

La subrogación pasiva en la nueva ley de vivienda

Aproximación dinámica a la transmisión a título particular de las obligaciones

 **AUTOR: JOHN JAIRO YEPES MARTÍNEZ**

INTRODUCCIÓN



La Ley 546 de 1999 fue expedida con ocasión de la Inexequibilidad de que fue objeto la normatividad que consagraba el antiguo sistema de financiamiento de la vivienda en Colombia, basado en la **UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE UPAC**.

Dentro de los múltiples tópicos que trata la nueva Ley de Vivienda, pronunciada luego de la Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, existe uno al que poco espacio se le ha brindado tanto a nivel de la Doctrina como de la Jurisprudencia, pero que hacia el futuro va a generar valiosas implicaciones en la medida en que, a no dudarlo, contribuirá a cortar de tajo con la injusta tendencia de los Bancos prestamistas de negarse a que un tercero que ha adquirido la vivienda del deudor original y que es ajeno al contrato de mutuo con hipoteca,

continúe atendiendo la obligación.

Tal aspecto es el relacionado con una **SUBROGACIÓN** de naturaleza especial que tiene fuerza vinculante para la entidad acreedora por el solo hecho de que quien esté en esas circunstancias, acredite que viene pagando el crédito del mutuario, sea éste persona natural o jurídica, y demuestre tener capacidad de pago (Parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley en mención).

Esa subrogación única fue apenas motivo de tangencial pronunciamiento en la Sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000, oportunidad aquella en la que la H. Corte Constitucional reconoció como hecho legítimo que muchas obligaciones de vivienda no estaban siendo atendidas por quienes las habían pactado con los Bancos sino por terceras personas que habían adquirido de aquéllos los inmuebles pero que ninguna gestión habían hecho ante el ente crediticio, precisamente porque hasta ahora no existía nada que pudiera autorizarlos a exigir ese reconocimiento. De manera que el máximo Tribunal se limitó entonces a sostener que esa era una situación que las más de las veces se mantenía oculta pero que no por ello dejaba de ser legítima y demandaba un reconocimiento normativo que justamente lo habían encontrado en la Ley 546.

El presente trabajo que hoy presento a la sazón inteligencia y al escrutinio de la Comunidad Universitaria Tomasina de Tunja, no tiene aspiración distinta que la de consolidarse como el punto de partida para trabajos más complejos sobre el tema; y ello porque desde ya vale la pena mencionar que las entidades financieras, en contravía con la Ley, no permiten la operancia de la subrogación en su sentido natural, sino que exigen novación, figura esta que genera mayores perjuicios para el subrogatario, pues no solo implica la extinción de la obligación del deudor original y la creación de otra que liga directamente al tercero con la institución bancaria, sino que la nueva obligación hace que se pierda el tiempo que ya había transcurrido de la inicial.

Más explícitamente, si A, o sea el deudor original, llevaba acumulados siete años de pago, entonces con la creación de la nueva obligación los Bancos se aseguran de entrada que el tercero empiece nuevamente a cubrir el crédito desde la primera hasta la última de las cuotas. Pero la realidad es que sin temor a equívocos, la Ley de vivienda prohíbe tal novación.

En efecto, los parágrafos 1º y 2º del artículo 39 de la Ley en comento son de una claridad absoluta, en primer lugar, al establecer que los correspondientes documentos en los que se adecuen los créditos a las nuevas condiciones, no constituyen novación de la obligación y, en segundo término, al consagrar que el tercero que esté atendiendo las cuotas del crédito, podrá requerir a la entidad financiera que haya conferido dicho crédito para que proceda a la respectiva subrogación.

De ahí la importancia de este estudio exploratorio, al que con todo y las debilidades que lo afectan por provenir de una labor humana, no puede negársele el derecho de aspirar a ser el punto de partida para la generación de pautas que contribuyan a una mayor claridad en la labor interpretativa de una norma jurídica, como la que intentaré a lo largo del mismo.

En suma, el artículo 39 de la Ley 546 de 1999 desarrolla tres aspectos, a saber:

El primero, relacionado con la "redenominación", la cual se predica por ministerio de la Ley únicamente de las obligaciones que estaban expresadas en UPAC (Art. 38); esto es, la conversión de los saldos en UPAC a UNIDADES DE VALOR REAL (UVR), a cargo de los establecimientos de crédito.

El segundo aspecto es el atinente a la "adecuación de las condiciones de los créditos", vinculado de manera más directa con los documentos que se extendieran con posterioridad a la vigencia de la Ley 546, con la finalidad de ajustar a las nuevas condiciones los créditos de vivienda desembolsados con anterioridad (Art. 39).

Y el tercero, es decir, "la reliquidación" frente a cualquier obligación contraída para la financiación de vivienda individual a largo plazo y pactada bien en UPAC o bien en pesos, con las limitaciones previstas en la Ley y en el fallo de que trata la Sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000, pronunciado por la H. Corte Constitucional.

Claro está que en el proceso de redenominación es preciso tener en cuenta la prohibición de entender como novación el resultado de acondicionar los créditos, toda vez que es deber de los Bancos ajustar a las nuevas condiciones los documentos en que los créditos se instrumenten; es decir, que en todo caso los ajustes no pueden generar la creación de otro vínculo obligacional que extinga aquél que se pactó en UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (novación objetiva).

Redenominación de obligaciones, adecuación de los documentos en los que se instrumentaran los créditos y reliquidación de obligaciones son, pues, términos que como más adelante se verá al tratar específicamente el tema concerniente a las consecuencias de la nueva Ley, deben quedar absolutamente claros para que hacia el futuro no se incurra en irregularidades que entre prestamistas y prestatarios generen el surgimiento de controversias innecesarias que sólo problemas traerán para el cumplimiento de las finalidades propuestas en la nueva ley, particularmente cuando de financiar la vivienda se trata.

Finalmente, el parágrafo 2º del artículo 39 citado, que será el objeto principal de análisis en este trabajo, autoriza a quien a 31 de diciembre de 1999 esté "atendiendo un crédito de vivienda a nombre de otra persona natural o jurídica", para requerir a las entidades financieras a fin de que procedan a actualizar la información y a dar vía libre a la respectiva SUBROGACION, siempre y cuando ese tercero demuestre tener la capacidad de pago adecuada.

De manera concreta, el trabajo apunta a resolver los siguientes interrogantes que a manera enunciativa presento:

A. ¿Cómo opera la subrogación de que trata el artículo 39 a favor de quien a 31 de diciembre de 1999 está atendiendo el crédito de otra persona por haber adquirido por ejemplo la vivienda que garantiza la obligación?
Y más importante aún:

B. *¿Qué interpretación le están dando los establecimientos de crédito a esa preceptiva y qué exigencias hacen a los subrogatarios sabiendo que la ley marco de vivienda sólo contempla la prueba del cumplimiento de las cuotas por parte del tercero y capacidad de pago de éste para responder por la obligación?*

Y de otro lado,

C. *¿No será acaso la figura de la NOVACIÓN, o creación de otra deuda que extinga la primera, una figura predilecta de las entidades para asegurarse jugosas ventajas frente al tercero que surge con legítimo interés en asistir la deuda?*

D. *¿Se habrá autorizado en últimas, al tenor del parágrafo 2° del Artículo 39 de la Ley 546 de 1999, una DELEGACIÓN para el pago figura jurídica francesa que en el Derecho colombiano encuentra su equivalente en la NOVACIÓN SUBJETIVA prevista en el artículo 1694 del Código Civil?*

Por último,

E. *¿ES EL PARÁGRAFO 2° DEL ARTÍCULO 39 UNA DISPOSICIÓN SÓLO APLICABLE PARA QUIENES AL 31 DE DICIEMBRE DE 1999 ESTUVIERAN EN LAS CIRCUNSTANCIAS ALLÍ PRESCRITAS, ES DECIR, TRANSITORIA?*

F. *Contrario a lo anterior, ¿PUEDE TENER LA SUBROGACIÓN APLICACIÓN PARA QUIENES CON POSTERIORIDAD AL 31 DE DICIEMBRE DE 1999 SE ENCUENTREN TAMBIÉN EN TALES CIRCUNSTANCIAS?*

Con motivo de la nueva ley de vivienda, y en especial con la vigencia del artículo 19 de dicha normatividad:

G. *¿Qué va a suceder con las tradicionales cláusulas aceleratorias que consideran de plazo vencido la totalidad de la obligación por el solo hecho de que el deudor transfiera a un tercero, en venta o a cualquier otro título, el inmueble que garantiza el crédito?*

H. *¿Será posible que en lo sucesivo se siga dando aplicación al artículo 539 del Código de Procedimiento Civil cuando en las circunstancias allí previstas esté de por medio un inmueble destinado a vivienda?*

Los interrogantes plasmados, en mi sentir, demandan gran interés para un trabajo como el que he comprendido, y lo justifican precisamente por la falta de un amplio desarrollo interpretativo de la Ley 546.

En la búsqueda de respuestas a los cuestionamientos esbozados, desarrollo cuatro capítulos, así:

En el primero trato sucintamente los antecedentes de la Ley 546 del 23 del Diciembre de 1999; en el segundo me ocupo del concepto de obligación haciendo énfasis en la obligación de dar, la cual recoge las obligaciones de pagar sumas de dinero. Una vez definida la obligación, paso a estudiar los medios extintivos de la misma¹, en particular los de pago con subrogación y novación, diferenciando en esta última la figura de la novación subjetiva que recoge el artículo 1694 del Código Civil con la Delegación perfecta en términos del derecho Francés.

El tercer capítulo se ocupa específicamente del interrogante que plantea la posibilidad de una categoría especial de SUBROGACIÓN según el artículo 39 de la Ley 546 de 1999, pues tal como está definida en los artículos 1666 y ss del Código Civil, la subrogación de la Ley 546 pareciera contradictoria porque al tercero que paga la obligación a la entidad prestamista no necesariamente se le transmiten los derechos de ésta frente al deudor que es la característica primordial de la subrogación legal—, sino que al hacerlo porque tiene interés en el pago, y mediando o no el consentimiento del acreedor, lo que se produce por expresa disposición del Estatuto de la Vivienda, es la cesación de los efectos del mutuo frente al deudor primigenio y su sustitución por el adquirente de la unidad habitacional, pero sin que ello implique tampoco la ocurrencia de una NOVACIÓN, precisamente porque esta figura la prohíbe la Ley 546; de ahí el carácter sui generis de esta subrogación.

El capítulo final presenta a manera de casuística el proceso que cursó ya en uno de los Juzgados de Tunja² respecto del caso concreto de la subrogación de la nueva ley.

¹ Según el art. 1625 del C.C. los medios extintivos de las obligaciones son la solución o pago efectivo, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe, la declaración de nulidad o rescisión, el evento de la condición resolutoria y la prescripción.

² Con la radicación número 2000-0174 el proceso se adelanta contra el BANCO POPULAR, sucursal Tunja, entidad que negó la subrogación en los términos del parágrafo segundo del artículo 39 de la ley 546 del 23 de diciembre de 1999.

Desde mi modesto punto de vista, esa subrogación tratada en el párrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546, hará que hacia el futuro, cuando se haya podido decantar en toda su magnitud la nueva normatividad, los estudiosos del Derecho empiecen a plantear en detalle lo que hoy a mí se me ocurre como una mera formulación hipotética; es decir, que dada la especial protección que la vivienda encuentra en el artículo 51 de la Constitución, la Ley 546, con el objeto de materializar ese derecho fundamental de las familias, no sólo se ha propuesto la creación de la UVR y la solución de la crisis del sistema de financiación a largo plazo de los créditos destinados a la adquisición de vivienda, sino que también ha significado una reforma sustantiva a los artículos 1666, 1687 y 1694 del Código Civil.

De otra parte, debidamente decantada la Ley, ésta necesariamente nos conducirá a que en el futuro los jueces se vean en la obligación de inaplicar el Artículo 539 del C. de P.C., pues es inadmisible, como veremos más adelante, que bajo los nuevos criterios orientadores de la Corte Constitucional, se patrocinen actuaciones que dejan mucho que desear al desconocer el principio de los gastos soportables.

En todo caso, creo que el transcurso del tiempo, y la presentación de nuevos trabajos sobre esta materia, vendrán a reforzar mis proposiciones.

1. ANTECEDENTES DE LA LEY 546 DE 1999.

Es indiscutible que el año 1999 marcó un hito dentro de la normatividad Colombiana, particularmente dentro de la relacionada con la financiación a largo plazo de la vivienda individual.

Como es sabido por todos, el sistema de financiación de la vivienda a largo plazo requiere la creación de una unidad de cuenta que haga posible el permanente equilibrio en las relaciones jurídicas de acreedores y deudores, y fue en ese estadio donde nació en los años 70s la mal recordada **UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (UPAC)**.

Como su nombre lo indica, la UPAC procuraba que los desembolsos de créditos destinados a vivienda mantuvieran el poder adquisitivo a lo largo del tiempo de la vigencia de la obligación (15 años), pues economías inflacionarias generan para el prestamista el inconveniente de enfrentarse, por vía de los costos de oportunidad, al imperativo de no desprenderse del recurso monetario. De modo que de no existir una unidad contable de esa naturaleza, sería imposible permitir que otro disfrutara un factor productivo como el capital, porque se corría el riesgo de su envejecimiento en el momento del pago: **no en vano los economistas plantean que bajas tasas de interés en época de altos niveles inflacionarios, producen un desplazamiento de la riqueza de los prestamistas hacia los prestatarios**³.

Correlativamente la UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE no sólo se concebía favorable a los intereses de deudor y acreedor sino que también permitía el desarrollo de uno de los sectores productivos de la Economía, el sector de la construcción, que indudablemente desencadena efectos colaterales positivos en la generación de empleo, en el aumento del PRODUCTO INTERNO BRUTO (PIB) y en la posibilidad de un mejor nivel de vida; todo ello estimulado también por un continuo proceso de crecimiento de la vida urbana en un país hasta entonces eminentemente agrario. No es igualmente en vano que cada vez que se presenta una crisis de las economías, motivada en un estancamiento del sector de la construcción, los efectos son devastadores en la casi totalidad de los restantes sectores, precisamente por el efecto multiplicador que de aquél se desprende.

La situación conflictiva del sistema Upac

Hasta el año de 1992, cuando se promulga la Ley 31, la UPAC no representaba problema alguno porque mantenía su finalidad de unidad contable que media la equivalencia en términos de la moneda legal colombiana sin que en ella incidieran factores ajenos a la inflación o, en todo caso, a la corrección monetaria. Es más, la propia Corte Constitucional en la sentencia C-700 mencionada, dijo al respecto:

"Para la Corte es claro que conforme a la equidad ha de mantenerse el poder adquisitivo de la moneda, razón esta por la cual pueden ser objeto de actualización en su valor real las obligaciones dinerarias para que el pago de las mismas se realice conforme a la corrección monetaria"

³ La ciencia económica enseña que la inflación o el índice de precios al consumidor, en relación con la tasa de interés provoca desplazamiento de la riqueza, toda vez que la relación entre prestatarios y prestamistas está influenciada por los costos de oportunidad; y el interés es precisamente uno de esos costos de oportunidad.

"(...) Es decir, la actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, no vulnera por sí misma la Constitución. Con ello se mantiene el equilibrio entre acreedor y deudor, pues quien otorga el crédito no verá disminuido su valor, ni el adquirente de la vivienda y deudor hipotecario la cancelará en desmedro del poder adquisitivo de la moneda cuando se contrajo la obligación" (Resaltado y subrayado son nuestros)

Sin embargo, la Ley 31 de 1992 en su artículo 16, literal f) le asignó al Banco de la República junta directiva-, la atribución de establecer "la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de las UPACS, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés de la Economía"; metodología respecto de la cual la H. Corte Constitucional dijo en la misma providencia:

Encuentra la Corte que el artículo 16, literal f) de la Ley 31 de 1992, en cuanto establece que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, la atribución de "fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía", implica que la corrección monetaria se realice incluyendo en ella la variación de las tasas de interés en el mercado financiero, lo cual conduce a que se introduzca para el efecto un nuevo factor, el de rendimiento del dinero, es decir los réditos que éste produce, que resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues, como se sabe son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés.

"Por ello, a juicio de la Corte, al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquélla se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y a la justicia como fines supremos del Derecho, es decir, opuestos a la "vigencia de un orden justo", como lo ordena el artículo 2º de la Constitución".

Y es que desde el 30 de Junio de 1995, a través de la Resolución 18, la Junta Directiva del Banco de la República había determinado con soporte en el artículo 16 literal f) de la Ley 31 de 1992, que el valor de la UPAC SERÍA EQUIVALENTE AL 74% DEL PROMEDIO MÓVIL DE LA DTF EFECTIVA de las 4 semanas anteriores a la fecha de su cálculo.

Más tarde, el 14 de mayo de 1999, a través de la Resolución externa No. 8, la Junta Directiva del Banco de la República le agregó una variante a la metodología de cálculo de la UPAC, toda vez que, además de la DTF, tomó en consideración las tasas de inflación de los últimos doce meses anteriores al mes en el cual se hace el cálculo.

Algo que hizo todavía más gravosa la situación de los deudores fue que desde 1993, a raíz del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663, se permitió la CAPITALIZACIÓN DE INTERESES en los créditos de largo plazo (Artículo 121), con lo cual se patrocinó por largo tiempo la figura del ANATOCISMO*, pues las cuotas periódicas que pagaban los deudores no cubrían ni siquiera los intereses del capital, razón por la cual a éste se sumaba mes a mes un monto adicional de dinero que, a su vez, se sumaba al saldo insoluto de la deuda, haciendo que el crédito tuviera un comportamiento en espiral.

La Jurisprudencia como pallativo o solución formal al halo de crisis

Cuando ya no estaba en su rigor la Resolución No. 18 del 30 de Junio de 1995 recuérdese que fue reemplazada por la resolución externa No. 8 del 14 de mayo de 1999-, el H. CONSEJO DE ESTADO, en su sentencia del 21 de mayo de 1999, declaró su nulidad; y posteriormente, en Sentencia C-383 del 27 de mayo del

* Se conoce como ANATOCISMO el fenómeno por el cual los réditos que produce un capital se suman a éste y, para el periodo siguiente de cálculo, generan nuevos intereses (Interés compuesto).

mismo año, la CORTE CONSTITUCIONAL declaró INEXEQUIBLE la expresión contenida en el literal F) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, en cuanto autorizaba a la Junta Directiva del BANCO DE LA REPUBLICA para tener en cuenta los movimientos de la Tasa de interés de la economía dentro de la metodología para calcular el valor de la UPAC.

Por último, a través de la Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, con ponencia del Magistrado Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, la H. Corte Constitucional declara la inexecutable de las normas del Decreto 663 de 1993, en cuanto reguladoras del Sistema UPAC, y aplaza los efectos de su decisión hasta el 20 de Junio de 2000⁵, plazo durante el cual se debía expedir por el Congreso de la República la Ley marco de vivienda.

Nace entonces la Ley 546.

Extinta como quedó la UPAC, el 23 de Diciembre de 1999 se publica la Ley 546 que se ocupa de regular el sistema de financiación de vivienda individual a largo plazo con sujeción al ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (IPC). Dicha ley crea la nueva unidad contable UNIDAD DE VALOR REAL (UVR)--, y prohíbe de manera expresa que en la determinación de sus valores influyan factores ajenos a la Tasa de inflación; además, en el nuevo Estatuto se limitan las tasas de interés tanto remuneratorias como moratorias (Artículos 17 y 19); esto es, que por el interés general a que se somete la regulación del Sistema de vivienda, la autonomía de la voluntad queda restringida.

La subrogación pasiva como trascendental innovación de la Ley 546.

A mi modo de ver, una de las innovaciones más revolucionarias de la nueva ley, la cual es el objeto de este ensayo que presento, es la que trae el artículo 39 en el párrafo 2º, relacionada con una SUBROGACION ESPECIAL hasta ahora no considerada con el detalle que demanda, pese a las enormes implicaciones tanto procesales como sustantivas que está llamada a producir.

En efecto, el párrafo 2º del artículo 39 mencionado, estipula:

"Artículo 39. Adecuación de los documentos contentivos de las condiciones de los créditos:

(.....).

