



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrada Ponente	DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACON
Radicado	19001-31-03-006-2007-00374-01
Proceso	ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante	EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA – ECONCAUCA LTDA
Demandado	BANCO DAVIVIENDA S.A
Asunto	Contrato de apertura de crédito, no acreditado el incumplimiento contractual, se deniegan las pretensiones de la demanda.

Popayán, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes – demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2019 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán - Cauca, dentro del asunto de la referencia. Lo anterior, luego de sustentado el recurso de apelación en audiencia virtual realizada el 12 de junio de 2020¹, y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 373 numeral 5° inciso 3° del C. G. del Proceso.

ANTECEDENTES

La demanda:

La EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA – ECONCAUCA LTDA, por conducto de apoderado, formuló demanda ordinaria de responsabilidad civil contractual contra BANCO DAVIVIENDA S.A., solicitando se declare el incumplimiento parcial de las obligaciones del demandado BANCO DAVIVIENDA S.A., (antes GRANBANCO S.A. – BANCAFE – CONCASA), asumidas en la oferta comercial contenida en su comunicación de marzo 31 de 1998, oferta aceptada por la sociedad demandante que originó el crédito No. 680-01625, sujeto a las condiciones expresadas en la mencionada oferta, y como consecuencia de la

¹ A la que asistió: El Dr. PABLO ZAMBRANO SIMMONDS como apoderado de la parte demandante, y el Dr. LIBARDO SANCHEZ GALVEZ, como apoderado de la entidad demandada. No concurrieron los representantes legales de las entidades.

anterior declaración, se condene al demandado al pago de: **a)** La suma de dinero que se demuestre por concepto de perjuicios indemnizatorios, **b)** Sobre la suma anterior, los intereses de mora comerciales a la tasa más alta, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva del pago, y **c)** En caso de no reconocerse los intereses de mora, las sumas adeudadas deberán ser indexadas al momento del pago. Lo anterior, sin perjuicio de condena en costas del proceso.

Las pretensiones se apoyan en los siguientes hechos: Que el 9 de febrero de 1998, ECONCAUCA presentó ante CONCASA, con el lleno de los requisitos exigidos en el formato F6-65 REV.06-92, solicitud de crédito para la construcción de 18 casas en el Conjunto Cerrado La Floresta de su propiedad, ubicado en la carrera 9 No. 27N-150 de la ciudad de Popayán.

Que entre los requisitos exigidos, se encuentra: El presupuesto detallado de las obras, especificaciones de construcción y análisis de costos unitarios; análisis del mercado y programa de obra y flujo de inversión en el cual de manera detallada se establece el urbanismo, los costos directos, indirectos, gastos generales, costos financieros y se discrimina de la inversión total lo correspondiente a inversiones con recursos propios y de crédito.

En la solicitud, se informó que el plazo programado para la construcción era de 7 meses, con fecha de iniciación enero 15 de 1998, y fecha de terminación el 15 de agosto del mismo año. Que también se informó que el precio de venta a diciembre 15 de 1997 era de \$1.530.000.000, con una inversión de \$1.185.000.000, la cual proyectada a la terminación del proyecto era de \$1.271.000.000, de los cuales, \$600.000.000 serían financiados por la entidad bancaria.

Que CONCASA, mediante comunicación escrita del 31 de marzo de 1998, presentó a ECONCAUCA oferta comercial, comunicándole la aprobación de un crédito de constructor, hasta la suma de \$600.000.000 millones expresado en UPAC, con una tasa de interés del 10.75% efectivo anual, hasta 24 meses para la construcción y la comercialización de las unidades contado desde la fecha del primer desembolso, advirtiendo, que el primer desembolso sólo se podrá efectuar cuando hayan invertido la suma de \$120´000.000 m/cte en costos directos; que los desembolsos se efectuarán siempre con sujeción a la disponibilidad por parte de la CORPORACION y a juicio de ella, y en todo caso, por instalamentos con un mínimo de un (1) desembolso mensual, su oportunidad y monto estará

determinado por el ritmo de avance de la obra y la vinculación de recursos propios de la Sociedad Constructora, los cuales no podrán girarse total ni anticipadamente; entre otras características, requisitos y condiciones. Oferta comercial que fue aceptada por ECONCAUCA LTDA.

Que durante el desarrollo del crédito No. 680-01325-0, regido por la oferta de marzo 31 de 1998, CONCASA, posteriormente BANCAFE, abusando de su posición dominante, modificó unilateralmente las condiciones en relación con “*desembolsos y tasas*”, lo que generó graves perjuicios a ECONCAUCA.

Señala, que la oportunidad y requisitos de los desembolsos, se encontraban expresamente reglados en el punto 8 de la oferta comercial, con una disposición adicional en relación con el primer desembolso, contenida en el punto 7, que se impuso y aceptó. Que además, durante la vigencia del crédito, el demandado siempre tuvo fondos disponibles.

Que se demuestra el incumplimiento del intermediario financiero en el siguiente orden: Durante el desarrollo del crédito No. 680-01625-0 por \$600.000.000, se efectuaron 7 desembolsos, el primero en junio 1 de 1998 por \$150.000.000, el segundo en julio 27 de 1998 por \$150.000.000, el tercero en septiembre de 1998 por \$100.000.000, el cuarto desembolso en noviembre 12 de 1998, por valor de \$50.000.000, el quinto desembolso se llevó a cabo el día 23 de diciembre de 1998 por \$30.000.000, para un total desembolsado de \$480.000.000 durante el año 1998. Que el sexto desembolso se realizó el 10 de marzo de 1999, por \$40.000.000, y un último desembolso se verificó el 12 de diciembre de 1999 por \$50.000.000, para un total en el año 1999 de \$90.000.000. Y una suma total desembolsada por \$570.000.000. En consecuencia, el demandado incumplió lo pactado frente a los desembolsos y su oportunidad, afectando el flujo de caja de ECONCAUCA, y con ello el desarrollo del proyecto.

Agrega, que el demandado modificó unilateralmente las condiciones para evaluar el avance de la obra, al determinar que los anticipos a contratistas y las existencias de almacén, no serían consideradas para cuantificar el avance de obra, tal como se hizo en los primeros desembolsos, situación que fue puesta de presente a la entidad financiera el 3 de abril de 2000.

Que el incumplimiento de la demandada en la oportunidad y cuantía de los desembolsos, así como en la forma de evaluar el avance de la obra, pese al cumplimiento de la demandante, dio lugar a que la obra se atrasara, generando mayores gastos por el sobretiempo en la construcción, así como en las ventas, pues están en relación directa con la inversión, dado que *“a mayor inversión mayores ventas”*. Sumado el incumplimiento en lo relativo a la tasa de interés, que en el punto 3 de la oferta comercial se estableció a una tasa del 10.75% efectivo anual, liquidada sobre valores expresados en Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC, pagaderos por trimestres anticipados mientras el crédito estuviera vigente, estableciéndose que la tasa de interés a largo plazo para las subrogaciones correspondientes a las unidades que conforman el proyecto sería la vigente al momento de la aprobación del crédito; tasa de interés que fue modificada unilateralmente, abusando el intermediario financiero de su posición dominante.

Que como consecuencia de lo anterior, mediante escrito del 7 de noviembre de 2000, ECONCAUCA solicitó a BANCAFÉ, reliquidar el crédito teniendo en cuenta una serie de observaciones, enviándose copia de dicha solicitud a la Superintendencia Bancaria, entidad que la radicó como queja No. 20000 98583-0. Que BANCAFE, a través de su Vicepresidente de Crédito y Cobranzas, mediante escrito del 24 de noviembre de 2000 (recibido el 29 de noviembre), reconoció su error y presentó disculpas, concluyendo, que *“reliquidará el crédito...abonando a la obligación los excedentes cobrados”*. Que nuevamente, el 13 de diciembre de 2000 se remitió escrito al Vicepresidente de la entidad, expresando su inconformidad y solicitando reliquidar la obligación, y copia de esta comunicación fue radicada ante la Superintendencia Bancaria el 5 de enero de 2001.

Que ECONCAUCA recibió una comunicación de la entidad fechada 29 de diciembre de 2001, en la que aceptó que sólo había pagarés al 10.75% y al 15%, y señaló que la nueva tasa de interés era del 13.9%, y se abonarían los excedentes cobrados a la obligación.

Manifiesta que siguieron presentándose diferencias entre la liquidación de la obligación realizada por el Banco y la efectuada por la Empresa, por lo que el 17 de enero de 2001 ECONCAUCA solicitó la intervención de la Superfinanciera a fin de aclarar las diferencias respecto de la liquidación del crédito y el saldo del mismo, y aun cuando reiteradamente se ha solicitado copia de la liquidación, sin

obtener ninguna respuesta de BANCAFE, el 16 de enero de 2001 la empresa canceló \$60'000.000 m/cte con el objeto de pagar la obligación, suma superior a la que la empresa tiene como debida, como se lo manifestó al Banco en carta del 9 de enero de 2001.

Que sólo hasta el 5 de abril de 2001, BANCAFÉ reconoció los errores del Banco respecto de las tasas de interés y la forma de abonar los pagos a la obligación, situación que generó una serie de perjuicios a la demandante; y mediante documento del 13 de junio de 2001, ECONCAUCA autorizó a BANCAFÉ debitar de su cuenta el valor necesario para la cancelación total del crédito constructor, de conformidad con la liquidación efectuada por el Banco, pese a considerarla errada, y solicitó la cancelación de la hipoteca, a fin de dar cumplimiento a los contratos de promesa de compraventa celebrados por la empresa. Que ante la falta de respuesta de la entidad, el 15 de junio de 2001 se solicitó la intervención de la Superintendencia Bancaria, pues mediante comunicaciones del 16 de abril de 2001 y 12 de junio de 2001 se insistió ante el intermediario financiero sobre la manera errada en que fue elaborada la liquidación, pero aun así BANCAFE mediante comunicación del 5 de julio de 2001, ratificó lo expuesto el 5 de abril del mismo año.

Agrega, que el 17 de octubre de 2001, el Banco reconoce nuevamente los errores cometidos en la liquidación de la obligación, e informa a la Empresa que existe un saldo a favor por el que puede acercarse a la entidad, y remite la liquidación de la obligación. Frente a dicha manifestación, ECONCAUCA en comunicación del 7 de noviembre de 2001, responde, que la liquidación aún continúa presentando errores e inconsistencias.

Seguidamente, aduce, que a partir del 1 junio de 2000 BANCAFE cambió la modalidad de cobro de interés a mes vencido, y mediante comunicación del 7 de mayo de 2002 BANCAFE reconoce nuevamente los errores cometidos en la liquidación, e informa que puede acercarse a las oficinas de dicha entidad para recibir el reintegro correspondiente, siendo necesario que la Constructora entregue carta de aceptación de la liquidación adjunta, y un paz y salvo donde se libere al Banco de cualquier proceso jurídico relacionado con el crédito de la referencia; exigencia ésta que demuestra el incumplimiento del Banco de los términos convenidos en la obligación y derivados de la oferta del 31 de marzo de 1998, y

revela la conducta abusiva del Banco, al condicionar la entrega de una suma de dinero a su legítimo dueño a un proceder ilegal.

Que a la fecha, el demandado no ha entregado los pagarés suscritos por ECONCAUCA con motivo del crédito No. 680-01625-0, pese a que la obligación se canceló *“por tarde el 13 de junio de 2001”* en los términos de la entidad financiera, y tampoco ha entregado los saldos reconocidos a favor de la Sociedad demandante.

Además, que el incumplimiento del Banco impactó negativamente el desarrollo del proyecto Conjunto Cerrado La Floresta, especialmente la Etapa I, correspondiente a las primeras 25 casas, 18 de las cuales estaban financiadas por el Banco, y las restantes exclusivamente por la empresa. Lo anterior, por cuanto la falta de recursos afecta lo que se conoce como *“la ruta crítica”* (serie de actividades cuya ejecución es indispensable para realizar otra).

Señala, que la obra tuvo cinco (5) fases, la primera de octubre a noviembre de 1997 [comprende obras preliminares]; la segunda de diciembre de 1997 a noviembre de 1998 [período financiado con recursos de la constructora, y al final con parte de los recursos ofrecidos por el Banco], en la tercera fase [de diciembre de 1998 a abril de 1999, BANCAFÉ dejó de efectuar desembolsos en la forma establecida, aumenta las tasas de interés y unilateralmente modifica la forma de evaluar las inversiones ejecutadas, en consecuencia, la inversión por mes en la obra descendió dramáticamente frente a la anterior fase, lo que desanimó a la potencial clientela y afectó en gran medida las ventas], en la cuarta fase [con una duración de 13 meses, entre mayo de 1999 a mayo de 2000 [la Sociedad acudió a otras fuentes de financiación, *“además de la morosa Bancafé”*, logrando recuperar un ritmo de inversión], y la última fase [corresponde al período de terminación de obras, comprendida entre junio de 2000 a diciembre de 2007, por un período de 7 meses]. Que el impacto generado por el incumplimiento parcial del intermediario financiero afectó el ritmo de construcción programado (de la I etapa), obligándose a la constructora a reprogramar las actividades propias de la industria de la construcción, lo que generó unos perjuicios que deben ser resarcidos, pues el intermediario financiero no cumplió con los desembolsos, ni el plazo ni la cuantía convenidos, y ni siquiera entregó el saldo de la suma de dinero a que se había comprometido. Aunado, el incumplimiento en las subrogaciones, que no se realizó en un tiempo razonable, ante la tardanza injustificada en la elaboración de las minutas, lo que igualmente, afectó el flujo de caja de la constructora [en muchos casos eran necesarias las minutas de subrogación para el pago de los saldos de venta a Econcauca].

Agrega, que el BANCO DAVIVIENDA S.A., se convirtió de Corporación de Ahorro y Vivienda a Banco Comercial, según Escritura Pública No. 3890 de la Notaría 18 de Bogotá del 25 de julio de 1997, absorbió mediante fusión a la Sociedad GRANBANCO S.A., que se disolvió sin liquidarse mediante escritura pública No. 7019 del 29 de agosto de 2007 de la Notaría 71 de Bogotá. Que el BANCO CAFETERO, creado por Escritura Pública No. 744 del 31 de marzo de 1955 de la Notaría 5 de Bogotá, se fusionó por absorción en 1998 con la Corporación de Ahorro y Vivienda CONCASA, asumiendo sin excepción todos sus derechos y obligaciones. Que posteriormente, por Decreto Ejecutivo 610 de marzo 7 de 2005, se ordenó la disolución y liquidación del BANCO CAFETERO S.A., transfiriendo por cesión todos los activos productivos y pasivos, excepto el laboral y pensional. Además, por Escritura No. 0681 del 7 de marzo de 2005, se constituyó el Banco GRANBANCO S.A. – BANCAFÉ, que surgió como resultado de la escisión de GRANAHORRAR Banco Comercial, y la Superintendencia Bancaria aprobó la cesión parcial de activos, pasivos y contratos del BANCO CAFETERO S.A., a GRANBANCO S.A.

Trámite procesal

La demanda fue admitida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, mediante auto del 10 de diciembre de 2007²; proveído notificado personalmente a la apoderada del BANCO DAVIVIENDA S.A.³.

Trabada la relación jurídica procesal, el 9 de diciembre de 2008 se llevó a cabo audiencia de conciliación, que se declaró fracasada⁴, y por auto del 21 de enero de 2009⁵ se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y el 12 de marzo de 2019⁶ se realizó la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la que se profirió sentencia.

Contestación de la demanda

El BANCO DAVIVIENDA S.A., a través de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda, arguyendo, que el demandante provocó el desarrollo

² Folio 147, cuaderno No. 1

³ Folio 154, cuaderno No. 1

⁴ Folios 361 a 362, cuaderno No. 2

⁵ Folios 363 a 365, cuaderno No. 2

⁶ Folios 1000 a 1005, cuaderno No. 3

de la actuación tendiente a obtener un cupo de crédito, mediante solicitud del 2 de agosto de 1998 –sic-, generando una respuesta de la entidad, el 31 de marzo de 1998; que no se señala en qué consiste el incumplimiento parcial del contrato de mutuo o apertura de crédito; que el demandado no ocasionó perjuicio alguno a la demandante, perjuicios sobre los que además, no se señala su cuantía y naturaleza, ni las bases para su liquidación, ni los períodos que sirven de apoyo a los presuntos perjuicios [avaluados en la conciliación extrajudicial realizada el 20 de septiembre de 2007, en la suma de \$3.627.000.000 m/cte, pero sin especificar su causa y naturaleza]. Que en este orden, tampoco hay lugar al reconocimiento de intereses ni de indexación alguna.

