

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA  
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2022196462-051-000



Fecha: 2024-02-13 19:51 Sec.día2024

Anexos: No

Trámite:: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES  
Tipo doc:: 576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE  
Remitente: 80020-80020-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS  
Destinatario:: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES  
JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2022196462-051-000  
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES  
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE  
Expediente : 2022-5793  
Demandante : MARGARITA ALARCON LOPEZ  
  
Demandados : BANCO DAVIVIENDA

### SENTENCIA

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y condiciones materiales para proferir fallo de mérito, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, bajo la perspectiva del régimen de protección al consumidor financiero, a resolver en derecho la controversia surgida de la relación contractual existente entre la señora **MARGARITA ALARCON LOPEZ** y **BANCO DAVIVIENDA** en donde pretende en su escrito introductor, lo siguiente: “**PRIMERO:** Se **DECLARE** civilmente responsable al banco **DAVIVIENDA S.A** por los daños y perjuicios materiales y extrapatrimoniales causados a mi prohijada con ocasión a la omisión y engaño del trámite de solicitud beneficio **FRECH** del decreto 1143 de 2009 al crédito hipotecario. **SEGUNDO:** Como consecuencia de la declaración de la responsabilidad civil contractual, solicito que se condene a la entidad demandada a pagar a mi poderdante en su condición de **USUARIA FINANCIERA AFECTADA**, al pago de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), de los perjuicios inmateriales (morales) y demás que se puedan presentar a futuro como consecuencia del mal obrar de la entidad bancaria y del engaño generado a la señora **ALARCON LOPEZ**. **TERCERO:** Se **CONDENE** al **BANCO DAVIVIENDA S.A** a la restitución y reintegro de la obtención de disminución de 4 puntos E.A porcentuales en la tasa de interés pactada el cual fue de 13.25% E.A, por la suma de **TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$38.100.000)** equivalente a 42 SMLV indexados a la presentación de la demanda correspondiente a dinero del subsidio **FRESH** que se le desembolsaría mi prohijada. **TERCERO:** Se **CONDENE** al **BANCO DAVIVIENDA S.A** al pago de los honorarios profesionales abogado a los que incurrió mi prohijada, por la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000) **CUARTO:** Se **CONDENE** al **BANCO DAVIVIENDA S.A** al pago de los daños morales de mi prohijada por sentirse engañada y defraudada por la entidad bancaria equivalente a 20 SMLV. **QUINTO:** Se **CONDENE** al **BANCO DAVIVIENDA S.A** a cobijar los años restantes de continuidad del beneficio de tasa de interés para créditos con cobertura establecido en el Decreto 1143 de 2009. **SEXTO:** Se **CONDENE** al **BANCO DAVIVIENDA S.A** a pagar los intereses de plazo por la letra de cambio suscrita entre **Serafín Ernesto Alarcón** y mi prohijada. **SEPTIMO COMPULSAR COPIAS**, a quien corresponda, en función de policía administrativa para que se determine si el actuar de dicha entidad financiera constituye una infracción a la ley y abuso de la posición dominante del Banco

como prestador del servicio. OCTAVO: Se CONDENE a la parte demandada a las costas del proceso.” (Derivado 000)

Solicitudes a las que se opuso la entidad financiera mediante la proposición de sendas excepciones de mérito que intituló: “CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y LEGALES A CARGO DEL BANCO DAVIVIENDA DERIVADAS DEL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO (CREDITO HIPOTECARIO) TERMINADO EN \*\*\*7923 CELEBRADO CON LA SEÑORA MARGARITA ALARCÓN LÓPEZ”, “EL CREDITO HIPOTECARIO TERMINADO EN \*\*7923 EN TODO CASO NO PODÍA HABER SIDO COBIJADO POR EL BENEFICIO DE TASA FRECH POR CUANTO LA DEUDORA NO SOLICITÓ EXPRESAMENTE EL BENEFICIO EN EL MOMENTO Y FORMA INDICADOS POR LA LEY Y PARA EL MOMENTO DE SU DESEMBOLSO EL GOBIERNO NACIONAL NO TENÍA DISPONIBILIDAD DE CUPOS PARA SU OTORGAMIENTO”, “ASUNTOS AJENOS POR COMPLETO A BANCO DAVIVIENDA”, “LOS ERRORES E IMPRECISIONES CONTENIDOS EN COMUNICACIONES DIRIGIDAS A LA ACCIONANTE NO CONSTITUYEN FUENTE DE DERECHO PARA LA ACCIONANTE DE OBTENER LA APLICACIÓN DEL BENEFICIO DE TASA FRECH NI MUCHO MENOS PUEDEN FUNDAMENTAR LA OBLIGACIÓN A CARGO DE BANCO DAVIVIENDA DE RESPONDER CONTRACTUALMENTE POR LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A ÉL”, “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DE BANCO DAVIVIENDA Y EL PRESUNTO E IMPROBADO DAÑO SUFRIDO POR LA ACCIONANTE”, “LO QUE EVIDENCIA QUE NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS PARA QUE PUEDA PREDICARSE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN CABEZA DE BANCO DAVIVIENDA S.A” y “DE SER PROBADA LA EXCEPCIÓN GENÉRICA.” (Derivado 009)