Parágrafo 2º. A solicitud de quien al 31 de Diciembre de 1999, pueda acreditar que se encuentra atendiendo un crédito de vivienda que está a nombre de otra persona natural o jurídica, podrá requerir (sic) a las entidades financieras para que actualicen la información y se proceda a la respectiva subrogación, siempre y cuando demuestre tener la capacidad de pago adecuada. Obtenida la subrogación, dichos créditos podrán ser objeto de los abonos previstos en este artículo".

Lo cierto es que el párrafo 2º del artículo 39 de la Ley en estudio, va a generar muchísimas controversias a futuro, pues su contenido es sumamente prístino al permitir la SUBROGACIÓN DEL LADO PASIVO DE LA OBLIGACIÓN,; algo que resulta revolucionario para el derecho Colombiano porque contrario a lo que instituye la nueva ley de vivienda, la subrogación se ha entendido es en los términos del artículo 1666 del Código Civil, esto es, como la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga. En otras palabras, a voces del Código Civil la subrogación implica es un cambio de acreedor mientras que el deudor, o sujeto pasivo de la obligación, sigue siendo el mismo. Pero ahora, en materia de créditos de vivienda, y en especial con la entrada en vigor del párrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546, dicha subrogación también opera por cambio de deudor, y con la obligación del acreedor de permitirla cuando el nuevo deudor entienda nuevo dueño de la unidad habitacional gravada con hipoteca acredite:

A. El hecho de ser el nuevo titular del dominio del inmueble hipotecado.

B. Que está pagando la obligación a cargo de quien figura ante el Banco como mutuario, y

C. Que tiene capacidad de pago.

⁵ No obstante el plazo otorgado por la Corte, el legislador se adelantó y expidió la ley 546 desde el 23 de diciembre de 1999.

Es más, de hecho ya se presentó el primer debate respecto del parágrafo 2º del Artículo 39 de la Ley 546. Ocurre que en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja se adelantó, por el autor de estas líneas, un proceso Ordinario radicación No. 2001-0174-, contra el Banco Popular de la misma ciudad; en dicho proceso se pretendía que se declarara responsable a la entidad financiera de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de la negativa de la entidad a aceptarlos como subrogatarios de una deuda hipotecaria contraída para la adquisición de vivienda, pues desde el mes de septiembre de 1999 dichos demandantes vienen atendiendo la obligación como consecuencia de haber adquirido el inmueble que dio lugar al crédito otorgado al antiguo dueño del mismo. Subrogación que los actores reclamaron con fundamento en el parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546.

El Banco Popular negó la subrogación pese a que los demandantes le demostraron suficiente capacidad de pago y acreditaron igualmente haber comprado el apartamento desde el 30 de septiembre de 1999, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley. En otros términos, lo que pretendía dicha institución era acordar una NOVACION DE LA OBLIGACIÓN para poder acceder a tener a los demandantes como sus nuevos deudores, novación que obviamente le representaba ganancias adicionales y que iba en detrimento de los derechos de los adquirentes del inmueble.

El proceso culminó su primera instancia el 28 de marzo de 2003 cuando el Juzgado de conocimiento acogió las pretensiones de la demanda, condenando de contera a la institución financiera al pago de los correspondientes perjuicios.

Hoy el asunto se encuentra culminado, pues en decisión de segundo grado, proferida por la H. SALA CIVIL-FAMILIA DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR de Tunja el 16 de Diciembre de 2004, con ponencia del Dr. LUIS HUMBERTO OTÁLORA MESA (radicación No. 2003-0329-1), se confirmó la decisión del Juzgado a quo.

Tanto la demanda como las sentencias de primera y segunda instancia se presentan en el capítulo final de este trabajo a manera de casuística y con la finalidad de dar una visión mucho más clara de la innovación que respecto de la subrogación, trae la nueva ley de vivienda.

El único caso conocido en nuestro medio demuestra que poco después de la vigencia de la Ley 546, ya se estaba generando para el autor la inquietud por el tema de la subrogación pasiva; y luego de profundas reflexiones he querido plasmarla en este documento no sólo demostrando jurídicamente las hipótesis que dicha inquietud me llevó a plantear ab initio, sino también ampliándola a otras que se expresan aquí y que espero contribuyan a solucionar los problemas cotidianos que surgen a diario en los estrados judiciales.

Pero es importante que antes de entrar de lleno en el tratamiento del tema de la Subrogación pasiva prevista en la Ley 546, dediquemos un capítulo preparatorio para el mismo, esto es, un estudio breve sobre la obligación y sus modos de extinción, pago y novación entre otros (Artículo 1.625 del Código Civil). Tal capítulo se justifica tanto en lo metodológico como en lo práctico, en razón de su estrecha relación con lo que realmente resulta como punto central de mi trabajo. Eso sí, se reitera que las obligaciones, tanto civiles como mercantiles, no pueden agotarse en un espacio tan breve como el que aquí tienen, por lo que desde ya el lector no puede aspirar a que tan compleja temática pueda ser abordada con el rigor jurídico que ella demanda; todo lo contrario, para cualquier inquietud por más elemental que sea, debe buscarse su solución en los interesantes y profundos estudios que hay sobre la misma.

2. LA OBLIGACIÓN

Muchos critican, y lo hacen con razón, que el Código Civil Colombiano no se ocupa de definir el concepto de obligación; es más, el artículo 1.494 parte de las fuentes de las obligaciones, en tanto que el artículo 1.495, al tratar la noción de contrato, resulta desafortunado porque ese concepto allí inmerso corresponde más al de obligación propiamente dicha.

Sin embargo, vuelvo a puntualizar, este trabajo no tiene la pretensión de constituirse en un tratado de las obligaciones; su delimitación claramente planteada desde la introducción, apunta a otras cuestiones. Por ello, digamos con el Maestro Guillermo Ospina Fernández que obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra; definición que al hablar de vínculo y no de acto o de hecho jurídico, resulta interesante porque de esa manera tienen allí cabida todas las fuentes de las obligaciones, o sea el acuerdo de voluntades, los hechos voluntarios, los cuasicontratos, los delitos y la Ley (Artículo 1494 citado). Aunque preciso es tener en cuenta también que el vínculo jurídico no necesariamente envuelve una prestación en sentido positivo sino que muchas veces es negativa o de abstención, como en las obligaciones de no hacer.

Tampoco aspiro a ocuparme de la clasificación de las obligaciones porque igualmente terminaría apartándome de los objetivos trazados para el tema; además, quien esté interesado en ello puede acudir a las fuentes inmersas en tratados escritos por hombres verdaderamente doctos en ese tópico como el mismo Maestro Ospina Fernández y, por qué no, al amplio tratamiento que a ese tema le da el Dr. PEDRO PABLO TORRES BELTRÁN en su texto de obligaciones.

2.1 Los medios extintivos de las obligaciones en general y el pago en particular.

Así como una obligación nace, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, ya de un hecho voluntario de quien se obliga, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona (delitos), o ya por disposición de la Ley (Art. 1494), así también ese vínculo está llamado a desaparecer por las causales del artículo 1625 del Código Civil, entre las cuales merecen especial tratamiento aquí las del **pago con subrogación y la novación**.

2.1.1 La Subrogación

La solución o pago efectivo es por antonomasia el medio más expedito de extinción de la obligación; de ahí que el artículo 1626 lo defina como **"la prestación de lo que se debe"**

Está llamado a hacer el pago el deudor o cualquier persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor; pero en este último caso, si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor, lo cual significa o pone de presente que existen obligaciones personalísimas, frente a las cuales la intervención de un tercero, así tenga interés en el pago, no puede hacerse si no es con la anuencia del titular del derecho prestacional.

Efectos del pago por un tercero:

Frente al pago hecho por un tercero hay que distinguir:

A. Si lo hace dicho tercero sin conocimiento del deudor, o contra la voluntad de éste, si lo primero, entonces el tercero no tiene acción sino para que el deudor le reembolse lo pagado; si lo segundo, el deudor sólo estará obligado si el acreedor le cede voluntariamente su acción al tercero; es lo que se conoce como subrogación convencional.

B. Si el tercero que cubre la obligación es una persona distinta del deudor principal pero con interés en la deuda; es el caso de los obligados solidariamente, o el de quien habiendo comprado un inmueble es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado, o el del heredero que paga con su propio dinero las deudas de la herencia. En todos estos eventos se produce el fenómeno conocido como subrogación legal, o por ministerio de la Ley (Artículo 1.668 del Código Civil).

En consecuencia, la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga (Artículo 1666 del Código Civil). Opera dicha subrogación bien en virtud de la Ley (Subrogación legal), o en virtud de una convención (Subrogación convencional). En la subrogación legal o por ministerio de la Ley, quien le paga al acreedor, aún contra su voluntad, no requiere de carta de pago para que opere en su favor la transmisión de los derechos de éste, pues es la Ley (Artículo 1668 citado), la que hace operar esa transmisión. En cambio, en la subrogación convencional, que suele suceder cuando el tercero paga contra la voluntad del deudor, no hay transmisión de derechos sin carta de pago o cesión de los derechos de crédito (Artículos 1.632 y 1669).

Características de la subrogación en la transmisión a título particular de las obligaciones.

A. Es solo activa

Sin duda alguna se puede sostener que la sola lectura del artículo 1666 de nuestro Código Civil cierra toda posibilidad a la subrogación por parte pasiva o a lo que la amplia doctrina suele llamar **CESIÓN DE LA DEUDA**. Nótese que a voces del artículo en estudio "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga".

B. No hay subrogación pasiva, sino Delegación para el pago cuando el acreedor consiente en que sea un tercero y no su deudor el que asuma la obligación ya creada.

La transmisión de la obligación por parte pasiva o, se insiste, cesión de la deuda, no tiene consagración positiva como subrogación sino como novación de tipo subjetivo que, extinguiendo la obligación inicial, crea



una nueva, esto es, la que vincula jurídicamente al tercero con el acreedor. Este tipo de cesión, al tenor del artículo 1.694 del C.C., requiere que el acreedor exprese su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. Es lo que en el Derecho Francés se denomina **DELEGACIÓN PERFECTA**, toda vez que entre el delegante, el delegado y el delegatario se presenta la siguiente situación:

El delegatario acreedor del delegante acepta que el delegado asuma la obligación en lugar del delegante, y al aceptar el delegatario que el delegante quede libre de la obligación porque ahora es acreedor del delegado, entonces hay **novación** (Artículo 1265 del Código Civil Francés y 1694 del Código Civil Colombiano). Veamos como expone el tema JULIEN BONNECASE⁶:

“(…) Artículo 1.271, la novación se hace de tres maneras; 1. Cuando el deudor contrae una nueva deuda con el acreedor, que sustituye a la antigua, quedando ésta extinguida. 2. Cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo, quien es liberado por el acreedor. 3. Cuando, por efecto de una nueva obligación, se sustituye un nuevo acreedor al antiguo, respecto al cual el deudor se encuentra libre. (….) Art. 1.274, la novación por sustitución de un nuevo deudor, puede operarse sin el concurso del primer deudor. Art. 1.275, la delegación por la cual un deudor da al acreedor otro deudor, que se obliga respecto de él, no opera novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor, con quien celebra la delegación (….) Surge aquí la distinción entre la delegación perfecta y la imperfecta. La delegación es perfecta si el delegatario acepta liberar al delegante, por el sólo hecho de que el delegado se obligue a favor. En este caso, hay novación (Art. 1.265). Puede acontecer que el delegatario no libere al delegante, existiendo en este caso, simplemente, un nuevo deudor: el delegado, que viene a situarse al lado del antiguo, el delegante. El delegatario puede exigir el pago indistintamente de uno o de otro. Por otra parte, en la delegación perfecta, el delegatario tiene un recurso contra el delegante si en el momento de la delegación el delegado se encontraba en quiebra o en concurso, y también si en aquel acto se reservó tal derecho. Pero, ¿puede hablarse en este caso de delegación perfecta? No lo creemos. La ley presume que toda delegación es imperfecta. Para que la delegación sea perfecta, se requiere una declaración expresa del delegatario”.

“(…) Artículo 1.271, la novación se hace de tres maneras; 1. Cuando el deudor contrae una nueva deuda con el acreedor, que sustituye a la antigua, quedando ésta extinguida. 2. Cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo, quien es liberado por el acreedor. 3. Cuando, por efecto de una nueva obligación, se sustituye un nuevo acreedor al antiguo, respecto al cual el deudor se encuentra libre. (….) Art. 1.274, la novación por sustitución de un nuevo deudor, puede operarse sin el concurso del primer deudor. Art. 1.275, la delegación por la cual un deudor da al acreedor otro deudor, que se obliga respecto de él, no opera novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor, con quien celebra la delegación (….) Surge aquí la distinción entre la delegación perfecta y la imperfecta. La delegación es perfecta si el delegatario acepta liberar al delegante, por el sólo hecho de que el delegado se obligue a favor. En este caso, hay novación (Art. 1.265). Puede acontecer que el delegatario no libere al delegante, existiendo en este caso, simplemente, un nuevo deudor: el delegado, que viene a situarse al lado del antiguo, el delegante. El delegatario puede exigir el pago indistintamente de uno o de otro. Por otra parte, en la delegación perfecta, el delegatario tiene un recurso contra el delegante si en el momento de la delegación el delegado se encontraba en quiebra o en concurso, y también si en aquel acto se reservó tal derecho. Pero, ¿puede hablarse en este caso de delegación perfecta? No lo creemos. La ley presume que toda delegación es imperfecta. Para que la delegación sea perfecta, se requiere una declaración expresa del delegatario”.

Ahora bien, que la transmisión libre de la deuda de un deudor a otro, aun contra la voluntad del acreedor, no tiene consagración positiva, es algo que con maestría también expone JULIEN BONNECASE⁷:

“(…) Distinta es la cuestión cuando la obligación se transmite a título particular. En este caso, la obligación considerada aisladamente, en sí misma, independientemente de toda otra transmisión de valores o de patrimonio, cambia de sujetos sin que se afecte su naturaleza, y sin que desaparezcan o se modifiquen sus efectos y las garantías que la acompañan. Agreguemos, que para que la transmisibilidad de la obligación a título particular, estuviese integralmente consagrada por nuestra legislación, sería necesario que esta

⁶ Bonnecase, J. “Tratado Elemental de Derecho Civil”; Biblioteca Clásicos del Derecho; Volumen I; Editorial Harla; 1997; PP 910-912.



transmisibilidad existiese tanto por parte del deudor como del acreedor; en otros términos, que el deudor pueda ser sustituido libremente por otro deudor, mediante cesión de deuda, como el acreedor es sustituido por otro, en virtud de la cesión de derechos o de la subrogación personal. (...) no es así según el estado actual del derecho positivo (...)"

De lo extractado concluimos entonces lo siguiente:

a). En la subrogación activa la característica fundamental es que así haya cambio de sujetos (El acreedor es un tercero), la obligación considerada aislada e independientemente de toda otra transmisión, no cambia, sigue siendo la misma, no se modifican ni sus efectos ni las garantías que la acompañan; en otros términos, no tiene por qué generarse un nuevo vínculo obligacional que extinga el anterior y que ate al deudor con el tercero, su nuevo acreedor.

b). Cuando la transmisión de la obligación es a título universal, dicha transmisión se presenta tanto desde el punto de vista activo como desde el pasivo; es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona fallece. El difunto transmite a sus herederos los créditos y deudas que tenía. La obligación no cambia de naturaleza desde el punto de vista abstracto.

Claro está que en el caso de la transmisión de obligaciones a título Universal, como es el caso que se presenta cuando el deudor muere, dicha transmisión ocurre también en virtud de la Ley. En efecto, el artículo 1008 del Código Civil reseña que:

"Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

"El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

"El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo".

Y el artículo 1.011 dispone que:

"las asignaciones a título universal se llaman herencias y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario".

De suerte entonces que la transmisión de obligaciones, cuando es *mortis causa*, y bien que se trate de herederos o de legatarios no representa problema por cuanto es la ley la que ha determinado que todos los derechos y obligaciones del deudor fallecido se transmiten a sus sucesores, independientemente de que las cargas que ellos asuman, como herederos o legatarios, lleguen a ser distintas. En últimas lo que importa es que en la transmisión a título universal, los sucesores son llamados por la ley a ocupar el puesto que ha dejado el causante.

Por eso es que en sentido abstracto, la obligación dejada por el muerto, considerada aisladamente, en sí misma, independientemente de toda otra transmisión de valores o de patrimonio, no cambia realmente de sujetos ni se afecta su naturaleza ni desaparecen o se modifican sus efectos y las garantías que la acompañan, porque los sucesores, en este caso, son continuadores del patrimonio del causante.

c). Pero cuando la transmisión de la obligación es a título particular, o por acto entre vivos, el derecho positivo sólo se ocupa de la transmisión libre y voluntaria del lado activo, ES DECIR, POR PARTE DEL ACREEDOR, y procede mediante las figuras de la cesión de derechos y la subrogación personal. NO ES POSIBLE CONSIDERAR QUE UN DEUDOR PUEDA LLEGAR A TENER EL DERECHO A SER SUSTITUIDO LIBREMENTE POR OTRO. "Cuando más, pueden obtenerse ciertos resultados de la cesión de deuda, mediante la novación por cambio de deudor" (Bonnetcase). Pero como lo expuse arriba, este tipo de cesión o novación, requiere el consentimiento del acreedor (Artículo 1.694), o sea, no es LIBRE cual suele ocurrir con la subrogación personal o cesión de derechos de crédito.

2.1.2 La novación:

La novación a diferencia de la subrogación, implica siempre la creación de una nueva obligación con el fin de extinguir otra anterior (Artículo 1687 del Código Civil), y puede efectuarse de tres modos, al igual que en el derecho Francés (Artículo 1690 *ibid.*):

- A). Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo deudor o acreedor.
- B). Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva su respectivo acreedor.
- C). Apareciendo un nuevo deudor que reemplaza al inicial, quedando en consecuencia libre éste.

La primera forma de novación no acarrea inconveniente alguno por cuanto no implica la intervención de persona o personas distintas del acreedor y el deudor originales; éstos, en ejercicio de su autonomía contractual, acuerdan y deciden libre y voluntariamente crear otra obligación que extingue ipso facto la anterior. Es la conocida novación objetiva. Incluso el titular del derecho crediticio y el obligado a la prestación pueden cambiar tanto el objeto como la causa de la obligación; es lo que suele suceder cuando A debe mil pesos a B y ambos acuerdan que se de una especie mueble de género distinto, o cuando A debe esa suma de dinero fruto de un contrato de compraventa y acuerda con B tomarla a título de mutuo.

Tanto la segunda como la tercera forma de novar, ya involucran a un tercero; ilustremos la segunda, es decir, aquella en virtud de la cual el deudor contrae una nueva obligación respecto de un tercero y en vía de la cual queda libre de la obligación primitiva respecto de su acreedor inicial; conocida también como DELEGACIÓN PERFECTA según lo visto atrás:

A es acreedor de B pero a la vez es deudor de C. Los dos primeros acuerdan que B, en lugar de pagar a A le cancele a C. Es decir, A pretende que B lo sustituya como deudor frente a C; de aceptar éste, lo que se produce es una delegación novatoria o delegación perfecta (A delega a B para que le pague a C, quien a su vez, siendo acreedor de A, consiente en ello y declara libre a A).

Finalmente, la tercera forma de novar, es decir, cuando aparece un nuevo deudor que reemplaza al inicial, caso en el cual se extingue la obligación de éste frente al acreedor, corresponde a la que de manera más clara trata el artículo 1.694 del Código Civil, en los siguientes términos: "La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto".

3. LA SUBROGACIÓN (¿ ¿) EN LA LEY 546 DE 1999 PARA CRÉDITOS DE VIVIENDA.

En párrafos precedentes tuvimos oportunidad de sostener que el legislador Colombiano de 1999, particularmente al expedir la Ley 546 sobre financiación de vivienda individual a largo plazo, creó una especie de SUBROGACIÓN SUI GENERIS, con la cual se separa completamente de sus raíces Francesas y le da un vuelco importante a los artículos 1666, 1687 y 1694 del Código Civil. Veamos:

La subrogación (Art. 1666), es una figura en virtud de la cual, según quedó dicho, se transmiten los derechos del acreedor a un tercero que le paga; se produce bien en virtud de una convención subrogación convencional--, o bien en virtud de la Ley subrogación legal--. En la subrogación sólo se produce mutación o cambio en el lado activo de la obligación (un nuevo acreedor).