Frente a los hechos de la demanda, señala: Que es cierto que ECONCAUCA LTDA presentó solicitud de crédito para la construcción del Conjunto Cerrado La Floresta, pero con la demanda no aporta el formato F6-65REV.06-92; que ECONCAUCA resultó ser beneficiario de un cupo de crédito de hasta \$600.000.000, sin que CONCASA generara un compromiso a su cargo de entregar la totalidad de ese valor, pues el desembolso estaba condicionado a la disponibilidad de tesorería y al cumplimiento de ciertos requisitos por la Constructora.

Señala, que en comunicación del 31 de marzo de 1998, CONCASA hizo saber a ECONCAUCA LTDA que le otorgaba la aprobación de un cupo de crédito de constructor, aclarando, que no existe oferta comercial; la cuantía del cupo de crédito aprobado no fue determinada como utilizable en su totalidad, sino *“hasta”* la suma de \$600´000.000 m/cte; el crédito tenía una tasa del 10.75% efectivo anual, liquidada trimestre anticipado durante la vigencia del crédito, pero se advirtió, que *“la tasa de interés a largo plazo y en cuanto hacía referencia a las subrogaciones vinculadas a las unidades de vivienda relacionadas con el proyecto, sería aquella vigente en el momento en el cual se aprobara el crédito al comprador”*; el plazo de ejecución del crédito estaba vinculado al proceso de construcción y comercialización de las unidades habitacionales, y el primer desembolso se condicionó a la inversión que el constructor debía hacer por la suma de \$120´000.000.

Agrega, que el Constructor tenía participación en la financiación de las obras, asumiendo a su vez una responsabilidad propia frente a la ejecución del proyecto; que el Constructor solicitó una prórroga que fue concedida por el Banco, y que

éste, debía acreditar el avance de la obra para acceder a los desembolsos, pero en varias oportunidades no entregó actualización de estados financieros. Que cualquier omisión en el cumplimiento de los requisitos, autorizaba a CONCASA a suspender los desembolsos.

Que CONCASA recibió de la empresa CONSTRUCTORA una *“solicitud de crédito para constructor”*, y mediante la comunicación de fecha 31 de marzo de 1998 se anunció la aprobación de un crédito, por lo que se está en presencia de *“un contrato de apertura de crédito”*, que se consolidó cuando se produjo el primer desembolso, y de esta manera, lo que se está ejecutando *“no es una oferta mercantil”*. Que la solicitud de crédito del demandante generó la aprobación del mismo, bajo unas condiciones que aquél aceptó, y que luego de común acuerdo entre las partes, se fueron variando, sin que exista abuso de la posición dominante del Banco. Agrega, que la simple aprobación del crédito y su desembolso *“constituye un contrato de mutuo o de apertura de crédito”*.

Señala que sí se produjeron errores de cálculo, fueron oportunamente corregidos por la demandada, a instancia de la parte actora, y además, el Banco ha ofrecido a ECONCAUCA entregar los saldos disponibles a su favor, sin que los haya querido recibir. Que los reclamos elevados por el actor fueron debidamente atendidos, y fue ECONCAUCA quien se atemperó consensualmente a una modificación de las condiciones del crédito, derivada de la ley, y no de un acto unilateral de la entidad financiera.

Refiere igualmente, que los desembolsos estaban sujetos a la disponibilidad de la entidad, al estado de avance de obra, y es a la demandante a quien le corresponde probar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, concretamente, la inversión directa de la Constructora [que efectivamente realizó la inversión de \$120´000.000 m/cte]; que no es cierto que la disponibilidad de los fondos fuese corriente; que no es cierto que el intermediario financiero hubiese incumplido su compromiso de desembolso con destino al constructor; que del valor total del cupo aprobado el constructor recibió \$570´000.000 m/cte, y en tal virtud, la aceptación del constructor de los desembolsos en las oportunidades y montos, supera cualquier causal de incumplimiento atribuible a la entidad bancaria, dada *“la tácita aprobación del constructor”*, y le correspondía a éste abstenerse de continuar ejecutando el crédito, *“como presupuesto básico de la reclamación de unos presuntos perjuicios”*. Agrega, que el proyecto de vivienda no se desarrolló

en la fecha programada, y la entidad demandada ofreció la disponibilidad de fondos, con un desembolso mínimo mensual, previa evaluación de la situación de avance de obra, pero lo que el actor no ha dicho, es que “*en varias oportunidades no presentó información financiera*”, y cada giro estaba respaldado con un pagaré que sustentaba el desembolso, y es así, como se aceptan una serie de títulos⁷.

Que no es cierto el incumplimiento con respecto a los desembolsos, pues en el documento de aprobación del cupo de crédito, no se advirtió cuantía ni las fechas de los desembolsos, tan es así, que el actor aceptó los desembolsos en las épocas en que se produjeron, otorgando pagarés en diferentes oportunidades, y no se firmó pagarés mensuales, lo que resulta imposible comercialmente hablando, y además, el no desembolso mensual obedeció entre otras cosas, por las garantías. Que el intermediario financiero no tenía la obligación de entregar la totalidad del cupo al demandante, quien canceló la totalidad de la obligación, de donde se colige que contó con los dineros necesarios para financiar la construcción.

Que no es cierto que se modificaron unilateralmente las condiciones para evaluar el avance de obra, porque los anticipos a contratistas y “*las existencias de almacén*” no tenía por qué ser subsidiados por la Corporación, pues los anticipos debían ser pagados por la Constructora con recursos propios; cualquier anticipo debía tener relación directa con el avance de obra, y si el contratista tenía existencias en almacén no requería financiación para adquirirlas, máxime cuando el préstamo tenía relación directa con la financiación de las obras de construcción proyectadas, la inyección de dinero respondía a la adquisición de nuevos materiales, y el constructor tampoco probó que los materiales en almacén hubiesen sido adquiridos a crédito. De ahí, que los anticipos a contratistas y existencias en almacén no se podían considerar para cuantificar el avance de obra.

7

Valor	Fecha del giro
\$150'000.000	1 junio de 1998
\$150'000.000	27 julio de 1998
\$100'000.000	7 de septiembre de 1998
\$50'000.000	12 de noviembre de 1998
\$30'000.000	23 de diciembre de 1998
\$40'000.000	10 de marzo de 1999
\$50'000.000	2 de diciembre de 1999

Agrega, que el demandante no indica en qué consistió *“la forma de evaluar el avance de obra”*, y jamás se determinó cuál sería el monto mensual que se desembolsaría, y no es cierto, que la obra sufriera un atraso como resultado de las modificaciones *“que inaceptablemente llama el demandante como realizadas unilateralmente”*; que el actor solicitó prórrogas que fueron atendidas por CONCASA, fundadas en las circunstancias macroeconómicas del País afectando el sector de la construcción, lo que resultaba ser un hecho notorio.

Que no es cierto que las tasas de interés pactadas se hubiesen cambiado, y los reclamos efectuados por el demandante fueron atendidos por el intermediario financiero, quien estuvo atento a revisar las liquidaciones, y se ratifica en el contenido de las diversas comunicaciones emitidas por el Banco, según ocurre con la comunicación del 2 de mayo de 2002, en la que el Banco explica la estructura de la liquidación, los beneficios financieros del cambio en la modalidad de intereses que pasan de trimestre anticipado a mes vencido, el reintegro en octubre de 2001 de 6.841.8061 UVR al demandante, y la existencia de un saldo a favor de la Constructora; saldo a favor que no niega el Banco, lo que deja sin piso cualquier pretensión indemnizatoria, siendo la Constructora quien debía remitir una carta expresando su conformidad con la liquidación, para emitir el paz y salvo que finiquite la relación entre las partes.

Advierte, que el intermediario financiero no ha incumplido oferta alguna, siendo el demandante quien incumplió las obligaciones, y reiteradamente solicitó prórrogas para el pago de sus acreencias. Que BANCAFE dejó de desembolsar la suma de \$30´000.000 m/cte, pues no se dieron las condiciones financieras indispensables para que CONCASA completara el cupo *“cuyo monto no era obligatorio prestar”*, sin que ello constituya un abuso de la posición dominante. Que debe tenerse en cuenta, que la liquidez para la ejecución de las obras dependía en gran parte de los recursos directos de la Constructora, y no de la entidad bancaria, y por lo tanto, los presuntos perjuicios que reclama el demandante, *“jamás podrán atribuirse a la carencia de desembolso de los \$30´000.000”*.

Que los desembolsos se produjeron en ejercicio de la facultad discrecional con que contaba el Banco, y para realizar las subrogaciones era necesario efectuar un estudio de crédito del adquirente, sin que se estableciera un plazo determinado para efectuar la subrogación.

Como excepciones de mérito, formuló las siguientes:

i) *“Excepción derivada de la inexistencia de incumplimiento parcial de las obligaciones del demandado BANCO DAVIVIENDA S.A.”*, pues el demandado ofrecía un cupo de crédito de cuantía indeterminada, hasta por \$600.000.000 expresados en UPAC, de los cuales, desembolsó \$570.000.000, previo cumplimiento de los requisitos acordados en documento del 31 de marzo de 1998; que el extremo pasivo en ningún documento se comprometió a entregar *“en fechas ciertas, valores determinados”*. Que el demandante solicitó varias prórrogas dentro de la ejecución del crédito, y la revisión de la liquidación, pedimentos que fueron atendidos por el Banco, informando incluso, que existía un saldo a su favor. Que ninguna circunstancia permite inferir incumplimiento del demandado.

ii) *“Excepción derivada de la carencia de obligación a cargo de CONCASA para desembolsar la totalidad del monto o cupo de crédito”*, apoyada, en que el rango del cupo de crédito llegaba hasta la suma de \$600.000.000, sin estar obligado CONCASA a exceder ese monto, entendiendo como *“cupo...una parte proporcional que corresponde a un empréstito o servicio”*. Que en consecuencia, el Banco cumplió adecuadamente, en las condiciones comerciales y bancarias que rigieron las relaciones entre las partes.

iii) *“Excepción derivada de la inexistencia de pago de intereses”*, señalando, que el demandante debía cancelar a CONCASA los rendimientos por el dinero que le entregó, y cuando se efectuaron reliquidaciones, el demandado abonó al demandante los intereses respectivos, al punto, que actualmente posee dineros disponibles a favor de la Constructora, que ésta no ha reclamado, impidiendo finiquitar el contrato. Que el demandado no tiene por qué pagar intereses al demandante, en tanto éste no ha celebrado operaciones pasivas con el Banco, pues el actor no le ha suministrado dineros a CONCASA, y tampoco existe captación de dineros por parte de la demandada.

iv) *“Excepción derivada de la indeterminación de las pretensiones de la demanda y de los perjuicios en ella solicitada”*, dada la falta de congruencia entre los hechos y las pretensiones de la demanda, por lo que el libelo es inconexo.

v) *“Excepción derivada de la culpa del demandante”*, dado que el actor confió imprudentemente en que el monto del crédito autorizado sería entregado en su totalidad, y cualquier demora en el proyecto es imputable a la Constructora, quien incluso solicitó prórrogas, y si ésta no impulsó adecuadamente las ventas o vio

limitado el curso de negociación de las viviendas es un hecho que debió prever, o que *“provino de causas extrañas a la demandada”*. Que fue imprudente al confiar en unos recursos, que sólo cuando entran en caja están disponibles.

vi) “Excepción derivada de la existencia de hechos extraños a la parte demandada”, arguyendo, que las conductas de la parte actora, la reducción de las ventas, las situaciones macro y micro económicas del negocio, la imprevisión del actor, la utilización de recursos reducidos, el desarrollo del proyecto y su dependencia respecto de los compradores, generaron una serie de circunstancias ajenas a la parte demandada.

vii) “Excepción derivada de la inexistencia del cobro de lo no debido”, basada en que las obligaciones originadas en el título valor base del crédito, no han sido modificadas, por lo que jamás se podrá afirmar que DAVIVIENDA ha cobrado dinero sin respaldo documentario o cartular, y si el demandante pagó *“aceptó la liquidación que se le entregaba y tuvo todas las opciones para provocar una reclamación que ahora deviene tardía”*. Que pese a todo, se reconocieron errores en la liquidación de los intereses, que fueron corregidos, existiendo a favor del demandante un saldo que no ha sido reclamado.

viii) “Excepción derivada de la inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual”, en tanto una vez se pone a disposición del demandante la posibilidad de contar con una suma de dinero, los desembolsos se produjeron previo el cumplimiento de las condiciones acordadas, entregándose \$570.000.000 m/cte previa suscripción de los pagarés, y sin que exista incumplimiento culpable del demandado, pues no hubo inejecución de la obligación. Que la entidad desembolsó las sumas convenidas dentro de las condiciones materiales del crédito, que fueron aceptadas por la demandante, al otorgar los pagarés y recibir los desembolsos, por lo que *“es absurdo pensar en un culpa contractual”*; máxime cuando cada desembolso está precedido del cumplimiento de unos requisitos por cuenta de la parte actora, quien ahora no puede alegar a su favor su propia culpa. Que además, al demandante corresponde demostrar la causación del daño, y no acreditado el mismo, ni el nexo causal, ninguna responsabilidad asiste a la demandada.

ix) “Excepción genérica”, solicitando declarar cualquier medio exceptivo que se encuentre demostrado⁸.

Traslado de las excepciones

Dentro del término de traslado de las excepciones⁹, el apoderado de la demandante, guardó silencio.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, en sentencia proferida el 12 de marzo de 2019, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, y en consecuencia, declaró responsable al BANCO DAVIVIENDA S.A., por los perjuicios causados a la EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA – ECONCAUCA, en desarrollo del contrato No. 68001625-0, condenando al demandado al pago de las siguientes sumas de dinero: i) Por concepto de LUCRO CESANTE la suma de \$ 30.000.000 y los intereses de mora que sobre este capital se generaron en el término de 24 meses, que corresponde a la suma de \$ 19.289.457,03; ii) Por concepto de DAÑO EMERGENTE la suma equivalente a \$ 53.902.647, que corresponden al total de intereses pagados de más por ECONCAUCA, desde noviembre de 1998 hasta el 30 de marzo de 2001; iii) Por concepto de DAÑO EMERGENTE la suma de \$ 33.253.105.18, que corresponden al total de los intereses pagados de más por ECONCAUCA, desde el 1 de diciembre de 1999 hasta el 30 de marzo de 2001, más las costas y agencias en derecho.

Lo anterior, luego de considerar la funcionaria de primer grado, que de conformidad con el análisis probatorio efectuado, quedó demostrada la responsabilidad del BANCO DAVIVIENDA S.A., y su obligación de indemnizar los perjuicios causados a la demandante, estando probados los elementos estructurales de la responsabilidad contractual, y que la demandada no desembolsó la totalidad del crédito aprobado, dado que no entregó la suma de \$30´000.000 a la Constructora; que el Banco modificó unilateralmente la tasa de interés aplicable a partir del tercer desembolso, pactada del 10.75% al 15% efectivo anual, trimestre anticipado, a mes vencido; que al intermediario financiero le tomó 19 meses desembolsar \$570´000.000 m/cte, excediendo el plazo

⁸ Folios 163 a 211, cuaderno No. 1

⁹ Folio 358, cuaderno No. 2

convenido de siete (7) meses, y por lo tanto, el incumplimiento de los desembolsos en la oportunidad y monto convenidos constituye el daño llamado a ser reparado por la entidad demandada, pues en la comunicación del 24 de noviembre de 2000 el Banco reconoce que realizó una liquidación errónea del crédito, ante la irregular imputación de pagos y al aplicar una tasa del 15% durante la vigencia del crédito cuando en los pagarés se acordó el pago de intereses a la tasa del 10.75%, y en el mismo sentido obra el interrogatorio absuelto por el representante legal del Banco, quien acepta el error en que incurrió la entidad financiera. Lo anterior, afectó *“el desarrollo normal del proyecto trayendo como consecuencia que la construcción se demorara meses más de lo previsto, con las consecuencias dañosas que tiene el tiempo cuando se prolonga por fuera del lapso presupuestado en economías inflacionarias, causa y efecto que demuestra la relación de causalidad existentes entre el hecho y el daño”*. Que la conducta del Banco demuestra la falta del debido cuidado, dado que ninguna prueba obra en el expediente, con el propósito de acreditar la falta de disponibilidad de recursos a cargo del Banco para efectos de los respectivos desembolsos.