Sea lo primero indicar, que la demandante manifestó su malestar con ocasión al proceso de la colocación de un crédito hipotecario de vivienda adelantado en la institución bancaria, indicando la actora en su escrito introductorio que “El día 14 de agosto de 2010 el banco DAVIVIENDA S.A había hecho el estudio para que la señora MARGARITA ALARCON LOPEZ fuera beneficiaria de la cobertura otorgada por el gobierno nacional, según el decreto 1143 de 2009 y en concordancia con la resolución 954 de 2009” (Derivado 000), por lo que se extrae que el malestar de la consumidora gira con ocasión al otorgamiento de una cobertura del crédito de vivienda solicitado.

Por lo anterior se encuentra que el producto objeto de estudio consiste en crédito de mutuo hipotecario, por lo que para que respecta para el presente caso, téngase que el crédito de mutuo se encuentra regulado en el artículo 2221 del Código Civil, en el que se define el contrato de mutuo o préstamo de consumo, que dispone: “contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo a restituir otras tantas del mismo género y calidad”, y que en materia comercial se refiere por lo general al préstamo de dinero, como en el presente caso, el cual únicamente se perfecciona con la tradición, es decir, con su entrega, la cual a su vez transfiere el dominio, al tenor de lo previsto en el artículo 2222 en cita. A partir de este tipo de contrato nacen las diferentes modalidades de crédito dentro de las que se encuentra el contrato de crédito hipotecario para adquisición de vivienda en aplicación a lo indicado por el Artículo 17 de la Ley 546 de 1999.

Al respecto, cabe señalar que la Circular Básica Contable y Financiera (C.E. 100 DE 1995), establece en su capítulo segundo sub numeral 2.1.3. lo siguiente:

**“2.1.3. Créditos de vivienda**

*Para los efectos del presente capítulo, son créditos de vivienda, independientemente del monto, aquéllos otorgados a personas naturales destinados a la adquisición de vivienda nueva o usada, la reparación, remodelación, subdivisión o mejoramiento de vivienda usada, o a la construcción de vivienda propia.*

*De acuerdo con la Ley 546 de 1999, estos créditos deben tener las siguientes características:*

*2.1.3.1 Estar denominados en UVR o en moneda legal.*

*2.1.3.2 Estar amparados con garantía hipotecaria en primer grado, constituida sobre la vivienda financiada.*

2.1.3.3 *El plazo de amortización deberá atender lo dispuesto en la Ley 546 de 1999 y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”.*

De igual manera, téngase en cuenta que la Circular Básica Jurídica en su Parte II, Título I, Capítulo VI señala en su sub numeral 1.6, los Sistemas de amortización en créditos de vivienda, así:

*“1.61. Sistemas en Unidades de Valor Real UVR*

*1.6.1.1. Cuota constante en UVR (sistema de amortización gradual).*

*1.6.1.2. Amortización constante a capital en UVR*

*1.6.1.3. Cuota decreciente mensualmente en UVR cíclica por períodos anuales*

*1.6.2. Sistemas en pesos*

*1.6.2.1. Cuota constante (amortización gradual en pesos)*

*1.6.2.2. Amortización constante a capital”*

Frente al referido contrato, cumple resaltar que, sin perjuicio de la voluntad bilateralmente plasmada, cualquiera de ellos se encuentra amparado por expresa protección constitucional, basado tanto en el derecho del consumidor previsto por el artículo 78 de la Constitución Política como en el ejercicio de la actividad financiera, de evidente interés público como lo establece el artículo 335 Ibidem. De igual manera debe tenerse en cuenta que también goza de protección constitucional el derecho a la vivienda digna, como establece el artículo 51 de la Carta Política, según el cual: *“Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.”*

Bajo dicho marco, para los créditos hipotecarios, las entidades vigiladas por esta Superintendencia están llamadas a atender un estándar de diligencia propio en la ejecución de las actividades autorizadas, las cuales deben estar por ello precedido por un conjunto de medidas de precaución e información dispuestas para salvaguardar el interés general que comporta su actividad, tales medidas nutren el contenido obligacional de las entidades financieras y componen un conjunto de derechos de los consumidores financieros que se encuentran vigentes *“durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada”* (artículo 5° de la Ley 1328 de 2009).