A su vez, la novación (Art. 1.687), "es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida"; opera según sea novación objetiva o bien novación subjetiva. Vimos también que la novación objetiva se puede producir bien porque se cambie materialmente la instrumentación de la obligación, v. gr. cuando la misma está contenida en un título valor de plazo vencido, y acreedor y deudor acuerdan suscribir otro, o cuando se presenta la mutación de la causa que dio lugar a la obligación, como cuando la obligación emana de un contrato de compraventa y el deudor acuerda con su acreedor tomar lo debido a título de mutuo.

La novación subjetiva, en cambio, tiene lugar de dos formas, pero en el fondo son la misma; una la llamada novación de que trata el artículo 1694 del Código Civil o "la sustitución de un nuevo deudor a otro, lo cual no produce novación si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al deudor inicial; es decir, que si el acreedor no consiente en dar por libre al deudor primitivo, entonces el tercero se entiende que se obliga solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. La otra novación, recuérdese, produce es la llamada delegación novatoria o delegación perfecta, que no es más que una vertiente de la novación definida en el artículo 1694 del Código Civil, es decir, la misma novación subjetiva.

Dentro de los conceptos de NOVACION Y SUBROGACION es que damos comienzo a la discusión que plantea el **parágrafo 2° del Artículo 39 de la Ley 546 de 1999**. Veamos lo que estipula esta norma:

"Artículo 39. Adecuación de los documentos contentivos de las condiciones de los créditos.

(...)

"Parágrafo 2°. A solicitud de quien al 31 de diciembre de 1999, pueda acreditar que se encuentra atendiendo un crédito de vivienda que está a nombre de otra persona natural o jurídica, podrá requerir a las entidades financieras para que actualicen la información **Y SE PROCEDA A LA RESPECTIVA SUBROGACIÓN**, siempre y cuando demuestre tener la capacidad de pago adecuada. Obtenida la subrogación, dichos créditos podrán ser objeto de los abonos previstos en este artículo". (Mayúsculas, resaltado y subrayado fuera de texto)

Pese a que allí se esboza claramente una SUBROGACIÓN PASIVA y nunca una NOVACIÓN SUBJETIVA, la H. H. CORTE CONSTITUCIONAL, al ocuparse de la Exequibilidad de esta norma, apuntó lo siguiente en la Sentencia C-955 de Julio de 2000:

"No se presta a controversia que el propósito del legislador, en ese sentido conforme con la Carta Política, es el de hacer prevalecer el derecho sustancial (Art. 228 C.P.), haciendo que salga a la luz una situación jurídica hasta ahora encubierta, consistente en que alguien pagaba en realidad un crédito pero aparecía como deudor otra persona natural o jurídica.

(....).

"Que tal hecho se haga explícito es legítimo y bajo esa perspectiva la norma es exequible" (Subrayado fuera de texto)

¿Cómo explicar entonces esta aparente contradicción con el tradicional concepto de SUBROGACIÓN que sólo admite el cambio del lado activo de la obligación?

Aunque nuestro Código Civil, al igual que el Francés, no consagra positivamente la figura de la cesión libre de la deuda porque los artículos 1687 y 1694 son explícitos al permitir la novación personal, subjetiva o por cambio de deudor pero a condición de que el acreedor consienta en ello, lo cierto es que la nueva Ley de vivienda (L. 546), al hablar de subrogación personal para la situación específica de los créditos de vivienda, prefirió apartarse del Derecho madre, el Francés, al estipular clara y contundentemente, aunque en términos de subrogación y no de cesión libre de deuda, que el acreedor queda obligado a aceptar al nuevo deudor; es decir, en estos casos, EL CONSENTIMIENTO DE LAS ENTIDADES QUE SE ENCARGAN DEL NEGOCIO DE FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA, NO ES LIBRE Y VOLUNTARIO SINO FORZADO.

Y no puede exigirse por parte de los Bancos la creación de una nueva obligación que vincule al tercero que está interesado en el pago, porque ello conllevaría a novación tanto objetiva como subjetiva, cuando la verdad es que la Ley expresamente habla de SUBROGACIÓN.

Obsérvese que si el interés de la Ley fuera ese, es decir, permitir que se cree una nueva obligación, entonces al hacer más gravosa la situación del nuevo deudor, se atentaría contra uno de los principios inspiradores del Estatuto de la vivienda, cual es el de facilitar en condiciones de igualdad el acceso a una vivienda digna. Pero bajo el entendido que los Bancos pudieran negarse a la sustitución de un deudor a otro, alegando que aún en el caso de subrogación es necesario reliquidar e instrumentar la obligación en otro documento, entonces se estaría desconociendo las siguientes disposiciones de la Ley de vivienda:

a). Los numerales 1 y 6 del artículo 2° que, al reseñar cuáles son los objetivos y criterios que la ley busca, enfatiza: "1. Proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda. 6. Facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de equidad y transparencia".

b). El parágrafo 1° del Artículo 39, a cuyo tenor: "La reliquidación de los créditos en los términos de que trata el presente capítulo y los correspondientes documentos en los que consten las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, NO CONSTITUIRÁN NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN y por lo tanto no causará impuesto de timbre" (Resaltado y mayúsculas fuera de texto)

Así que hoy, en el Derecho Colombiano, es perfectamente posible la cesión de deuda por acuerdo entre el deudor y un tercero; y la intervención del acreedor en ese acuerdo no podrá extenderse más allá que para dar su consentimiento, pues éste siempre estará forzado a aceptar al nuevo deudor, siempre que, obviamente, tenga y acredite capacidad suficiente de pago. En otros términos, así como hay sustitución libre de acreedor por vía de subrogación o cesión de derechos, también hay esa sustitución libre de deudor, aunque restringida a los créditos de vivienda, con lo cual, según lo visto al tratar a JULIEN BONNECASE, el derecho Colombiano se aparta de su raíz o sea el Francés, porque le da carácter prevalente al derecho material y no al formal, al hacer legítima una situación que se mantenía encubierta. Ello no es más que uno de los muchos casos en que el hecho, o sea la realidad, trasciende la norma, y el legislador simplemente acepta esa dinámica social, aunque de manera tardía, al expedir la norma que positiviza y legitima esa situación hasta ahora encubierta, según voces de nuestra Corte Constitucional.

De otra parte, la aparente contradicción de que venimos hablando se resuelve en los siguientes términos según mi criterio:

Con motivo de la nueva Constitución Política de Colombia se ha venido presentando un fenómeno de relativización de los principios absolutos y privatistas del derecho mercantil para darle paso a una laxitud. Me explico a más espacio:

Normalmente, para un crédito de vivienda el deudor debe no sólo hipotecar el inmueble sino que, además, debe firmar un título valor llamado pagaré, el cual en apariencia es abstracto, característica en virtud de la cual el título mismo es independiente del negocio causal o subyacente. De ahí que los comercialistas discutan que la sola obligación contenida en un título valor, es suficiente para que la norma a aplicar sea la mercantil y no otra.

Así pues, creen los Bancos que ante el hecho de que son comerciantes y que su deudor de vivienda firma un pagaré con vencimientos periódicos y sucesivos, entonces la obligación allí contenida es de carácter privado y que, por ende, la institución no está obligada bajo ningún punto de vista por otra normatividad.

Sin embargo, la ley 546 ampara de manera especial los créditos otorgados para la adquisición de la vivienda, de donde resulta, a guisa de ejemplo, que el cobro de intereses no estaría regulado por los artículos 884 del Código del Comercio y 111 de la Ley 510 de 1999 sino por los artículos 17 y 19 de aquélla.

Tan protegidas son estas especiales operaciones crediticias que, pese a instrumentarse en pagarés, la Jurisprudencia y la Doctrina se preocupan más, como tiene que ser, de la causa o del negocio jurídico subyacente que de la autonomía del título valor. Dijo la Corte en la Sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000:

"Como en los préstamos de vivienda en UVR, en el sistema de la Ley examinada, el saldo del capital prestado es actualizado al ritmo de la inflación, en dicha unidad de cuenta ya está comprendida la inflación. Incluirla de nuevo en los intereses es cobrarla doble, lo cual, de acuerdo con lo expuesto, es inconstitucional. Luego (...) debe entenderse que la tasa remuneratoria sólo es la tasa real, esto es, la nominal menos la inflación.

"Ahora bien, como en esta sentencia se define que la tasa de interés remuneratorio no puede quedar descontrolada ni sujeta a las variables propias del mercado, y las de intermediación de vivienda vienen siendo las más altas, deben reducirse significativamente por la Junta Directiva del Banco de la República para hacer posible la realización del derecho a una vivienda digna (Art. 51 C.P.). Entonces, la Junta, en su condición de autoridad monetaria y crediticia, mediante acto motivado en que se justifique su decisión, deberá fijar la tasa máxima de interés remuneratorio que se puede cobrar por las entidades financieras en este tipo de créditos. Ella, a su turno, será siempre inferior a la menor de todas las tasas reales que se estén cobrando en el sistema financiero, según certificación de la Superintendencia Bancaria, sin consultar factores distintos de los puntos de dichas tasas, e independientemente del objeto de cada crédito, y a la tasa menor se le deberá descontar la inflación para que no se cobre doblemente.

"La interpretación que se prohija no admite la comparación del crédito de vivienda con otros créditos que puedan considerarse similares a estos, pues la financiación de vivienda, por su protección constitucional y su finalidad social, debe estar sujeta a reglas especiales que signifiquen una sustancial diferencia, en las tasas de interés, respecto de todos los demás créditos" (Lo resaltado y subrayado no está en el texto).

¿Y qué decir de los endosos de esos títulos valores? ¿podría un banco endosarle el título a una persona natural o jurídica por ejemplo, y ésta podría sostener válidamente que aunque el título esté creado en UNIDADES DE VALOR REAL y a un plazo de quince años, es un adquirente de buena fe y que no se le pueden proponer las excepciones del artículo 784 del Código de Comercio? ¿Podría argumentarse válidamente que sin que se acredite fraude en la transferencia del documento no podría el deudor plantear excepciones personales?

Se dejan las anteriores inquietudes así planteadas porque su desarrollo bien puede ser el objeto de otro trabajo que superaría en mucho los límites que se han propuesto en el presente. En todo caso, hoy es perfectamente posible plantear que los principios de la literalidad y la autonomía en materia mercantil CEDEN espacio porque cada vez es mayor la injerencia del Estado en asuntos que, como el caso de los créditos para vivienda, no pueden estar al libre juego del las reglas que imponen los mercados.

Concluamos de una manera simple: en materia de créditos no puede desconocerse ya que la ley hace diferencia entre ellos y esa diferencia lleva a diferentes tratamientos jurídicos; por ejemplo, no es lo mismo un crédito para libre consumo o para libre inversión y disposición que aquéllos en los que no puede haber de por medio un interés particular y mercantilista sino que su función es eminentemente social. En los de libre disposición o en los de consumo, se siguen aplicando las reglas tradicionales, mientras que en aquéllos que cumplen una función estrictamente social y en los que por ley el Estado está llamado a intervenir directa y permanentemente, como es el caso de la destinación para el financiamiento de la vivienda a largo plazo, ese interés lucrativo de las entidades prestamistas no tiene soporte jurídico, ni lo podrá tener, en las disposiciones estrictamente privatistas del derecho. Por eso, aunque un crédito de vivienda se instrumente en un TÍTULO VALOR, éste no se vería tan favorecido por los principios de los artículos 622 y siguientes del Código de Comercio.

3.1 Consecuencias de la Ley 546 de 1999.

3.1.1 En lo relacionado con los efectos futuros del Artículo 39.

Considero de suma importancia desarrollar aquí cinco supuestos de hecho que se hallan inmersos en el artículo 39 de la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999.

Primer supuesto: El primero de esos supuestos no presenta inconveniente alguno por cuanto la norma es clara en precisar qué es lo que sucede con quienes al 31 de diciembre de 1999 se encontraban atendiendo una obligación ajena. Obviamente que, como se ha dejado reseñado, simplemente requieren a la entidad Bancaria para que actualice la información y proceda a la subrogación (Entiéndase aceptación forzosa de la cesión libre de la deuda, la cual seguirá atendiendo el tercero); eso sí, demostrando capacidad de pago.

Segundo supuesto: El segundo supuesto: ¿QUÉ SUCEDERÁ SI CON POSTERIORIDAD AL 31 DE DICIEMBRE DE 1999 SE PRESENTA ESA SITUACIÓN?; ES DECIR, SI ALGUIEN ADQUIERE EL INMUEBLE QUE GARANTIZA EL CRÉDITO HIPOTECARIO DESPUÉS DE DICHA FECHA, ¿PODRÍA UN BANCO NEGARSE A LA SUBROGACIÓN ALEGANDO QUE LA NORMA SOLO COBIJA A QUIENES SE ENCONTRABAN EN TAL SITUACIÓN EN FECHA ANTERIOR AL 31 DE DICIEMBRE DE 1999?

Bajo ningún motivo, y eso debe quedar absolutamente claro, las entidades financieras podrán arrogarse facultades para negarse a la subrogación o cesión libre y voluntaria de la deuda, sencillamente porque una conducta tal se constituiría en un desacato a la Ley y desconocería los alcances de la Sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000, pronunciada por la Honorable Corte Constitucional. Veamos:

Si, por ejemplo, alguien acuerda hoy con el deudor hipotecario primitivo adquirir a título de compraventa la vivienda que garantiza la obligación de éste, puede el adquirente, en cualquier tiempo, requerir a la institución crediticia para que lo SUBROGUE y ésta no puede escudarse en la exégesis del parágrafo 2º en estudio anteponiendo que tal disposición sólo cobija a quienes en ese supuesto se encontraban el último día del mes de diciembre de 1999. Es que si así fuera, entonces ninguna aplicación práctica se daría al fallo de exequibilidad de la



Ley de vivienda, y más concretamente al apartado del mismo donde la Corte puntualiza respecto de la prevalencia del derecho material o sustancial (Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia). Asimismo, se haría entonces letra muerta la expresión del fallo según la cual ese hecho no sólo es EXPLICITO SINO LEGÍTIMO, porque permite que salga a la luz una SITUACIÓN JURÍDICA HASTA AHORA ENCUBIERTA. En otros términos, lo que se mantenía oculto antes de la Ley 546 de 1999, a futuro no lo estará, porque ya encuentra reconocimiento legal y jurisprudencial.

Agreguemos otro argumento de igual valla a los anteriores. Ocurre que la norma parágrafo 2° del artículo 39 citado, cuando se refiere a quienes "a 31 de diciembre de 1999 se encuentren atendiendo una obligación a cargo de otra persona natural o jurídica", no está queriendo decir al unísono que dicha disposición no tenga cabida para quienes en esa misma circunstancia se puedan encontrar en el futuro, es decir, créditos adquiridos ya en vigencia de la Ley 546 y en los que un tercero haya adquirido la unidad habitacional que garantiza la obligación, sencillamente porque quienes a 31 de Diciembre de 1999 llegaron a demostrar que estaban dentro del supuesto hipotético de la norma, no solamente tenían derecho a la subrogación sino también al alivio previsto en la ley 546; pero los que en fecha posterior demuestren iguales condiciones, tendrán derecho a la subrogación mas no al alivio por obvias razones, entre las cuales cabe destacar que como el crédito es posterior a la Ley, ya no habrá alivio porque éste fue ordenado para las obligaciones adquiridas a partir del año 1993, esto es, al amparo del extinto sistema UPAC.

Tercer supuesto: se puede presentar perfectamente desde la siguiente perspectiva:

De conformidad con el parágrafo segundo del artículo 39 de la Ley 546, una persona ajena al contrato de mutuo para la adquisición de vivienda, esto es el tercero que fruto de un contrato de compraventa ha adquirido del deudor dicha vivienda, procede a requerir a la institución Bancaria para que ésta actualice la información contable y lo tenga en lo sucesivo por subrogatario de la obligación. En otras palabras, para que a partir de allí se libere al obligado inicial.

Si nos atenemos al artículo 1.694 del Código Civil, se sostendría que siempre que el acreedor no exprese su voluntad de dar por libre al primitivo deudor, "se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto".

Si el tercero acredita que es la persona que realmente está cubriendo la obligación y, además, que tiene la suficiente capacidad de pago, no podrá el Banco ampararse en el artículo 1.694 del Código Civil para negar la "sustitución de un nuevo deudor" porque, insisto en ello, la nueva ley de vivienda no le concede la facultad de aceptar o no esa situación y de arrogarse la potestad de tener por obligados solidarios tanto a su deudor como al tercero ya que entonces, al expresar su negativa, podría en el futuro verse expuesto a dificultades para el evento de perseguir el bien hipotecado en manos de quien esté; es decir, en manos de ese tercero. Veamos esta problemática:

A es deudor del Banco Anzola por un crédito obtenido para la adquisición de la vivienda en la que reside con su familia; por lo tanto, el crédito está garantizado con la hipoteca constituida sobre el inmueble. Pero a su vez, A tiene con dicho Banco otras obligaciones que igualmente se pacta que quedan garantizadas con la Escritura hipotecaria. De otra parte, el crédito de vivienda se pacta a quince (15) años y A suscribe un pagaré. Posteriormente, A le vende la casa a B y en la Escritura de compraventa pactan que como la residencia está hipotecada a favor del Banco Anzola, entonces B se encargará de tramitar la subrogación acreditando los requisitos que hoy consagra la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999.

Y en efecto, B le informa al Banco que ha adquirido el inmueble y que lo destinará para vivienda de su familia, por lo que al amparo de la ley solicita que se le tenga, para todos los efectos, como subrogatario de ese crédito instrumentado en el pagaré con cuotas periódicas y sucesivas hasta completarse los quince (15) años de su vigencia. Además, B demuestra ingresos que perfectamente garantizan que se cumplirá a cabalidad la obligación inicialmente contraída por A.

No obstante, el Banco Anzola le responde a B que no es posible tenerlo por subrogatario y que en consecuencia se reserva los derechos que, entre otras disposiciones, le otorga el artículo 1.694 del Código Civil. En suma, el Banco no libera a su deudor primitivo.

Pese a que B sigue atendiendo puntualmente los pagos periódicos del crédito de vivienda, A incurre en mora en las cuotas de los otros créditos que, además del pagaré en UNIDADES DE VALOR REAL (UVR), pactó con el Banco y que de igual forma pueden permitirle a éste último el ejercicio de la Acción Hipotecaria.

PRINCIPIA IURIS

Así pues, el Banco Anzola procede a demandar ante el respectivo Juez y en ejercicio de la Acción Hipotecaria a A, pero como el inmueble destinado para vivienda, está en cabeza de B, por mandato del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil y en la llamada Acción mixta, dirige la demanda contra A para perseguirle otros bienes y contra B para perseguir la vivienda hipotecada.

Una vez notificado B, éste, con todo éxito, puede excepcionar contra el Banco para impedirle que persiga la vivienda, por dos razones: La primera, porque el crédito de vivienda está al día, y la segunda, porque la institución financiera incumplió, con clara violación de la Ley, su obligación de tenerlo por subrogatario no obstante haberlo hecho el requerimiento que ordena el parágrafo 2° del Artículo 39 de la Ley 546 de 1999, razón suficiente para hablar, se me ocurre a mí, de una falta de causa para exigir frente a B la obligación; pero en todo caso, si la excepción no fuese esa, entonces basta con proponerla para que el Juez le conceda la que corresponda en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 del Código Procesal Civil, a cuyo tenor:

"(...) Cuando el juez halle probados los hechos que constituye una excepción (sic), deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda (...)"

Hilando más delgado podría contraargumentarse que en todo caso el Banco, aún así, podría perseguir el bien que está en cabeza de B, dado el contenido de la Escritura de Hipoteca debidamente registrada en la correspondiente oficina de instrumentos públicos, la cual sería oponible en todo su contenido al adquirente, pues allí se pactó que, además de la obligación destinada para la adquisición de vivienda, A también le garantizó a la Institución Bancaria el pago de obligaciones adquiridas a cualquier título, esto es, diferentes a la de vivienda. En suma, se diría que al tercero le es oponible la Escritura desde su registro público y que por lo tanto, antes de la negociación, ha debido consultar el clausulado de este instrumento.

De tal manera que estaríamos frente a la teoría de la oponibilidad de la Escritura por el solo hecho de la presunción de que era conocida por B al momento de la negociación o transferencia del inmueble, por lo que él, al igual que su vendedor y deudor inicial, estarían en la situación de obligados por la totalidad de los créditos adquiridos por A y respaldados con la Hipoteca.