Refiere igualmente, que el hecho de recibir un menor valor de acuerdo a las condiciones del crédito constructor, afectó el proyecto y desarrollo de la construcción, viéndose obligada ECONCAUCA incluso a acudir a créditos extrabancarios, y el tiempo adicional que conllevó culminar el proyecto, comporta una serie de gastos adicionales, que se erigen en los perjuicios materiales que debe sufragar el demandado.

Fundamentos del recurso

1. Inconforme con el anterior pronunciamiento, el apoderado de la demandante - ECONCAUCA LTDA, interpuso recurso de apelación, formulando sus reparos concretos, **que reiteró en la sustentación del recurso de apelación, así:**

Que la sentencia con total acierto estableció la responsabilidad del Banco, por el incumplimiento del contrato, habiéndose apartado el Banco de lo convenido, incurriendo en omisión en los deberes de diligencia y cuidado, pues una vez ECONCAUCA aceptó el contrato que le propuso el Banco, que comprendía un desembolso de \$600'000.000 m/cte, en un plazo de siete (7) meses, lo cierto, es que los desembolsos sólo ascendieron a \$570'000.000 y se realizaron en un plazo de 18 meses, es decir, 12 meses más del tiempo previsto para la construcción, lo

que demuestra un incumplimiento del Banco no sólo en la oportunidad, sino también en el monto de los desembolsos, lo que trajo por vía de consecuencia un daño, para la demandante. Que el comportamiento del Banco desconoce el principio de buena fe de la relación contractual, su razón de ser, sus antecedentes y su finalidad, advirtiendo, que las denominadas “*malas prácticas bancarias*” son fuente de abuso.

En este orden, resalta, la “*no reparación integral de los perjuicios*”, argumentando, que la juez hace abstracción del impacto real que ocasionó en la obra el incumplimiento del contrato, o más concretamente, la no irrigación de recursos en la obra, limitando el alcance de la reparación al quantum diferencial del simple sobrecosto financiero, sin advertir que la iliquidez aumentaba los costos directos e indirectos de la obra (materiales, trabajadores, la administración del proyecto, etc...), y afectaba el programa de ventas por el encarecimiento de las casas como producto final.

Señala, que el yerro del fallo se concreta, en no considerar la Juez el documento “*evaluación de perjuicios aportado con la demanda*”, dando cuenta de los perjuicios ocasionados a la Empresa Constructora del Cauca por el incumplimiento de CONCASA – BANCAFÉ, hoy DAVIVIENDA, y sobre todo del “*dictamen pericial*” cuyo contenido y alcance se adentra en la valoración de todos los daños que produjo el abuso del Banco, al modificar unilateralmente la tasa de interés; la falta de oportunidad en los desembolsos del crédito; la necesidad de asumir el pago de intereses a terceros. Así, la indemnización de los perjuicios debe cobijar la verdadera extensión del daño, que debe ser reparado de manera integral.

En este orden, concluye, que el reparo contra la sentencia se centra en que “*la condena en contra del Banco DAVIVIENDA se abstrae de recoger y cuantificar los innumerables daños que se ocasionaron a un constructor cuya expectativa de utilidad se frustra no por causas atribuibles a su propia conducta*”, sino al BANCO DAVIVIENDA, que incumplió lo pactado, en términos de oportunidad para efectuar los desembolsos, no entregar la totalidad de los recursos convenidos, modificar la tasa y liquidar mal. Que en consecuencia, “*desafortunadamente*” el fallo se quedó corto, al no considerar los efectos negativos que fueron objetivamente probados con el dictamen pericial, según el cual, ascienden a la suma de \$2.559.300.597 m/cte, experticio que se realizó teniendo en cuenta la totalidad de los documentos allegados al proceso, y que aunque fue cuestionado por el apoderado del

demandado, tales reparos obedecen a opiniones personales, e incluso, suposiciones de hechos que no son ciertos¹⁰. En consecuencia, solicita se revoque en lo pertinente la sentencia, decretando el reconocimiento integral de perjuicios, por el incumplimiento del Banco.

2. Por su parte, el apoderado del demandado - BANCO DAVIVENDA S.A, señala que el punto de apoyo de la discrepancia está en la circunstancia de no haber sido declaradas probadas las excepciones propuestas por el Banco, pues la entidad jamás incumplió las condiciones del crédito, y por lo tanto, no está llamado a responder por perjuicio alguno. Los reparos concretos contra la sentencia, se sintetizan, así:

a) Debió declararse probada la excepción de *“inexistencia del incumplimiento parcial de las obligaciones cuyo cumplimiento depende del BANCO DAVIVIENDA”*, dado que el Banco no se obligó a desembolsar la suma de \$600.000.000, en términos absolutos, bien podía desembolsar una suma menor, y por lo tanto, no incumplió las obligaciones a su cargo, pues inclusive, aceptó la demora en algunos pagos por cuenta del actor, quien aceptó los desembolsos en las fechas en que se realizaron.

b) La excepción denominada *“carencia de obligación a cargo de CONCASA para desembolsar la totalidad del monto o cupo de crédito”*, debe prosperar, porque el demandante confesó que la disponibilidad del crédito se encontraba en un rango hasta \$600.000.000, de donde se colige el cumplimiento del Banco al desembolsar \$570.000.000, valor que el demandante aceptó y recibió.

c) La juez a-quo condenó al Banco a pagar intereses sobre la suma de \$30.000.000, valor que nunca fue entregado al demandante, porque tales dineros de propiedad del Banco y no deben generar intereses; máxime cuando en las pretensiones de la demanda no se solicitó el pago de intereses sobre la suma de \$30´000.000, por lo que se está condenando más allá de lo pedido.

d) También solicitar declarar probada la excepción *“derivada de la indeterminación de las pretensiones de la demanda”*, dado que la Juez no señaló las pruebas valoradas para desestimar la excepción. De ahí, que no habiéndose precisado las

¹⁰ Folios 1006 a 1008, cuaderno No. 3

pruebas, existe una indeterminación, siendo labor del juez examinar críticamente las pruebas.

e) Señala, que la aceptación de los desembolsos por la Constructora, comporta una condonación del presunto incumplimiento del Banco, y la imprudencia con que el demandante desarrolló el proyecto, permite establecer que existió un error en su conducta al haber contratado préstamos extra bancarios con intereses de usura, antes de recibir la aprobación del Banco para el desembolso del crédito, y el pago de intereses excesivos *“deterioraron necesariamente su posición”*. Además, la contratación de inventarios fue realizada de manera imprudente, y no se dijo cuál fue el valor del inventario que inmovilizó la caja.

f) Que atendiendo el valor del proyecto es inaceptable que se endilgue al Banco la responsabilidad por todas las pérdidas, cuando sólo faltaron \$30´000.000 en la financiación, lo que representa sólo un 2,54% en la totalidad del proyecto, y no se demostró que sea precisamente la falta de financiación en comento la responsable de la pérdida total de la empresa. **Que en consecuencia, la suma de \$30´000.000 no era una cifra significativa frente al valor del proyecto.**

g) La excepción derivada de la *“inexistencia del cobro de lo no debido debe prosperar”*, porque el Banco no cobró ningún dinero que el demandante no debiera pagar, bajo las condiciones pactadas entre las partes de común acuerdo, o por aceptación del deudor.

h) En relación con la excepción derivada de la *“inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual”*, aduce, que el Banco desembolsó la suma de \$570´000.000, aceptada por el demandante, y en los casos en que se llegó a cobrar un interés por encima del pactado, el Banco reconoció el equívoco, en corrección aceptada por las partes.

i) Señala, que el desarrollo de los procesos urbanísticos de La Floresta 1 y 2, concluyó sin impedimento para darlos por terminados, lo cual quiere decir, que la financiación bancaria o directa del deudor, facilitó la ejecución de la obra, no existiendo razón para predicar una responsabilidad a cargo de la demandada.

k) Refiere, que los desembolsos se dieron de manera consensuada, y fueron pagados aun extemporáneamente por el deudor, por lo que existe una

condonación de la mora atribuible a cualquiera de ellos. Agrega, que no están probados los perjuicios que la señora Juez ha deducido “erróneamente”, **porque habiéndose apartado del dictamen, carece de elementos para hacer la evaluación de los perjuicios, los que dedujo, no estando probados, pues no se probó en el expediente que la falta de entrega de los \$30´000.000 fue determinante de los perjuicios que ahora se reclaman.**

l) Que no existe nexo de causalidad entre el presunto incumplimiento del Banco y el daño propiamente dicho.

m) Que la señora juez no analizó la prueba en su conjunto, de conformidad con los artículos 164, 167 y 176 del CGP, al omitir las pruebas de lo alegado por el demandado. **Sin tal análisis, no era posible fundamentar una sentencia o fallo.**

n) Señala, que el monto autorizado por el Banco corresponde al “*tope de los posibles desembolsos*”, y en la única prórroga que solicitó ECONCAUCA fue cancelado el saldo vigente.

o) Refiere, que se omitió el análisis de la declaración del señor Pedro Antonio Brigard Pombo.

p) Que la declaración rendida por Carlos Enrique Velasco Angulo, fue tachada de sospechosa, y el Juzgado nada dijo en tal sentido, y además, el representante legal de ECONCAUCA reconoce que la Sociedad tendría “*recursos suficientes para cubrir subrogación o crédito*”, con lo cual se excluye la iliquidez del proyecto, dada la cantidad de recursos disponibles.

q) Que el Juzgado omitió “*la crítica testimonial que de forma total debió realizar*” frente a la declaración del señor Guillermo Alberto García Cadena, quien da cuenta del cupo de crédito aprobado a ECONCAUCA, y que si en algún momento existió error en una liquidación fueron corregidos.

r) Que en la diligencia de exhibición de libros y documentos de la parte actora, ésta no exhibió particularmente ninguna pieza a fin de acreditar o esclarecer los hechos materia del proceso, sino que por el contrario, puso a disposición del Juzgado una gran cantidad de documentos, sin permitir examinar cada pieza en particular, y tampoco dijo cuáles eran los documentos que estaban solicitando.

s) Finalmente aduce, que la señora Juez no examinó el efecto que podía tener en la contabilidad del demandante el hecho de haber comprendido en el manejo de las cuentas la etapa 1 y 2 del proyecto, de manera conjunta, pues se trataba de dos proyecto separados.

Que en este orden, no es admisible el incumplimiento de las obligaciones que se atribuye al BANCO DAVIVIENDA, ni la responsabilidad civil contractual que se le endilga, pues fueron los hechos atribuibles única y exclusivamente al demandante los que dieron lugar a la causación de los daños que pretende endilgar a la entidad demandada. Agrega, que tratándose de la aprobación de un cupo de crédito el Banco goza de discrecionalidad para efectuar los desembolsos hasta el monto máximo convenido.

En relación con la sentencia, se opone a las condenas impuestas por la funcionaria de primer grado, pues no se indica operación alguna de la cual se pueda deducir el monto de la condena impuesta (\$33'253.105,18), y tampoco se indica las tasas de interés que se utilizó en la liquidación. **En este orden, solicita se revoque la sentencia de la señora Juez a-quo, para en su lugar, exonerar a la demandada, o en su defecto, se declare la prosperidad de las excepciones.**

Se entra a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Competencia:

Es competente esta Corporación para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 núm. 1 del Código General del Proceso, y ante la no existencia de causal de nulidad capaz de invalidar lo actuado.

2. Legitimación:

La demandante – EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA - ECONCAUCA LTDA, reclama el reconocimiento y pago de los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento parcial del contrato celebrado con el demandado – BANCAFÉ-CONCASA, hoy BANCO DAVIVIENDA S.A., respecto de las obligaciones

derivadas del documento de aprobación de crédito de constructor No. 680-01625-0, y en tal virtud, las partes están legitimadas por activa y por pasiva para concurrir en el presente asunto, siendo la parte demandada la llamada a contradecir las pretensiones del libelo, como sujeto pasivo en la actuación que se le atribuye y quien eventualmente, estaría llamada a reparar los perjuicios reclamados. Además, las partes actúan en el proceso debidamente representadas por sus mandatarios judiciales.

3. Problema Jurídico

Se plantea en esta oportunidad: (i) Si el BANCO DAVIVIENDA S.A, es civilmente responsable de los perjuicios que asegura haber sufrido la EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA – ECONCAUCA LTDA, con ocasión del incumplimiento parcial del contrato de apertura de crédito, que se atribuye a la demandada, cuyas condiciones generales y especiales se encuentran consignadas en el documento “*aprobación crédito No. 680-01625-0*” de fecha 31 de marzo de 1998.

4. De la responsabilidad civil contractual

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*”, y por lo tanto, mientras el acuerdo no sea invalidado por causas legales o por la voluntad de los contratantes, se impone para ellos el deber de cumplimiento del mismo.

La Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en sentencia SC7220-2015 de fecha 09 de junio de 2015, precisó, que constituyen requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, los siguientes: “*la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado*”.

Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil contractual, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-1008 de 2010, refirió:

*“La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, **el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.** En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil.*

Esta clasificación, en la que se sustenta una tesis dualista de la responsabilidad civil, parte de la consideración de que es preciso hacer una clara distinción entre los efectos que genera el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, plasmada en el acuerdo de voluntades que es ley para las partes (contratos) y los que se producen como consecuencia de la voluntad del Estado plasmada en la ley”.

Efectuadas las precisiones anteriores, la Sala procederá al análisis de los elementos estructurales de la acción contractual, así:

En primer lugar, se encuentra acreditado que la demandante – ECONCAUCA LTDA, a través de su representante legal, elevó “*solicitud de crédito para constructor*” ante la CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA – CONCASA, solicitando un préstamo por valor de \$600'000.000 [Plan de financiación, con una inversión total de \$1.181'168.000, sin otra de fuente de financiación, y recursos propios disponibles por \$184'106.000], para la construcción de un proyecto unifamiliar de 18 viviendas, ubicado en la carrera 9 No. 27N-150 - Urbanización la Floresta en Popayán, destinadas a la venta, con un plazo programado para la construcción de 7 meses, con fecha de iniciación el 15 de enero de 1998 y fecha para su terminación el 15 de agosto de 1998, según documento de fecha 2 de septiembre de 1998, allegado con la demanda¹¹.

Por su parte, la CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA – CONCASA, hoy BANCO DAVIVIENDA S.A., emitió carta de “*Aprobación de crédito No. 680-01625-0*” el día 31 de marzo de 1998, mediante la cual, se informa a ECONCAUCA LTDA, la aprobación “*de un crédito constructor*”, **en cuantía de “hasta la suma de seiscientos millones de pesos M/cte (\$600.000.000.00) expresadas en Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC”** (cláusula 1); con una tasa de interés efectivo anual del 10.75%, liquidado sobre valores expresados en UPAC, pagadero por trimestres anticipados mientras el crédito este vigente, señalando que la tasa de interés a largo plazo para las subrogaciones “*correspondientes a las unidades que conforman el proyecto, será la que esté*

¹¹ Folios 3 a 4, cuaderno No. 1

vigente en el momento de la aprobación del crédito al comprador” (cláusula 3); con un plazo de “hasta veinticuatro meses (24) para la construcción y la comercialización de las unidades”, contados desde “la fecha del primer desembolso” (cláusula 4); inversión destinada a la construcción de 18 casas y 18 garajes cubiertos que hacen parte del proyecto urbanización La Floresta (cláusula 5); con garantía de hipoteca abierta en cuantía indeterminada de primer grado a favor de la Corporación sobre el inmueble objeto de financiación, y la firma de los pagarés respectivos (cláusula 6), concediéndose un **plazo** para la constitución de la garantía de 60 días y registrar en la Oficina de Instrumentos Públicos las garantías a favor de la Corporación y “treinta (30) días adicionales para solicitar el primer desembolso” (cláusula 6.3). En las **condiciones especiales**, se estableció, que “el primer desembolso solo se podrá efectuar cuando hayan invertido la suma de \$120.000.000.00 en costos directos”, entre otras (cláusula 7), y frente a la **oportunidad para los desembolsos**, estableció que “los desembolsos se efectuarán siempre con sujeción a la disponibilidad de los recursos por parte de LA CORPORACIÓN y a juicio de ella y, en todo caso, se efectuarán por instalamentos con un mínimo de (1) desembolso mensual, y su oportunidad y monto estará determinada por el ritmo de avance de la obra y la vinculación de recursos propios de LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA, los cuales no podrán girarse ni total ni anticipadamente” (cláusula 8.1), desembolsos que “se harán previo el cumplimiento de los siguientes requisitos”: “a. Otorgamiento y registro de la garantía hipotecaria de primer grado y suscripción de los pagarés respectivos a favor de la COPORACIÓN, b) Visita técnica con concepto favorable, c) Constitución de los seguros que la CORPORACIÓN y la Ley exigen, d) Estar al día en el servicio de las obligaciones a su cargo y a favor de la CORPORACIÓN, aun cuando se trate de saldos pendientes de otros proyectos, y e) Haber llenado todos y cada uno de los requisitos exigidos por LA CORPORACIÓN en esta oferta, en los documentos de deber y en la respectiva escritura de hipoteca” (cláusula 8.2). Igualmente, “antes del primer desembolso”, el Constructor deberá presentar a satisfacción a la Corporación “Licencia definitiva de construcción y certificados de las autoridades competentes de que el acto administrativo correspondiente se encuentra en firme de acuerdo al Código Contencioso Administrativo” y, “certificación expedida por la Oficina de Planeación Distrito o de la autoridad competente, en el sentido de que el predio sobre el cual se desarrollara el proyecto no se encuentra afectado por ninguna medida de expropiación o juicio de extinción del dominio y que tampoco ha sido declarado de utilidad pública” (cláusula 9), y finalmente, el Constructor “declara conocer el

Decreto 2360 del 16 de noviembre de 1993¹² y demás disposiciones relacionadas con los cupos individuales de crédito”, quedando en todo caso, el cumplimiento en los desembolsos correspondientes por parte de la Corporación “condicionados al cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Corporación, incluidos también la suscripción y otorgamiento por parte del constructor de todos los documentos de créditos exigidos por la Ley y los reglamentos, así como la aceptación de sus respectivas estipulaciones” (cláusula 12)¹³.