En el mismo sentido recuérdese que, de conformidad con lo establecido en el artículo 7°, literal u), de la Ley 1328 de 2009, son obligaciones de las entidades vigiladas: *“Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarios, reglamentarias, **las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros...**”.* (Negrillas fuera del texto original)

Por su parte, el artículo 871 del Código de Comercio establece de manera general que: *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.* Y el artículo 3° de la citada Ley 1328 establece que: *“...Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros”.*

Dicho lo anterior, cabe señalar entonces que dentro de la normatividad que entra a nutrir el contenido obligacional de la actividad de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, igualmente se encuentran las disposiciones establecidas en el Título I de la Ley 1328 de 2009 (Régimen de protección al consumidor).

Específicamente y para lo que interesa a este proceso cabe señalar lo establecido en el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, donde se consagró como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los de debida diligencia, transparencia e información, debiéndose resaltar que los citados deberes tienen como fin el menguar el desequilibrio existente entre las entidades y el consumidor financiero propio de una relación de consumo.

Adicionalmente, el artículo 5° de la Ley 1328 de 2009 estableció como derechos de los consumidores financieros, sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes, y entre otros, los siguientes:

*a) En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas.*

*b) Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.*

*c) Exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas.*

*d) Recibir una adecuada educación respecto de las diferentes formas de instrumentar los productos y servicios ofrecidos, sus derechos y obligaciones, así como los costos que se generan sobre los mismos, los mercados y tipo de actividad que desarrollan las entidades vigiladas así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos". (Subrayado fuera de texto).*

Por su parte el artículo 7 Ibidem, señala que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones especiales:

*"(...) b) Entregar el producto o prestar el servicio debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el consumidor financiero, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos.*

*c) Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.*

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

Cabe señalar que es tal el tratamiento que se le otorga al deber de información, que en el artículo 9° de la misma ley, se determina el contenido mínimo de la información que debe brindársele al consumidor financiero, en los siguientes términos: *"En desarrollo del principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado".*

En relación con el precitado deber de información, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia de T-136 de 2013, cuando determinó que *"Precisamente la Ley 1328 de 2009, en concordancia con lo señalado por el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que las entidades vigiladas tienen la obligación de suministrar a los consumidores financieros toda la información necesaria para que estos escojan las mejores opciones del mercado de acuerdo con sus necesidades. De hecho, el acceso efectivo a la información es uno de los principios fundantes sobre los cuales se erige el régimen de protección al cliente. Además, dada su relevancia, la información tiene otras tres acepciones en el mercado colombiano: (...) "Según lo dispuesto en dicha ley, la información es: (i) un derecho de los consumidores financieros en los términos del literal b) del artículo 5°; (ii) una obligación especial de las entidades vigiladas de acuerdo con lo establecido en los literales a), b), c), f), g), h), j), o), p) y s) del artículo 7°; (iii) un principio orientador que debe regir las relaciones que se establezcan entre los*



*consumidores financieros y las entidades al tenor de lo previsto por el literal c) del artículo 3° de la misma norma y (iv) un elemento constitutivo del Sistema de Atención al Consumidor Financiero al que se refiere el literal c) del artículo 8 de la misma disposición”... La información suministrada por las entidades a los consumidores financieros tiene por objetivo fundamental equilibrar la situación de indefensión en la que normalmente se encuentra el usuario, empoderándolo en el conocimiento y ejercicio efectivo de sus derechos. Se espera entonces que la información otorgada, (i) dote a los consumidores financieros de elementos y herramientas suficientes para la toma de decisiones; (ii) facilite la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado, y (iii) propenda por que conozcan suficientemente los derechos y obligaciones pactadas.”*

Frente a esta situación ya se refirió el Honorable Tribunal de Bogotá en sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso 2015-1087 adelantado inicialmente en esta Delegatura, en el que indicó, que toda vez que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, son profesionales en el ejercicio de la actividad financiera de interés público, se exige de las mismas una debida diligencia, en la información, atención y el desenvolvimiento de sus relaciones contractuales propio del de un buen padre de familia; actividad de la cual igualmente reciben provecho económico, así como autorización del estado para ejercerla.

