácilmente identificados en las condiciones del contrato objeto de controversia toda vez que los mismos se encuentran plasmados en las condiciones generales del contrato.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, es posible afirmar que el contenido general del contrato no es contrario a derecho y por lo tanto se reputaría válido, por lo que sólo resta arribar al estudio de las excepciones de mérito, dejándose de lado aquellas que, como se explicó, se alejan de la naturaleza de este asunto.

En principio, acerca del medio de oposición consistente en que *“el contrato de leasing no puede asimilarse a un contrato de arrendamiento, pues en este último el propietario no tiene la intención de trasladar el dominio”*, resulta palmaria su improsperidad, ello como quiera que es pacífico afirmar que en asuntos en los que se pretenda recuperar un bien entregado en leasing serán aplicables las normas relativas a la restitución de tenencia inmueble arrendado y, como ejemplo de eso, es oportuno traer a colación el análisis que sobre este tema realizó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 5 de mayo de 2010 con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, pronunciamiento en el que, en sede de tutela, esta Corporación estableció que el Juez de conocimiento no había incurrido en vía de hecho al concluir que, en fácticos como los que aquí concurren, la entidad financiera deberá *“iniciar un proceso de restitución de tenencia de conformidad con lo establecido en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil”*, expresando:

*“(...) no observa la Sala desafuero, capricho o arbitrariedad del juzgador que comprometa el derecho fundamental del debido proceso invocado, **en la medida que para adoptar su determinación realizó una interpretación admisible de las normas reguladoras del contrato de leasing financiero, dentro del ámbito de su discreta autonomía e independencia judicial,** razón por la cual no es dable al Juez Constitucional interferir en dicha labor hermenéutica, para imponer una forma de solución distinta, toda vez que su función no es la de zanjar discrepancias interpretativas ni la de acometer una nueva valoración de la controversia, ya que ello implicaría sustituir al juez natural en su misión privativa de administrar justicia”* (Aparte en negrillas fuera del texto original).

Por otro lado, sobre la excepción de inconstitucionalidad, funda en el hecho de que *“en ninguna disposición vigente establece que la mora de un canon de arrendamiento conlleva a la pérdida del precio pagado”*, es ostensible que ésta tampoco se encuentra llamada a prosperar, por cuanto esta figura ha sido prevista para que el operador jurídico, sea Juez o funcionario en ejercicio de sus funciones públicas, haga uso de ella ante la violación de un precepto o principio constitucional, es decir, *“en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”*, supuesto que, además de no evidenciarse en este caso en particular, no fue acreditado por el excepcionante y, contrario sensu, el contrato celebrado por las partes representa el desarrollo de otros principios constitucionales que más abajo se esbozaran.

Frente a la excepción fundamentada en los espacios en blanco, diligenciados sin carta de instrucciones, tampoco está llamada a prosperar por cuanto el contrato de leasing antes de su suscripción debe ser diligenciado en su totalidad en cuanto a las cláusulas particulares, recordando que las generales por ser un contrato de

adhesión ya fueron revisadas de manera previa por la Superintendencia Financiera.

Ahora bien, el demandado aduce en la contestación de la demanda y en sus excepciones, que fue lesionado en su buena fe al suscribir un contrato que contenía cláusulas redactadas en un claro abuso de posición dominante, motivo por el cual resulta significativo hacer alusión a lo expuesto por la doctrinante Doctora Martha Lucia Neme Villareal en su obra la Buena fe en el Derecho Romano, a saber:

“La bona fides juega un papel esencial en la aclaración del contenido concreto de los intereses contrapuestos en el contrato, definiendo la estructura negocial y la configuración de la responsabilidad de los contrayentes.”²¹

En efecto la buena fe como elemento esencial de los contratos, amerita, como se ilustró en el acápite de interpretación de los contratos, evaluar las conductas de las partes antes y durante la ejecución del contrato. Las que no sólo deberán limitarse a cumplir las obligaciones contractuales, sino a no transgredir los deberes de honestidad y prudencia.

En concordancia con el principio de la buena fe se encuentra el principio de la autonomía de la voluntad privada, la cual se traduce en la facultad de contratar o no contratar, escoger la persona con la que se contrata, elegir el tipo de contrato²². Esta libertad se encuentra limitada por las normas de orden público y las buenas costumbres.

²¹ NEME VILLARREAL, Martha Lucia, la buena fe en el derecho Romano. Universidad Externado de Colombia. Pág. 165

²² HINESTROZA, Fernando. Autonomía Privada y Tipicidad Contractual. Conferencia publicada en reflexiones el libre pensador, Universidad Externado de Colombia, Págs. 400, 411.

Sin embargo se ha puesto en duda el ejercicio de la libertad contractual en los contratos de adhesión, puesto como se esbozó en las partes iniciales del trabajo, en esta clase de contratos no hay libre discusión de su contenido, por lo que reviste especial atención la inclusión de cláusulas abusivas por parte de quien las redacta, en este caso el Banco del Valle.

En cuanto a la prohibición del abuso de la posición dominante en el sistema financiero, como ya se explicó en de forma anticipada, tanto la Superintendencia Financiera y la Ley 1328/09 establecen una prohibición de la prácticas abusivas y cláusulas abusivas por parte de las entidades vigiladas. Siendo el principal precedente judicial sobre las cláusulas abusivas en el contenido de los contratos financieros se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de Octubre de 1994, la cual expone: ²³

“...quien encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales , bienes o servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra un determinado contrato , sino en la fase de ejecución ...configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso del dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión , con detrimento del equilibrio económico de la contratación.”

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de Octubre de 1994. MP Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

De igual forma el tratadista Alexei Julio Estrada en su obra, la eficacia de los negocios jurídicos entre particulares, señala²⁴:

“...Entonces es debido que en los contratos de adhesión que tienen este tipo de convenios y a la consiguiente limitación de la autonomía de la voluntad de una de las partes contratantes, que se justifica la aplicación reforzada del principio de Buena fe contractual en beneficio de la parte más débil...”

Aplicando los anteriores conceptos al tema de estudio, se puede identificar que en el contrato de leasing habitacional y en las cláusulas generales del mismo no se encuentran cláusulas violatorias a la buena fe del demandado y un desequilibrio económico. De acuerdo a lo anterior se hacen las siguientes precisiones:

1. El valor del contrato correspondía al valor a financiar para adquirir el inmueble.
2. La diferencia entre el valor del contrato y el precio del inmueble se entendía cancelada por el locatario como cuota inicial.
3. No se encuentran cargas excesivas al locatario
4. Las obligaciones de las partes son recíprocas.

Así mismo, el avalúo dado al referido inmueble no podría estimarse, por sí sólo, el generador de un detrimento del patrimonio y demás interés del demandado, ya que este monto, además de ser consentido por las partes, fue el utilizado no sólo para el negocio de dación en pago sino también para el contrato de leasing, de tal suerte que al demandado se le entregó en leasing un bien avaluado en

²⁴ ESTRADA. Alexei Julio. La eficacia de los negocios jurídicos entre particulares. Universidad Externado de Colombia. Pág. 286.

\$220.287.450 y no en \$339.010.000, lo que a su vez podría estimarse provechoso él al momento de hacer la posterior adquisición bien.

En concordancia con lo anterior las excepciones serían desestimadas por el Juez, al no contener argumentos que permitan colegir que el contrato de leasing habitacional es nulo por contener cláusulas abusivas o haber sido suscrito mediante prácticas fraudulentas por parte del Banco, razón por la cual se declararía la terminación del contrato y la restitución del inmueble.

5. BIBLIGRAFIA

RODIRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios su significación en América Latina, Editorial Legis, 5 Edición, Páginas 84, 115, 117,118

GALVIS COTE, Jorge Humberto, El Derecho económico y Financiero en actividades empresariales, Editorial Leyer. 2009

BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo, El Leasing Habitacional, Universidad Externado de Colombia, 2da edición.

GARCIA RENGIFO, Ernesto, del abuso del derecho al Abuso de la posición dominante, Universidad Externado de Colombia, 2da edición.

NEME VILLARREAL, Martha Lucia, La buena fe en el Derecho Romano, Universidad Externado de Colombia.

BAENA CARDENAS, Luis Gonzalo, Lecciones de derecho mercantil, Universidad Externado de Colombia.

HINESTROZA, Fernando. Autonomía Privada y Tipicidad Contractual. Conferencia publicada en reflexiones el libre pensador, Universidad Externando de Colombia

ESTRADA. Alexei Julio. La eficacia de los negocios jurídicos entre particulares. Universidad Externado de Colombia

Guía práctica de crédito y vivienda en Colombia, Editorial Legis 2012.

Sentencia C-136 de 1999, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil: Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T-423 de 2003, Corte Constitucional, sala civil, MP Eduardo Montealegre Lynet.

Sentencia T-534 de 2013, Corte Constitucional. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia T-401 de 1996, Corte Suprema de justicia, MP Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente T 89.033, sentencia del 23 de agosto de 1996.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo. M.P Ramiro Saavedra Becerra, Sección tercera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Estatuto orgánico del sistema financiero EOSF

Estatuto de Protección del consumidor financiero.

www.superfinanciera.gov.co

migonzalezp.blogspot.com/2008/08/mutuo-disenso-tacito-y-dacion-en-pago.html

6. ANEXOS

I. FICHA TÉCNICA

- Nombre del Caso: Abuso de posición dominante o buena fe en un contrato de Leasing Habitacional.
- Caso N° _____
- Autor: Ana Cristina Valencia Guerrero.
- Dirección: Carrera 75 No 13B-40
- Fecha Original: Diciembre de 2013. Fecha de Revisión: 11 de Junio de 2014
- Revisor: Doctor Andrés Felipe Florez Zuluaga
- Curso(s) donde podría utilizarse: Programas de la facultad de derecho, módulo de derecho de contratos, derecho de la competencia, derecho de Obligaciones.
- Investigador: Ana Cristina Valencia Guerrero.
- Nombre real de la empresa: Banco Davivienda
- Dirección de la empresa: Carrera 5 No 13-46
- Informadores o contactos sobre el caso : Información clasificada como confidencial

- Bibliografía principal:
 1. Ley 795 de 1993.
 2. Guía práctica de crédito y vivienda en Colombia, Editorial Legis 2012
 3. Azuero Rodríguez, Sergio, Contratos Bancarios y su significación en América Latina, Quinta Edición, Editorial Legis. 2002
 4. El Derecho económico y Financiero en actividades empresariales, Galvis Cote, Jorge Humberto, Editorial Leyer. 2009
 5. Jurisprudencia aplicable al tema

- Temas del caso:
 1. Leasing habitacional
 2. Dación en pago
 3. Contratos de adhesión
 4. Interpretación de los contratos
 5. Buena fe
 6. Posición dominante
 8. Enriquecimiento sin justa causa

- Resumen del caso: Luis Pérez Domínguez, suscribió con el Banco del Valle S.A., un contrato de leasing habitacional en la modalidad dación en pago, poniendo como garantía un inmueble que superaba ampliamente el valor de su deuda. El señor Pérez incurrió en mora de varios cánones, por lo que el Banco inicio un proceso abreviado de restitución, el locatario mediante excepciones argumenta que el Banco abuso de su posición dominante, además que opero el enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad financiera.

Nota: los datos de las partes han sido modificados, con el propósito de proteger su confidencialidad e intimidad.

II. FICHA PEDAGÓGICA

- Nombre del Caso: Abuso de posición dominante o buena fe un contrato de Leasing Habitacional.
- Asignaturas en las que puede aplicarse: derecho de contratos, derecho de la competencia, derecho civil obligaciones.
- Respuesta real al caso: Pendiente de fallo
- ¿Qué sucedió en realidad? El Banco inició un proceso abreviado de restitución de inmueble por la mora en el pago de los cánones por parte del locatario, lo que dio pie a que la parte demandada haga uso de mecanismos no propios del proceso como la acción de tutela y la conciliación extrajudicial.
- Ayudas didácticas: Ilustración expresa de las cláusulas y prácticas abusivas
- Preguntas para motivar la discusión:

¿Los contratos de adhesión están en contravía del principio de la autonomía de la voluntad?

¿Existió abuso de posición dominante por parte del Banco?

¿Qué responsabilidad tiene el señor Luis Pérez Domínguez en lo acontecido, al entregar de forma voluntaria un inmueble de mayor valor que la deuda contraída con el Banco?

¿Existe enriquecimiento sin justa causa en el caso de la referencia?