Posteriormente, mediante memorando interno del 22 de mayo de 1998, a solicitud del constructor, se modifica el numeral 6 de la carta de aprobación de crédito, *“con el fin de excluir de la firma del pagaré al Representante Legal de Icobandas S.A.”¹⁴.*

Adviértase en primer lugar, que la relación contractual que se verificó entre las partes no ha sido objeto de controversia en cuanto a la existencia de la misma, pese a que la comunicación contentiva de la aprobación de crédito No. 680-01625-0 de fecha 31 de marzo de 1998 no aparece suscrita por el representante legal de ECONCAUCA, y prueba de ello, es que la EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA – ECONCAUCA LTDA solicita se declare el incumplimiento parcial de las obligaciones del BANCO DAVIVIENDA S.A., ***“asumidas en la oferta comercial contenida en su comunicación de marzo 31 de 1998”***; mientras en el escrito de contestación de la demanda, el BANCO DAVIVIENDA S.A., alude a la celebración de ***“un contrato de mutuo o de apertura de crédito”***, que se consolida cuando se produce el primer desembolso, y comienza su ejecución cuando CONCASA pone en conocimiento del Constructor *“la disponibilidad de la apertura de crédito bajo las condiciones ofrecidas”*. Distinta es la disparidad de criterios en cuanto a la naturaleza del contrato celebrado, que conforme a las características del mismo, corresponde a un verdadero contrato de apertura de crédito, en el que a términos del artículo 1400 del C. de Comercio, el establecimiento *“se obliga a tener a disposición de una persona sumas de dinero, dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado”*.

Respecto del contrato de apertura de crédito, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en sentencia del 6 de julio de 2007¹⁵, expresó:

¹² Se reglamenta los límites de los cupos de crédito

¹³ Folios 22 a 27, cuaderno No. 1

¹⁴ Folios 466 a 471, cuaderno No. 5

¹⁵ CSJ SC091-2007, 6 jul. 2007 rad. 08001-31-03-004-2000-00175-01

*“Es claro entonces que, al contrario de lo que infundadamente sostuvo el ad-quem, del particularizado contenido negocial, aunado al de la carta de 26 de mayo de 1998, sí emerge en forma diamantina el contrato de apertura de crédito convenido entre el Banco Central Hipotecario y Consultores Constructores Asociados Limitada que tuvo por objeto generar recursos económicos con el propósito de financiar la construcción de las 18 bodegas y los 36 parqueaderos que harían parte de “la primera etapa del Parque Empresarial El Pueblo”, pues, **en desarrollo de ese específico convenio, la primera, en su condición de establecimiento bancario, se comprometió a tener a disposición de la segunda, dada la solicitud de crédito a constructores que en forma antelada le había elevado, una cantidad líquida de dinero hasta por la suma de setecientos treinta millones de pesos, la cual debía ser desembolsada mediante entregas parciales** acorde con lo que al respecto de manera puntual allí previeron, durante el plazo de trece meses -los 7 iniciales en que debía levantarse la construcción y los 6 restantes previstos para el proceso de ventas-, contado a partir del vencimiento de los sesenta días calendario que en la mentada carta de 26 de mayo le fue concedido a la constructora “para la legalización” de dicha operación, que también corrió desde la fecha de esa comunicación, y en relación con el cual quedaron determinadas las diversas contraprestaciones que la institución financiera recibiría a cambio no sólo por las cifras dinerarias que paulatinamente le entregara a su par negocial sino por mantener siempre a disposición de ésta las sumas correspondientes al saldo del que no hubiese hecho uso, esto es, la comisión “como retribución por su apertura y mantenimiento”.*

*Si por dicha especie convencional ha de entenderse **“el acuerdo en virtud del cual un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona sumas de dinero, dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o determinado”**, que deberá celebrarse **“por escrito** en el que se hará constar la **cuantía del crédito abierto**” y cuya disponibilidad **“podrá ser simple o rotatoria”**, entendiéndose por la primera la hipótesis en que **“las utilidades extinguirán la obligación del banco hasta concurrencia del monto de las mismas”**, como lo enseñan los artículos 1400, 1401 y 1402 del Código de Comercio, entonces las nociones que con anterioridad se dejaron sentadas -fiel reflejo de lo que las partes se propusieron tras el comentado pacto, según así aflora de aquellos medios de persuasión-, no son más que la aplicación fidedigna de estos preceptos, a través de los cuales el legislador reguló el ámbito fundamental del contrato de apertura de crédito que se viene comentando, no sólo porque fue celebrado por escrito, en el que aquéllas hicieron constar su cuantía, sino porque fue así como la institución financiera se obligó, a cambio de una comisión, a mantener disponible, a favor de la constructora, la suma de dinero allí determinada, en el término convenido y con sujeción a las condiciones preestablecidas, siendo de comprenderse que se trató de una disponibilidad simple si se toma en cuenta que omitieron explicitar su “naturaleza” (art.1402, ib.)*

(...)

*...es menester precisar cómo el de apertura de crédito, aparte de especial y autónomo -ya que por sí solo genera sus propias consecuencias-, es un contrato complejo, en la medida en que, al estructurarse en dos etapas sucesivas claramente definidas, está llamado a producir un doble efecto. El primero de ellos -inmediato y primordial-, hace referencia a la obligación que asume el establecimiento bancario de tener a disposición del acreditado la suma de dinero acordada o de otorgarle crédito de dinero o de firma hasta una determinada cuantía, durante el espacio de tiempo convenido; y, el segundo -posterior y eventual-, radica en la utilización que el último de los nombrados luego podrá hacer de los recursos que de la manera antedicha el primero de ellos haya puesto a su disposición. Se advierte así que **la disponibilidad es el elemento que por su finalidad económica distingue esta especie convencional**, en tanto refleja en forma fidedigna el fenómeno conforme al cual lo que busca el acreditado, antes que la entrega inmediata de una suma de dinero -que, verbi*

gratia, podría ser satisfecha a través de un contrato de mutuo-, es contar con la seguridad de que hacía el futuro podrá disponer, durante un período determinado y por decisión unilateral, de los recursos que requiera, previo el cumplimiento de las exigencias al efecto convenidas. Como dice la doctrina foránea, el mentado acuerdo de voluntades en una primera fase “engendra una pura disponibilidad a favor del acreditado”, caracterizada porque el banco, en su condición de deudor, motu proprio no puede liberarse de su deuda “sino que tiene que esperar los actos de disposición..., las órdenes del acreditado”; y, en una segunda, “permite una disposición efectiva a favor del acreditado” –sic-, que no es más que “el efecto eventual del contrato”. Conforme a lo expuesto es palmario que el uso que haga el acreditado de los recursos puestos a su disposición por la entidad bancaria constituyen, sin duda alguna, “actos de ejecución del ... contrato de apertura de crédito (solvendi causa)”¹⁶. (Negrilla fuera de texto).

En este orden, conviene aclarar, que no se está en presencia de un contrato de mutuo, en el que se hace entrega de una cantidad de dinero en un solo acto, y se perfecciona *“mediante la entrega de la cosa prestada”*¹⁷, siendo un contrato de carácter real¹⁸, y tampoco se configura el incumplimiento de una oferta, entendida como un acto jurídico de formación unilateral *“en la que se propone un proyecto de acto jurídico bilateral o plurilateral, por una persona llamada el oferente”*, y que se somete a consideración de otra llamada destinatario, para su aceptación o rechazo. Siendo su finalidad, *“lograr que el destinatario la convierta en contrato mediante su aceptación. Este fin no debe producir confusión llevando a pensar que la oferta, para ser tal, requiere aceptación. Muy por el contrario, habrá propuesta mientras no medie aceptación. La oferta se extinguirá deviniendo en convención o contrato una vez se acepte”*¹⁹. En este orden, la aceptación *“da lugar al contrato identificado en aquella, y que por lo mismo genera los derechos propios de tal convenio”*²⁰.

¹⁶ Garrigues, Joaquín, Contratos Bancarios, 2ª edición, Madrid 1975, pags. 192 y 193.

¹⁷ BONIVENTO Fernández, José Alejandro, “Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales”, Tomo I, Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2008, pág. 659

¹⁸ Al respecto, el Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, en aclaración de voto a la sentencia SC16496-2016 del 16 de noviembre de 2016, radicación: 76001 31 03 002 1996 13623 01 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, expuso:

“El contrato de crédito bancario, si el quid quiere verse desde esta otra óptica, tiene como característica principal y esencial la disponibilidad de dineros por parte del banco al cliente, sustancialidad que no ocupa al mutuo, ni tampoco al contrato de cuenta corriente.

La apertura de crédito, difiere del negocio jurídico de cuenta corriente, porque en éste, un Banco, profesional especializado, obteniendo o exigiendo unas comisiones o intereses, como mecanismo de facilidad crediticia, pone a disposición de una persona (acreditado o cliente) natural o jurídica por un término determinado o determinable, sumas de dinero o fondos hasta una cuantía preestablecida, de las cuales el usuario puede disponer en forma total, fraccionada o parcialmente, reembolsables según se convenga o en las épocas prefijadas, pudiéndose también volver a disponer del crédito reintegrado pero siempre con la posibilidad de ser liquidado una vez transcurrido los plazos previstos a la conclusión del mismo.

Un banco proporciona financiación de cualquiera de las maneras posibles, pero diferenciándose también del préstamo en el cual se entrega una cantidad de dinero en un solo acto, mientras que en el de crédito el cliente dispone de los fondos en formas indeterminadas, sucesivas o en diversas modalidades; es además, contrato bilateral y oneroso, pero no es real, como si acontece con el préstamo”.

¹⁹ GARCIA MUÑOZ, José Alpianiano “Derecho económico de los contratos”, Ediciones Librería del Profesional, 2001, pág. 176

²⁰ Ibídem, pág. 181

En relación con el negocio jurídico de oferta, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en proveído del 6 de septiembre de 2016, expresó:

“... la oferta- ostenta unas características que la distinguen de tratativas, acuerdos prenegociales, invitaciones a negociar, etc. que forman parte de la etapa precontractual; y aún de la propaganda, la publicidad, las promociones dirigidas a personas indeterminadas, etc. en las que, con todo, en protección del consumidor, la ley torna vinculantes (artículo 29 de la ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor). En términos de la Corte, la oferta para su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento (CSJ SC 029-1995 del 8 de marzo de 1995, rad.4473).

Si informada, la oferta es aceptada y así lo hace saber el destinatario de aquella sin condiciones y antes de que caduque, salvedad hecha de los contratos que requieren alguna solemnidad o la entrega de la cosa sobre que versan, queda formado o perfeccionado el contrato al verificarse el acuerdo de voluntades”²¹.

En este orden de ideas, no existe duda alguna de la ejecución del contrato ofertado o proyectado, que no es otro, que un contrato de apertura de crédito, dada la disponibilidad de recursos en favor de la Constructora, por el tiempo convenido y dentro del límite señalado, y en virtud de cual, la EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA – ECONCAUCA LTDA recibió siete (7) desembolsos en ejecución de la aprobación del crédito No. 680-01625. De este modo, queda establecida la existencia del contrato y la naturaleza del mismo.

De otro lado, se procederá a establecer el eventual incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo de CONCASA – BANCAFÉ, hoy BANCO DAVIVIENDA S.A., en los términos señalados por la parte actora, esto es, en cuanto a la oportunidad y cuantía de los desembolsos, modificación de la tasa de interés [que se pactó al 10,75% efectivo anual], y la variación de las condiciones para evaluar el avance de obra. Agrega, que el demandado modificó unilateralmente las condiciones para evaluar el avance de la obra, al determinar que los anticipos a contratistas y las existencias de almacén, no serían consideradas para cuantificar el avance de

²¹ CSJ SC11815-2016, 6 sep. 2016, Rad. 11001-31-03-039-2008-00473-01

obra, tal como se hizo en los primeros desembolsos, situación que fue puesta de presente a la entidad financiera el 3 de abril de 2000.

En cuanto a **la oportunidad y cuantía de los desembolsos**, conviene recordar que en la comunicación de aprobación de crédito No. 680-01625-0 de fecha 31 de marzo de 1998, se estableció la **cuantía** “hasta la suma de seiscientos millones de pesos (\$600.000.000) expresados en Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC” (cláusula 1), siendo una condición especial, que “*el primer desembolso sólo se podrá efectuar cuando hayan invertido la suma de \$120´000.000 en costos directos*” (cláusula 8), y al hacerse alusión a la **oportunidad para los desembolsos**, se estableció que “*se efectuarán siempre con sujeción a la disponibilidad de recursos por parte de LA CORPORACIÓN y a juicio de ella y, en todo caso, se efectuarán por instalamentos con un mínimo de (1) desembolso mensual, y su oportunidad y monto estará determinada por el ritmo de avance de la obra y la vinculación de recursos propios de LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA, los cuales no podrán girarse ni total ni anticipadamente*” (cláusula 8.1); desembolsos que se harán previo el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) *Otorgamiento y registro de la garantía hipotecaria de primer grado y suscripción de los pagarés respectivos a favor de la COPORACIÓN*, b) *Visita técnica con concepto favorable*, c) *Constitución de los seguros que la CORPORACIÓN y la Ley exigen*, d) *Estar al día en el servicio de las obligaciones a su cargo y a favor de la CORPORACIÓN, aun cuando se trate de saldos pendientes de otros proyectos*, y e) *Haber llenado todos y cada uno de los requisitos exigidos por LA CORPORACIÓN en esta oferta, en los documentos de deber y en la respectiva escritura de hipoteca*” (cláusula 8.2).

Se colige sin ambages de lo expresado, que el contrato de apertura de crédito se aprobó “*hasta*” la suma de \$600´000.000 m/cte, siendo éste el límite de disponibilidad de recursos que el Banco se comprometió a tener en favor de la Constructora, y cuyo desembolso no estaba obligado a realizar el Banco de manera automática mes a mes hasta completar el límite indicado, sino que por el contrario, el desembolso y la cuantía del mismo estaba condicionada al cumplimiento de las exigencias previstas expresamente en la comunicación de aprobación de crédito del 31 de marzo de 1998, y es así como se verificaron siete (7) desembolsos²², hasta completar la suma de \$570´000.000 m/cte.