Surge de todo lo anterior, que el deber de información a efectos de generar en los consumidores una decisión informada, es no solo un derecho de estos, sino una obligación de la entidad financiera demandada vigente durante todos los momentos de su relación con el consumidor, la cual como se indicó en precedencia debe otorgarse de manera previa, clara, suficiente y oportuna, al momento en que el cliente expresa su voluntad de contratar o de renegociar con la entidad financiera, pues de no ser así esto le conllevaría no sólo poder evaluar las otras opciones del mercado, o determinar su decisión final.

Las anteriores obligaciones sin perjuicio de las particulares del contrato suscrito entre las partes y siempre que las mismas no conlleven cláusulas abusivas que restrinjan los derechos del consumidor financiero ni releven de responsabilidad a la entidad vigilada, eso sí, resaltándose que las partes podían establecer el plazo y número de cuotas dentro del contrato de mutuo.

De otra parte debe tenerse en cuenta el Decreto 1143 de 2009 expedido por el Ministerio de Hacienda que regulaba las condiciones de acuerdo de cobertura a la tasa de interés para los créditos individuales hipotecarios, norma que se encontraba vigente para la fecha del desembolso del crédito hipotecario de titularidad de la demandante, la cual establece una cobertura condicionada que facilita la financiación de vivienda, a través de tasas de interés de los créditos otorgados por establecimientos de crédito a deudores individuales de crédito hipotecario de vivienda nueva, durante los primeros 7 años, cuyo beneficio se otorgaba al momento del desembolso y respecto del cual se establecen condiciones asociadas al pago completo y oportuno durante la vigencia del crédito.

Bastando agregar que el negocio jurídico contenido en el mencionado contrato, fija el marco, pauta o canon llamado a regular la conducta de las partes, al punto que el ordenamiento jurídico, con excepción de aquellas estipulaciones o convenciones que resulten abusivas en aras de la protección de la parte más débil del contrato, como expresamente se prevé en el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 cláusulas abusivas.

Es en virtud de lo convenido y regulado, se obtiene que el desconocimiento o insatisfacción de obligaciones derivadas del negocio jurídico o de cualquier convención válida, imponen la carga de las consecuencias que resulten desfavorables, situación que en la doctrina y la jurisprudencia se ha denominado como “*responsabilidad contractual*”.

En este sentido, al analizar en conjunto el material probatorio allegado al plenario, con el fin de establecer si se predica el incumplimiento contractual o legal de la pasiva que es imputado por la actora, frente al otorgamiento del crédito hipotecario terminado en \*\*\*7923 celebrado con la señora **MARGARITA ALARCON LOPEZ**, sin haber aplicado el beneficio de la tasa FRECH, y en consecuencia, si hay lugar a

acceder a las pretensiones de la demanda.

Entonces, concierne a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** acreditar dentro del presente proceso, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; además, de atender los deberes de diligencia y de suministro de información al demandante bajo los parámetros legales, en relación con el contrato celebrado con éste, y de otro lado, establecer si el demandante cumplió con los deberes que igualmente le impone al consumidor financiero o si por el contrario tuvo una conducta culposa u omisiva que de manera directa o indirecta diera lugar al perjuicio que hoy reclama y pretende sea resarcido a través de esta vía jurisdiccional.

Así las cosas, se han incorporado al expediente las pruebas aportadas en la demanda que obran a derivado 000 del expediente y en la contestación de la demanda, la cuales se encuentran incorporadas a derivado 009 del expediente.

Igualmente el Despacho no encuentra discusión de los hechos relevados de prueba que la señora MARGARITA ALARCON y BANCO DAVIVIENDA adelantaron un proceso de solicitud y aprobación de crédito hipotecario el cual es instrumentalizó en la operación terminada en el número \*\*\*7923, manifestaciones que se encuentran soportadas en los documentos aportados por la entidad financiera con su contestación de la demanda y los cuales no fueron tachados de falsos o inexactos por las partes, entre ellos el pagaré, la escritura Pública No. 2301 del 9 de septiembre de 2010 contentiva de la compraventa realizada por la señora ALARCÓN LÓPEZ y de la constitución del gravamen hipotecario del inmueble a financiar por parte de BANCO DAVIVIENDA, el Formulario de beneficio de TASA ofrecida como deferencia comercial por BANCO DAVIVIENDA S.A., y el pantallazo del estado del crédito \*\*\*7923 para el mes de marzo de 2022, documentales obrantes a Derivado 009.