En honor a la verdad, cualquier desprevenido pensaría que es irrefutable esa fundamentación a favor de la posición del Banco; pero se olvida que B, con la debida antelación, había cumplido la carga de requerir a la entidad financiera para la subrogación del crédito de vivienda y que dicha institución la había negado de manera injustificada. Entonces tendríamos dos situaciones para analizar y determinar cuál de ellas ha de prevalecer sobre la otra: La primera, la oponibilidad del Banco frente a B de la integridad de la Escritura hipotecaria; la segunda, la defensa de B en el sentido de que ante esa oponibilidad que se le quiere anteponer, siempre ha prevalecido su derecho a la subrogación negado arbitrariamente por el Banco Anzola.

Sin temor alguno tomamos partido por la situación privilegiada de B, toda vez que el parágrafo segundo del artículo 39 de la Ley 546 otorga derecho incuestionable a la subrogación a favor del tercero por el sólo hecho de acreditar que estaba atendiendo el crédito de vivienda y que tenía capacidad de pago; subrogación que de haberse aceptado como era el deber del Banco Anzola, habría propiciado la sustitución del deudor y el posicionamiento del tercero en el lugar de A, pero no en la totalidad de las obligaciones de éste sino en la de vivienda exclusivamente, pues la norma misma lo limita todo a ese especial crédito y no a otros al estipular: "A solicitud de quien al 31 de diciembre de 1999 pueda acreditar que se encuentra atendiendo un crédito de vivienda que está a nombre de otra persona natural o jurídica, podrá requerir a las entidades financieras para que actualicen la información y se proceda a la respectiva subrogación".

De tomar partido por la íntegra oponibilidad de la Escritura de hipoteca, es decir, que B tendría que afrontar sin éxito el pleito y que en consecuencia su vivienda puede garantizar el pago de las otras obligaciones del deudor A, entonces estaríamos asumiendo una posición estrictamente mercantilista y apartándonos de los efectos vinculantes de la Sentencia C-955 de 2000, en uno de cuyos apartes la Corte retoma los elementos de juicio expuestos por la Sociedad Colombiana de Economistas en cuyo concepto se plasma:

"A todo lo anterior debe agregarse un hecho fundamental que ha estado ausente en el análisis del Gobierno y del sector financiero: **la vivienda no es un negocio**. En lo primario, no genera renta por sí misma. Es un derecho social, es decir, es un bien mérito. En particular la vivienda social. Por lo tanto, la adquisición de vivienda no genera rentabilidad per se, por lo que el costo del dinero destinado a

financiamiento de vivienda debe obedecer a otros parámetros más asequibles al bolsillo de los colombianos y no pretender que sea precisamente la línea de crédito más costosa en la historia del país y una de las actividades más acosadas de cargas onerosas..." (negrilla y subrayado fuera de texto).

Cuarto supuesto: Por su especial importancia será tratado a la Luz de la sentencia del 27 de mayo de 2002, dictada por el H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con ponencia del Dr. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ (Proceso Ejecutivo hipotecario de Corporación de ahorro y vivienda "AV VILLAS" contra CARLOS EDUARDO MEDINA HUERTAS e ISABEL SIERVO DE MEDINA).

Se refiere la temática al régimen de transición de la Ley 546 de 1999 y más concretamente a las obligaciones que antes del 31 de diciembre de 1999 fueron pactadas entre los Bancos y los Clientes bien en pesos o bien en Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC.

¿Autorizó la ley de vivienda la conversión de todas las obligaciones a UNIDADES DE VALOR REAL?, o por el contrario, ¿se abstuvo de hacerlo para las que se habían acordado en moneda legal de curso en Colombia, o sea en pesos?. Dejemos que sean las propias palabras de la providencia las que aclaren la situación:

"Sobre el particular es necesario precisar que, ciertamente, el inciso 2º del artículo 39 de la Ley 546 de 1999, establece que "los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas así como las garantías de las mismas, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entenderán por su equivalencia en UVR, por ministerio de la Ley", precepto que, aisladamente considerado, pareciera dar a entender que a partir de la vigencia de esa normatividad, todos los créditos de vivienda individual a largo plazo, deben denominarse en la unidad de cuenta que la referida ley reguló. Sin embargo, se trata de un equivocado razonamiento, por las siguientes razones:

"Justamente (...) el artículo 3º relativo a la "Denominación de obligaciones en UVR", dispuso que "todas las obligaciones expresadas en UPAC se expresarán en UVR, lo que resultaba apenas natural y obvio, pues desaparecidas aquellas, era menester sustituirlas por una nueva unidad de cuenta. Sobre el particular dijo la Corte Constitucional en la sentencia referida (C-955 del 26 de Julio de 2000):

"...se concibió en la normatividad una figura (la UVR) que sustituye el sistema UPAC, declarado inexecutable por esta Corte mediante Sentencia C-700 de 1999, y, toda vez que seguían vigentes más de ochocientos mil deudas contenidas a la luz de las normas precedentes, y estaban latentes los innumerables pleitos ejecutivos o de reclamo de las sumas pagadas, el legislador encontró indispensable la adecuación de tales obligaciones al sistema creado, la conversión de la UPAC a la UVR, la reliquidación de los créditos para dar cumplimiento a las sentencias de esta Corporación y del Consejo de Estado..."

"Es importante llamar la atención, en el sentido de que el artículo 38 no hace alusión a las obligaciones que estuvieran expresadas en pesos, lo que es perfectamente entendible, si se considera que el peso, como moneda legal, no desapareció, por lo que no había necesidad de redenominar las obligaciones que fueron contraídas en esos términos. Al fin y al cabo, "la UVR no es una moneda, ... no sustituye el peso como unidad monetaria ni es un medio de pago.

"En tercer lugar, no se puede pasar por alto que el artículo 39 de la ley en cuestión, cuyo inciso 2º hace alusión a las obligaciones en pesos, es una norma que no se refiere propiamente a la redenominación de las obligaciones, sino a la adecuación relativa a los nuevos pagarés que se ordenó extender dentro de los 180 días siguientes a la vigencia de la ley, para ajustar los documentos contentivos de las obligaciones desembolsadas con anterioridad.

"Expresado en otras palabras, el artículo 39 no obliga a redenominar en UVR, las obligaciones pactadas en pesos; dicha norma se circunscribe a la hipótesis de documentación de obligaciones, específicamente a los pagarés que se otorguen con posterioridad a la vigencia de la Ley (Inc. 2º), para adecuar los créditos desembolsados con anterioridad (...). De allí que el legislador *expressis verbis*, se refiera a un evento futuro: "los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas", esto es, a posteriori, títulos estos y sólo estos- que se entenderán por su equivalencia en UVR, por ministerio de la Ley. Y, es tan claro que esta norma hace alusión a la adecuación de documentos y no a la redenominación de las obligaciones, que por ello su parágrafo 1º señala que esta operación no constituye novación de la obligación.

"Al amparo de estas reflexiones, fuerza concluir que para un adecuado entendimiento del régimen de transición, entre el anterior sistema de financiación de vivienda a largo plazo y el consagrado en la ley 546 de 1999, se

debe tener en cuenta que los créditos otorgados con ese propósito, pueden ser acordados en Unidades de Valor Real (UVR) o en moneda legal, vale decir en pesos. A partir de esta premisa, será necesario distinguir tres conceptos a saber: la redenominación de obligaciones, la adecuación de documentos y la reliquidación de los créditos. La primera se predica, por ministerio de la Ley, únicamente de las obligaciones que estaban expresadas en UPAC (Art. 38); la segunda, también ope legis, respecto de los documentos que se extendieron con posterioridad a la vigencia de la ley 546 de 1999, para ajustar a las nuevas condiciones los créditos de vivienda desembolsados con anterioridad (Art. 39); la tercera, es decir, la reliquidación, frente a cualquier obligación contraída para la financiación de vivienda individual a largo plazo, sea en UPAC o pesos, con las limitaciones previstas en la Ley y en el fallo de la Corte Constitucional, ya referido"

Quinto supuesto: Ante la negativa de los Bancos de aceptar al tercero como persona que sustituye al deudor primitivo, ¿qué consecuencias puede traer aparejadas esa conducta ilegal por el hecho de los contratos de seguro de vida que cubren a ese deudor?

El Capítulo V de la Ley 546 aparece titulado como "Régimen de financiación de vivienda a largo plazo", y a continuación el artículo 17 determina las condiciones de los créditos de vivienda individual, así:

"(...) Sin perjuicio de lo establecido en el artículo primero de la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, que tendrán que estar denominados exclusivamente en UVR, de acuerdo con los siguientes criterios generales:

1. Estar destinados a la compra de vivienda nueva o usada o a la construcción de vivienda individual.
3. Tener un plazo para su amortización comprendido entre cinco (5) años como mínimo y treinta (30) años como máximo.
4. Estar garantizados con hipotecas de primer grado constituidas sobre las viviendas financiadas.
10. Estar asegurados contra los riesgos que determine el Gobierno Nacional". (Resaltado fuera de texto).

Asimismo, el Código de Comercio, en su libro Cuarto "De los contratos y obligaciones mercantiles", título V, habla del contrato de seguro, y entre los riesgos asegurables lógicamente está el de la vida del deudor (Artículo 1.144), por cuya virtud la ocurrencia del siniestro, esto es, la muerte del deudor, produce como efecto que el acreedor recibe un monto igual a lo no pagado de la deuda, en tanto que el saldo será entregado a los demás beneficiarios.

A su vez, como es sabido, entre los elementos esenciales de dicho contrato está el del interés asegurable, entendido como el patrimonio que puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo (Artículo 1083).

Debe entenderse pues que si un Banco se niega a aceptar al tercero como subrogatario de la obligación, y más aún sabiendo que el Seguro seguirá cubriendo al deudor inicial, entonces la eventual muerte del tercero puede acarrear responsabilidad del Banco frente a los herederos de aquél y por ende, una muy probable decisión judicial liberando la deuda en la totalidad de su parte insoluble, mientras que el Asegurador nada pagaría al Banco precisamente porque éste, en calidad de tomador y asegurado, no dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 1.107 del Código de Comercio.

La cuestión se explica así:

Por el hecho de la negociación habida entre el primer deudor y el tercero, se produce el fenómeno que el artículo 1.107 del Código de Comercio llama la transferencia por acto entre vivos del interés asegurable que, según la norma, produce automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado.

Al morir el deudor inicial se libera la obligación en el saldo que no esté cubierto y entonces no se vería afectado el tercero por obvias razones; mas si quien muere es el tercero y el Banco no dio trámite a la subrogación y tampoco procuró el consentimiento del asegurador sobre la transferencia del interés asegurable, entonces ello genera, sin lugar a dudas, un litigio entre el Banco y los herederos del tercero, quienes legítimamente estarían en la posibilidad de demandar para que se extinga la obligación y se vea avocada la institución a las demás condenas que correspondan, pues en ese caso muy probablemente la Aseguradora alegará que ante ella no se había buscado el consentimiento de que da cuenta el artículo 1.107 citado.

Nótese que aunque el artículo 1.107 consagra la extinción del contrato de seguro para el caso de la transferencia del interés asegurable por acto entre vivos, lo cierto es que la misma norma trata claramente, a manera de excepción, el consentimiento expreso del asegurador que lógicamente se constituiría en forzoso ante la preceptiva del artículo 39 de la Ley 546 de 1999. Además, el artículo 1.107 citado debe entenderse inoperante en aquella parte restrictiva, toda vez que la asunción de la deuda por parte del tercero es hoy un derecho a la luz del parágrafo 2° del artículo 39 de la Ley de vivienda. Y como si fuera poco esta postura estaría suficientemente confirmada por el artículo 1.162 también del Código Mercantil que relaciona, entre otros, al artículo 1.107 como susceptible de poderse modificar en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

Nada bueno, pues, se augura hacia el futuro para las entidades Bancarias que se nieguen de manera arbitraria a respetar los derechos que la nueva ley de vivienda ha explicitado a favor de quienes acrediten los requisitos para ser subrogatarios de un crédito de vivienda.

3.1.2 Consecuencias relacionadas con la famosa cláusula aceleratoria que se pactaba y aún se pacta en las escrituras públicas de hipoteca del bien que garantiza la obligación destinada a la financiación de vivienda individual.

Todos algún día hemos pactado un crédito para adquirir vivienda con una entidad dedicada al negocio de financiar a largo plazo esa modalidad de crédito. Pues bien, el mutuante, o sea la entidad Bancaria, exige Hipoteca sobre el bien, y en la Escritura por la cual se grava el inmueble se impone la llamada CLÁUSULA ACELERATORIA, por cuya virtud el deudor, so pena de que el Banco haga exigible la totalidad de la obligación, no puede transferir la unidad habitacional a un tercero. Veamos dos ejemplos de dichas Escrituras, uno de fecha anterior a la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999, y uno posterior para que las cosas queden claras:

Escritura de hipoteca suscrita antes de la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999.

"ESCRITURA No. (.....) En el municipio de (...), Departamento de (...), República de Colombia, a los diez (10) días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), ante mí (.....) Notario (.....) del círculo de (.....) compareció la señora (.....), mayor de edad, vecina de (...), identificada con la cédula de ciudadanía No. (...) de (...), y dijo: PRIMERO: (.....) SEGUNDO: Que en la fecha de este instrumento público constituye HIPOTECA DE PRIMER GRADO a favor del BANCO (.....) sobre el inmueble alinderado, determinado en la declaración primera de esta escritura, por la cantidad de (.....) TERCERO: Que el inmueble que se hipoteca se encuentra libre de todo gravamen o limitación del dominio, como censo, anticresis, embargos, demanda civil registrada, condiciones resolutorias del dominio (...) CUARTO: Que dentro del gravamen hipotecario que aquí se constituye quedan comprendidas todas las mejoras y anexidades, presentes y futuras del inmueble al igual que todos los accesorios que se reputan como inmueble teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 2.445 del Código Civil. QUINTO: Que la garantía hipotecaria que por este instrumento se constituye cubre, respalda y garantiza el plazo de las obligaciones de que trata el punto anterior y todas las que en el futuro adquiera la exponente con el Banco hasta su completa cancelación en virtud del pago efectivo de ellas por concepto de capital, intereses, gastos de cobranza judicial o extrajudicial, honorarios de abogado, etc. (.....). SEXTO: Queda plenamente autorizado el acreedor por la deudora para dar por vencido el plazo, en cualquiera de los siguientes eventos: 1....2....3....4....5. Si se enajenare, ya sea en forma total o parcial el inmueble materia de esta garantía sin la previa autorización escrita del acreedor.(.....)"

Escritura de hipoteca suscrita después de la vigencia de la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999.

"ESCRITURA No. (.....). FECHA: 10 de Diciembre de dos mil uno (2001). En la ciudad de (.....), Departamento de (...), República de Colombia, a los diez (10) días del mes de Diciembre de dos mil uno (2001), ante mí (.....) Notario Segundo del Círculo de (.....), compareció el señor (.....) quien es mayor y vecino de (.....) identificado con la cédula de ciudadanía No. (.....) de (...) y Libreta Militar (.....), y manifestó: (.....) TERCERO: Que por este

instrumento público y para garantizar las obligaciones arriba descritas a favor del BANCO (.....) constituye HIPOTECA DE PRIMER GRADO CUANTIA INDETERMINADA sobre el siguiente bien inmueble (.....). CUARTO: Que el inmueble relacionado fue adquirido por el hipotecante mediante compra hecha al señor (.....) a través de la Escritura pública No. (....) del (.....) suscrita en la Notaría (....) y registrada en la Oficina de Instrumentos públicos de la ciudad de (.....). QUINTO: Que dentro del gravamen que aquí se constituye quedan comprendidas todas las mejoras y anexidades, presentes y futuras del inmueble al igual que todos los accesorios que se reputan como inmueble de conformidad con la Ley. SEXTO: Que la garantía hipotecaria cubre no solo la obligación antedicha sino todas las que en el futuro llegue a adquirir el compareciente con el Banco acreedor, y sólo será cancelada una vez cubiertos todos los pagos a satisfacción del acreedor, en los cuales quedan incluidos el capital, los intereses, gastos de cobranza judicial o extrajudicial, honorarios de abogado (.....). SEPTIMO: Que el acreedor podrá dar por vencido el plazo y exigir la totalidad del saldo o saldos insolutos de las obligaciones si llegare a presentarse uno o varios de los siguientes eventos, todos por acción u omisión del deudor: 1. Si se violare por el deudor alguna de las obligaciones que regulan el gravamen hipotecario en el territorio nacional; 2. Si sobreviniere acción judicial sobre el bien raíz comprendido en este instrumento; 3.....4.....5. **En el caso que el deudor llegue a enajenar en forma total o así sea parcial el inmueble en favor de terceros y sin que el Banco haya otorgado con anterioridad y de manera escrita su autorización (.....)**"

Esa cláusula que solían, y aún suelen instituir los Bancos, frente a la cual al cliente no le queda otra alternativa que ADHERIRSE, y que prohíbe transferir el derecho de dominio sobre el bien mientras permanezca el mutuario sujeto a la obligación so pena de hacer operar el vencimiento total del saldo del crédito, ya deberá tenerse por no escrita, o mejor, es INEFICAZ pues al dirigir el Banco su acción hipotecaria contra el adquirente, éste podría oponerle no sólo su derecho a la SUBROGACION hoy prevista en la Ley, sino también su derecho a una vivienda digna (Artículo 51 de la Constitución), al igual que la prevalencia del derecho material mismo (Artículo 228 ibídem).

De modo entonces que en lo sucesivo será absolutamente viable, además, flexibilizar el mercado de la vivienda porque ya no hay ninguna talanquera para cuando la unidad habitacional soporte gravamen hipotecario; los compradores podrán adquirir a un precio relativamente bajo porque asumen la obligación de continuar apersonándose del crédito; y siempre que no haya mora en las cuotas respectivas, ninguna facultad tendrá el acreedor para perseguir la cosa hipotecada; todo lo contrario, ante esa situación hoy jurídicamente admitida, deberá actualizar la información contable y de cartera, y proceder a tener a quien cubre en realidad la obligación como su nuevo deudor sin que pueda exigirle extinguir la obligación del deudor anterior para crear otra. Y DE MANERA FORZOSA ES ESA ACEPTACION, SENCILLAMENTE PORQUE ESE YA ES UN DERECHO DE CONSAGRACION POSITIVA FRENTE AL CUAL LOS REGLAMENTOS INTERNOS DE LOS BANCOS, O LAS DIRECTIVAS QUE RECIBEN DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA, NO PUEDEN TENER OPERANCIA MIENTRAS ATENTEN CONTRA LOS INTERESES DEL TERCERO O ADQUIRENTE, DADA LA SUPREMACIA QUE ANTE ESOS REGLAMENTOS O DIRECTRICES TIENE UNA LEY MARCO COMO ES LA DE LA VIVIENDA (LEY 546).

3.1.3 Las consecuencias en materia de responsabilidad por el excesivo cobro a los deudores de crédito hipotecario a partir de 1993 (Artículos 40 y 41).