²² Folio 28

Valor	Fecha del giro
\$150´000.000	1 junio de 1998
\$150´000.000	27 julio de 1998

Ahora, si bien es cierto se presentaron algunas diferencias entre ECONCAUCA LTDA y CONCASA – BANCAFE, hoy BANCO DAVIVIENDA S.A., lo cierto, es que las mismas no radican propiamente en la oportunidad y monto de los desembolsos, sino en la forma cómo se liquidaron los intereses, se realizó la aplicación de los mismos, y el saldo de la obligación; prueba de ello, son las diversas comunicaciones cruzadas entre las partes, que ponen en evidencia la inconformidad de ECONCAUCA en relación con la forma cómo se viene surtiendo la liquidación del crédito, al punto, que tales dificultades fueron puestas en conocimiento de la Superintendencia Bancaria²³, según pasa a verse:

Fecha	Contenido de la comunicación	folio
07-11-2000	De ECONCAUCA a BANCAFE: Solicita: <i>“Reliquidar el crédito con las tasas establecidas en cada pagaré y abonar a capital las diferencias que resulten en la oportunidad en que se efectuó el pago”,</i> teniendo en cuenta <i>“los intereses que de manera anticipada se cancelaron de conformidad con lo inicialmente pactado, y los abonos a capital por cancelación de prorratas o ventas por subrogación...”</i> , y además <i>“reliquidar los pagarés que excedan la tasa señalada en la Resolución No. 14 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y la Circular Externa No. 068 de 2000 de la Superintendencia Bancaria de Colombia y abonar a capital las diferencias que resulten”.</i> Con copia a la Superintendencia Bancaria.	32 a 33, cuad. No. 1
24-11-2000	De Bancafe a ECONCAUCA: En respuesta a la comunicación anterior (7-11-2000), manifiesta que <i>“verificados los abonos realizados tanto a intereses pagados por anticipado al crédito constructor aprobado, como a los abonos de prorratas, efectivamente se encontró que se estaban liquidando todos al 15%, cuando existían pagarés al 10.75% y al 14%. Teniendo en cuenta lo anterior, le presentamos disculpas, sin embargo, ya se está realizando la reversión de los mismos, abonando a la obligación los excedentes cobrados”.</i>	34, cuad. No. 1
29-11-2000	De ECONCAUCA a BANCAFE: En respuesta a la comunicación anterior (24-11-2000), se informa <i>“con el fin de que sea tenido en cuenta al momento de realizar los abonos a la obligación de los excedentes cobrados,...que no existe pagaré al 14%, porque los dos primeros se suscribieron al 10,45% y los restantes al 15% tal como consta en los documentos que los contienen”.</i>	35, cuad. No. 1

\$100'000.000	7 de septiembre de 1998
\$50'000.000	12 de noviembre de 1998
\$30'000.000	23 de diciembre de 1998
\$40'000.000	10 de marzo de 1999
\$50'000.000	2 de diciembre de 1999
\$570'000.000	VALOR TOTAL DEL DESEMBOLSO

²³ Folios 39 a 42, cuad. No. 7, copia de la queja remitida por la constructora ECONCAUCA a la Superintendencia Bancaria el 27 de febrero de 2001, en la que se solicita a la Superintendencia que en uso de sus atribuciones legales conmine al Banco Cafetero a: ***“Entregar una liquidación del crédito No. 680-01625-0 que contenga de manera clara todos los factores que inciden en ella; si acorde a esa liquidación está pagada la obligación, entregar los pagarés debidamente cancelados, en caso contrario, establecer el saldo para proceder a su cancelación...”***.

Folio 61, cuad. No. 7, comunicación remitida por el Gerente de la Constructora a la Superintendencia Bancaria, solicitando a ésta última, ***“que esa Superintendencia vigile que el intermediario financiero realice, dentro del marco legal, la reliquidación en los términos y pazo allí solicitados”***

13-12-2000	De ECONCAUCA a BANCAFE: Se aduce “que el Banco con base en mi <u>autorización de septiembre 3 de 1998, entre otras, llenó al 15% los restantes pagarés al momento de suscribirlos,...</u> ”, y persisten errores en la liquidación que deben ser corregidos: <i>“Los abonos a la obligación expresados en UVR, adolecen de errores en su cálculo o conversión; en algunos casos el cálculo de los días presenta errores, en consecuencia, el monto calculado de los intereses no corresponde al que deba aplicarse y se ha generado un mayor cobro al debido; la reliquidación del crédito debe ajustarse a lo ordenado por la Junta Directiva del Banco de la República...”</i> . Con copia a la Superintendencia Bancaria.	36 a 38, cuad. No. 1
29-12-2000	De Bancafe a ECONCAUCA: BANCAFE acepta que <i>“después de verificar los abonos realizados tanto de intereses pagados por anticipado al crédito constructor aprobado a ustedes, la liquidación de intereses de acuerdo a la tasa vigente y los abonos a prorratas, efectivamente se encontró que se estaban liquidando todos al 15%, cuando existían pagarés el 10.75% y la nueva tasa de interés se encuentra al 13.9%. Teniendo en cuenta lo anterior, ofrecemos disculpas, sin embargo ya se está realizando la reversión de los mismos, abonando a la obligación los excedentes cobrados”</i>	39, cuad. 1
09-01-2001	De ECONCAUCA a BANCAFE: Pone de manifiesto su inconformidad con la liquidación practicada por el Banco y el saldo de la deuda, que dice <i>“se aproxima a aquel que los contadores de la Empresa Constructora consideran como el debido – 59 millones aproximadamente”</i> . Igualmente, ofrece cancelar la suma de 60 millones de pesos <i>“suma ligeramente superior a la debida”</i> , con el objeto de minimizar en la medida de lo posible el problema, <i>“mientras se establece el saldo real de la obligación”</i> . Con copia a la Superintendencia Bancaria.	40 a 41, cuad. 1
24-01-2001	De ECONCAUCA a BANCAFE: Refiere, que ante la falta de respuesta a las comunicaciones del 13-12-200 y 9-01-2001, <i>“el día 17 de enero pagamos la suma de \$60.000.000 de pesos con el objeto de cancelar la obligación a cargo de la Constructora, suma de dinero ligeramente superior a aquella que los contadores de la empresa señalan como debida...se requiere su respuesta con el fin de aclarar, si se presentan, las diferencias respecto de la liquidación y el saldo”</i>	42 cuad. 1
26-03-2001	De ECONCAUCA a BANCAFE: Aduce la constructora, respecto de la liquidación del crédito realizada por el Banco, que aunque está de acuerdo con el capital prestado y los intereses pagados, su desacuerdo, radica en <i>“el valor de los abonos realizados, en el monto de la reliquidación de intereses como también en el monto del reintegro por intereses y, por sobre todo, en la oportunidad en la cual deben imputarse esos pagos”</i>	24 a 26, cuad. No. 4
5-04-2001	De Bancafe a ECONCAUCA: En respuesta a la comunicación del 26-03-2001, se informa a la Constructora, entre otras cosas, que <i>“el Banco procedió a efectuar nuevamente la liquidación, en la cual los mayores valores cobrados por concepto de intereses en cada una de las fechas de pago fueron abonados a Capital, en la misma fecha del pago y con la cotización respectiva a dicha fecha, con lo cual se elimina el efecto de cobrar intereses sobre mayores valores recibidos por el Banco...”</i> , señalando, <i>“que el cálculo realizado por ustedes es parcialmente correcto...”</i> . Agrega, que el saldo de la obligación al 30 de marzo de 2001 es de 47.141,5588 UVR equivalentes a \$5´442.789.	43 a 44, cuad. No. 1
16-04-2001	De ECONCAUCA a BANCAFE: Se pronuncia a la comunicación anterior (5-04-2001), señalando que <i>“en el numeral 5 de la referida comunicación afirma que el cálculo realizado por ECONCAUCA es</i>	45 a 46, cuad. 1

	<i>parcialmente correcto, 'ya que al aplicar el excedente cancelado por ustedes a capital y a la cotización vigente en las fechas de pago, no da lugar a calcular sobre dichos valores adicionalmente, intereses sobre los mismos ya que se está calculando un doble reconocimiento sobre los mayores valores pagados por usted'. Afirmación que no es cierta porque lo que se hace es la devolución correspondiente a unos intereses liquidados y pagados anticipadamente". En este orden, solicita "se efectúen las correcciones correspondientes, me envíen una nueva liquidación y ordene la liquidación de las hipotecas que continúan vigentes a favor de Bancafé,...para garantizar una obligación que de acuerdo con la última liquidación de BANCAFE, que adolece de errores, no supera los 5.000.000 de pesos". Con copia a la Superintendencia Bancaria.</i>	
12-06-2001	De ECONCAUCA a BANCAFE: Denuncia la Constructora que <i>"el problema radica en la dificultad de los funcionarios que me atienden para entender que no basta con abonar a capital los errores cometidos por el banco, en las fechas en que se produjeron, sino que además, de manera necesaria e imprescindible, se deben recalcular los intereses anticipados, sobre los saldos reales (los reliquidados)".</i> Con copia a la Superintendencia Bancaria.	47, cuad. 1
13-06-2001	De ECONCAUCA a BANCAFE: La Constructora manifiesta lo siguiente: <i>"con toda atención adjunto autorización para debitar de la cuenta corriente...de la empresa Constructora del Cauca, el saldo de capital para la cancelación total del crédito constructor 680-001625, capital más intereses, de acuerdo con las cifras del Banco..."</i> . Se anexa la autorización en comento (folio 49, cuaderno No. 1).	48, cuad. No. 1
05-07-2001	De Bancafe a ECONCAUCA: En respuesta a las comunicaciones anteriores (16-03-2001 y 13-06-2001), el Banco dice ratificarse <i>"en las condiciones expresadas en nuestra comunicación No. 0074 del 5 de abril pasado"</i> , según la cual, <i>"el crédito se reconstruyó totalmente desde su primer desembolso y le fueron aplicados los cobros en exceso al saldo por capital de la deuda en las fechas respectivas. Por tal motivo los intereses se reliquidaban sobre los nuevos saldos de capital"</i>	50, cuad. 1
17-10-2001	De Bancafe a ECONCAUCA: En respuesta a la queja presentada por ECONCAUCA ante la Superintendencia Bancaria, se informa a la Constructora <i>"que se procedió a realizar nuevamente liquidación de su obligación y consideramos que realmente se cobraron algunos excesos sobre los cuales estamos aplicando en cada desembolso, abono o pago"</i> , y que además, debido a la cancelación total de la obligación, con la nueva liquidación existe un saldo a favor, por lo que debe acercarse a las oficinas para la devolución respectiva.	Folio 51, cuad. No. 1
09-11-2001	De ECONCAUCA a BANCAFE: Dice la Constructora exponer en tres puntos los errores, a fin de que una vez por todas se liquide correctamente el crédito: "1. Estoy de acuerdo con abonar al pagaré más viejo aquellos valores provenientes de pagos o prorratas y de devoluciones por operaciones que involucran indistintamente pagarés a 10,75% y 15%, pero de ninguna manera es correcto corregir una liquidación de intereses al 15% y el error abonarlo en la misma fecha al saldo de la obligación al 10,75%, como la operación efectuada el 7 de septiembre de 1998; 2. Cuando se cobran intereses anticipados se realizaron varios abonos por subrogaciones o prorratas. 3. A partir del 1 de junio de 2000 BANCAFE cambia la modalidad de cobro de intereses a mes vencido".	Folios 56 a 58, cuad. 1
7-05-2002	De Bancafe a ECONCAUCA: El Banco dice anexar cuadro con la	Folios 59 a

	liquidación corregida, estableciéndose las siguientes modificaciones: <i>“1. Al presentar excesos en el cobro de los intereses anticipados (trimestre), se convierten en unidades y se aplica al saldo de la obligación al pagaré más antiguo y al que genera el exceso que para el caso es el que está al 10,75%. Sobre cada exceso vuelve y se liquidan los intereses hasta que el reintegro tienda a cero (0)...4. A partir del 1 de junio de 2000, se cambia la modalidad de los intereses y pasa de trimestre anticipado a mes vencido, Los intereses se liquidan al finalizar cada período (el 1ro de cada mes) teniendo en cuenta los abonos realizados a la obligación”. Se informa a la Constructora que tiene un saldo a favor.</i>	60, cuad. No. 1
--	--	--------------------

También, se suscitaron algunas diferencias en torno a las prorratas, subrogaciones y cancelación de la garantía que pesaba sobre las unidades vendidas, según consta, a título ilustrativo, en comunicaciones de fecha: 11 de mayo de 2000, 2 de junio de 2000, 22 de junio de 2000, 31 de julio de 2000, y 20 de septiembre de 2000, entre otras, que se cruzaron el BANCO y la Constructora – ECONCAUCA LTDA.

Adviértase, que aunque en el escrito de demanda, ECONCAUCA asegura que *“los meses de diciembre de 1998 y abril de 1999”* corresponde a la época en que BANCAFE *“no vuelve a efectuar desembolsos en la forma establecida, aumenta las tasas de interés y unilateralmente modifica la forma de evaluar las inversiones ejecutadas”*, conviene precisar por esta Corporación, que en la comunicación del 31 de marzo de 1998 se estableció un límite de *“hasta”* seiscientos millones de pesos, expresado en UPAC, como cupo disponible para la Constructora, sin que en ninguna de las cláusulas de la comunicación en comento, se haya estipulado una época ni cuantía determinada para efectuar cada desembolso, porque como se ha venido reiterando, los desembolsos no sólo estaban condicionados a la disponibilidad de recursos de la Corporación, a juicio de la misma, sino al cumplimiento de las demás exigencias contenidas expresamente en la carta de aprobación de crédito, una de ellas, que el primer desembolso sólo se efectuaría luego de invertida la suma de \$120´000.000 en costos directos, y entre otras, que la oportunidad y monto del desembolso está *“determinada por el ritmo y avance de la obra”*.

El mismo sentido, obra el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal del BANCO DAVIVIENDA – GUILLERMO ALBERTO GARCÍA CADENA, quien informa que trabaja con DAVIVIENDA desde el año 2007, y en relación con los criterios de la entidad (durante los años 1998 a 2000) para el otorgamiento de créditos, refiere, que los criterios fijados por la entidad – CONCASA, tenían

relación con las circunstancias económicas que estaba viviendo la economía del País y particularmente la Banca, siendo una política “*verificar pormenorizadamente el proyecto de construcción a realizar, su viabilidad económica*”, y ante la posibilidad de un eventual problema de liquidez, se “*optó por dejar consignado contractualmente la posibilidad de no poder llevar a cabo un desembolso frente a un cliente para que hubiere claridad en la relación contractual*”, y en el caso concreto, el desembolso estaba condicionado al cumplimiento de varias exigencias, no siendo el único factor determinante del desembolso el informe de avance de obra.

En relación con **el avance de obra**, refiere la demandante, que el Banco modificó unilateralmente las condiciones para evaluar el avance de la obra, al determinar que los anticipos a contratistas y las existencias de almacén, no serían consideradas para cuantificar el avance de obra; modificación que según consta en el documento remitido por ECONCAUCA a BANCAFE el 3 de abril de 2000, fue realizada por el Banco de “*forma verbal*” (folios 28 a 31), y en el escrito de contestación de la demanda, el BANCO DAVIVIENDA aduce que no es cierto que se modificó unilateralmente las condiciones para evaluar el avance de obra, porque los anticipos a contratistas y “*las existencias de almacén*” no tenía por qué ser subsidiados por la Corporación, pues los anticipos debían ser pagados por la Constructora con recursos propios, y las existencias en almacén no se acreditó que hubieran sido adquiridas a crédito [si el contratista tenía existencias en almacén no requería financiación para adquirirlas], dado que el préstamo tenía relación directa con la financiación de las obras de construcción proyectadas, y la inyección de dinero respondía a la adquisición de nuevos materiales.

Nótese, que aunque en la carta de aprobación de crédito, se indica que la oportunidad y monto del desembolso “*estará determinada por el ritmo de avance de obra*”, lo cierto, es nada se estableció sobre la forma cómo se debía realizar el análisis del “*avance de obra*”, por lo que es preciso acudir al Manual de Supervisión Técnica y Autorizaciones de Desembolso – crédito constructor²⁴, allegado en la diligencia de exhibición de documentos, mediante el cual, se busca unificar los criterios “*en lo concerniente a todos los aspectos técnicos y financieros que tienen incidencia en el otorgamiento y desarrollo de los créditos para construcción*”, conforme al cual, en el acápite de definiciones y conceptos, señala: “*Avance de obra (visita de). Son las que se practican para verificar la inversión de*

²⁴ Folios 2 a 26, carpeta No. 9

recursos y el desarrollo de la construcción. Deben ser previas a cada desembolso del crédito al constructor”, siendo el “control de avance de obra”, una actividad que se desarrolla “en el transcurso de la ejecución material de un proyecto en periódicas visitas a la obra y en las cuales el perito evalúa el adelanto de las mismas y emite informes para la realización de desembolsos por parte de la Corporación”, ejecutándose un control de avance según programación [sobre el programa presentado por el constructor respecto al tiempo proyectado para realizarla], control de avance según ejecución e inversión [se efectúa sobre el programa presentado por el constructor para lo cual debe tomar la información en el sitio de la obra respecto al avance real de la misma...deberá determinar el cumplimiento de la inversión proyectada...su informe es base para la autorización de los desembolsos por parte de la Corporación], control de calidad de la construcción y del cumplimiento de las normas. De otro lado, al efectuarse el análisis de la inversión ejecutada y faltante según avalúo, de forma que se garantice la ejecución total del proyecto, se indicó, que para el efecto se toma el valor de la obra ejecutada, se adicionan los valores correspondientes a anticipos entregados a subcontratistas, y el valor de los materiales que se encuentren ubicados en almacén “pero que se encuentren debidamente soportados por facturas o comprobantes de egreso que el constructor debe presentar al perito”; facturas y comprobantes de egreso que según lo expresado en el escrito de contestación de la demanda, no presentó la Constructora – ECONCAUCA, a fin de acreditar la existencia en almacén de los materiales adquiridos con destino a la construcción proyectada. Sea ésta la oportunidad para precisar, que sobre este último aspecto, ningún reparo formuló la Constructora en cuanto a la eventual variación de las condiciones para evaluar el avance de obra, pues sólo hace una breve alusión en tal sentido, en el escrito del 3 de abril de 2000²⁵, en el que solicitó una prórroga para la cancelación total del crédito.