No obstante lo anterior, la consumidora a través de sendas reclamaciones solicitó a la Institución Bancaria la aplicación de la cobertura FRECH a favor de su crédito hipotecario, como soporte de dichas reclamaciones se encuentra dentro del expediente comunicaciones cruzadas entre la señora MARGARITA ALARCON y BANCO DAVIVIENDA, siendo relevante indicar las siguientes: comunicación remitida por BANCO DAVIVIENDA del 21 de diciembre de 2021 en la que se indica las razones por las cuales no es posible tramitar la obtención del beneficio de tasa para su crédito hipotecario terminado en \*\*\*7923, comunicación del 3 de enero de 2011 a través de la cual la cliente solicitó la aplicación del beneficio de tasa FRENCH, derecho de petición radicado el 16 de diciembre de 2021 un en donde solicita se otorgue el beneficio de la tasa French, queja radicada por la consumidora del 19 de diciembre de 2021 relacionada con el beneficio de tasa FRENCH, respuesta de Banco Davivienda del 19 de enero de 2012 en donde manifiesta que tan pronto el Gobierno nos informe que cuenta con cupos disponibles procederán a gestionar el beneficio de la cobertura y el crédito fue constituido como elegible, y finalmente derecho de petición del junio 2 de 2021 radicado por la consumidora.

Sea del caso indicar que aunque existen varias comunicaciones emitidas por la institución bancaria con ocasión a la cobertura solicitada, lo cierto es que las mismas resultan contradictorias y no contienen información clara, siendo relevante que si bien la institución bancaria indicó que la actora no tenía derecho al beneficio solicitado, también indicó para el 19 de enero de 2012 que: *“Es importante aclarar que es requisito para el desembolso de todos los créditos hipotecarios diligenciar la solicitud de acceso a la cobertura de tasa la cual queda condicionada a que el Banco de la República tenga disponible reserva de cupos por lo tanto, si existe la reserva el crédito es marcado con el beneficio. De lo contrario quedara marcada como elegible en nuestras bases y una vez el Gobierno nos informe que existe una nueva reserva el Banco procederá a marcar la obligación como crédito cobertura.”* (Derivado 000), de lo que se extrae que la institución bancaria se informó que una vez tuvieran reserva de cupos procederían a realizar la marcación de la obligación como cobertura.

Esta información igualmente fue indicada en la respuesta de enero de 2012 en la que señaló: *“No obstante lo anterior, en caso de que se llegaren a ampliar los cupos para el rango correspondiente al valor de su*

*vivienda, Davivienda procederá a reportar su crédito al Banco de la República, para que éste goce del beneficio otorgado por el Gobierno Nacional, por el resto del término previsto en la citada resolución, esto es, los primeros (7) años de vida del créditos de vida del crédito a partir de la fecha del desembolso”, por lo que al igual que la comunicación citada, la institución bancaria se comprometió a realizar la marcación del crédito más allá de las resultas del trámite adelantado ante el BANCO DE LA REPÚBLICA.*

Por lo anterior, y ante la manifestación de la institución bancaria quien indicó en varias oportunidades que se realizará la citada marcación del citado crédito para la obtención de la cobertura, esta Delegatura de oficio requirió al establecimiento bancario demandado, para que aportara toda carpeta original con los documentos del crédito otorgado la señora MARGARITA ALARCON LOPEZ, entre ellos: (i) la copia de los protocolos o fichas de procedimientos establecidos al interior del Banco -vigentes a la fecha del otorgamiento del crédito- para la contratación de operaciones de créditos con cobertura Frech,(ii) certificación del área centro hipotecario de la entidad, en la que indique si se realizó o no marcación y reserva de la cobertura FRECH por razón del crédito hipotecario a nombre de la demandante y en caso negativo informar las razones por las por las cuales no se realizó tal gestión, (iii) informe o certificación del porcentaje de cobertura de la tasa de interés con el que se hubiera beneficiado el actor en caso de haber sido objeto de la cobertura Frech.

Frente a las documentales solicitadas, la entidad financiera mediante certificación indicó: *“Que revisados nuestros archivos, el crédito hipotecario No. 05717186000257923 de titularidad de la señora MARGARITA ALARCÓN LÓPEZ con CC46370852 NO TUVO MARCACIÓN COMO ELEGIBLE para beneficiarse con la cobertura del beneficio de Tasa FRECH por cuanto no fueron hallados los documentos exigidos por el artículo 40 de la Resolución 954 de 2009, esto es, Formato Unificado Solicitud de Cobertura en tasa FRECH y el Otrosí Pagare FRECH Davivienda.”* (Derivado 024).