Tanto la Ley 546 de 1999 al tratar lo atinente a los abonos o alivios para los créditos de vivienda, como la Sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000 proferida por la Corte Constitucional, dieron a entender que la responsabilidad que se derivaba por el oneroso comportamiento de los créditos de vivienda acordados en UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE UPAC-, recaía en el Estado y no en las entidades Bancarias, pues el artículo 41 numeral 3 de la Ley, es manifiestamente claro en dejar a cargo del Gobierno nacional el abono a las obligaciones por el monto que resulte del proceso de reliquidación, mediante la entrega de TITULOS DE TESORERIAS

Y la Sentencia de Exequibilidad de la Ley 546 (C-955 DEL 26 DE JULIO DE 2000), fue aún más explícita cuando determinó:

"Se concretan en esta norma (Artículo 40) los postulados que ya fueron objeto del análisis genérico efectuado por la Corte en la presente providencia, relativos a la efectiva vigencia del Estado Social de Derecho y concernientes también a la asunción anticipada por parte del Estado de las responsabilidades inherentes a los acontecimientos que precipitaron la crisis del sector inmobiliario y de crédito financiero de vivienda en los años inmediatamente anteriores"

Y la gente no ha vacilado, aunque de manera equivocada, en iniciar un cúmulo de demandas en todo el país contra las entidades Bancarias que, de demandantes en procesos ejecutivos hipotecarios, pasaron a ser demandadas en un sinnúmero de Juicios ordinarios, en virtud de los cuales los deudores, insatisfechos con la reliquidación de créditos contemplada en los artículos 38 y siguientes de la Ley 546, pretenden la devolución de los dineros cobrados en exceso a partir del año 1993, época en la que se avisoraba lo gravoso que resultaba el pago de las deudas dado que, con motivo de la Ley 31 de 1992 y del Decreto 663 de 1993, al igual que con las resoluciones internas del Banco de la República al calcular los valores de la UPAC, las obligaciones empezaron a tener un comportamiento en espiral. La metodología de cálculo de la UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (literal f del artículo 16 de la Ley 31 de 1992) y el anatocismo prolijado por el artículo 121 del Decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, generaron una situación conflictiva que ha dado lugar a la inversión de roles ya comentada, esto es, que de demandantes, las entidades financieras pasaron a ser demandadas. Baste observar que los Juzgados Civiles del Circuito de las principales ciudades del país están soportando una avalancha de demandas contra los Bancos, las cuales muy seguramente terminarán con sentencias absolutorias por la siguiente razón:

Cualquier incremento patrimonial en las arcas de las entidades crediticias no fue injustificado porque los cobros de las obligaciones en UPAC así como el cálculo de ésta, no era el producto del capricho de las instituciones financieras, sino el resultado de una operación que se hacía por el Banco Central, quien además actuaba de conformidad con la Ley 31 de 1992. No en vano es que los Bancos, una vez notificados de las demandas instauradas en su contra, están llamando en garantía dentro de los juicios al Banco de la República (Artículos 55 a 57 del Código Procesal Civil). Claro que dichos llamamientos están siendo rechazados, pero no porque no quepa responsabilidad al Estado, sino porque quien es competente para conocer de dicha responsabilidad no es la Jurisdicción ordinaria sino la de lo CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Así lo comenta HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO⁸:

“Las posibilidades de las instituciones financieras al ser demandadas como supuestas responsables de haber cobrado más de lo debido a los deudores, cuando lo único que hicieron fue adecuarse de manera estricta a la Ley y aplicar los parámetros establecidos obligatoriamente por el Banco de la República que, a su vez debía cumplir el Artículo 16 literal f) de la Ley 31 de 1992 para liquidar obligaciones en UPACS, tanto a favor como en contra, es decir cobrando y pagando lo que la normatividad vigente señalaba, podrán derivar una responsabilidad estatal, aspecto en el cual la sentencia C-955 de 2000 es precisa en advertir que se está frente a la “asunción anticipada por parte del Estado de las responsabilidades inherentes a los acontecimientos que precipitaron la crisis del sector inmobiliario y de crédito financiero de vivienda en los años inmediatamente anteriores.”

Y más adelante comenta el mismo autor:

“Pero la Jurisdicción llamada para definir esa obligación, que surgiría de la Ley, corresponde a la Justicia contencioso administrativa (...)”.

No obstante todo lo anterior, lo que ni la Ley 546 de 1999 ni la Sentencia de la H. Corte Constitucional (C-955 del 26 de Julio de 2000), al igual que tampoco el tratadista citado, Dr. HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, consideran en su análisis y que yo pretendo plantear ahora, es que las instituciones financieras sí estarían involucradas en acciones judiciales ante la Jurisdicción ordinaria por tales hechos, claro está que no de tipo indemnizatorio sino de restablecimiento del equilibrio contractual al amparo de la teoría de la imprevisión de que trata el artículo 868 del Código de Comercio, ante una situación particular como la siguiente:

Digamos que una es la situación de los deudores de vivienda que pactaron los contratos de mutuo con posterioridad a la vigencia del literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 y de las resoluciones que con fundamento en esta norma dictó la Junta Directiva del Banco de la República para establecer el valor de la UPAC, así como con posterioridad al Estatuto Orgánico del sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

En este evento, al pactarse las obligaciones dentro de la vigencia de las normas en comento, es obvio que tanto los acreedores como los deudores podían prever el comportamiento creciente en las cuotas del crédito, razón por la cual no encuentran cabida los supuestos del artículo 868 del Código de Comercio (teoría de la imprevisión) para que un Juez ordinario entre a restablecer el equilibrio contractual.

⁸ Bonaccase, J. “Tratado Elemental de Derecho Civil”; Biblioteca Clásicos del Derecho; Volumen 1; Editorial Harla; 1997; PP 910-912.

Pero, y aquí está la fundamentación de la evidente posibilidad de acciones en contra no del Estado sino de los Bancos por vía de la Jurisdicción Ordinaria, el restablecimiento del equilibrio contractual sigue vigente para todos los créditos pactados con anterioridad a la vigencia de la Ley 31 de 1992, toda vez que el acaecimiento posterior de los supuestos que propiciaron el crecimiento en espiral de las obligaciones, NO ERA PREVISIBLE POR LAS PARTES CONTRATANTES.

Me estoy refiriendo a que entrándose de la aplicabilidad de la Teoría de la imprevisión y siempre que los supuestos de ésta encuentren cabida, nada impide que los deudores se dirijan en sus demandas contra los Bancos Acreedores. Veamos un poco más de cerca esto:

En lo mercantil y con motivo de la expedición del Decreto 410 de 1971, La teoría de la imprevisión dejó de ser un principio general de derecho pues éste fue el tratamiento que tuvo hasta antes de la promulgación del nuevo Código de Comercio, Estatuto que, en su artículo 868, consagra los requisitos para la operancia de la imprevisión y para que en consecuencia se pueda ordenar el restablecimiento del equilibrio contractual, máxime cuando nos enfrentamos a contratos que, como los de financiamiento a largo plazo de la vivienda individual, aunque por naturaleza nacen como de ejecución instantánea, lo cierto es que en su cumplimiento son de tracto sucesivo.

En primer término se exige es el acaecimiento de un hecho futuro que las partes no lo pudieron prever al momento de la celebración del contrato (futuro e imprevisible). En segundo lugar, que el advenimiento de ese hecho provoque un desequilibrio en las prestaciones contractuales a favor de un contratante y en perjuicio del otro, y que ese desequilibrio sea de tal entidad que se justifique la revisión del negocio para ajustarlo a las nuevas condiciones imperantes.

Suele ocurrir con frecuencia lo anterior ante el acaecimiento de una crisis económica que, por ejemplo, provoque cambios bruscos en los niveles de precios y por ende, en el índice de precios al consumidor (hiperinflación, inflación galopante, etc) situación que ante el pacto de intereses a una tasa fija en los contratos, podría desencadenar una situación insostenible para el acreedor en el evento de altos niveles inflacionarios, o para el deudor en el caso contrario.

Como estamos partiendo de que es necesario que los cambios tengan la calidad de imprevisibles, entonces eso es lo que tendría que considerarse en el caso de préstamos bancarios para la financiación de la vivienda individual que fueron pactados en fecha anterior a la vigencia de la Ley 31 de 1992, pues en ese caso ni el acreedor (institución financiera), ni el deudor, podían prever el cambio que se iba a presentar en la metodología utilizada para el cálculo del valor de la UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE -UPAC-, y menos aún que esa nueva metodología iba a provocar los grandes incrementos en el equivalente en moneda legal Colombiana de cada UPAC.

En consecuencia, para el gusto de quien esto escribe, es insostenible el planteamiento que en términos absolutos hace el Dr. HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, según el cual los deudores del sistema UPAC no podrían ejercer acciones contra los Bancos sino contra el Estado por haberse éste anticipado a asumir parte de la responsabilidad en la situación de crisis que generó el sistema UPAC, pues ello solo es cierto para el caso de los créditos posteriores a 1993. En todos los casos anteriores, si cabe restablecer el equilibrio entre deudor y acreedor por vía de la Jurisdicción ordinaria.

Es más, ya la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999 anotó tangencialmente frente a esta temática lo siguiente:

"Es evidente que, además de los controles a cargo de la Superintendencia Bancaria sobre el comportamiento de las entidades financieras al respecto, para sancionarlas con la drasticidad que se requiere si llegan a desvirtuar en la práctica o si hacen inefectivo lo ordenado por la Corte, los deudores afectados por haberse visto obligados a pagar más de lo que debían, gozan de las acciones judiciales pertinentes para obtener la REVISIÓN DE SUS CONTRATOS, la reliquidación de sus créditos y la devolución de lo que hayan cancelado en exceso". (negritas, mayúsculas y subrayado fuera del texto).

Para mi gusto el término revisión de los contratos de la parte transcrita de la sentencia de la Corte, se emplea para significar que si la revisión es característica de los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, entonces no queda duda que el contrato de mutuo, no en cuanto a su naturaleza pero por lo menos si en cuanto a su ejecución o cumplimiento por parte del deudor, encuadra perfectamente dentro de los supuestos del citado artículo 868 mercantil.

3.1.4 Consecuencias en materia de las llamadas CLAUSULAS ACELERATORIAS.

3.1.4.1 En cuanto a la imposibilidad de aplicar el artículo 69 de la Ley 45 de 1990.

Importante destacar que el artículo 69 de la Ley 45 de 1990 (PACTO DE CLAUSULA ACELERATORIA) no tiene aplicación en materia de vivienda; en primer término, por la jerarquía que frente a esta ley tienen las disposiciones de la Ley 546 de 1999, la cual se refiere a un sistema de crédito con protección constitucional (Artículo 51 superior), y en segundo término, porque la Ley 546 es posterior, lo cual conlleva obligatoriamente a la observancia del principio hermenéutico según el cual una norma posterior se prefiere a la anterior.

En efecto, para los créditos de vivienda el artículo 19 de la Ley 546 de 1999 prohíbe pactar CLAUSULAS ACELERATORIAS que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación por el hecho de que el deudor se encuentre en mora de cubrir una o varias cuotas del crédito.

Así pues, si la cláusula aceleratoria está prohibida para este tipo de créditos -- los de vivienda--, muchos podrían reflexionar esto así:

En primer término dirían que el acreedor, mientras no requiera judicialmente al deudor para constituirlo en mora tal como lo dispone el artículo 1.608-3 del Código Civil, no podría demandar el pago total del crédito sino solo el de las cuotas o instalamentos dejados de cubrir.

En segundo lugar, agregarían que como la cláusula aceleratoria no es un elemento de la esencia ni de la naturaleza del contrato de mutuo sino un pacto accesorio (Artículos 1501 y siguientes del Código Civil), entonces el acreedor no tendría la facultad de dar por exigible la totalidad del crédito hasta tanto no promueva la correspondiente demanda Judicial que, aunque sea la ejecutiva misma y no la que prescribe el numeral 6 del parágrafo 2° del artículo 427 del Código Procesal Civil ("declaración judicial de extinción anticipada del plazo de la obligación"), debe cumplirse la carga previa de requerir judicialmente al deudor.

En efecto, dirían los partidarios de esta interpretación:

Pero en todo caso supeditada la demanda ejecutiva a que previamente se haya requerido judicialmente al deudor, así este haya renunciado a tales requerimientos porque si la ley prohibió el pacto de cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad del crédito, con mayor razón rechaza el hecho de que con la sola presentación de la demanda se cumpla el requerimiento.

La presentación produce la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad siempre que el auto que la admite o el que libra la orden de pago se notifique dentro del año siguiente (Artículo 90 del Código de Procedimiento Civil modificado por la Ley 794 de 2003). Es decir, la presentación de la demanda legalmente no tiene la virtud de constituir en mora al deudor, sino que dicha constitución, siempre que se trate de procesos contenciosos de conocimiento y no de ejecución, se produce es con la notificación de auto admisorio de la demanda en tales procesos contenciosos de conocimiento (inciso segundo del artículo 90 del Código de Procedimiento civil).

Sería absurdo pensar que la notificación del mandamiento ejecutivo tuviera la virtud de constituir en mora al deudor, pues ello sería un contrasentido si se tiene en cuenta que entonces el artículo 19 de la Ley 546 estaría autorizando el cobro de intereses de mora a partir de una fecha anterior a esa notificación, es decir, desde la presentación de la demanda de ejecución.

De ahí entonces que ante la prohibición de cláusulas aceleratorias, ¿resultaría cierto que las entidades bancarias que se dedican al financiamiento de la vivienda deben requerir judicialmente al deudor (Artículo 1.608-3 del Código Civil), previamente a la presentación de la demanda de ejecución? ¿y si no cumplen ese requisito, mal hacen los jueces en librar orden de pago con intereses de mora desde la presentación creyendo que esa constitución en mora la producirá la notificación de la orden de pago o, peor aún, que la cumple la sola presentación de la pieza introductoria según se ha explicado?

En virtud del pacto de la CLÁUSULA ACELERATORIA el acreedor cuenta con la facultad de dar por extinguido el plazo de manera anticipada sin que un juez sea el que lo haga (artículo 69 de la Ley 45 de 1990); y aunque es cierto que existe una Ley especial como la que regula los créditos destinados para vivienda que prohíbe ese pacto accesorio, no por ello se pierde la posibilidad de pactar que el deudor renuncie a los requerimientos judiciales para la constitución en mora.

Es más, ni siquiera hay que pactar la renuncia a esos requerimientos porque lo cierto es que hoy, ante la claridad del artículo 19 de la Ley 546 de 1999, según el cual no se considera de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la demanda judicial, es por ministerio de la Ley que la sola presentación de la demanda ejecutiva tiene la virtud de constituir en mora al deudor.

En consecuencia, si para los procesos contenciosos de conocimiento es la notificación del auto que admite la demanda la que tiene la virtud de constituir en mora al deudor, en los de Ejecución de créditos destinados a vivienda es la presentación de la demanda la que cumple tal calidad.

Contra lo anterior se podría argumentar que no es soportable para el deudor, pues si está en mora en el pago de una cuota mucho mayor será su problema si se le hace exigible la totalidad del crédito y no la parte de las cuotas vencida. Y es cierto, la H. Corte Constitucional, en sentencia T-701 de 2004, dijo al respecto:

"(...) la interpretación (se refiere a la del artículo 42 de la Ley 546 y no a la de la prohibición de la cláusula aceleratoria), desarrolla en mejor forma los principios constitucionales relativos a la protección del derecho a la vivienda. Uno de ellos es el principio de los "gastos soportables", ampliamente desarrollado por la doctrina internacional de los derechos humanos. Así, el comité de derechos económicos, sociales y culturales en su observación general 4, (...) señaló que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada era el concepto de gastos soportables, entendido así:

"*Gastos soportables*. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda". (negritas, cursiva y subrayado fuera de texto).

Pero de otro lado no puede obligarse al acreedor a que tenga que estar demandando a su deudor cada vez que este incurra en mora en los pagos; es decir, presentando sus demandas y desglosando permanentemente de ellas su título ejecutivo. Ello iría en contravía con muchos de los principios básicos del derecho procesal (Economía, celeridad, entre otros).

O que no puede aceptarse es que si el requerimiento Judicial se cumple con la demanda a que se refiere el artículo 19 de la Ley 546, esto es, con la EJECUTIVA, se le permita al acreedor, como ha venido sucediendo en algunos casos, expoliar a su deudor al hacerle exigible la totalidad de la obligación con fundamento dizque en la CLÁUSULA ACELERATORIA CONVENCIONAL que, como vimos, está prohibida en el artículo 19 de la Ley de Vivienda. Esta disposición estipula:

"(...) En los préstamos de vivienda a largo plazo de que trata la presente ley no se presumen los intereses de mora. Sin embargo, cuando se pacten, se entenderá que no podrán exceder una y media veces el interés remuneratorio pactado y solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas. En consecuencia, los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial" (Resultado y subrayado fuera de texto).

Muchos casos suceden como el siguiente:

En una demanda presentada por ejemplo solo hasta el 15 de febrero de 2005, el abogado de la institución demandante afirma que el saldo del crédito es de CUATROCIENTAS MIL UNIDADES DE VALOR REAL (osea aproximadamente 50 MILLONES DE PESOS) y que el deudor está en mora desde el 15 de febrero de 2003, razón por la cual pide que se libere orden de pago no solo por el capital insoluto (400.000 unidades de valor real) sino por los intereses de mora sobre ese saldo desde el 15 de febrero de 2003 a la tasa del 20% anual que es aproximadamente la permitida.

Como la demanda fue presentada el 15 de febrero de 2005, entonces es claro que por el solo concepto de intereses moratorios sobre la totalidad del capital desde el 15 de febrero de 2003 hasta la fecha de la presentación de la demanda se está cobrando una suma cercana a los VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000.00). En otros términos, se le está metiendo la mano al bolsillo del deudor, con la tristeza de tener que ver que muchísimos de nuestros jueces cohonestan esa actitud de los Bancos.

Con toda honestidad creo que cualquier persona, por más desprevenida que sea, entiende el artículo 19 de la Ley 546 en el sentido de que si el Banco quiere cobrar intereses de mora desde fecha anterior a la de la presentación de la demanda, sólo podría hacerlo sobre cada una de las cuotas ya vencidas, mas nunca sobre el saldo total de la obligación.

En resumen, ha de aceptarse que está prohibido el pacto de CLÁUSULAS ACELERATORIAS que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto se presente la correspondiente demanda ejecutiva ante el respectivo Juez sin el requisito de haber requerido y constituido en mora al deudor previamente, pero también es forzoso concluir que NO se puede ACEPTAR que en esas demandas se cobre intereses desde remotas épocas sobre la totalidad del saldo, porque con ello estaríamos patrocinando que los acreedores sorprendan a sus deudores, esto es, que sin que éstos lo sepan se haya optado por declarar vencido el plazo por parte del titular del crédito, quien de ñapa procede a cobrar intereses moratorios sobre el saldo total insoluto desde mucho antes de la presentación de la demanda.

3.1.4.2 Inaplicabilidad del artículo 539 del Código de Procedimiento civil, en materia de citación de acreedores hipotecarios con derecho real sobre un inmueble destinado a vivienda y embargado en procesos ejecutivos quirografarios.

Mucho me temo que si algunas de mis posturas anteriores generarán controversia, y en especial febriles ataques por parte de quienes sirven a los intereses de las instituciones financieras, menos pacífica será aún la que a continuación asumo frente a otro punto neurálgico que no está expresamente en la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999 y que tampoco aparece expuesto en la Doctrina ni en la jurisprudencia. No obstante, el hecho de que no lo esté en una u otra fuente, no impide que luego de un profundo análisis del tema, me comprometa en explicitarlo aquí, dejando eso sí sentado que entre más posiciones contrarias genere, mayor será, afortunadamente, el mérito del esfuerzo.

Comenzaré con un ejemplo sencillo para fines didácticos. Actualmente puede ocurrir que una persona esté frente a dos situaciones: la primera, siendo deudora de otra persona por un préstamo cualquiera; ejemplo, debiendo dos millones de pesos respaldados en una letra de cambio (crédito quirografario); la segunda, siendo deudora de un crédito a largo plazo para la financiación de vivienda, ejemplo, una deuda de TRESCIENTAS MIL UNIDADES DE VALOR REAL UVR--.

Supongamos asimismo que la primera obligación está ya de plazo vencido, esto es, que el acreedor está en su derecho de exigir el pago aún por la vía judicial (procedimiento ejecutivo), mientras que la segunda obligación, por ser de largo plazo y pactada a cuotas periódicas y sucesivas, todas cubiertas puntualmente hasta la fecha, sólo se vence dentro de diez años.

Pues bien, como la deuda de dos millones de pesos ya está vencida y el deudor no ha podido pagar, su acreedor acude ante el juez civil para cobrarla por vía del proceso de ejecución singular y pide como medida cautelar el embargo y secuestro del inmueble habitacional que, a su vez, está respaldando el crédito de vivienda a largo plazo, valga decir, que está hipotecado a favor del Banco Comercial.

Dentro del proceso de ejecución singular el Juez decreta el embargo y secuestro de la casa o apartamento donde el deudor reside con su familia. Inscrito el embargo y allegado al proceso ejecutivo el Certificado de Tradición, el juzgado que ordenó la medida se entera en ese preciso instante de la inscripción de la Hipoteca a favor del Banco Comercial o acreedor del crédito de vivienda a largo plazo.