Por último, adviértase que el Manual de Supervisión Técnica y Autorizaciones de Desembolso – Crédito Constructor, acápite de cuantificación de desembolsos, prevé: “Los desembolsos de los créditos para construcción se pueden determinar en las siguientes formas: a) Por avance de obra...b) Por garantía de Obra...Sin embargo, a criterio del Gerente de la Regional o Sucursal, éste podrá autorizar desembolsos dentro de los márgenes determinados bien sea por avance de obra o

²⁵ ECONCAUCA comunica a BANCAFE – División Banca Hipotecaria, que “avanzadas las obras, unilateralmente CONCASA nos comunicó en forma verbal, que no era posible considerar los anticipos a contratistas y las existencias de almacén como inversiones efectuadas, tal como se hizo en los primeros desembolsos” (folios 133 a 136, cuaderno No. 7)

por garantía real, ya que se expondría la garantía de la Corporación. **La función del perito o supervisor sólo se limita a recomendar la suma a desembolsar, ya que la decisión de tal cuantía sólo le corresponde al Gerente de la Regional o Sucursal**". En este orden, a juicio de Sala, no queda duda alguna, de que las sumas señaladas en los formatos de "Autorización de desembolso" fijadas por el perito evaluador en cada visita efectuada a la obra del Proyecto la Floresta, constituyen meras "recomendaciones", siendo de competencia exclusiva del Gerente de la Regional o Sucursal, fijar la cuantía del desembolso. Lo anterior, en concordancia con la comunicación de aprobación de crédito del 31 de marzo de 1998, que en la cláusula 8.1, indica que los desembolsos "se efectuarán siempre con sujeción a la disponibilidad de recursos por parte de la CORPORACION y a juicio de ella".

De las pruebas arrimadas al expediente, se evidencia, que en cumplimiento al contrato celebrado entre las partes, los desembolsos se realizaron previa visita por el perito evaluador, así:

Fecha de la visita	Observaciones	Fecha de aprobación y monto del desembolso
14 de abril de 1998	Se estableció por el perito evaluador, en el ítem "cuantificación del desembolso" la suma de \$238.409.600.	Se aprobó el 17 de abril de 1998 por un valor de \$150.000.000 (folio 269 cuad. No. 4 y folio 328, cuad. No. 2).
02 de julio de 1998	Se estableció por el perito evaluador, en el ítem "cuantificación del desembolso" la suma de \$205.771.332.	Se aprobó el 10 de julio de 1998 en cuantía de \$150.000.000 (folio 314 cuaderno No. 4 y folio 323 cuaderno No. 2).
(fecha ilegible) Con sellado del 27-ago.1998	Se estableció por el perito evaluador, en el ítem "cuantificación del desembolso" la suma de 110.837.989.	Se aprobó el 24 de agosto de 1998, por un valor de \$100.000.000 (folio 317 cuaderno 4).
2 de octubre de 1998	Se estableció por el perito evaluador, en el ítem "cuantificación del desembolso" la suma de \$100.705.926.	Se aprobó el 5 de octubre de 1998 en cuantía de \$50.000.000 (folio 331, cuaderno 4 y folio 325, cuaderno No. 2).
18 de noviembre de 1998	Se estableció por el perito evaluador, en el ítem "cuantificación del desembolso" la suma de \$22.496.563.	Se aprobó el 17 de diciembre de 1998 por un valor de \$30.000.000 (folio 354 cuaderno No. 4 y folio 327, cuaderno No. 2)
14 de enero de 1999	Se estableció por el perito evaluador, en el ítem "cuantificación del desembolso" la suma de \$86.947.111.	Se aprobó el 2 de febrero de 1999 en cuantía de \$40.000.000 (folio 593 a 596 cuaderno 5 y folio 335, cuaderno No. 2).
21 de octubre de 1999	Se estableció por el perito evaluador, en el ítem "cuantificación del desembolso" la suma de \$50.162.433.	No se indica la fecha de aprobación, el valor del desembolso fue de \$50.000.000 (folio 524, cuaderno 5).

Ahora, aun aceptándose, que en algunas de las visitas efectuadas a la obra, no se consideraron los anticipados ni las existencias en almacén al momento de fijar la autorización de desembolso, en todo caso, el Gerente de la Regional o Sucursal, goza de “*cierta discrecionalidad*” a la hora de autorizar el monto del desembolso, porque como se indicó con anterioridad, el perito sólo se limita a “*recomendar*” la suma a desembolsar. De ahí, que la autorización de desembolso suscrita por el perito en cada visita, no comporta *per se* un desembolso automático, pues es el Gerente de la entidad financiera quien determina el quantum a desembolsar, y prueba de ello, es que con ocasión de la visita realizada el 2 de octubre de 1998 el perito recomendó desembolsar \$100´705.926, y el Gerente autorizó \$50´000.000; mientras en la visita realizada el 18 de noviembre de 1998 el perito recomendó desembolsar \$22´496.563, y el Gerente autorizó \$30´000.000.

En este orden de ideas, no encuentra la Sala acreditado el incumplimiento que se endilga al BANCO DAVIVIENDA en la oportunidad y montos de los desembolsos efectuados en la ejecución del crédito constructor No. 680-01625-0.

Recuérdese, que con la aprobación de cada desembolso, se suscribió el respectivo pagaré²⁶, al que se acompaña carta de autorización para llenar los espacios en blanco, así:

Número de pagaré	Fecha de suscripción	Monto	Tasa de interés pactada	Folio Cdno # 2
680-01625-0	1 jun. 1998	\$150.000.000.00 que equivale a 12.044.2361 UPAC	10,75% trimestre anticipado	329 a 310
680-01625-0	27 jul. 1998	\$150.000.000.00 que equivale a 11.645.9628 UPAC	10,75% trimestre anticipado	312 a 313
680-01625-0	7 sept. 1998	\$100.000.000.00 que equivale a 7.555.0556 UPAC	15% trimestre anticipado	315 a 316
680-01625-0	12 nov. 1998	\$50.000.000.00 que equivale a 3.623.5849 UPAC	15% trimestre anticipado	318 a 320
680-01625-0 E	23 dic. 1998	\$30.000.000.00 que equivale a 2.116.6664 UPAC	15% trimestre anticipado	322
680-01625-0 F	10 mar. 1999	\$40.000.000.00 que equivale a 2.689.6778 UPAC	15% trimestre anticipado	324
680-01625-0	2 dic. 1999	\$50.000.000.00 que equivale a 3.037.4678 UPAC	15% trimestre anticipado	326

En cuanto **al plazo pactado para efectos del desembolso**, se observa, que conforme la carta de aprobación de crédito No. 680-01625-0 del 31 de marzo de 1998, el plazo se fijó “***hasta veinticuatro meses (24) para la construcción y***

²⁶ Copia de los siete pagarés, anexa la autorización para llenar espacios en blanco, se encuentra también en la carpeta No. 10 “correspondencia de BANCAFE a ECONCAUCA”, folios 17 a 35.

comercialización de las unidades, resultantes contados desde la fecha del primer desembolso". Cláusula, a la que en su momento, no se formuló ningún reparo, pese a que el plazo programado para la construcción, "en la solicitud de crédito", era de siete (7) meses, desde el 15 de enero de 1998 al 15 de agosto de 1998, pues ningún reproche se encuentra en tal sentido en el caudal probatorio, de donde se colige, que la Constructora aceptó pacíficamente el plazo señalado por el Banco. En este orden, mal puede a la hora de ahora la Constructora – ECONCAUCA reclamar un presunto incumplimiento del plazo pactado para los desembolsos, alegando que éstos no se hicieron en el plazo de los siete (7) meses programado en la solicitud de crédito; cuando el Banco fijó un plazo de hasta 24 meses "contados desde la fecha del primer desembolso", y la demandante aceptó los desembolsos en la medida que se hacían efectivos, previa evaluación del avance de obra en cada caso. Con todo, no sobra indicar, que entre el primer desembolso (1 de junio de 1998) y el último (2 de diciembre de 1999), transcurrió un lapso de 1 año y 6 meses.

Respecto de la **modificación de la tasa de interés**, refiere la demandante, que el BANCO DAVIVIENDA unilateralmente modificó la tasa de interés convenida sobre el crédito constructor a la tasa del 10,75% efectivo anual, trimestre anticipado, mientras el crédito este vigente; aserto al que se opone el demandado, argumentado, que fue la Constructora – ECONCAUCA quien solicitó prórroga para el cumplimiento de sus obligaciones, y que las condiciones del crédito fueron cambiando de común acuerdo entre las partes. Sobre este puntual aspecto, conviene precisar, que en los pagarés suscritos el 1 de junio de 1998 y 27 de junio de 1998 se estableció el pago de una tasa de interés del 10,75% anual trimestre anticipado, y en los restantes títulos, se fijó una tasa de interés del 15% anual, pero en todo caso, tal modificación no respondió al capricho de la entidad financiera, sino a las variaciones convenidas por las partes, según pasa a verse:

Fecha de la comunicación	Contenido	Folio
3 sept. 1998	De ECONCAUCA a BANCAFE: Autoriza "para realizar los siguientes desembolsos pendientes del crédito ya aprobado por el valor de seiscientos millones de pesos m/cte (\$600'000.000), se cobre a la tasa –sic- que este vigente en el mercado"	331, cdo. No. 2 144,cdo. No. 10
14 jul. 1998	De ECONCAUCA a BANCAFE: : Autoriza "para que los desembolsos pendientes del crédito ya aprobado por el valor de seiscientos millones de pesos m/cte (\$600'000.000), se cobren a un interés del 14% más la corrección monetaria"	356, cdo. No. 2 60, cdo. No. 10
29 ene. 1999	De ECONCAUCA a BANCAFE: Autoriza "para que los desembolsos pendientes por efectuar, sean	330, cdo. No. 2 142,cdo. No. 10

	<i>realizados con las tasas que estén vigentes en el banco al momento de su contabilización</i>	
--	---	--

Adviértase, que en comunicación del 24 de mayo de 1999, el Gerente de la Constructora – ECONCAUCA, acepta de manera diáfana, que con notas y/o comunicaciones del 3 de septiembre de 1998, 14 de julio de 1998 y 2 de febrero de 1999, autorizó a *“BANCAFE para cobrar las tasas comerciales vigentes en el crédito de la referencia”*. Pero no obstante lo anterior, solicita seguir *“liquidando el crédito al 10,75% inicialmente pactado”* (folio 340, cuad. No. 2); pedimento que respondió el Banco el 28 de mayo de 1999, indicando que los créditos serán liquidados *“a las condiciones y tasas pactadas en los pagarés”* (folio 339, cuad. No. 2). No obstante lo anterior, en comunicación del 29 de diciembre de 2000, BANCAFE informó a la constructora que *“la nueva tasa de interés se encuentra al 13,9%”* (folio 39, cuad. No. 1), la que efectivamente fue aplicada al crédito desde septiembre de 2000, según lo expresado por el auxiliar de la justicia, y conforme se evidencia de las liquidaciones anexas al expediente (folio 10 y 56, cuad. 10 y folio 21, cuad. No. 4).

En este orden, las variaciones en la tasa de interés aplicable al crédito, obedecieron a lo acordado entre las partes, o más concretamente, a las solicitudes presentadas por el Gerente de ECONCAUCA ante la entidad financiera, manifestando estarse a las tasas vigentes al momento del desembolso, y no son producto de la modificación unilateral de las condiciones del crédito por parte del BANCO, como lo asegura el demandante en su libelo genitor, y es así, precisamente, como el representante legal de la CONSTRUCTORA suscribe los pagarés en señal de aceptación. Distinto, es que hayan presentado dificultades en la liquidación del crédito, respecto de la tasa de interés aplicable, situación que el Banco buscó remediar, ajustando la liquidación en cada oportunidad²⁷, y que conforme el interrogatorio de parte absuelto por el señor FERNANDO CASTRILLON MUÑOZ- representante legal de ECONCAUCA, fue solucionado a satisfacción, según se infiere de su dicho, al expresar: *“...fue gracias a una*

²⁷ En este sentido, además de la prueba documental referenciada, obra la declaración rendida por el señor PEDRO IGNACIO DE BRIGARD POMBO, de profesión consultor financiero, quien informó haber laborado en el Banco CAFETERO *“a partir del 30 de noviembre de 1999 como Vicepresidente de Crédito y Cobranzas hasta la liquidación que fue en abril de 2005, posteriormente se convirtió en GRANBANCO donde trabajé hasta diciembre 31 de 2007”*, e indagado si tuvo conocimiento de las reclamaciones de ECONCAUCA, respondió: ***“Si tuve conocimiento en esa época de las reclamaciones, las cuales consistían en desacuerdos sobre las liquidaciones de intereses sobre los créditos otorgados como crédito constructor a la empresa Constructora del Cauca”***; reclamaciones que llevaron a revisar la liquidación de intereses *“y en muchos casos dándole la razón parcialmente al reclamo”*. Así mismo aduce el deponente, que de acuerdo a los documentos revisados ***“no encontré ningún reclamo de ECONCAUCA LTDA con respecto a los desembolsos y aceptó cada uno de ellos en su momento”*** (folios 108 a 112, cuad. No. 11).

liquidación elaborada por mí, como el Banco después de innumerables cartas, logró acertar en la forma de liquidar el crédito atendiendo las normas contables y las matemáticas” (folios 377 a 381, cuad. No. 2). Aunado, que tampoco se demostró con ningún medio de convicción, que el saldo cancelado para finiquitar la obligación, resultara desproporcionado o excesivo, al punto, que existe un saldo a favor de la empresa Constructora.

También aduce la parte demandante, se verificó un **cambio en la modalidad de pago de los intereses, que pasó de trimestre anticipado, a mes vencido**, a partir del 1 de junio de 2000. En este punto, del análisis de los elementos de prueba allegados al expediente, se colige por esta Sala de Decisión, que si bien en la comunicación de aprobación del crédito de fecha 31 de marzo de 1998, se indicó a la CONSTRUCTORA DEL CAUCA, que el interés anual liquidado sobre valores expresados en UPAC, es pagadero *“trimestre anticipado mientras el crédito este vigente”*, en todo caso, las condiciones del crédito sufrieron una variación con ocasión de la prórroga solicitada por la Constructora el día 3 de abril de 2000, para la cancelación total del crédito cuyo vencimiento final era el 1 de junio de 2000²⁸ (folios 215 a 218, cuad. No. 1); petición a la que accedió BANCAFE, según consta en la comunicación del 24 de mayo de 2000, remitida al GERENTE DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA, informando de la aprobación de la prórroga del crédito constructor (folios 352 a 353, cuad. No. 2), bajo las condiciones señaladas en el documento visible a folios 240 a 244 del cuaderno No. 1, entre ellas, que el plazo de la prórroga será de 180 días contados a partir del vencimiento de la obligación [1 junio de 2000], y que durante el término de la prórroga, *“la firma constructora deberá cancelar al Banco intereses mes vencido, a la tasa estipulada en los pagarés. Debido al cambio de modalidad de pago de los intereses se deberá realizar un OTRO SI a los respectivos pagarés”*. Condiciones, que se entiende aceptó la CONSTRUCTORA, dado que la cancelación total del crédito se verificó durante el año 2001 [mediante autorización remitida por ECONCAUCA el 13 de junio de 2001, se autorizó a BANCAFE, para debitar de la cuenta corriente de la Constructora, el capital y los intereses para la cancelación total del crédito constructo 680-01625-0].