En este sentido, resulta reprochable la conducta desplegada por la entidad financiera al informar luego de desembolsado el crédito que éste sería elegible para acceder al beneficio, sin que aporte los documentos exigidos en aplicación de los dispuesto en el artículo 40 de la Resolución 954 de 2009, puesto que las respuestas generaron confusión respecto de la posibilidad de acceder al beneficio cuando el profesional y conecedor de las condiciones sabe que el beneficio en la tasa se otorga con el desembolso del crédito, más no, durante su ejecución, faltando a los deberes de información y debida diligencia exigibles.

No obstante, lo anterior tampoco se ha podido determinar que la demandante hubiere realizado la solicitud previa y expresa para que fuera objeto de la cobertura de la tasa de su crédito individual del vivienda y por ende también se pudo evidenciar con la respuesta del Banco de la República a la consumidora en donde la manifiesta que: *“no hay información remitida al FRECH por BANCO DAVIVIENDA , ni por ningún otro establecimiento de crédito relacionada con el crédito ni con el pago de la cobertura FRECH decreto 1143 de 2009 a nombre de MARGARITA ALARCON LOPEZ IDENTIFICADA CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA No \*\*\*\*\*0852.”* (Derivado 000)

Es claro para el Despacho que frente a la aplicación de la tasa de cobertura para el crédito desembolsado a la consumidora no se realizó la solicitud en los términos del Decreto correspondiente, además que no se diligenció el formulario documento que se requiere para acceder al beneficio, por ende mal podría pretender la aplicación del beneficio luego de desembolsado el crédito, desconociendo las exigencias legales con beneficios, es decir de la documental se extrae que al momento del desembolso, fecha hito, no se diligenciarion los formatos ni se cumplieron los requisitos legales para que se aplicara el beneficio de tasa objeto de discusión de este proceso.

Por lo anterior, no serán acogidas las pretensiones de la demanda establecidas en el escrito introductorio por cuanto están soportadas sobre la base de un derecho al cuál no accedió la demandante, sin que sea factible a acceder a las solicitudes de daño emergente, ni a reconocer sobre esta base perjuicios materiales

ni perjuicios morales, por ésta misma razón, no serán cogidas las pretensiones de la demanda y se declararan probadas las excepciones de *“EL CREDITO HIPOTECARIO TERMINADO EN \*\*7923 EN TODO CASO NO PODÍA HABER SIDO COBIJADO POR EL BENEFICIO DE TASA FRECH POR CUANTO LA DEUDORA NO SOLICITÓ EXPRESAMENTE EL BENEFICIO EN EL MOMENTO Y FORMA INDICADOS POR LA LEY Y PARA EL MOMENTO DE SU DESEMBOLSO EL GOBIERNO NACIONAL NO TENÍA DISPONIBILIDAD DE CUPOS PARA SU OTORGAMIENTO”, “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DE BANCO DAVIVIENDA Y EL PRESUNTO E IMPROBADO DAÑO SUFRIDO POR LA ACCIONANTE”*,

No obstante, se evidencia de las documentales que la señora MARGARITA ALARCÓN LÓPEZ recibió comunicaciones escritas en donde el Banco le informó que, una vez haya disponibilidad de cupos va a tramitar la tasa de cobertura, situación que pone de manifiesto una información incompleta y carente de veracidad, generando una expectativa indebida a la consumidora sobre el acceso al beneficio. El Despacho reitera que las cartas se encuentran documentadas sobre la base del crédito otorgado y no sobre créditos futuros como se indicó en los alegatos de conclusión lo que constituye una falta al deber de información de la entidad financiera, hecho sin discusión.

Frente a lo anterior es importante indicar que el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido criterios específicos para determinar la valoración del daño entre ellos resalta el Despacho los consagrado por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que dispone: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”,* y de la cuál se relieves los principios de reparación integral.

A lo que deb agregarse que en el marco de la competencia de esta Delegatura la cuál ha sido investida de las facultades *extra y ultra petita* por el régimen legal a través artículo 58 de la ley 1480 de 2011, norma que señala *“resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”*

Frente a lo anterior, tengase que el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del Proceso verbal dentro de la acción de protección al consumidor financiero- instaurado por Miguel Germán Ovalle Olaz en contra de Leasing Bolívar, hoy Banco Davivienda S.A. Rad. No. 110013199003201801185 01 Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), dispone:

*“ 2.2.1. Ahora, los fallos en el proceso de protección al consumidor se dictan en derecho, amén de que en el artículo 58 del Estatuto del Consumidor, se faculta al funcionario competente para decidir “sobre las pretensiones de la forma que 3 Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 13 considere más justa”, desde luego, con fundamento a demostrado en el curso del proceso. Además, permite la norma en comento el fallo infra, extra y ultra petita, con lo cual existe una ruptura al principio de congruencia en la sentencia, pudiendo el sentenciador resolver sin considerar las pretensiones esbozadas en la demanda, desde luego con fundamento en los hechos probados en el interior del proceso. 2.2.2. A propósito del principio de congruencia, es pertinente recordar que los principios procesales son aquellos presupuestos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera, representando los pilares del proceso y facilitando el desarrollo del mismo. En punto al principio que nos atañe, la congruencia se define como aquella identidad o coherencia que debe existir entre lo que resuelve el juez con aquello que ha sido pretendido o discutido en el curso del proceso, “limita las facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico”4. De manera tal que, los derechos de acción y contradicción imponen a la administración de justicia el deber de proveer en una sentencia, cuyo alcance y contenido están precisamente delimitadas por las partes, a través de las pretensiones y excepciones que le integran. Este principio no es autónomo se predica de otro, el de la seguridad jurídica. Empero, también es cierto que las sentencias pueden ser incongruentes, si se decide ultra petita, extra petita, infra petita o citra petita, amén de que el legislador debe establecer*



*Sin embargo, el principio de congruencia no es absoluto, como quiera que en asuntos expresamente establecidos por el legislador, se puede decidir en forma distinta al marco estructural de las pretensiones, en especial cuando se trata de derechos fundamentales y garantías constitucionales reconocidas a personas que desde el punto de vista social se encuentran en desventaja, tal es el caso del derecho de familia, derecho laboral, derecho agrario, acciones constitucionales y protección al consumidor. La laxitud o flexibilidad del principio de congruencia está en cabeza del fallador, con fundamento en los estamentos que le gobiernan; con todo, es relevante resaltar que “el principio de congruencia en ningún caso quiere decir que las condenas impuestas en la sentencia deben ser un calco de las pretensiones de la demanda, pues bien puede ocurrir que la solución jurídica, resultante del examen fidedigno y sin alteración de los hechos y con respaldo al ordenamiento normativo, sea distinta a la propuesta por el demandante”<sup>6</sup>. 2.2.3. Cuando se habla de fallar extra petita, nos encontramos en un pronunciamiento que resolvió sobre una pretensión, no propuesta por las partes, es decir, decide sobre algo que no fue discutido en el proceso por éstas, y, en consecuencia, se aparta del thema decidendum. La disfuncionalidad del fallar extra petita, tiene como adjetivo central el “exceso”, por cuanto, itérese, el 5 ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. y se incurre en esta incongruencia cuando una sentencia concede algo no pretendido, o bien hace una declaración que no se corresponde con las súplicas aducidas en el libelo demandatorio. La doctrina además ha enfatizado, que este tipo de incongruencia cobra vigencia cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones por otra, concediendo algo adicional”*

De tal forma que atendiendo a la facultad de extra petita y atendiendo que la entidad financiera no atendió a su deber de información al remitir al cliente comunicaciones erradas, confusas, que generan desinformación respecto del acceso al beneficio en la tasa, así mismo que se probó que la entidad nunca gestionó el formulario y la solicitud correspondiente ante el Banco de la República, que las respuestas de Davivienda en 2012 no fueron claras y debieron expresar a la consumidora que ya no tenía acceso al alivio y pues el Banco se demoró 11 años en dar una respuesta final lo que evidencia sin lugar a dudas el incumplimiento proveniente de los empleados de la entidad, por lo que se acude al arbitro judicem a efectos de reconocer a título de perjuicio la suma de \$5.000.000 por la violación de este deber, declarando no probadas las excepciones de “CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y LEGALES A CARGO DEL BANCO DAVIVIENDA DERIVADAS DEL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO (CREDITO HIPOTECARIO) TERMINADO EN \*\*\*7923 CELEBRADO CON LA SEÑORA MARGARITA ALARCÓN LÓPEZ”, ASUNTOS AJENOS POR COMPLETO A BANCO DAVIVIENDA”, “LOS ERRORES E IMPRECISIONES CONTENIDOS EN COMUNICACIONES DIRIGIDAS A LA ACCIONANTE NO CONSTITUYEN FUENTE DE DERECHO PARA LA ACCIONANTE DE OBTENER LA APLICACIÓN DEL BENEFICIO DE TASA FRECH NI MUCHO MENOS PUEDEN FUNDAMENTAR LA OBLIGACIÓN A CARGO DE BANCO DAVIVIENDA DE RESPONDER CONTRACTUALMENTE POR LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A ÉL” “LO QUE EVIDENCIA QUE NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS PARA QUE PUEDA PREDICARSE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN CABEZA DE BANCO DAVIVIENDA S.A” y “LA EXCEPCIÓN GENÉRICA.” .

Finalmente, el Despacho se abstiene de condenar en costas al haberse accedido parcialmente a las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso

Conforme con las consideraciones expuestas, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO:** DECLARAR probadas las excepciones tituladas “EL CREDITO HIPOTECARIO TERMINADO EN \*\*7923 EN TODO CASO NO PODÍA HABER SIDO COBIJADO POR EL BENEFICIO DE TASA FRECH POR CUANTO LA DEUDORA NO SOLICITÓ EXPRESAMENTE EL BENEFICIO EN EL MOMENTO Y FORMA INDICADOS POR LA LEY Y PARA EL MOMENTO DE SU DESEMBOLSO EL GOBIERNO NACIONAL NO TENÍA DISPONIBILIDAD DE CUPOS PARA SU OTORGAMIENTO”, e “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL

*ACTUAR DE BANCO DAVIVIENDA Y EL PRESUNTO E IMPROBADO DAÑO SUFRIDO POR LA ACCIONANTE*, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** DECLARAR NO probadas las excepciones tituladas “*CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y LEGALES A CARGO DEL BANCO DAVIVIENDA DERIVADAS DEL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO (CREDITO HIPOTECARIO) TERMINADO EN \*\*\*7923 CELEBRADO CON LA SEÑORA MARGARITA ALARCÓN LÓPEZ*”, *ASUNTOS AJENOS POR COMPLETO A BANCO DAVIVIENDA*”, “*LOS ERRORES E IMPRECISIONES CONTENIDOS EN COMUNICACIONES DIRIGIDAS A LA ACCIONANTE NO CONSTITUYEN FUENTE DE DERECHO PARA LA ACCIONANTE DE OBTENER LA APLICACIÓN DEL BENEFICIO DE TASA FRECH NI MUCHO MENOS PUEDEN FUNDAMENTAR LA OBLIGACIÓN A CARGO DE BANCO DAVIVIENDA DE RESPONDER CONTRACTUALMENTE POR LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A ÉL*” “*LO QUE EVIDENCIA QUE NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS PARA QUE PUEDA PREDICARSE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN CABEZA DE BANCO DAVIVIENDA S.A*” y “*LA EXCEPCIÓN GENÉRICA.*” por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** DECLARAR contractualmente responsable a BANCO DAVIVIENDA con ocasión a la información suministrada a la señora MARGARITA ALARCÓN LÓPEZ frente a los requisitos y procedimiento para acceder al beneficio de cobertura FRENCH aplicable al crédito hipotecario terminado en \*\*7923 de titularidad de la demandante.

**CUARTO:** CONDENAR a BANCO DAVIVIENDA S.A. a pagar la suma de \$5.000.000 por la vulneración al principio de información para el acceso al beneficio de cobertura FRENCH aplicable al crédito hipotecario terminado en \*\*7923 de titularidad de la demandante. Lo anterior, en un término máximo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

El cumplimiento de las ordenes que se imparten en esta sentencia deberá ser acreditado por BANCO DAVIVIENDA S.A., dentro de los CINCO (5) días hábiles siguientes contados a partir de la expiración del plazo otorgado para el mismo, advirtiéndose que el incumplimiento de las órdenes aquí impartidas puede ocasionarle la sanción de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011.

**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO: SIN** condena en costas.

Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**HECTOR ORLANDO MAURICIO MEDINA GAITAN**  
ASESOR

Copia a:

Elaboró:  
HECTOR ORLANDO MAURICIO MEDINA GAITAN  
Revisó y aprobó:

<p><b>Superintendencia Financiera de Colombia</b> <b>DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES</b> Notificación por Estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>14 de febrero de 2024</u></p> <p> <b>MARCELA SUÁREZ TORRES</b> Secretario</p>