Sin que importe que la obligación hipotecaria con el Banco esté al día, es decir, que el deudor ha venido cubriendo puntualmente las cuotas, el Juez que conoce del proceso quirografario toma en sus manos el Código de Procedimiento Civil cuyo artículo 539 le ordena de manera perentoria:

"Artículo 539. Citación de acreedores con garantía real. *Si del certificado del Registrador de instrumentos públicos aparece que sobre los bienes embargados existen garantías prendarias o hipotecarias, el juez ordenará citar a los respectivos acreedores, cuyos créditos se harán exigibles si no lo fueren, para que los hagan valer bien sea en proceso ejecutivo separado con garantía real o en el que se les cita, dentro de los treinta días siguientes a su citación personal (...).*" (Cursivas y subrayado fuera del texto)

Nótese que la expresión "cuyos créditos se harán exigibles si no lo fueren", nos está mostrando otra forma de CLÁUSULA ACELERATORIA distinta a la pactada o convencional explicada anteriormente, esto es, la CLÁUSULA ACELERATORIA FORZOSA, o por ministerio de la Ley.

En otras palabras, la misma ley que debería estar protegiendo el derecho constitucional y que debería estar a tono con la doctrina internacional sobre los derechos humanos y con el principio de los gastos soportables del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, lo que hace en realidad es echar en saco roto todos esos elementales principios que han sido el resultado del desarrollo histórico del derecho, conseguido no propiamente de manera pacífica sino como resultado de prolongadas luchas.

Y en efecto, el Juez civil cita al Banco comercial, acreedor hipotecario, quien en ejercicio de sus facultades opta por demandar a su deudor haciéndole exigible la totalidad de la obligación.

Términos más términos menos, el juez, al dar "cumplimiento a la Ley" cuando lo correcto debería ser abstenerse de aplicar el citado artículo 539 del Estatuto Procesal Civil, propicia una situación en la cual el deudor ya no se ve enfrentado con urgencia a arreglar la deuda quirografaria mínima, sino también a que de la noche a la mañana tenga que conseguir recursos para solucionar la obligación mayor que perfectamente estaría superando los CUARENTA MILLONES DE PESOS, so pena de perder el derecho a la tenencia de su vivienda. Y con ello, tristemente se olvida el operador jurídico del precedente constitucional sentado, a manera de ejemplo, en la Sentencia C-936 de 2003, oportunidad aquella en la que nuestro más alto Tribunal de Justicia, reiteró:

"El derecho a la vivienda digna (...) incluye elementos que comportan la seguridad de su goce. De tales elementos surgen deberes específicos para el Estado. Sin perjuicio de la necesidad de disposiciones sobre planeamiento urbano y utilización del suelo y sobre la oferta de bienes y servicios (servicios públicos, sanidad, ubicación de hospitales y escuelas, etc), el Estado tiene la potestad de dictar (sic) una legislación que (i) **garantice seguridad en la tenencia de vivienda** y (ii) **que establezca sistemas de acceso a la vivienda**. El mandato de cubrir estos aspectos no se reduce a una sola ley en materia de vivienda, sino que conduce a un sinnúmero de reglas jurídicas que atañen a la protección del derecho a la vivienda digna. Tales reglas pasan por ámbitos civiles y comerciales generales, reglas de financiación dirigidas al sector público y al privado, etc".

Por lo menos para el gusto de quien estas líneas redacta, no puede ser posible que por falta de esas normas generales en los ámbitos civiles y comerciales, los jueces sigan creyendo que todavía es aplicable el artículo 539 del Código de Procedimiento civil aún sin distinguos de ninguna naturaleza, cuando la verdad incontrastable es que su aplicación para el caso específico de la vivienda comprometida en un crédito destinado a la misma y, por ende, hipotecada a favor de una entidad Bancaria, atenta contra la **seguridad en la tenencia de la vivienda**.

Y más lamentable aún es tener que ver, como lo he visto en los estrados Judiciales, que a raíz del embargo que recae en un proceso Ejecutivo aún de mínima cuantía y quirografario, el deudor no sólo se somete al embargo de su vivienda, sino al hecho de que le hagan exigible "**por ministerio de la Ley**", la **obligación hipotecaria en UNIDADES DE VALOR REAL** que, hecha la conversión a moneda legal colombiana, supera cualquier posibilidad de salir del "atoyadero" en que lo ha colocado no sólo su acreedor sino también el Juez.

Hoy con la vigencia de la Ley 546 y con la supremacía del derecho que ella prohija, valga repetir, el derecho a una vivienda digna, sostengo que **no pueden los jueces seguirse manteniendo al margen como aún lo hacen**, y menos teniendo en sus manos nada menos que la posibilidad de dar aplicación a la amplia doctrina internacional sobre los derechos humanos.

¿Dónde queda el principio de los Gastos soportables cuando un juez actúa de esa manera haciéndole imposible al deudor el disfrute del derecho a una vivienda digna para sí y para su familia?

Aquí, y aún con mayor fuerza a favor de la tesis de la inaplicabilidad del artículo 539 del Código de Procedimiento Civil cuando de por medio está el derecho a la vivienda de los Colombianos, vuelvo a echar mano de los fundamentos expuestos por la H. Corte Constitucional en las sentencias T-606 de 2003 y T-701 de 2004, revistiendo particular importancia el siguiente aparte de la última sentencia, el cual prohija en mi parecer el planteamiento que estoy haciendo:



"El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos en donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar"

Precisamente la posibilidad de seguir aplicando una cláusula aceleratoria por ministerio de la Ley como es la que consagra el artículo 539 del Código de Procedimiento Civil, es la muestra más fehaciente de que siempre que un juez proceda conforme al tenor literal del artículo en estudio, estará haciendo incurrir al deudor en gastos que no son soportables para él y que, de contera, esa desproporcionada carga, cual efecto dominó, redundará fatalmente en el equilibrio familiar, y se constituirá en un atentado contra los objetivos y criterios de la Ley 546, ampliamente expuestos en su artículo 2º, así:

"Art. 2º. Objetivos y criterios de la presente ley. El Gobierno Nacional regulará el sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo para fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna, de conformidad con los siguientes objetivos y criterios:

1. Proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda,

3. Proteger a los usuarios de los créditos de vivienda (...)",

Y que no vengan en mi contra las rimbombantes tesis de quienes sostienen que por defender los derechos del deudor e insistir en la inaplicabilidad del artículo 539 del Código procesal Civil, me estaría inclinando por "invitar a los jueces" a que vulneren el derecho de acceder a la justicia de que son también titulares los Bancos. En caso error incurrirían si esa fuera su argumentación, puesto que por sabido se tiene que en materia de créditos hipotecarios, las instituciones financieras conservan los derechos de persecución y de preferencia que les da la Ley. Además obsérvese que si un juez acucioso y sabio que se enfrenta a una situación como la ilustrada, opta por no citar al acreedor real, entonces si se remata el bien en el proceso quirografario, seguirá en todo caso dicho acreedor conservando su derecho de dirigirse posteriormente en la acción ejecutiva contra la persona que remate el bien raíz. ¿No? Entonces, ¿para que el contenido del artículo 554 del C. de P.C.? ¿A caso quien remata no lo hace con el conocimiento de la hipoteca? Y para culminar cualquier controversia, ¿qué tal que el rematante, quien no es más que un adquirente a título de compraventa, se haga adjudicar el bien con la intención de procurarse una vivienda y anteponerle al Banco el derecho a la Subrogación prevista en el párrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546 de 1999?, ¿tendría el banco la facultad de negarse a ello?

Volviendo a "arañar" algo de la sentencia T-701 de 2004 de la H. Corte Constitucional, permítaseme insistir en que sería una falacia creer que a las entidades financieras se les vulneraría derechos fundamentales. Dice textualmente esa interesante providencia de la que fue su ponente el Doctor RODRIGO UPRIMNY YEPES:

"(...) Así, los derechos en conflicto son el acceso a la justicia de las entidades financieras y el derecho a la vivienda digna de los deudores hipotecarios. Ahora bien, la tesis sostenida por el actor y por la Sala de Casación Civil (...) aunque favorece el derecho de acceso a la justicia de las entidades financieras, en muchos casos implica la imposición de gastos insoportables a los deudores, quienes muy probablemente terminarían perdiendo la vivienda, lo cual no sólo afecta considerablemente el derecho a la vivienda digna, sino que además terminaría desconociendo uno de los propósitos esenciales de la Ley 546 de 1999, que fue restablecer la capacidad y posibilidad de pago de dichos deudores. Por el contrario, la tesis (...) no tiene efectos tan traumáticos sobre el derecho de acceso a la justicia de las entidades bancarias (...), las mismas gozan, por ministerio de la Ley, de iguales garantías para perseguir el cumplimiento de la obligación. Es decir los títulos ejecutivos fueron convertidos, ope legem, de Upac a Uvr, **permaneciendo también la garantía real de hipoteca sobre los bienes inmuebles**".

Queda otra alternativa para plantear y que podría blandirse cual espada contra la proposición hecha: consiste ella en que el Código de Procedimiento Civil, en todo caso, impone como **causal de nulidad** "el no practicar en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio público en los casos de Ley (numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil). Así pues, según los procesalistas, estaríamos ante el hecho de que los artículos 140-9, 314-2 y 539 del Código adjetivo, por ser desarrollo legal del principio constitucional del Debido proceso, dan lugar a nulidad cuando el juez se abstenga de citar al acreedor hipotecario.

Todavía más, esgrimirían los procesalistas que en contra de los legítimos derechos del acreedor real se podría presentar el fenómeno de la purga de la hipoteca prevista en el artículo 2.452 del Código Civil, lo cual sería, además de absurdo, constitutivo de vulneración de sus derechos fundamentales. Veamos tal norma para poder controvertir esa aseveración.

“ART. 2.452. La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.

Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez.

Mas para que esta excepción surta efecto a favor del tercero, deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término de emplazamiento de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate, en el orden que corresponda (...) (Subrayado y resultado no están en el texto).

He ahí que las disposiciones tanto del Código de Procedimiento Civil como las del Código Civil, deben hoy armonizarse con lo estatuido por la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999.

En primer lugar, el Código Civil jamás plantea nulidad en el caso de que se remate sin la citación del acreedor hipotecario (inciso tercero del artículo 2452) pues allí no hay una prohibición legal sino la manifestación categórica en el sentido de que frente al acreedor hipotecario sólo surtirá efectos la adquisición hecha por el tercero en subasta ordenada por el Juez, cuando se **haya citado personalmente a dicho acreedor**. Es decir, mientras la falta de notificación o de citación personal del acreedor hipotecario genera nulidad al tenor del Código de procedimiento Civil (Artículos 140, 314 y 539), bajo el imperio del Código Civil (Artículo 2.452) lo que se genera es el fenómeno de la **inoponibilidad del acto del remate o de la adquisición del Tercero, quien no podrá alegar en su favor la purga de la hipoteca**.

Pues bien, en la actualidad, con la vigencia del principio de los gastos soportables a favor del deudor y con la entrada en rigor de la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999, **perdió aplicabilidad la nulidad procesal para dar paso a la inoponibilidad**, con lo cual no se afecta el acreedor como tampoco el deudor, y menos aún el tercero. No pensar así sería negarse a ver las normas como partes de un sistema, creyendo que cada una de ellas o que cada Código es una isla aparte.

No hay que andar dando palos de ciego; la única realidad hoy es que las entidades financieras, en contravía con lo que constituye el objeto social de su empresa claramente esbozado en los Estatutos debidamente registrados en las Cámaras de Comercio y en la Superintendencia Bancaria, y con el aval de la ley y de muchos jueces por desgracia, encuentran en el proceso judicial un escenario para burlar la legalidad y obtener jugosas ganancias adicionales a las que les otorga su actividad económica, pues acuden a los juicios de ejecución no sólo como demandantes sino con la finalidad de hacerse adjudicar los inmuebles por precios pírricos que luego multiplican considerablemente como ingresos a través de la **VENTA DE LOS INMUEBLES**.

4. CASUÍSTICA

En uno de los Juzgados Civiles de Circuito de Tunja se adelantó un proceso ordinario contra una entidad Bancaria de la misma ciudad; dicho proceso persigue que se declare responsable a la entidad financiera de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de la negativa del Banco a aceptarlos como subrogatarios de una deuda hipotecaria contraída para la adquisición de vivienda, pues desde el mes de septiembre de 1999 vienen atendiendo la obligación como consecuencia de haber adquirido el inmueble que dio lugar al crédito otorgado al antiguo dueño del mismo. Subrogación que los actores reclamaron con fundamento en el parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999.

Pese a que desde el 18 de Diciembre de 2000 los interesados radicaron en el Banco toda la documentación que les exigió para efectos de la subrogación y demostraron tener capacidad de pago, el acreedor les negó el derecho con “argumentos” meramente evasivos como los siguientes:

En primer lugar, adujo que la solicitud de subrogación no reunía los requisitos de ley sin especificar cuáles; en segundo lugar, a raíz de una queja que elevaron los actores ante la Superintendencia Bancaria y por requerimiento

de ésta, la entidad renuente esgrimió que si bien la Ley de vivienda establecía como exigencias el estar cumpliendo la obligación en lugar del deudor original y tener capacidad de pago, también existían requisitos adicionales en los reglamentos internos del Banco que impedían aceptarles la petición. En tercer lugar, cuando el Banco fue demandado, al contestar la demanda aceptó ante el Juez que los solicitantes si reunían los requisitos para hacerse acreedores a la subrogación pero que "lamentablemente" la petición la habían elevado por fuera de los tres meses de término que establece la Ley 546 en su artículo 39 parágrafo 2º: término éste que desde casi un año antes de la demanda, con ocasión de la Sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000, había sido declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional.

Finalmente, en la audiencia de conciliación que se celebró dentro del proceso, la entidad demandada propuso como fórmula de arreglo para dirimir el conflicto que aceptaría la subrogación siempre y cuando sus demandantes pagaran por anticipado el equivalente al 30% del saldo de la obligación y aceptaran además crear otra por el monto restante, es decir, aceptó conciliar pero a condición de que se hablara en términos de **NOVACIÓN** y no de **SUBROGACIÓN**.

El proceso se inició en el mes de agosto de 2001, es decir, año y medio después de la entrada en vigor de la Ley 546; actualmente se encuentra finiquitado, pues se profirieron sentencias de primer y segundo grado, en las cuales el Banco fue condenado a indemnizar los perjuicios que originó a los demandantes.

Como quiera que el proceso aludido contribuirá a aclarar más aún el tema tratado en este trabajo y muy seguramente podrá ser de utilidad para los dedicados a la disciplina del derecho profesores y estudiantes-, a continuación transcribo tanto la demanda como los respectivos fallos de primer y segundo grado (la radicación de primera instancia correspondió al Número 2001-0174 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, en tanto que la Segunda, surtida ante la Sala Civil-Familia del H. Tribunal Superior de la misma ciudad fue la No. 2003-0329-1).

4.1 La Demanda

Originada por subrogación pasiva en créditos para vivienda (Ley 546/99).

Señor:
JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO (Reparto)
Tunja (Boyacá).

REF: DEMANDA ORDINARIA DE MAYOR CUANTÍA.
DTE: A.L.G.R..
DDO: BANCO POPULAR SUCURSAL TUNJA.

GERMÁN ALBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, vecino de Tunja, abogado inscrito e identificado como aparece al pie de la firma, haciendo uso del poder que me ha conferido de manera legal la señora A.L.G.R., acudo a su despacho para formular la demanda que a continuación relaciono.

DEMANDA

Se trata de una demanda **ORDINARIA DE MAYOR CUANTÍA**, regulada en el **TÍTULO XXI, CAPÍTULO II, ARTÍCULO 398 Y SS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**.

PARTE DEMANDANTE:

A.L.G.R., quien es mayor, vecina y residente en Tunja, Barrio "JOSÉ JOAQUÍN CAMACHO", calle 48 No. 8-21 Bloque B-1 Apartamento 204 del Conjunto Residencial "MULTIFAMILIARES CERROS DEL NORTE".

APODERADO JUDICIAL:

GERMÁN ALBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, abogado inscrito e identificado como aparece al final de este escrito, vecino de Tunja (Boyacá).

PARTE DEMANDADA:

BANCO POPULAR, sucursal Tunja, persona Jurídica de carácter privado, legalmente representada por el señor **JOSÉ ORLANDO MORA CASTRO**, mayor y vecino de esta ciudad, o por quien haga sus veces al momento de la notificación respectiva.

CAPÍTULO I

LAS PRETENSIONES

En sentencia que haga tránsito a cosa Juzgado y con citación y audiencia de la parte demandada, sírvase señor Juez hacer las siguientes declaraciones:

PRIMERA: Que el **BANCO POPULAR**, persona jurídica de carácter privado, representado legalmente en Tunja por el señor **JOSÉ ORLANDO MORA CASTRO**, o por quien haga sus veces al momento de la notificación, es **civilmente responsable** de los perjuicios ocasionados a **A.L.G.R.**, como consecuencia del incumplimiento de su obligación legal (**artículo 39 de la Ley 546 de 1999**), de **ACEPTAR** a dicha señora, mi poderdante, como **SUBROGATARIA DE LA OBLIGACIÓN HIPOTECARIA No. 702604 (Crédito No. 25015002139 DEL 02 DE ENERO DE 1998)**, cuyo titular actual es el Dr. (...).

"SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración condenar a la entidad demandada al pago, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo disponga, de los **perjuicios materiales y morales** causados a la demandante como consecuencia de la **vía de hecho** en que ha incurrido aquélla, así:

POR PERJUICIOS MATERIALES:

El equivalente en moneda legal colombiana para la fecha de su efectivo pago a **CUARENTA MIL UNIDADES DE VALOR REAL (40.000 UVR)**, monto este que de manera pristina aclararé en los hechos 9 y 15 de esta demanda.

POR PERJUICIOS MORALES:

A la suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$ 10.000.000.00)**, derivada de la pérdida de su prestigio como compradora del inmueble hipotecado para garantizar la obligación a que me referiré posteriormente, y de la presión a que ha sido sometida por la conducta del Banco demandado, toda vez que, aún a pesar de su responsabilidad y de los esfuerzos que ha hecho para darle cumplimiento a un contrato celebrado con el Dr. (...), la negativa de la institución Bancaria con relación a la **subrogación de que trata el artículo 39 de la Ley 546 de 1999**, la ha puesto ante una eventual **resolución** del contrato contenido en la **Escritura Pública No. 2.402** del 30 de septiembre de 1999. **Perjuicios estos a los que me referiré y demostraré en el hecho 16 de este libelo introductorio.**

"TERCERA: Disponga señor Juez que mi mandante está facultada para **compensar** a la obligación hipotecaria que mencionaré posteriormente, el monto de las condenas que, de conformidad con la pretensión anterior, resulten a cargo del **BANCO POPULAR** a favor de **ANALUCÍA GAONA RODRÍGUEZ**.

"CUARTA: Condenar a la parte demandada al pago de las costas del proceso en caso de oposición.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS FACTICOS:

Las peticiones del capítulo I de este escrito, encuentran fundamentos en los hechos que a continuación relato:

1-. Desde el año de 1997, tal como lo acreditan los documentos que aportó a esta demanda, en especial los certificados de tradición de los inmuebles con matrícula No. **070-102293** y **070-102376 (apartamento y parqueadero, respectivamente)**, entre el señor (...) y el **BANCO POPULAR** de Tunja (mutuante), se celebró un **CONTRATO DE MUTUO ONEROSO**.

2-. El contrato de mutuo se perfeccionó el día 02 de enero de 1998 con la **obligación hipotecaria No. 702604, crédito No. 2501500-2139** destinado a la adquisición de vivienda individual con financiación a largo plazo, para lo cual el señor (...) suscribió la **Escritura de Hipoteca No. 3164** del 22 de octubre de 1997 de la Notaría Primera de Tunja a favor del **BANCO POPULAR**, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de Tunja el 30 de Diciembre de 1997 bajo los folios de matrícula **Nos. 070-102293 y 070-102376**.

3-. Los inmuebles objeto del gravamen hipotecario son los siguientes:

A. El apartamento No. (.....), alindado así: (.....)

B. El parqueadero Número (.....), comprendido dentro de los siguientes linderos (.....)"

4. El señor (.....), mediante **Escritura pública No. 2402** del 30 de septiembre de 1999 de la Notaría Primera del círculo de Tunja, registrada el 12 de Octubre de 1999 en la Oficina de Instrumentos públicos de la misma ciudad a los folios de matrícula Nos. **070-102293** y **070-102376**, transfirió a título de venta los inmuebles relacionados en los literales A y B del hecho 3 de esta demanda, a la señora **A.L.G.R.** El precio de venta, para los efectos que más adelante se especificarán, se acordó así: La suma de **VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$ 20.800.000.00)** y la **obligación de la compradora de subrogarse por el saldo de la deuda adquirida por el vendedor con el BANCO POPULAR; de lo cual da absoluta fe la cláusula TERCERA de la Escritura en mención.**

5. Con anterioridad a la fecha de la compra que del inmueble hizo mi poderdante (.....), la obligación hipotecaria presentaba un saldo en mora por cuotas atrasadas que ascendía a la suma de **\$ 1.790.000.00** y que fue cubierto por mi poderdante desde el día 13 de septiembre tal como lo acredita el comprobante de pago que deberá exhibir la entidad demandada de conformidad con el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil. Con posterioridad a este pago, mes a mes, mi mandante ha venido sufragando cumplidamente las cuotas del crédito hasta la presente fecha, aún por encima de la proyección que para los años 2000 y 2001 envió el Banco Popular y que allego con la demanda.

6. En Diciembre de 1999, como es de conocimiento público, entró en vigencia la **ley 546**, que vino a fijar los principios y objetivos dentro de los cuales, en lo sucesivo, se desenvolvería todo lo relacionado con la adquisición y financiamiento de los créditos a largo plazo para la adquisición de la vivienda en Colombia; todo ello debido a la declaratoria de inexequibilidad de que había sido objeto el sistema de la UPAC, instituido desde los años 70s.

7. La Ley 546 no solo fijó una política marco para los créditos de vivienda a largo plazo sino que, partiendo del reconocimiento de un enriquecimiento injusto y prolongado por largos años de las instituciones financieras a costa de los deudores, fue más allá al crear la **UNIDAD DE VALOR REAL** que sustituiría a la UPAC, y al ordenar la **conversión y reliquidación** de todos los créditos acordados en UPAC. Asimismo, consagró un **alivio a cargo del Estado**, el cual se haría efectivo como abono a todas las obligaciones de esa naturaleza.

8. Pues bien, al crédito No. 702604 de Enero de 1998 u obligación hipotecaria No. 2501500-2139 a nombre de (.....), pero que con anterioridad a la vigencia de la Ley 546 de 1999, viene cubriendo la señora **A.L.G.R.**, le fue **asignado un alivio o abono desde enero 1° de 2000 por la suma de \$ 5.049.485.00.**

9. No obstante que la **escritura pública No. 2402**, por la cual **ANA LUCIA GAONA RODRIGUEZ** adquirió los inmuebles mencionados en el hecho 3, fue inscrita en el registro público desde el 12 de octubre de 1999 y que para los efectos legales le es oponible a todo el mundo incluido el mismo acreedor, el Banco retiró el alivio o abono de la obligación, privando a mi poderdante del mismo; y en respuesta a las ya múltiples reclamaciones efectuadas por mi prohijada la señora **A.L.G.R.** ha venido diciendo lo siguiente:

a). Que al crédito hipotecario 250-1500-2139 le fue retirado el alivio por **\$ 5.049.485.00** aplicado el 1° de Enero de 2000 y que dicho retiro provocó un aumento en el valor de las cuotas a partir de dicha fecha que, frente al valor de las cuotas pagadas desde esa oportunidad (Enero 1° de 2000), dio como resultado un saldo de varios meses en mora como quiera que los pagos, por no cubrir el valor de los intereses y de las primas de seguros, fueron aplicados como abonos al capital de la deuda; que por lo tanto, estando la obligación con cuotas atrasadas, requerían su normalización o pago de manera inmediata (**Oficios 901-13199-00 del 04 de octubre de 2000 y 901-15506-00 del 27 de noviembre de 2000**).

Según el Banco, entonces el crédito se encuentra con saldos en mora **pero no porque mi cliente haya dejado de cancelar las cuotas aún por encima de la proyección que de las mismas hizo la entidad en documento que le remitió y adjunto a esta demanda, sino como consecuencia del retiro del abono o alivio con que se había beneficiado el crédito.** Y en efecto, tal retiro se verifica de la simple comprobación de los **AVISOS DE VENCIMIENTO DE CARTERA** de los meses de octubre y noviembre de 2000, toda vez que en el primero de ellos aparece un saldo total de la obligación, en **UNIDADES DE VALOR REAL**, de 344.956,8572, en tanto que en el segundo, no obstante el pago efectuado el 03 de octubre de ese año por \$ 518.400.00, se reporta otro saldo en UVR por 382.393.5587, lo que significa un aumento aproximado en **UNIDADES DE VALOR REAL** de **CUARENTA MIL (40.000)**, y de lo cual se infiere que la condena impetrada en la pretensión **SEGUNDA** de esta demanda es el resultado de un hecho real y materialmente demostrado. (tales comprobantes de aviso de vencimiento de cartera de los meses de octubre y noviembre de 2000, para los efectos de acreditar el retiro del alivio, los allego en copias auténticas).

b). Pero lo que más sorprende de las respuestas dadas por el Banco a mi mandante, es que en nota 901-1465-00 del 23 de octubre de 2000, firmada por la Asistente de cartera UCH, se le cursa a la señora A.L.G.R. la siguiente invitación: "El parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley de vivienda prevé la posibilidad de subrogar primero la obligación y luego obtener el beneficio (es decir, recuperar el alivio) siempre y cuando el solicitante acredite que viene atendiendo una obligación a cargo de otra persona natural o jurídica y demuestre tener la capacidad de pago adecuada, por ello, los **adquirentes del inmueble pueden acercarse a la oficina de radicación del crédito con la documentación exigida por el Banco para el trámite y estudio de la subrogación**".

Si se interpreta sanamente la norma, en ningún momento ella limita la subrogación a requisitos distintos de los siguientes: a). Capacidad de pago, y b). Que el tercero acredite que viene atendiendo una obligación a cargo de otra persona natural o jurídica. Estos dos requisitos, como se verá a continuación los cumplía mi poderdante el 18 de Diciembre cuando junto con su esposo radicó en el Banco todos los documentos tendientes a la SUBROGACIÓN; es más, aún hoy los cumple.

10-. Con todas las diligencias y trámites engorrosos que exigen los Bancos, y con la cantidad de documentos que suelen también pedir, **mi asistida radicó la totalidad de los papeles necesarios para dicha subrogación el 18 de Diciembre de 2000** tal como lo demuestro con el **oficio C-250-0009-00 de dicha fecha**, enviado por el Jefe de la División de crédito de la sucursal Tunja del Banco a las oficinas del mismo en Bogotá D.C., dando relación de todos y cada uno de los documentos aportados para dicho fin. Entre los requisitos exigidos, aparecen los certificados laborales tanto de mi poderdante como de su esposo, acreditando ingresos conjuntos superiores a TRES MILLONES DE PESOS (\$ 3.000.000.00) mensuales.

11-. Con la carga psicológica que implica el tener que esperar el tiempo necesario para recibir noticias del trámite impartido a la *subrogación*, y con la presión ejercida por el Banco cada vez que los solicitantes se acercaban mes a mes a averiguar por el valor de la cuota a cancelar por el período respectivo, pues allí los presionaban con valores de pago elevados **dizque por la mora**, llegó finalmente la noticia más insultante que persona alguna pueda recibir, máxime si se trata de gentes cultas, cumplidoras y enteramente profesionales como lo son los solicitantes. Resulta que el 02 de mayo de 2001 (5 meses después de la radicación de los documentos), se remitió a nombre de A.L.G.R. la nota 901-4689 2001, cuyo lacónico contenido que firma la coordinadora de crédito individual, es el siguiente:

"En atención a la solicitud de la referencia, me permito comunicarle que de acuerdo con el análisis efectuado, se decidió negar su solicitud de crédito, debido a que no cumple con los requisitos exigidos por el Banco. Por lo tanto le estamos haciendo envío a través de la oficina de la "promesa de compraventa" para que por favor se sirva reclamarla".

¿Cuál solicitud de crédito se negó si lo que los esposos estaban pidiendo era que se les aprobara la SUBROGACIÓN con fundamento en el artículo 39 de la Ley 546 de 1999? ¿Cuál promesa de compraventa tenían que retirar del Banco si son dueños del apartamento que garantiza la obligación 250 1500 2139 y acreditaron no solo que venían cumpliendo, para la fecha de vigencia de dicha ley, y aún lo vienen haciendo, con la obligación a cargo de otra persona natural, sino también la solvencia económica que garantizaba el cumplimiento de los pagos? ¿Cuáles requisitos, distintos a los que de manera objetiva consagra el artículo 39 de la Ley 546, son los que está exigiendo el Banco? ¿A caso en materia de adquisición y financiamiento de vivienda a largo plazo, y más concretamente para una subrogación en créditos de esa naturaleza, además de tales requisitos del artículo 39 de la ley en cita, pueden los Bancos por vía de reglamentación interna exigir otros, no para facilitar la situación de los terceros adquirentes del inmueble, sino para hacerles más engorrosas sus posibilidades de acceso a una vivienda digna?

12-. Mi mandante, no contenta, como es apenas obvio, con la "respuesta" que recibió, se dirigió en queja a la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, quien en nota del 15 de Junio de 2001, expresó:

"Sobre el particular hemos procedido a trasladar su petición a la entidad mencionada (BANCO POPULAR) instruyéndola en el sentido que le responda por escrito directamente a usted, de acuerdo con los parámetros señalados en nuestro requerimiento y dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes contados a partir de la fecha de este oficio"

13-. Todavía más exasperante es la respuesta que dio el Banco con motivo del requerimiento que le hizo la Superintendencia Bancaria, toda vez que en nota 901 8384 2001 del 29 de Junio del año en curso (2001), manifestó:

"En respuesta a su comunicación, donde nos manifiesta su inconformidad sobre la negativa del Banco en aceptar la solicitud de subrogación del crédito (...) me permito "realizar los siguientes comentarios:

"Si bien es cierto que el parágrafo 2 del artículo 39 de la Ley 546 de 1999 establece unos requisitos para determinar cuándo es viable una subrogación, no es menos cierto que otras normas que regulan el tema de otorgamiento de créditos en las entidades financieras, también deben ser observadas y acatadas".

Y a continuación de esa introducción, de manera "concreta" responde el Banco con un argumento que solo demuestra desconocimiento tanto de las cláusulas de la Escritura por la cual mi poderdante adquirió el inmueble, como de lo necesariamente objetivos que resultan ser los verdaderos requisitos que exige el parágrafo 2 del artículo 39 de la Ley 546 de 1999. Dice:

"Al evaluar los documentos que reposan en la solicitud de crédito 250-1500213-9, el Banco comprobó que el precio de venta del inmueble ubicado en la calle 48 No. 8-21 apto 204 Garaje 6 (sic), está muy por debajo del valor comercial del mismo, situación que jurídicamente puede generar contratiempos para el Banco en relación con su garantía".

Y como para exteriorizar su incomodidad por las justas peticiones de los deudores, el Banco termina su nota con un tinte ofensivo, así:

"Asimismo, le recuerdo ponerse al día, ya que "su crédito" a la fecha se encuentra vencido en 6 cuotas en mora por un valor aproximado de \$ 3.783.162.00".

¶ Pero si es que esa supuesta mora, como bien lo he determinado en hechos anteriores, y como también lo acepta el mismo banco, no tiene su génesis en falta de pago, pues las cuotas siempre se han venido cancelando mes a mes, sino en el retiro del alivio de que trata el artículo 39 de la Ley 546 de 1999, y en la imposibilidad de su recuperación a raíz de la negativa injustificada, ilegal, arbitraria y caprichosa de la institución bancaria a darle a la SUBROGACION el alcance que tiene en la Ley 546 de 1999 y el que le ha dado la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000!

14. Existe una completa falta de seriedad y de honestidad de parte del Banco Popular, lo cual debe traducirse en una sanción ejemplarizante no solo por transgredir la Ley, sino también por los perjuicios de índole material y moral que le ha irrogado a mi mandante; y si no fuera así, cómo explicar entonces que en nota anterior se hubiera dirigido a mi cliente invitándola a tramitar la subrogación e insistiéndole en que para obtenerla debía acreditar lo que exige el artículo 39 de la Ley 546 de 1999 (Nota del 23 de octubre de 2000, mencionada en el hecho 9 de esta demanda), y ahora venga a decir, primero, que se niega el crédito por no reunir los requisitos legales, y segundo, cuando la Superintendencia Bancaria lo requiere, conteste que es porque la demandante compró el inmueble que garantiza la obligación por un precio muy inferior al que comercialmente tiene. ¿Acaso la garantía no sería la misma que otrora le dio el anterior dueño del apartamento y de su garaje? ¿Acaso el precio pagado es verdaderamente bajo si se tiene en cuenta que al vendedor se le entregaron \$ 20.800.000.00 con el compromiso de seguir pagando una obligación que para entonces superaba los \$ 35.000.000.00?

15. Los **PERJUICIOS MATERIALES** que se han ocasionado a la compradora del inmueble hipotecado se aprecian de la siguiente manera:

Tal como se explicó, el alivio que inicialmente recibió el crédito fue de \$ 5.049.485.00 y su retiro según avisos de vencimiento de cartera de los meses de octubre y noviembre de 2000 generó un incremento del saldo de la obligación de CUARENTA MIL UNIDADES DE VALOR REAL, pues en el primer aviso de vencimiento (octubre de 2000) tal saldo era de 344.956,8572 UVR, en tanto que en el segundo aviso de vencimiento (noviembre de 2000), no obstante el pago de la cuota de octubre por \$ 518.000.00, el saldo se incrementó a 382.393,5587 UNIDADES DE VALOR REAL.

A ese monto incrementado y cercano al equivalente de 40.000 UNIDADES DE VALOR REAL por causa del retiro del abono, se suman los gastos ocasionados a mi cliente durante cerca de un año que lleva luchando por la subrogación.

PRINCIPIA JURIS



Con respecto a los demandantes (.....), desestimada una supósita relación contractual como condición de legitimidad coincidente con la titularidad de la pretensión sustancial subyacente, como ya se anotó, si reúnen las calidades para legitimarse por activa en esta especial relación, acreditada su condición de compradores del inmueble hipotecado que garantiza un crédito individual de vivienda a largo plazo, de cuyo crédito pretendían subrogarse, por estarlo atendiendo.

(...)

LAS PRUEBAS.

Particularmente, es la prueba documental la idónea para la demostración de los hechos, la cual, además de controvertida, fue profusa y oportunamente aportada, razón por la que se analizará en su individualidad y de conjunto (...).

a. Escritura pública No. 2.402 del 30 de septiembre de 1999, por medio de la cual A.L.G.R adquiere la propiedad del inmueble (apartamento) ubicado en la calle 48 8-21, Conjunto Multifamiliar Cerros del Norte, que expresamente indica que dicho inmueble soporta una hipoteca que garantiza la obligación con el Banco (...), crédito que desde esa fecha es de cargo de la compradora (...). Este documento prueba plenamente que la señora A.L.G.R para el 31 de diciembre de 1999, se encontraba atendiendo este crédito que estaba a nombre de U.F.B.C.

b. Certificación expedida por el Banco demandado (F. 33), que da cuenta de esta misma situación, al señalar que A.L.G.R viene abonando las cuotas correspondientes al crédito que aparece a nombre de U.F.B.C, desde el mes de septiembre de 1999.

c). Se aportó por la misma entidad demandada copia autenticada de la solicitud de Subrogación individual del crédito, datada en diciembre 18 de 2000, que suscriben A.L.G.R. y J.J.Y, como subrogatarios, con la cual quedó formalizado el trámite o requerimiento ante la entidad.

Con respecto a la capacidad de pago debida, con estos mismos documentos están demostrando que entre los aspirantes a la subrogación colmaban este presupuesto, pues para la época los dos solicitantes testimoniaban ingresos mensuales superiores a \$ 2.500.000.00. Pero la prueba fehaciente de su solvencia económica es la puntualidad de éstos en el pago de sus cuotas mensuales, circunstancia que avala el mismo Banco y que hasta hoy se mantiene desde cuando se responsabilizaron de dicho crédito. Es más, desde que adquirieron el inmueble (30 de septiembre de 1999) hasta la fecha de presentación de la solicitud de subrogación del crédito (18 de diciembre de 2000) mantuvieron el crédito al día, hecho notorio para el Banco que acreditaba más aún la seriedad y responsabilidad de los subrogatarios.

d). Sin embargo de todo ello, la entidad Bancaria cuatro meses y medio después, le comunica a los interesados que la "solicitud de crédito" les fue negada porque no cumplía los requisitos exigidos por el Banco, requisito que en últimas (sic) se argumentó en que el precio de la venta del inmueble estaba muy por debajo del valor comercial del mismo y podía generar contratiempos para el Banco.

DE LA SUBROGACIÓN.

Desde el punto de vista legal, esta figura consiste en la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le pago (Art. 1.666 C.C.).

Es decir, es la transmisión de **obligaciones activas**, donde un segundo acreedor pasa a ocupar el lugar que tenía un primer acreedor.

Otra operación bien distinta es la **cesión de obligaciones pasivas** conocida como **asunción de deuda**, que nuestros Códigos no contemplan en forma general; excepcionalmente en algunos casos aislados (Art. 2020 y 2004 C.C.).

Empero, el parágrafo 2º del Art. 39 de la Ley 546 de 1999, prevé una especial subrogación legal de obligaciones crediticias pasivas, al darle la oportunidad a quien de hecho, a nombre de otro deudor esté atendiendo el crédito ante la entidad financiera, de que se le transfiera la deuda.

Así pues, por analogía, para el caso particular son aplicables las reglas de la subrogación de créditos, que contempla el Código Civil, en los Arts. 1666 y siguientes, además de los requisitos especiales consagrados en la mencionada ley.

En virtud de tales cánones, el subrogado se hace titular del crédito (por el extremo pasivo) y lo adquiere con todos sus derechos, accesorios y privilegios; por lo tanto, cuenta con los mismos derechos y acciones del antiguo deudor (Art. 1.670 C.C.), claro está, siempre y cuando reúna las condiciones adicionales de la norma especial.

De los presupuestos anteriores y de los supuestos de hecho, evidenciados en el plenario, se hace manifiesto que en esta relación de derecho, el Banco es el sujeto pasivo al estar obligado por la ley a ejercitar la prestación (aprobar la subrogación) y los demandantes los sujetos activos o titulares del derecho que existe a su favor, cuyo vínculo jurídico es la norma tantas veces citada.

En este caso, como quedó comprobado, los pretendientes de esta "Subrogación" reunían los requerimientos especiales exigidos para tal fin y por lo tanto, el Banco debió haber aceptado la transferencia de la deuda, para que éstos a su vez se hubiesen hecho acreedores del alivio o abono que por efectos de la reliquidación de los créditos de esta clase, autoriza la ley de vivienda. Pues no es válida la excusa con que la entidad financiera sustentó su negativa a la petición, porque en nada influía que el valor pactado en la compraventa estuviese por debajo del valor comercial. Si acaso, pudiera generar contratiempos, éstos serían de carácter fiscal para el vendedor.

(...)

En conclusión, siendo la negativa de la subrogación una conducta irregular de la entidad bancaria, puesto que su deber era aceptarla, debe responder civil y extracontractualmente de los perjuicios que con este proceder sufrieron los demandantes, dado que las **personas jurídicas** cualquiera que sea su clase, como sujetos de derechos que son, deben asumir y responder directamente por los daños que causen a terceros en el ejercicio de sus actividades efectuadas por sus agentes o dependientes, de acuerdo a la preceptiva legal contenida en el Art. 2.341 del Código Civil.

IV.3 LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

Dictada el 16 de Diciembre de 2004 por la **SALA CIVIL-FAMILIA DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA**, con ponencia del Doctor **LUIS HUMBERTO OTÁLORA MESA**, y de la cual, al igual que la de primer grado, sólo se transcribe lo pertinente de sus consideraciones por cuanto la parte introductoría se limita a un resumen tanto de la demanda y de su contestación como de la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito.

Consideraciones del ad-quem.

Existiendo certeza en torno a que todos los créditos otorgados para la adquisición de Vivienda en Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC que estuvieran vigentes para la fecha en que entró en vigencia la ley debían recibir una reliquidación para ajustarlos a sus directrices y que como resultado de la misma podían surgir saldos a favor de los deudores a la vez que debían recibir en nombre del Estado un alivio adicional, los que debían atenderse para establecer los montos de las respectivas obligaciones, como complemento a través del **Parágrafo 2° (del artículo 39)**, y previendo que era frecuente que esos créditos después de concedidos estuvieran siendo amortizados por personas diferentes a los deudores, ejemplo de lo cual era el que se plantea como consecuencia de la enajenación que el deudor hizo de la vivienda adquirida a través de la financiación, sus autores debían también recibir el mismo tratamiento, razón por la cual instituyó a favor de ellos la legitimación para pedir que las entidades acreedoras procedieran a actualizar la información y concedieran la subrogación en la deuda, condicionada exclusivamente a que demostraran tener capacidad de pago adecuada para a partir de entonces recibir los abonos previstos por la ley.

Para decirlo con precisión y brevedad, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 39 atrás transcrito, las personas que vinieran al 31 de diciembre de 1999 atendiendo el pago de un crédito de vivienda concedido a otra persona natural o jurídica, quedaban legitimadas para reclamar la subrogación en el crédito y obtenido éste para que se les concedieran los abonos y alivios señalados para los deudores originales. Su derecho, antes que supeditado al del deudor, era autónomo y por consiguiente independiente; su suerte no estaba a la voluntad de aquél sino que dependía de la presencia de unas circunstancias concretas, las que consistían en hallarse pagando el crédito al 31 de diciembre y pedir la subrogación, y obtenido éste se legitimaba en el derecho a reclamar los abonos concedidos por las leyes a todos los deudores.

(....) Todo el que probara que al 31 de diciembre de 1999 estaba atendiendo el pago de un crédito para vivienda concedido a otro adquiría legitimación para pedir actualización de la información y subrogación en la deuda y a partir de ésta obtener que se le hicieran los abonos conferidos por la Ley, entre los que estaba el que en principio se le reconoció al deudor F.B.C.

16-. Los **PERJUICIOS MORALES** se fincan en lo siguiente:

a). Las presiones que ha venido ejerciendo el Banco en sus continuas notas dirigidas a ANA LUCÍA GAONA RODRÍGUEZ para que se ponga al día en la obligación, dizque porque la misma presenta una mora de más de TRES MILLONES Y MEDIO DE PESOS, tal como lo acredita la nota 901-8384-2001 del 29 de Junio de 2001.

b). La incertidumbre y el desasosiego que genera no solo el hecho de que el Banco imponga primero unas condiciones para aceptar como subrogataria a la demandante y luego le cambie las reglas del juego para "sacarla del paso" por el solo hecho de reclamarle a él y por haberse dirigido en queja ante la Superintendencia Bancaria.

c). Más importante aún es el hecho que el señor Juez verificará al leer la Escritura Pública No. 2402 del mismo año, pues allí la señora A.L.G.R se comprometió para con su vendedor a tramitar la subrogación del crédito ante el BANCO POPULAR en el término de un año; compromiso que cumplió a cabalidad pues en Diciembre del año siguiente ya la documentación necesaria para dicha subrogación estaba radicada en el Banco, quien simplemente estaba obligado a examinar objetivamente los requisitos del artículo 39 de la Ley 546 de 1999 y no obstante casi seis meses después se niega a ello por razones que no vale la pena repetir porque a las mismas ya hice mención en hechos anteriores. Ello, como es apenas lógico, señor Juez, conduce a la preocupación permanente porque la actitud del acreedor, que abusa de su posición dominante frente a la señora A.L.G.R y con su proceder la ha puesto en la operancia de la resolución tácita del contrato de compraventa que celebró con el Dr. (...); resolución que se funda en el incumplimiento contractual cuyo soporte jurídico está en el artículo 1.546 del Código Civil Colombiano.

d). Ya mi poderdante ha recibido múltiples requerimientos verbales de parte del titular del crédito, Dr. (...), a raíz del incumplimiento de la cláusula Tercera del Contrato de compraventa por la ausencia actual de la subrogación del crédito que le hubiera permitido a él dejar de figurar como deudor, o si se quiere mejor, que habría extinguido su obligación frente al Banco como consecuencia de la subrogación (Art. 1668 del C.C.). Esto, sumado a lo anterior, es natural que origine una situación de zozobra y de intranquilidad permanente que afecta a cualquier persona seria en sus negocios.

e). Como si lo dicho hasta aquí fuera poco, la supuesta mora del crédito, por el hecho de que su titular como deudor siga siendo el Dr. (...), ha hecho que éste sea reportado como moroso ante los organismos respectivos, lo que también ha provocado una presión de él hacia mi cliente.

17-. Tengo poder para actuar.

CAPÍTULO III. PRUEBAS

(.....)''

CAPÍTULO IV FUNDAMENTOS EN DERECHO:

(.....)''

CAPÍTULO V CUANTÍA, CLASE DE PROCESO Y COMPETENCIA:

(.....)''

CAPÍTULO VI ANEXOS:

(.....)''

CAPÍTULO VII NOTIFICACIONES

IV.2 LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja el veintiocho (28) de marzo de 2003, respecto de la cual solo se reproduce la parte **considerativa** dado que en su parte inicial de **antecedentes** lo que hace el despacho

en cumplimiento del artículo 304 del Código Procesal civil, es un resumen de los hechos y pretensiones de la demanda y de los fundamentos de la oposición de la parte demandada, y tanto unos como otros ya aparecen historiadados en este Trabajo.

Las consideraciones del Juzgado a-quo.

"Esta acción se encamina a la declaración de una presunta responsabilidad civil de la entidad bancaria "Banco Popular" basada en el incumplimiento de la obligación legal contenida en el Art. 39 de la Ley 546, cuyo hecho causante del perjuicio, fue el negarse a aceptar a los demandantes como subrogatarios de la obligación hipotecaria adquirida por el anterior propietario del inmueble y deudor.

Enerva estas pretensiones la entidad crediticia argumentando **Falta de legitimación en la causa por activa e inexistencia de Responsabilidad Civil del Banco** (...) frente a los Demandantes, toda vez que los actores no son suscriptores de ningún pagaré y el Banco no ha contraído obligación con ellos, y si hubo alguna obligación legal fue con el anterior propietario.

(...)

Desde el Derecho Romano se definió la obligación "como el vínculo de derecho que nos constriñe a cumplir una prestación a favor de otro"

De esta definición se desprenden los elementos de la obligación que en resumen son: 1. Un vínculo de derecho. 2. Una prestación. 3. Un deudor. 4. Un acreedor.

El artículo 1.494 del C.C., señala entre las distintas fuentes de las obligaciones, **la Ley**, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica, ciertas obligaciones.

Si la obligación se incumple, nace para el acreedor la facultad de solicitar su cumplimiento o la indemnización por inexecución.

En sentido más amplio, es una Responsabilidad Civil consistente en estar obligado el deudor a indemnizar el daño que ha inferido a otro, por no haber cumplido una obligación legal de carácter civil.

En este caso, el vínculo jurídico en que se fundamenta la obligación endilgada se concreta en el deber legal que le asistía al Banco para aceptar la subrogación de un crédito.

LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL BANCO.

Se pretende derivar del parágrafo 2° del Artículo 39 de la Ley 5467 de 1999, cuyo contenido es del siguiente tenor: A solicitud de quien al 31 de Diciembre de 1999, pueda acreditar que se encuentra atendiendo un crédito de vivienda que está a nombre de otra persona natural o jurídica, podrá requerir a las entidades financieras para que actualicen la información y se proceda a la respectiva subrogación, siempre y cuando demuestre tener capacidad de pago adecuada. Obtenida la subrogación, dichos créditos podrán ser objeto de los abonos previstos en este artículo".

Dada la naturaleza de esta responsabilidad que tiene su fuente en la norma civil especial, de su texto se desprenden los siguientes presupuestos que la conforman: El interesado en la subrogación debe demostrar que a 31 de diciembre de 1999 se encontraba atendiendo un crédito de vivienda que estaba a nombre de otra persona natural o jurídica. Haber solicitado a la entidad financiera tal requerimiento. Demostrar tener la capacidad de pago conveniente.

De todo ello se descarta una supuesta responsabilidad contractual insinuada por el Banco como pilar de la "Falta de Legitimación en Causa por Activa", porque este medio exceptivo tiene ocurrencia cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercida.

(...)

"Tratándose de indemnización de perjuicios, está legitimado para reclamarlo quien directamente lo ha sufrido porque el perjuicio debe ser personal para que haya lugar a su reparación, lo cual significa que sólo la víctima del daño, como poseedora de la cosa, tiene derecho a demandar el resarcimiento.

(...)

"El otro requisito exigido por la ley, como lo admite la parte demandada, era el de que demostrara capacidad de pago en relación con la deuda. Si analizamos tanto la contestación de la demanda como las excepciones, podemos establecer que en ningún momento el Banco para negar la solicitud de subrogación invocó como fundamento que la demandante careciera de capacidad de pago, en dichos actos se afirma que los demandantes acreditaron sus ingresos; y según el documento que aparece al folio 72 del cuaderno dos, la única razón que le hicieron saber a los demandantes consistió en que determinaron que el valor comercial del bien que había sido gravado con hipoteca como garantía de la obligación no era suficiente para cubrir la deuda; por el contrario, al contestar la demanda dan por cierto que los demandantes sí tenían esa capacidad de pago. Y si el único requisito exigido por la Ley para que operara la subrogación, además del ya comentado, era éste, no que el bien hipotecado no fuera suficiente, que valga resaltarlo era el mismo que garantizaba el pago de la deuda, entendemos que desconoció la obligación impuesta expresamente por la ley y por tanto privó a la demandante que venía atendiendo el pago del crédito según lo certificó, del derecho a ser tenida como subrogataria de la deuda para que estribados en tal calidad, acto seguido pudieran pedir y obtener el alivio concedido por la ley a los deudores, con lo cual, a no dudarlo, les produjo una lesión patrimonial inequívoca, toda vez que de antemano habían adquirido el bien hipotecado para garantizar el pago, aspecto que fue el que en definitiva los condujo a asumir unilateralmente el pago de la deuda garantizada. Dicho de otra manera, si la demandante A.L.G.R. adquirió el bien gravado con hipoteca por compra a U.F.B., como lo prueba la copia de la Escritura pública No. 2.402 del 30 de septiembre de 1999, otorgada ante la Notaría Primera de Tunja, y si por estar afectado su bien al pago procedió a cancelar las cuotas de amortización, situación que persistía el 31 de diciembre de 1999, como lo prueban las certificaciones del Banco, entrada en vigencia la Ley 546 del mismo año, **sin ninguna otra exigencia estaba habilitada jurídicamente para pedir la subrogación y reconocida ésta a obtener los abonos legales; y como la negación de la subrogación obedeció a una causa no justificada, recibió lesión patrimonial cierta e inequívoca.**

(...) Se dirá acaso que la aceptación era decisión sujeta a la discrecionalidad del acreedor y que por tanto le estaba dado acogerla o negarla. Pero no podemos ignorar que esta es una situación jurídica única (...)"

I.V.3 COMENTARIOS A LAS DECISIONES JUDICIALES DEL CASO PLANTEADO

Hay un derrotero bien marcado tanto en la sentencia de primer grado como la de segundo y el mismo consiste en que, evidentemente, el párrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546 del 23 de diciembre de 1999 plantea un tipo de subrogación único a partir de la entrada en rigor de la ley, esto es, el de la subrogación pasiva para deudores de vivienda, lo cual pone en evidencia la demostración de la hipótesis del trabajo.

También compartimos plenamente que la ley no ha querido dejar a la discrecionalidad del acreedor el aceptar o rechazar la subrogación, pues si así fuera entonces ningún avance habría traído la nueva normatividad; de ahí que es plausible el razonamiento del Tribunal cuando dice: "Se dirá acaso que la aceptación era decisión sujeta a la discrecionalidad del acreedor y que por tanto le estaba dado acogerla o negarla. Pero no podemos ignorar que esta es una situación jurídica única.

Lo que sí deja un sinsabor es la exégesis con la que se aborda el problema al insinuar que únicamente es aplicable el supuesto de hecho del artículo 39 párrafo segundo de la Ley a quienes al 31 de Diciembre de 1999 estuvieran en las circunstancias allí previstas, esto es, atendiendo el crédito hasta entonces a a nombre de otra persona natural o jurídica y que tuvieran capacidad de pago adecuada, para entonces tener derecho a la subrogación. Es decir, dan a entender los Juzgadores que si con posterioridad al 31 de Diciembre de 1999 alguien acredita esas exigencias, no estaría posibilitado legalmente para pedir la subrogación. Y la verdad, ello es una manifiesta equivocación, pues como ya lo dijimos en otro apartado del trabajo, lo que en realidad ocurre es que la norma párrafo 2º del artículo 39 citado—, cuando se refiere a quienes "a 31 de diciembre de 1999 se encuentren atendiendo una obligación a cargo de otra persona natural o jurídica", no está queriendo decir al unísono que dicha disposición no tenga cabida para quienes en esa misma circunstancia se puedan encontrar en el futuro, es decir, créditos adquiridos ya en vigencia de la Ley 546 y en los que un tercero haya adquirido la unidad habitacional que garantiza la obligación, sencillamente porque quienes a 31 de Diciembre de 1999 llegaron a demostrar que estaban dentro del supuesto hipotético de la norma, no solamente tenían derecho a la subrogación sino también al alivio previsto en la ley 546; pero los que en fecha posterior demuestren iguales condiciones, tendrán derecho a la subrogación mas no al alivio por obvias razones, entre las cuales cabe destacar que como el crédito es posterior a la Ley, ya no habrá alivio porque éste fue ordenado para las obligaciones adquiridas a partir del año 1993, esto es, al amparo del extinto sistema UPAC.

CONCLUSIONES:

1. El fenómeno de la "transmisibilidad de las obligaciones a título universal", cuando lo que lo produce es la muerte de uno de los extremos del vínculo obligacional acreedor o deudor, no encuentra cabida ni en la subrogación ni en la novación, y menos aún en la delegación perfecta o imperfecta. Los sucesores son simplemente continuadores de los derechos y obligaciones del muerto, por ministerio de la Ley.

2. En cambio, la "Transmisibilidad a título particular" sí se explica en esas figuras subrogación, novación y delegación. Por la subrogación se transmiten a un tercero los derechos del acreedor cuyo crédito ha sido satisfecho por el tercero, es decir, cambia el extremo activo de la obligación, pero no el pasivo. Por la novación se extingue una obligación para crear otra y pueden cambiar o no los sujetos. Si cambian los sujetos, la novación es subjetiva, pero si cambia el objeto o la causa de la obligación, la novación es objetiva. Además, en la novación subjetiva propiamente dicha siempre cambia el deudor, no el acreedor (Artículo 1694 del C.C.). Algunos sostienen que cuando en la novación subjetiva se produce cambio de acreedor, esa figura se convierte en una delegación novatoria perfecta si el acreedor consiente en ello y declara libre a su deudor; pero en realidad ello no es cierto, porque esta figura no es más que una variante de la regla de la novación subjetiva.

3. El Derecho Colombiano, como el Francés, consagran positivamente la subrogación personal libre o la cesión pero cuando el cambio se produce en el lado activo de la obligación. La cesión libre y voluntaria del deudor o la denominada subrogación pasiva, no tienen aceptación en la Ley, porque para que las mismas operen se requiere el consentimiento del acreedor y su manifestación de dar por libre a su deudor primitivo caso en el cual lo que se produce ya no es subrogación sino novación. Es decir, así el tercero que pretenda sustituir al deudor sea solvente, el acreedor puede negarse a aceptarlo o, aceptándolo sin dar por libre a su deudor inicial, entonces el tercero queda obligado solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del espíritu de la convención o del acto.

4. No obstante, en Colombia, a partir de la vigencia de la Ley 546 del 23 de Diciembre de 1999, la subrogación pasiva, de carácter vinculante para el acreedor, existe cuando el crédito tiene como causa la financiación de la vivienda individual a largo plazo. En efecto, el parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546 es claro al respecto.

5. De modo entonces que hoy en Colombia se distingue, para esos efectos de subrogación pasiva o cesión libre de la deuda, entre créditos de consumo y de libre inversión y créditos para vivienda. Si la obligación fue adquirida para libre inversión o consumo, se sigue con el sistema tradicional, es decir, no existe subrogación pasiva sino novación, la cual deberá contar con el consentimiento del acreedor y su voluntad de dar por libre a su deudor. Pero si el crédito ha sido adquirido para la financiación de vivienda, basta que un tercero esté cumpliendo la obligación y que tenga capacidad de pago, para que ese hecho vincule al acreedor en el acuerdo existente entre su deudor y el tercero, y lo obliga a prestar su consentimiento para la subrogación.

6. La nueva Ley de vivienda (L. 546/99), entonces, es la abanderada de una gran innovación frente a la tradicional "teoría de la transmisibilidad de las obligaciones a título particular" y hace del Derecho Colombiano un derecho de avanzada frente a otras legislaciones.

7. Las consecuencias futuras, cuando se decante debidamente la Ley 546, redundarán no sólo en los beneficios explícitos que ella consagra a favor de los deudores, sino también en otros que no han sido tratados por la Doctrina y la Jurisprudencia; no obstante, como ha quedado claro en el desarrollo de este trabajo (capítulo tercero), algunas de esas consecuencias se han planteado a manera de hipótesis. El desarrollo futuro de los acontecimientos será el que dará la última palabra.

RECOMENDACIONES

Resulta imperioso iniciar desde la Universidad un estudio profundo de los avances y las transformaciones que se contienen en la Ley 546 de 1999. Aunque el presente trabajo toca apenas de manera tangencial algunos de ellos, lo cierto es que existen otros de igual o mayor trascendencia para el Derecho.

A pesar de que está próximo el sexto aniversario de la vigencia de la Ley 546, el trabajo académico y hermenéutico que ha merecido de destacados estudiosos es muy poco. Espero que este modesto aporte se constituya en el inicio de otros estudios más complejos, donde se profundice integralmente sobre tan especial tema como es el de la financiación a largo plazo de la vivienda en Colombia.

Se necesita urgentemente el aporte de personas especializadas en el campo de las obligaciones, para que den su punto de vista respecto de la problemática de la "Teoría de la transmisibilidad de las obligaciones a título particular" y más concretamente para que desarrollen con más autoridad las implicaciones que a futuro tendrá el parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley 546, así como su incidencia directa sobre normas sustantivas como los artículos 1.666, 1.687 y 1.694 del Código Civil, entre otras.

Este sencillo trabajo, pues, que en esencia intentó apuntar a esas transformaciones sustantivas con la visión de un principiante del Derecho, debe ser objeto de una crítica benigna, pues su autor no tiene pretensión

distinta a la de exponer una idea todavía carente de desarrollo, pero que muy seguramente va a generar polémica, cual es la de que el artículo 39 de la Ley 546 tiene mucho que ver con una interesante tesis: la de la SUBROGACION PASIVA LIBRE Y VOLUNTARIA cuando de créditos de vivienda se trate; es decir, una revolución de la "Transmisibilidad de las obligaciones", que académicamente no puede pasar desapercibida en las Facultades de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BONECASE, Julián. Tratado elemental de Derecho Civil. Harla. Volumen I, 1997.
- OSPINA, F. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Temis. Quinta Edición. 1994.
- LÓPEZ B, Hernán Fabio. La ley de vivienda (546 de 1999) y sus implicaciones en el campo procesal Civil. Dupré Editores. 2001.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Volumen 8. Biblioteca Clásicos del Derecho. Harla 1997.
- GÓMEZ SIERRA, Francisco. Régimen Jurídico de la vivienda en Colombia. Editorial Leyer. 5ª Edición. 2004.
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993)
- Ley 31 de 1992.
- Resoluciones 18 del 30 de Junio de 1995 y 8 del 14 de mayo de 1999 del Banco de la República.
- Sentencia C-700 de 1999 de la Corte Constitucional.
- Sentencia C-747 de 1999 de la Corte Constitucional
- Sentencia C-383 de 1999 de la Corte Constitucional
- Ley 546 de 1999
- Sentencia C-955 del 26 de Julio de 2000 de la Corte Constitucional.
- Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000 de la Corte Constitucional.
- Sentencia S-U 846 del 06 de Julio de 2000 de la Corte Constitucional.
- Sentencia T-606 de 2003 de la H. Corte Constitucional
- Sentencia T-701 de 2004 de la H. Corte Constitucional
- Circular externa 007 del 27 de Enero de 2000 de la Superbancaria.
- Decretos Reglamentarios de la Ley 546 de 1999
- 2704 de 1999
 - 0418 de 2000
 - 1133 de 2000
 - 1746 de 2000
 - 1267 de 2001

AFILIACIÓN INSTITUCIONAL

Autor: JOHN JAIRO YEPES MARTÍNEZ

Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