Ahora, aunque no existe duda sobre el cambio en la modalidad de pago de los intereses, como se explicó con anterioridad, y consta en la comunicación emitida

²⁸ Folios 334, cuaderno No. 2, y folio 39, cuaderno No. 7, en el que ECONCAUCA reconoce ésta como la fecha de vencimiento final de la obligación (1 de junio de 2000), *“prorrogado por mutuo acuerdo a diciembre 1 del mismo año”*.

por BANCAFE con destino a ECONCAUCA de fecha 7 de mayo de 2002 (folios 59 a 60, cuad. No. 1), que pasó de trimestre anticipado a mes vencido, liquidados al finalizar cada período (el 1ero de cada mes), tal variación fue producto del cambio de la fecha de vencimiento de la obligación, y de las condiciones en que se otorgó la prórroga solicitada por ECONCAUCA LTDA; condiciones que aceptó la Constructora, pues ningún reparo se evidencia que haya realizado la entidad frente a las mismas.

Igualmente, invoca la demandante, **el incumplimiento en las subrogaciones**, que no realizó el BANCO en un tiempo razonable, dada la tardanza injustificada en la elaboración de las minutas, lo que le ocasionó una serie de perjuicios, teniendo en cuenta la fecha de aprobación del crédito y la fecha en que se verificó la subrogación; subrogaciones que conforme la respuesta emitida por el BANCO DAVIVIENDA, requerían previamente de un estudio de crédito del adquirente, y es que además, no se estableció un plazo determinado para efectuar las mismas.

Examinados los documentos allegados al expediente, advierte la Sala, que en la solicitud de crédito para constructor, nada se indica en materia de subrogaciones, y la carta de aprobación de crédito de fecha 31 de marzo de 1998, tampoco establece un plazo determinado para efectuar las subrogaciones de crédito, pues se limita a indicar *“que la tasa de interés a largo plazo para las subrogaciones correspondientes a las unidades que conforman el proyecto, será la que esté vigente en el momento de la aprobación del crédito al comprador”*, y además, que *“el monto de la financiación de los compradores de las unidades resultantes no excederá el 80% del menor valor entre el precio de compraventa de tales inmuebles y el valor comercial establecido de acuerdo con los avalúos que se practiquen con ocasión con la subrogación de los mismos”*. De ahí, que ante la demora propia de los trámites administrativos derivados de la subrogación del crédito a cargo de la Regional BANCAFE – CALI²⁹ [cuyo estudio de títulos y elaboración de minutas de venta, estaba a cargo del abogado Delegado en Cali – Héctor Fabio Villegas, según consta en la comunicación visible a folio 88 del cuaderno No. 10], y por cuyo oportuno diligenciamiento velaba la Seccional Bancaria de Popayán³⁰, según consta en la comunicación en comento [reclamando una respuesta al Abogado Delegado en Cali,

²⁹ Hecho del que tenía pleno conocimiento el Gerente de ECONCAUCA LTDA, según consta en las comunicaciones remitidas a Bancafe – Cali por el Gerente de la Constructora, visibles a folios 68, 70 a 71, 72, 73, y 74, cuad. N. 4), documentos en los que incluso, solicita reiteradamente se autorice a la Gerente del Banco en la ciudad de Popayán para que otorgue las escrituras públicas pertinentes.

³⁰ El estudio de títulos y elaboración de las minutas estaba a cargo de la Regional de BANCAFE – Cali, según consta en comunicaciones del 20 de junio de 2000 (folio 94, cuad. No. 10.), 2 de junio de 2000 (folio 97, cuad. 10), y 1 de junio de 2000 (folio 98, cuad. No. 10).

“teniendo en cuenta el perjuicio ocasionado a nuestros clientes especialmente a la EMPRESA CONSTRUCTORA DEL CAUCA...solicitados su colaboración para que el estudio de títulos y minuta de venta se realice lo más pronto posible ya que nuestro constructo se encuentra demasiado molesto...”], ningún incumplimiento puede atribuirse al BANCO DAVIVIENDA; máxime cuando no existe disposición contractual que indique cuál era el tiempo razonable entre la aprobación del crédito y la efectiva subrogación del mismo. Lo anterior, sin desconocer que en relación con el tema en estudio se verificó un cruce de información entre las partes, que revela el interés de la Constructora en que el estudio de crédito y las subrogaciones se verifiquen en el menor tiempo posible³¹.

Ahora bien, frente a la **disponibilidad de recursos de CONCASA**, la demandante asegura que CONCASA – BANCAFE, siempre contó con disponibilidad de recursos para efectuar los desembolsos correspondientes; aserto que no corresponde del todo a la realidad, porque en el Memorando Interno emitido en la ciudad de Bogotá el 16 de febrero de 1999, dirigido a Gerencia Banca Hipotecaria Popayán, suscrito por el Vicepresidente de Banca Hipotecaria – Dr. Jaime Vergara Vengoechea, se informa “que el desembolso autorizado el 27 de enero/99 no se pudo realizar, en ningún momento por haberse solicitado ajuste en la tasa inicialmente pactada, sino debido a que los desembolsos se encuentran suspendidos por la situación de tesorería de la institución”³² (folio 338, cuad. No. 2 y

³¹ Folio 125, cuad. No. 7, **comunicación del 11 de mayo de 2000**, el Gerente de la Constructora, solicita a BANCAFE – Popayán, “la mayor rapidez en el trámite correspondiente, ya que de la liberación solicitada (cancelación de hipoteca) depende el giro de importantes sumas que nos adeuda el Fondo Nacional del Ahorro por estas ventas, que destinaremos para el pago de varias obligaciones entre ellas las de BANCAFE”.

Folios 78 a 79, cuad. No. 4, **comunicación del 22 de junio de 2000**, el Gerente de la Constructora, informa a la Jefe de División Banca Hipotecaria de BANCAFE –Bogotá, las dificultades que se han venido presentando, al no remitirse la documentación oportunamente para el respectivo estudio de crédito de los subrogatarios; razón por la que solicita a dicha dependencia “su valiosa intervención, con el propósito de que estas situaciones de mero trámite, no continúen generando perjuicios a la Sociedad que represento”.

Folio 105, cuad. No. 7, **comunicación del 13 de Julio de 2000**, El Gerente de ECONCAUCA informa BANCAFE – Bogotá, que “continúa pendiente la elaboración por parte de BANCAFE CALI de las minutas correspondientes a las casas 38 y 41... aprobados por BANCAFE BOGOTA desde el 26 de mayo pasado, subrogación con la cual cancelaremos la suma de \$116.500.000.00”.

Folio 83, cuad. No. 7, **comunicación del 20 de sept. de 2000**, el Gerente de la Constructora informa a BANCAFE que “el trámite notarial correspondiente a la subrogación de las casas No. 38 y 40 del Conjunto Cerrado La Floresta... se encuentra suspendido a la espera de una carta de aprobación del crédito correspondiente...Le solicito encarecidamente el documento referido para continuar el trámite en mención”.

³² Folios 408 a 409, cuaderno No. 2. En la diligencia de exhibición de documentos practicada el 5 de marzo de 2009, el apoderado de la parte demandante, exalta el contenido del Memorando Interno del 16 de febrero de 1999. Incluso, mediante comunicación suscrita por la Gerente de BANCAFE – Popayán, solicita al Vicepresidente Banca Hipotecaria – Dr. VENGOECHEA, “sea reconsiderada la decisión del aplazamiento del desembolso” frente al crédito No. 680-01625 (folio 464, cuad. No. 5).

folio 131, cuad. No. 10). Documento, que guarda armonía con lo expresado en el interrogatorio de parte por el Ingeniero FERNANDO CASTRILLÓN MUÑOZ, representante legal de ECONCAUCA LTDA, quien manifestó que *“sí sabía”* que los desembolsos estaban suspendidos por la situación de tesorería del Banco, aunque califica tal conocimiento de extemporáneo, dado que no tuvo noticia de dicha situación en octubre de 1998 (folios 377 a 381 cuad. No. 2), y con la declaración rendida por el señor PEDRO IGNACIO DE BRIGARD POMBO, quien informó que *“el Banco si tuvo problemas de tesorería”* durante el año 1999 y 2000 (folios 108 a 112, cuad. No. 11).

De este modo, con los elementos de prueba allegados al expediente, se acredita que CONCASA no contaba con disponibilidad de recursos para hacer el desembolso autorizado el 27 de enero de 1999; proceder que no resulta abusivo por parte de la entidad, porque como claramente se indicó en la comunicación de aprobación de crédito, los desembolsos *“se efectuarán siempre con sujeción a la disponibilidad de recursos por parte de la CORPORACION, y a juicio de ella”*. Lo anterior, independientemente de la respuesta emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, quien aunque dice no tener dentro de sus funciones³³ la facultad de certificar si CONCASA tenía alguna restricción para realizar desembolsos, en todo caso, informa que según sus registros, no se evidencia restricción alguna (folios 428 a 429, cuad. No. 2).

Lo expresado resulta entonces suficiente, para infirmar el abuso de la posición dominante que se atribuye al BANCO DAVIVIENDA, quien efectuó los desembolsos conforme las condiciones exigidas en la carta de aprobación de crédito, y la disponibilidad de recursos por parte de la Corporación, sin que se evidencie un proceder arbitrario o contrario a derecho, ni la existencia de un *“móvil dañino”*³⁴.

³³ Decreto 4327 de 2005

³⁴ CSJ SC, 15 nov. 2013, Ref.: 11001-3103-036-2003-00919-01, refirió: *“...es importante destacar que en el abuso del derecho la existencia de un “móvil dañino”, según la Corte³⁴, no puede excluirse, per se, como tampoco otras variantes de la figura. Como se señaló en la sentencia de 19 de octubre de 1994 ya citada, la “ilicitud originada por el ‘abuso’ puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo”, planteamiento reiterado en la sentencia de casación de 16 de septiembre de 2010 (expediente No. 11001-3103-027-2005-00590-01).*

Frente a lo anterior, resulta desacertado afirmar, de manera general, según se sostiene en el cargo, que en el abuso del derecho en materia contractual, sea en el campo civil o en el mercantil, no tiene aplicación el criterio subjetivo de imputación, puesto que **todo depende de establecer cuándo las circunstancias**

Así mismo, reposa en el expediente el dictamen pericial rendido por el Contador Público John Ennio Aldana Vélez, visible a folios 452 a 473 del cuaderno No. 2, en el que se cuantifican los perjuicios causados a la Constructora - ECONCAUCA, bajo las siguientes precisiones:

- Que conforme la Autorización de Desembolso - Crédito Constructor, la entidad tenía derecho *“a unos desembolsos mayores, que si CONCASA los hubiera efectuado de acuerdo a las condiciones establecidas, se hubiere completado el octubre de 1998 el valor total del crédito constructor”*.
- Que el tiempo programado para la construcción era de 7 meses, y si el primer desembolso se efectuó el 1 de junio de 1998, la obra ha debido culminar a finales de diciembre de 1998.
- Que para efectuar la obra proyectada, *“se requería la totalidad de los \$600.000.000 aprobado por CONCASA en el crédito constructor No. 680-016250 los cuales debían ser desembolsados en los siete meses presupuestados para la realización de la obra”*
- Que *“la comparación en el flujo de caja histórico de ECONCAUCA LIMITADA con la PROGRAMACIÓN DE OBRA Y FLUJO DE INVERSIÓN que hace parte de la solicitud de crédito, arroja una alteración en el flujo de caja previsto, ocasionado por no realizarse los desembolsos por parte de CONCASA en la cuantía y en la oportunidad a que estaba obligada de acuerdo a los términos y requisitos del crédito No. 680 01625 0 establecidos en la Oferta Comercial del 31 de marzo de 1998”*
- Que *“la falta de dinero en caja impidió terminar la construcción de la obra en el tiempo de siete meses previsto en la solicitud de crédito”*.
- Que el Banco *“no cumplió ni en oportunidad ni en cuantía en cuanto al desembolso de los recursos a pesar de que quien los requería, sin las cumplió”*. Lo anterior, teniendo en cuenta *“la fecha de visita del perito del Banco, la fecha de autorización del desembolso y la fecha del desembolso”*, tardando CONCASA en promedio 39 días calendario en efectuar los desembolsos a ECONCAUCA LTDA, después de autorizados.
- Que conforme el documento del 31 de marzo de 1998, la tasa de interés anual se pactó al 10,75%, y sólo los dos (2) primeros pagarés fueron elaborados con el interés convenido, y en los restantes, se fijó un interés del 15%, por lo que aclara el perito, *“que al aplicar en la liquidación la tasa de interés pactada en la oferta comercial y al compararla con la tasa de interés cobrada por CONCASA – BANCAFE arroja valores cobrados en exceso por la entidad bancaria en contra de*

concretas de ejecución de una facultad o prerrogativa, lícita en principio, hacen que su ejercicio se transforme en arbitrario o desviado,...

ECONCAUCA LTDA; éstos valores deben ser devueltos a ECONCAUCA; por tanto se aplican directamente al capital en UPAC o UVR respectivamente en la fecha que corresponde en la liquidación del peritaje". Que efectuada la liquidación correspondiente, arroja un valor cobrado en exceso por CONCASA de \$86'841.492, 84, el que se considera daño emergente.

- Que ECONCAUCA debió buscar fuentes de financiación diferentes a CONCASA, para invertir en la construcción de las casas, lo que conllevó el pago de intereses por un valor total de \$72'713.631, que se considera daño emergente, con intereses a la tasa del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera desde el momento en que se realizó el pago hasta diciembre de 2013, que arroja la suma de \$346'773.362,74
- Que siendo el proyecto de construcción para 7 meses, y se proyectó 2 meses para la venta de las unidades de vivienda, con lo que se pagaría la totalidad del crédito, *"todos los intereses pagados por ECONCAUCA LTDA a partir del mes de marzo de 1999 son daño emergente"*, y por lo tanto, los intereses causados desde el 10 de marzo 1999 al 21 de junio de 2001, liquidados con la tasa de interés bancario corriente máxima hasta el 31 de diciembre de 2013, arroja un valor total de \$736.978.569,24.
- Que en el anexo 20, se relacionan los gastos en que incurrió ECONCAUCA LTDA desde el mes de marzo de 1999 (época para la cual ya se debían haber vendido las unidades de vivienda), hasta el 31 de agosto de 2000, por valor de \$176.147.327,17, suma que indexada equivale a \$346'203.402,68.
- Que a pesar de que para la construcción de las viviendas *"nunca"* estuvo previsto que las ventas cofinanciaran la construcción, el impacto de la demora, *"privó al proyecto de recursos necesarios para invertir en la construcción de las casas ya que ser requerían para efectuar las respectivas subrogaciones para amortizar el crédito constructor"*, y además, otro impacto negativo fue que *"durante ese tiempo se generaron intereses sobre una porción de capital que debió haberse cancelado con una oportuna subrogación"*. Que de este modo, el *"impacto de la demora en la subrogación de los créditos aprobados lo cuantificó con el valor de los intereses pagados que canceló ECONCAUCA LTDA por un capital durante el número de días de demora en el trámite de las subrogaciones correspondiente entre la fecha de la aprobación de los créditos y el trámite de escrituración, levantamiento de hipoteca y demás procedimientos para efectuar por último el desembolso"*. Que los intereses pagados corresponde a daño emergente (anexo 22), y el lucro cesante es la utilidad dejada de percibir (\$348.832.000), que indexada desde febrero de 1999 hasta noviembre de 2013, arroja un valor de \$731.106.595,87.

Corrido el traslado correspondiente³⁵, el apoderado del demandado solicitó aclaración y complementación del dictamen pericial, el que además, objetó por error grave, y el mandatario judicial de la demandante, solicitó adición en un punto; pedimentos a los que accedió el Juzgado, rindiendo el perito la aclaración y complementación correspondiente (folios 497 a 537, cuad. No. 2), en la que puntualiza [en breve síntesis]:

- Que al momento de rendir el dictamen tuvo en cuenta los estados financieros, pero “No tuvo en cuenta las notas a los estados financieros”.
- Que los anticipos no fueron tenidos en cuenta por el Banco, pues no existe documento que convenga esta modificación, por lo que tal modificación dejó a ECONCAUCA con inventarios y sin recursos para pagar la mano de obra que su colocación implicaba. Que la Constructora realizó una debida y eficiente administración de los recursos.
- Reitera que los desembolsos no se realizaron en la cuantía y oportunidad prevista, ni en el término previsto de siete (7) meses, pues de acuerdo a los registros contables fueron 27 meses los requeridos para finalizar la obra, lo que conllevó gastos fijos de nómina, de servicios públicos, entre otros, por más tiempo del estimado; razón por la que ECONCAUCA buscó otras fuentes de financiación para suplir la falta de recursos (detallados en el anexo 11).
- En relación con los intereses pagados por ECONCAUCA, expresa: *“En los dos primeros desembolsos en desarrollo del crédito mencionado, la tasa de interés fue del 10,75% E.A., los siguientes con un interés del 15% y una vez entrada en vigencia la Ley 546 de 1999 a partir del mes de septiembre del año 2000 se cobró una tasa de interés del 13,90 E.A.”*. Que el crédito fue objeto de varias reliquidaciones solicitadas por ECONCAUCA, según consta en oficios del 9 de enero de 2001, 16 de abril de 2001, 12 de junio de 2001, 31 de julio de 2001 y 9 de noviembre de 2001; requerimientos que fueron respondidos por BANCAFE en memoriales del 29 de diciembre de 2000, 5 de abril de 2001, 5 de julio de 2001, 17 de octubre de 2001, y 7 de mayo de 2002.
- Que el interés se pactó a la tasa del 10,75% efectivo anual, trimestre anticipado “y en el expediente no existe documento alguno suscrito por las partes que modifique ese acuerdo. Tampoco existe en el expediente documento que le permita al Banco cobrar una tasa de interés del 15%”
- Reitera que la demora injustificada en las subrogaciones, privó al proyecto de los recursos necesarios para invertir en la construcción, y además, *“conllevó necesariamente a que recursos destinados a la construcción se destinaran a atender gastos financieros”*. Lo anterior, aun cuando nunca estuvo previsto que las

³⁵ Folio 474, cuaderno No. 2

ventas cofinanciaran la construcción. Que también se puede decir *“que el retraso en las ventas como consecuencia en el retraso en la finalización de la construcción afectó negativamente la rentabilidad del proyecto”*.

- Que se aprecia la tardanza con la que los funcionarios de BANCAFE tramitaron las subrogaciones, y prueba de ello, es la subrogación de la deuda de las casas 38 y 41. Que conforme su experiencia el plazo es de 10 días hábiles contado desde la recepción de los documentos hasta el desembolso.
- Que los desembolsos realizados por el Banco *“siempre fueron recibidos por la sociedad demandante en el momento que los efectuaba la entidad bancaria”*, no obrando documento alguno de ECONCAUCA *“rechazando los desembolsos”*, pero si obran oficios solicitando la entrega de los desembolsos autorizados en el menor tiempo posible (folios 168 y 171, cuad. No. 10).

Acto seguido, el apoderado del demandado, reitera la objeción al dictamen pericial, que comprende la complementación y adición presentada por el perito, dado que no se tuvieron en cuenta las notas de los estados financieros, contrariando lo dispuesto en los arts. 114 y 115 del Decreto 2649 de 1993. Aunado, que algunos estados financieros no coinciden con lo reportado por la empresa ante la DIAN, entre otros reparos.

Sea lo primero, precisar, que de cara a la prueba allegada al expediente, el dictamen pericial adolece de diversas falencias, por las que poco y ningún apoyo presta a la hora de establecer la existencia de los eventuales perjuicios que reclama la parte actora, tales como: Tener como axioma, que CONCAUSA – BANCAFE, estaba obligado a desembolsar la suma de \$600'000.000 en un plazo de siete (7) meses, porque como ampliamente se ha venido indicando, en la carta de aprobación del crédito el plazo se estableció *“hasta 24 meses”* para la construcción y comercialización de las unidades, contado desde la fecha del primer desembolso, y en tal virtud, yerra el auxiliar de la justicia al afirmar que habiéndose producido el primer desembolso el 1 de junio de 1998, el último desembolso debió verificarse en diciembre de 1998, y programados 2 meses para la venta de las viviendas, el Banco debe asumir *“todos los intereses pagados por ECONCAUCA LTDA a partir del mes de marzo de 1999 son daño emergente”*, y los intereses causados desde el 10 de marzo 1999 al 21 de junio de 2001, liquidados con la tasa de interés bancario corriente máxima hasta el 31 de diciembre de 2013, por un valor total de \$736.978.569,24.

Además, el auxiliar de la justicia yerra al tener por probado el incumplimiento *“en oportunidad y cuantía de los desembolsos”*, cuando en la carta de aprobación del

crédito no se establecieron plazos ni montos determinados para los desembolsos, y por el contrario, se indicó que los desembolsos se efectuarían *“con sujeción a la disponibilidad de recursos por parte de la Corporación y a juicio de ella”*, y a su vez, está determinada *“por el ritmo de avance de obra”*, entre otras condiciones. También se equivoca el perito, cuando asegura que *“en el expediente no existe documento alguno suscrito por las partes que modifique”* la tasa de interés prevista en la carta de aprobación del crédito, porque como se indicó con anterioridad, reposan en el expediente diversas comunicaciones suscritas por el representante legal de ECONCAUCA LTDA autorizando a CONCASA – BANCAFE para cobrar intereses a la tasa vigente en el mercado, sobre los desembolsos pendientes. Igualmente, se evidencia de la solicitud de crédito para constructor, que en el plan de financiación, no se incluyó el producto de las ventas de las viviendas como cofinanciación de la construcción, y por lo tanto, cualquier eventual demora en las ventas, mal podía traducirse en un daño emergente a cargo del demandado.

Del mismo modo, olvida el auxiliar de la justicia, que la autorización de desembolso emitida con ocasión de las visitas realizadas a la obra para el estudio del *“avance de obra”* no comporta *per se* un desembolso automático, pues de conformidad con el Manual de Supervisión Técnica y Autorizaciones de Desembolso – Crédito Constructor, *“la función del perito o supervisor sólo se limita a recomendar la suma a desembolsar, ya que la decisión de tal cuantía solo le corresponde al Gerente de la Regional o Sucursal”*. Finalmente, también es prudente resaltar, que aunque el perito dice haber tenido en cuenta los estados financieros, en todo caso, no tuvo *“en cuenta las notas a los estados financieros”*, cuya ausencia, según el apoderado ECONCAUCA (folios 833 a 840 del cuaderno 3), *“no descalifica ni cuestiona la contabilidad, no puede devenir en la inexistencia de los estados financieros y no puede pretenderse que el objeto de la pericia se haga con base en ellas cuando el auxiliar de la justicia ha verificado la información de cada cifra en el origen, en el documento contable”*. No obstante lo anterior, el Decreto 2649 de 1993, vigente para la época, claramente establece que *“las notas”* a los estados financieros *“son parte integral de todos y cada uno de los estados financieros”* [artículo 114], por lo que su ausencia a la hora de establecer la situación de la empresa no resulta ser una mera formalidad. Así tampoco, puede pasarse por alto, que conforme los documentos de calificación de cartera comercial, la Constructora no presentó periódicamente los estados financieros o

información financiera³⁶, y además, en varias oportunidades quedó registrado que el deudor “*ha presentado incumplimiento en el pago de los intereses*”³⁷.

En este orden, lo expresado resulta suficiente, para declarar probada la objeción por error grave del dictamen pericial, formulada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, por el apoderado del BANCO DAVIVIENDA, dado que las falencias en que incurre el dictamen tienen connotación de graves, y son determinantes de las conclusiones del mismo, al punto, que no haber considerado como axiomas el incumplimiento que atribuye a la demandada en la oportunidad y cuantía de los desembolsos, muy seguramente, sus conclusiones serían distintas. En este sentido, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en proveído del 15 de diciembre de 2016, expresó:

“Sobre la base de que “(...) ‘por ‘error’ se entiende el ‘concepto equivocado o juicio falso’ y por ‘grave’ lo que es ‘grande, de mucha entidad o importancia’, según se define en el Diccionario de la Real Academia Española (...)”, **esta Corporación tiene decantado que “no cualquier tacha contra el dictamen conduce a descalificarlo. Los reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos...** La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen pericial, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven” (Cas. Civ., sentencia del 12 de diciembre de 2005, expediente No. C-2530731840012001-00005-01; se subraya)” (CSJ, SC del 9 de septiembre de 2011, Rad. n.º 2001-00108-01).”³⁸

Así mismo, la Constructora – ECONCAUCA con el propósito de acreditar los eventuales perjuicios cuya reparación reclama, allegó con la demanda documento de “*evaluación de perjuicios*”³⁹, en el que se resume en cifras los perjuicios que la

³⁶ Folios 632 a 633, 641 a 643, 647 a 648, 654, 661, 667, 668, 696 y 704 a 705, cuaderno No. 5

³⁷ Folios 623, 645 y 701, cuaderno No. 5

³⁸ CSJ SC18156-2016, 15 dic. 2016, Rad. No. 2002-00007-01. **Criterio reiterado** por la CSJ SC12063-20171, 14 ago. 2017, Rad. No. 2005-00327-01, al manifestar: “Acerca del entendimiento del «error grave», la jurisprudencia de esta Corporación, entre otras, en la sentencia CSJ SC, 16 may. 2008, rad. n.º 1995-01997-01, memoró: **Como lo tiene explicado la Sala, “[l]os reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos [...]** La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen pericial, **es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven**’ [...]”.

³⁹ Mediante auto que decretó pruebas, visible a folios 363 a 365 del cuaderno No. 2, se dispuso tener como prueba documental en lo pertinente los documentos presentados con la demanda.

Constructora aduce haber sufrido, en las categorías de daño emergente y lucro cesante (folios 65 a 78, cuad. No. 1), el que por cierto, no establece la metodología utilizada para el cálculo de los perjuicios en comento y carece de suscripción por su autor. Recuérdese, que el representante legal de ECONCAUCA – FERNANDO CASTRILLON MUÑOZ, al rendir diligencia de interrogatorio de parte, dijo hacer entrega del documento de *“evaluación de los perjuicios ocasionados a la empresa Constructora”*, contentivo de 21 folios (fls.382 a 402, cuad. No. 2), que igualmente no aparece suscrito por ninguna persona, por lo que se desconoce la identidad, calificación y experiencia de su autor. No obstante lo anterior, el declarante CARLOS ENRIQUE VELASCO ANGULO, economista de profesión, citado a instancia de la parte actora, y quien dice *“ser cuñado”* del Gerente de ECONCAUCA, informa, que la Empresa le solicitó un concepto sobre la metodología empleada para el cálculo de los perjuicios estimados, el que resume en tres capítulos a saber, 1) La relación de cifras históricas según la contabilidad de la empresa; 2) La determinación en el tiempo de los valores que deberían haber sido desembolsados y que no fueron desembolsados en su momento por la entidad financiera, y las repercusiones que por esa demora tuvieron las inversiones, y 3) Se compara la relación entre las cifras históricas y las cifras estimadas para determinar la cuantía de los incrementos de los costos; aclarando, que su “labor en el análisis de la metodología se encaminó a determinar si ella era correcta o no en términos financieros y económicos, en ningún momento entre a analizar la contabilidad de la empresa ni la exactitud de las cifras históricas, ni a sacar conclusiones de tipo cuantitativo”, limitándose a *“emitir un concepto eminentemente técnico”*, siendo viable afirmar el impacto que sufre un proyecto ante la demora en los desembolsos, que incide directamente en las inversiones de la construcción y las ventas generando costos adicionales. Agrega el deponente, sobre la metodología utilizada, que el cálculo se realizó a través de una interpolación por proporciones, que “no es el sistema corriente en la aplicación de un caso de estos, pero a mi concepto me pareció muy oportuno y muy preciso”, porque cubre la totalidad de las repercusiones que se puedan derivar de las cifras contables y estimadas que se realizaron. Seguidamente, al preguntársele si tuvo *“acceso a la información que le hubiese permitido percibir cuándo se suscribieron garantías y los correlativos desembolsos vinculados al proyecto”*, respondió: *“mi labor está limitada por el análisis de la metodología empleada y no en el análisis sobre el origen de las cifras”*. Finalmente, el testimonio fue tachado de sospechoso, teniendo en cuenta que el deponente es cuñado del señor

FERNANDO CASTRILLÓN MUÑOZ - representante legal de ECONCAUCA⁴⁰. Tacha que valga la pena aclarar, no encuentra ninguna prosperidad, dado que el declarante nada indica sobre las condiciones en las que se otorgó el crédito, ni la veracidad de los datos consignados en el documento de evaluación de perjuicios, por lo que sólo se limita a realizar un análisis de validez sobre la metodología usada por la empresa para la evaluación de los presuntos perjuicios que dice se le causaron; perjuicios que mal podrían tenerse por acreditados con el documento en estudio, cuando se desconoce la veracidad de la información que sirve de fundamento al mismo, y responde a una propuesta “innovadora” e “interesante” [*“lo interesante del modelo aplicado por la empresa...es que al tomar la correlación histórica entre inversión y ventas está implícitamente considerando el resto de las variables”*] de la empresa a la hora de hacer el cálculo de los pretendidos perjuicios.

Así las cosas, el documento de evaluación de perjuicios, al parecer, elaborado por la propia demandante, no resulta suficiente por sí mismo para acreditar los perjuicios que asegura haber sufrido la Constructora, y menos aún, el quantum de los mismos; máxime cuando como reiteradamente lo ha indicado la jurisprudencia y la doctrina, el perjuicio cuya reparación se pretende *“debe ser cierto, real y no eventual o hipotético, por consiguiente su padecimiento tiene que ser acreditado para que pueda operar su reconocimiento. No se trata de posibilidades sino de certezas”*⁴¹, y por lo tanto, como en el presente asunto la parte actora reclama el reconocimiento de unos perjuicios que a la hora de ahora, no han sido acreditados, ninguna prosperidad encuentra su pedimento.

Del análisis de las pruebas allegadas al expediente, estima la Sala, que no habiéndose acreditado el incumplimiento contractual que se endilga a CONCASA – BANCAFE, hoy BANCO DAVIVIENDA, ni abuso de la posición dominante por parte de dicha entidad, se impone revocar la sentencia apelada, para en su lugar, declarar probadas las excepciones denominadas: *“Inexistencia de incumplimiento parcial de las obligaciones del demandado BANCO DAVIVIENDA S.A.”*, *“Carencia de obligación a cargo de CONCASA para desembolsar la totalidad del monto o cupo de crédito”*, y la excepción de *“Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual”*, y en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

⁴⁰ Folios 403 a 406, cuaderno No. 2

⁴¹ CSJ SC, 26 de agosto de 2010, radicado 2005 -00611, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda

Finalmente, dada la denegatoria de las pretensiones de la demanda, ningún pronunciamiento se realizará en relación con el recurso de apelación presentado por la parte actora, por resultar inane.

5. Decisión

Sin más consideraciones, se procederá a revocar la sentencia apelada proferida el 12 de marzo de 2019, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, para en su lugar, declarar probadas las excepciones denominadas: *“Inexistencia de incumplimiento parcial de las obligaciones del demandado BANCO DAVIVIENDA S.A.”*, *“Carencia de obligación a cargo de CONCASA para desembolsar la totalidad del monto o cupo de crédito”*, y la excepción de *“Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual”*, propuestas por BANCO DAVIVIENDA S.A., y que encuentran fundamento en las consideraciones atrás analizadas. En consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda. Lo anterior, dada la falta de elementos probatorios que acrediten con claridad y persuasión el incumplimiento del contrato que dio origen a la relación contractual entre las partes.

6. Costas:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso y el Acuerdo No. 1887 de 2003, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán - Sala Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada, proferida el 12 de marzo de 2019, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, por las razones indicadas en esta oportunidad.

SEGUNDO: En su lugar, se declaran probadas las excepciones denominadas: *“Inexistencia de incumplimiento parcial de las obligaciones del demandado BANCO DAVIVIENDA S.A.”*, *“Carencia de obligación a cargo de CONCASA para*

desembolsar la totalidad del monto o cupo de crédito”, y la excepción de “Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual”, propuestas por BANCO DAVIVIENDA S.A., por las razones indicadas con anterioridad. En consecuencia, se deniegan las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante. Tásense.

CUARTO: Señalar como agencias en derecho de esta instancia, la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual será incluida en la liquidación de costas. Liquidación que se surtirá en la forma prevista en el artículo 366 del Código General del Proceso.

QUINTO: Comuníquese al Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca, que se anunció el sentido del fallo, en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5º inciso 3º del artículo 373 del C.G. del Proceso.

SEXTO: Devolver las actuaciones al juzgado de origen, previas las anotaciones correspondientes.

Notifíquese y Cúmplase,



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado