



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

AC4034-2021

Radicación n.º 19001-31-03-006-2007-00374-01

(Aprobado en sesión de veintisiete de mayo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Se decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación que interpuso la Empresa Constructora del Cauca Ltda. – Econcauca Ltda. frente al fallo de 17 de junio de 2020, proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el proceso verbal que promovió la impugnante contra el Banco Davivienda S.A.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Econcauca Ltda. pidió que se declarara el incumplimiento parcial de la entidad financiera demandada, respecto de *«las obligaciones asumidas en la oferta comercial contenida en su comunicación de marzo 31 de 1998, aceptada por la sociedad demandante y que originó el crédito n° 680-01625-0»*. En consecuencia, reclamó que se le ordenara a su contraparte

pagar *«la suma de dinero que se demuestre probada por concepto de perjuicios indemnizatorios»*, junto con los intereses moratorios comerciales, causados desde la fecha del incumplimiento.

2. Fundamento fáctico.

2.1. El 9 de febrero de 1998, la actora presentó solicitud de crédito constructor ante Concasa S.A. (hoy Banco Davivienda S.A.), con el propósito de obtener financiación para un proyecto de vivienda que se desarrollaría en un lote de su propiedad, ubicado en la ciudad de Popayán.

2.2. Cumplidos los trámites previos, la entidad financiera *«presentó a Econcauca oferta comercial, comunicándole la aprobación de un crédito de constructor, hasta la suma de \$600.000.000, con una tasa de interés del 10,75% anual»*, la cual desembolsaría en varios instalamentos, con periodicidad mínima mensual, previa la verificación de algunos requisitos relacionados con el avance de la obra y la inversión de recursos propios en su ejecución.

2.3. Durante el lapso de duración de la *«oferta»*, el banco realizó solamente siete desembolsos, entre el 1 de junio de 1998 y el 12 de diciembre de 1999, para un total de \$570.000.000, esto es, \$30.000.000 menos que los pactados originalmente. Lo anterior se explica porque el Banco Davivienda S.A. modificó unilateralmente *«las condiciones para evaluar el avance de la obra»*.

2.4. A esa inobservancia se suman los cambios de la tasa de interés, que pasó de liquidarse mes anticipado a mes vencido, y varió del 10,75% EA al 15% EA, para luego estabilizarse en el 13,9% EA, como respuesta a las reiteradas críticas y quejas de la constructora.

2.5. Aunque la obligación fue cubierta, el proceder de la prestamista impactó gravemente el desarrollo de la obra constructiva, causando las pérdidas relacionadas en «*documento de evaluación de perjuicios*» adosado a la demanda, esto es, \$2.144.000.000, por concepto de daño emergente, y un monto «*no inferior a \$1.112.000.000*» a título de lucro cesante.

3. Actuación procesal.

3.1. La demandada compareció oportunamente al proceso, oponiéndose a la prosperidad del *petitum* y formulando las excepciones que denominó «*inexistencia de incumplimiento parcial de las obligaciones*»; «*carencia de obligación a cargo de Concasa para desembolsar la totalidad del monto o cupo de crédito*»; «*inexistencia de pago de intereses*»; «*indeterminación de las pretensiones de la demanda y de los perjuicios*»; «*culpa del demandante*»; «*inexistencia de cobro de lo no debido*»; «*hechos extraños a la demandada*», e «*inexistencia de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil contractual*».

3.2. Mediante fallo de 12 de marzo de 2019, el juez de primer grado declaró no probadas las aludidas defensas y condenó a la querellada al pago de \$87.155.752 a título de daño emergente y \$49.289.457 por concepto de lucro

cesante. Ambas partes formularon apelación, en lo desfavorable a sus intereses.

4. La sentencia impugnada.

El tribunal revocó la decisión del funcionario *a quo* y denegó en su integridad las pretensiones, con apoyo en los siguientes razonamientos:

(i) Quedó probado que las partes celebraron un contrato de apertura de crédito –no de oferta, ni de mutuo–, en cuya ejecución se efectuaron siete desembolsos en favor de Econcauca Ltda., por valor total de \$570.000.000.

(ii) El clausulado del negocio jurídico previamente mencionado evidenciaba que la suma de \$600.000.000 fue fijada apenas como una cota máxima, de modo que la diferencia de \$30.000.000 de la que se duele la actora no puede ser asumida, indefectiblemente, como un incumplimiento de los compromisos del banco con relación a «*la cuantía de los desembolsos*».

(iii) En cuanto a la periodicidad mínima mensual de esos giros, el texto del contrato permite ver que estaban supeditados a la observancia de varias exigencias previas, entre ellas la certificación pericial del avance de la obra y la prueba de haber invertido recursos propios en ella, sin que quedara demostrado que dichos requisitos sí se cumplieron, sin la correlativa transferencia de dinero.

(iv) Es cierto que los estipulantes se valieron de un perito para evaluar el avance de la obra y calcular el monto de los desembolsos; y también lo es que esas tasaciones no fueron seguidas al pie de la letra por la prestamista. Sin embargo, *«el Gerente Regional goza de “cierta discrecionalidad” a la hora de autorizar el monto del desembolso, porque (...) el perito solo se limita a recomendar la suma a desembolsar»*.

(v) En todo caso, cuando los desembolsos fueron menores a los recomendados por el experto, se debió al hecho de que este incluyó como inversiones los anticipos a contratistas y la compra de *«existencias de almacén»*, rubros que *«no tenían por qué ser subsidiados por [el banco], dado que el préstamo tenía relación directa con la financiación de las obras de construcción proyectadas, y (sic) la inyección de dinero de dinero respondía a la adquisición de nuevos materiales»*.

(vi) Adicionalmente, en el contrato se pactó un plazo *«de hasta 24 meses para la construcción y comercialización de las unidades»*, lo que sugiere que los desembolsos podrían efectuarse en cualquier tiempo –durante ese período–, y no solamente en las primeras siete mensualidades, como se afirmó tajantemente en la demanda.

(vii) En lo que atañe a la variación de la tasa de interés, los cruces de comunicaciones entre los litigantes permiten deducir que *«obedeci[ó] 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»*, o *«a las condiciones señaladas»* en los otrosíes de prórroga.

(viii) La demora alegada en las operaciones de subrogación de las garantías hipotecarias que quedarían a cargo de los adquirentes de cada unidad de vivienda construida no puede constituir una inobservancia contractual, pues en la apertura de cuenta no se estipuló ningún plazo para llevar a cabo esas diligencias, de suyo complejas, ya que involucraban nuevos estudios de crédito para cada potencial deudor individual.

(ix) Los elementos de juicio recaudados permiten afirmar 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 institución, y a juicio de ella”»*.

(x) En cuanto a la prueba del daño, el dictamen pericial que se recaudó en el decurso de la primera instancia *«adolesce de diversas falencias»*, consistentes en replicar el entendimiento equivocado de las obligaciones a cargo del banco que se expuso en la demanda. Por ello, esa experticia *«poco o ningún apoyo presta a la hora de establecer la existencia de los eventuales perjuicios que reclama la parte actora»*.

(xi) En cuanto a la *«evaluación de perjuicios»* aportada por la actora, debe señalarse que *«no establece la metodología utilizada para el cálculo de perjuicios en comento, y carece de suscripción por su autor»*, debiéndose añadir que los perjuicios *«mal podrían tenerse por acreditados con el documento en estudio, cuando se desconoce la veracidad de la información que [le] sirve de fundamento»*.

5. La demanda de casación.

La convocada sustentó oportunamente el citado remedio, formulando dos cargos, al amparo de la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

CONSIDERACIONES

1. Régimen del recurso extraordinario.

El remedio en estudio se interpuso en vigencia del Código General del Proceso, razón por la cual se ha de regir por esa misma normativa.

2. Fundamentación de la demanda de casación.

La fundamentación técnica de las causales de casación exige que el impugnante extraordinario demuestre la presencia de yerros que comprometan la legalidad de la decisión cuestionada, tanto en la aplicación de las normas de derecho sustancial (yerros *in iudicando*), como en la actividad procesal connatural al juicio (errores *in procedendo*).

Para atender ese cometido, el inconforme deberá observar, invariablemente, los requerimientos señalados por la ley procesal y por la jurisprudencia para la apropiada sustentación del remedio extraordinario, dentro de los cuales cabe destacar:

(i) La formulación, por separado, de los respectivos cargos, con la especificación, de forma clara, precisa y completa, de los fundamentos de cada acusación, que deben armonizar con alguno de los cinco motivos de casación previstos en el precepto 336 del estatuto adjetivo.

(ii) En caso de censurar la infracción de normas de derecho sustancial regulatorias del litigio, como consecuencia de errores jurídicos (vía directa), o yerros fácticos o de derecho (senda indirecta), es necesario incluir la disposición legal que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, haya sido infringida¹.

(iii) Si se elige la vía directa para atacar el fallo de segunda instancia, *«el cargo se circunscribirá a la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria»*.

(iv) Ahora, si se afirma que la violación ocurrió por la vía indirecta, por desaciertos de hecho y de derecho, es decir, los comprendidos en los supuestos de la causal segunda del precepto 336 del estatuto procesal, no es admisible referirse a aspectos fácticos no debatidos en las instancias.

(v) En lo que tiene que ver con el *«error de derecho»* (que se materializa cuando, en la actividad de valoración jurídica de los medios de convicción –aducción, incorporación y apreciación– se contrarían las reglas legales que gobiernan el

¹ Conforme al párrafo 1º del artículo 344, *«[c]uando se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, será suficiente señalar cualquiera disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa»*.

régimen probatorio²), es menester señalar las normas probatorias que se consideran quebrantadas y hacer una explicación sucinta de la manera en que lo fueron.

(vi) A su turno, si se denuncia un «*error de hecho*» (esto es, el que se exterioriza en la valoración del contenido material de las pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio³), deberá manifestarse en qué consiste y cuáles son, en concreto, las pruebas o piezas procesales sobre las que recayó el desacierto en la actividad de apreciación.

Asimismo, a fin de probar la pifia fáctica, habrá de evidenciarse que, respecto del escrito introductorio del proceso, su contestación o los medios de prueba, hubo pretermisión o suposición total o parcial de tales elementos de juicio, o alteración de su contenido material, ya por adición o cercenamiento de expresiones o frases, o tergiversación arbitraria o ilógica de su texto. Igualmente se debe especificar lo inferido por el juzgador de cada medio de conocimiento, y señalar su tenor material, con el fin de exteriorizar en qué consistió la alteración de la prueba.

(vii) El cargo por error de hecho debe comprender la totalidad de las deducciones probatorias sobre las cuales se apoyó la providencia discutida (*completitud*), enfilarse con precisión absoluta hacia dichas conclusiones (*enfoque*), y demostrar la dimensión del error, de modo que se muestre

² Cfr. CSJ AC8716-2017, 18 dic., entre otros.

³ Cfr. CSJ SC8702-2017, 20 jun., entre otras.

tan grave y notorio que su sola exhibición sugiera que las tesis del tribunal son contrarias a toda evidencia ⁴.

Igualmente, en el evento de soportarse la acusación en la preterición u omisión de apreciación de pruebas incorporadas al plenario, se requiere identificar esos medios de convicción, así como su texto en aquello que guarde relación con los hechos referidos como no acreditados en el fallo impugnado, y que tengan incidencia en la resolución adoptada.

(viii) Los cargos por incongruencia de la sentencia con los hechos o las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio (causal tercera), y por transgresión a la prohibición de la *reformatio in pejus* (causal cuarta), no pueden girar alrededor de apreciaciones probatorias.

(ix) Si se fustiga la decisión por ser proferida en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, ha de tenerse en cuenta que el motivo de invalidación no puede haberse saneado, en los términos que prevén los artículos 135 y 136 del estatuto procesal civil actualmente vigente.

(x) El censor además tiene la carga de evidenciar el alcance del desacierto en el sentido decisorio de la sentencia recurrida (*trascendencia*), para lo cual, demostrada alguna

⁴ Cfr. CSJ SC, 9 ago. 2010, rad. 2004-00524-01, entre otras.

de las modalidades de errores aducidos, debe explicar por qué ese fallo habría de ser distinto del cuestionado, además de favorable a sus intereses.

En resumen, como lo ha sostenido la Sala:

*«[P]ara que la casación pueda alcanzar sus fines propios, para que sea dado a la Corte entrar a estudiar el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente una demanda a manera de alegato de conclusión, ya que se trata de un recurso eminentemente extraordinario y no de una tercera instancia del proceso, sino que es menester que esa demanda llene todos los requisitos formales exigidos por la ley para ella, **cuya omisión total o parcial conduce, por mandato expreso de la misma ley, a la inadmisión de la que ha sido defectuosamente aducida**» (CSJ AC, 28 nov. 2012, rad. 2010-00089-01).*

3. Estudio de la demanda de casación.

3.1. Formulación de la demanda de casación.

3.1.1. Cargo primero.

Econcauca Ltda. afirmó que el tribunal había transgredido, de forma indirecta, «los artículos 1602, 1603, 1613, 1614, 1616, 1618 a 1624 del Código Civil, 830, 871, 822, 1400 y 1401 del Código de Comercio, como efecto de errores de hecho en la apreciación de las pruebas señaladas en el despliegue de la acusación, todos manifiestos y trascendentes». Los razonamientos de la censura admiten el siguiente compendio:

(i) El *ad quem* «no apreció con el rigor probatorio del caso, el contrato de crédito constructor», puntualmente, las cláusulas

octava y novena, que señalaban, en su orden, que «*los desembolsos 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 un desembolso mensual, y su oportunidad y monto estará determinada por el ritmo de avance de la obra*», y que «*los desembolsos se harán previo el cumplimiento de los siguientes requisitos: otorgamiento y registro de la garantía (...); visita técnica con concepto favorable; constitución de los seguros; estar al día en el servicio [y] haber llenado todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Corporación en esta oferta*».

(ii) En el fallo de segunda instancia se consideró que «*la entidad financiera tiene total discrecionalidad para realizar los desembolsos en oportunidad y cuantía (sic)*», dejando de ver «*el objeto del contrato presente en la comunicación de marzo 31 de 1998*» e ignorando «*el principio de intencionalidad*», siendo incomprensible que una entidad bancaria «*se reserve, prevalido de su posición dominante, de su conocimiento del mercado, la facultad discrecional de hacer o no los desembolsos requeridos por su usuario*».

(iii) También se alteró el sentido de la cláusula cuarta, al asumir que el plazo pactado (de 24 meses) se refería a la oportunidad para realizar los desembolsos, cuando este tema «*está reglamentado, en cuanto a oportunidad y cuantía, por la cláusula octava del documento, cláusula posterior y especial*».

(iv) Es notorio el yerro en la interpretación del acuerdo, al extraer de allí que las experticias relacionadas con el avance de la obra eran «*simples recomendaciones*» de desembolso, no vinculantes para el Banco Davivienda S.A., desatino que se vio acrecentado al dar por probado, sin

estarlo, que *«Econcauca no presentó facturas y comprobantes de egreso de los materiales en almacén, lo que sería un falso juicio de existencia por omisión, toda vez que desconoce los documentos contables sobre ese particular relacionados e identificados en el peritaje»*.

(v) La hermenéutica que se aplicó al contrato *«atenta contra el equilibrio contractual»*, pues conduce a reconocer a la entidad bancaria *«prerrogativas o ventajas excesivas que no se compaginan con la finalidad del contrato crédito constructor (...), que tuvo por objeto cofinanciar la construcción de un número determinado de viviendas en un lapso de siete meses»*.

(vi) El fallo censurado, *«declaró probada la objeción por error grave (...) del dictamen pericial (...) con base en las conclusiones que le dieron soporte a la providencia, todas ellas afincadas en la facultad discrecional que a su juicio tiene la entidad financiera, debiendo decir que las críticas procedentes son de recibo en lo referente a esta prueba»*.

3.1.2. Cargo segundo.

Tras denunciar la sentencia del tribunal *«por violación indirecta de los artículos 830, 871, 822, 1401 del Código de Comercio y 1602, 1603, 1613 y 1614, 1618 a 1624 del Código Civil»*, la demandante alegó la existencia de *«yerros de hecho en que evidentemente incidió (sic) el tribunal en la estimación de las probanzas»*, que se concretarían así:

(i) En el fallo impugnado, se tergiversó *«el contenido del contrato crédito constructor (...) celebrado entre las partes (...), cuyas condiciones y reglamentos están en el documento de marzo 31 de 1998»*,

donde la entidad bancaria estableció que «*la tasa de interés para su usuario financiero [sería del] 10,75% efectivo anual*».

(ii) A juicio del tribunal, «*la modificación de la tasa es producto de acuerdo entre las partes, apoyándose en documentos suscritos por el representante legal de la constructora*», conclusión que pierde de vista «*la necesidad de la constructora de los recursos que mediante contrato se suponía estaban a su disposición para la construcción de viviendas*». Ello explicaría el hecho de haber aceptado «*el incremento de los puntos porcentuales*», pues se mostraba como una «*forma de morigerar el daño*».

(iii) Se omitió, entonces, «*que para el constructor era preferible financieramente pagar unos puntos más de intereses, que no contar con los recursos para finalizar la construcción, [pues] nadie hace más gravosa su situación por el simple deseo de hacerlo. Ninguna persona libremente acepta el incremento de la tasa de interés pactada, salvo que se vea obligada, como es evidente en este caso (...)*».

3.2. Análisis conjunto de los cargos.

(i) Como la causal segunda de casación consiste en la violación indirecta de la ley sustancial, es ineludible que al sustentar una crítica por esta vía, la parte recurrente demuestre que el tribunal incurrió en un yerro del que surja patente la transgresión de, al menos, una norma que revista tal linaje. También debe resaltarse que no basta con invocar genéricamente las normas «*sustanciales*» que, a juicio del recurrente habría infringido el fallador de segundo grado, sino que debe demostrarse que dichas disposiciones constituyeron base esencial de la sentencia impugnada, o

debieron serlo, conforme lo señala expresamente el párrafo primero del artículo 344 del Código General del Proceso; ello sin perder de vista la necesidad de explicar de qué manera se habrían transgredido esos preceptos, así como la relevancia que esa «*violación*» tuvo en lo resolutivo de la sentencia de segunda instancia.

Aplicando esas premisas a los cargos analizados, refulge su traspié, porque de todas las pautas de las codificaciones civil y mercantil que invocó la demandante, solo una puede considerarse –de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala– como norma de derecho sustancial (el artículo 830 del Código de Comercio), pero respecto de ella no se explicó su pertinencia para resolver este litigio, ni tampoco la forma en la que había sido quebrantada por la autoridad judicial *ad quem*.

Respecto de lo primero, conviene recordar que

«(...) una norma es de estirpe sustancial cuando contiene una prescripción enderezada a declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas» (G.J. CLI, pág.254) y por ende carecen de tal connotación “los preceptos materiales que se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a precisar los elementos estructurales de los mismos, o los puramente enunciativos o enumerativos, o los procesales, entre ellos, los de disciplina probatoria” (auto 5 de agosto de 2009, exp. 1999 00453 01; reiterado el 12 de abril de 2011, exp. 11001-3103-026-2000-24058-01)» (CSJ AC4591-2018, 19 oct.).

Por esa vía, se advierte que el grueso de los preceptos aludidos en la sustentación de los cargos no declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas, sino

que consagran directivas generales, con alto grado de abstracción (artículos 1602⁵ y 1603⁶, Código Civil; 871⁷ del Código de Comercio); la clasificación de los daños resarcibles (artículos 1613⁸, 1614 y 1616, Código Civil⁹); las reglas de interpretación de los contratos (artículos 1618 a 1624, *ejusdem*¹⁰); la definición del contrato de apertura de crédito y descuento (artículos 1400 y 1401 del Código de Comercio), o la aplicación de ciertas pautas civiles a los actos y negocios jurídicos mercantiles (artículo 822, Código de Comercio¹¹).

En cuanto a lo segundo, destaca la Corte que en ninguno de los cargos que se estudian se explicó de qué manera los yerros denunciados habrían redundado en una trasgresión del artículo 830 del Código de Comercio, lo cual resultaba imperativo, dado que el *petitum* de la demanda se fincó en un incumplimiento contractual, y esa pauta regula lo atinente al abuso del derecho (de estirpe aquiliana).

La comentada orfandad argumentativa contraría las exigencias formales del recurso de casación, el cual

«(...) debe contar con la fundamentación adecuada para lograr los propósitos que en concreto le son inherentes y, por disponerlo así la ley, es a la propia parte recurrente a la que le toca demostrar el cabal cumplimiento de este requisito, lo que supone, además de la concurrencia de un gravamen a ella ocasionado por la providencia en cuestión, acreditar que tal perjuicio se produjo por efecto de alguno

⁵ Cfr. CSJ AC280-2021, 8 feb., entre otras.

⁶ Cfr. CSJ AC877-2019, 13 mar., entre otras.

⁷ Cfr. CSJ AC8508-2017, 13 dic., entre otras.

⁸ Cfr. CSJ AC2129-2020, 7 sep., entre otras.

⁹ Cfr. CSJ AC1738-2019, 13 may., entre otras.

¹⁰ Cfr. CSJ AC1427-2020, 13 jul., entre otras.

¹¹ Cfr. CSJ AC2117-2020, 7 sep., entre otras.

de los motivos específicos que la ley expresa, no por otros, y que entre el vicio denunciado en la censura y aquella providencia se da una precisa relación de causalidad, teniendo en cuenta que, cual lo ha reiterado con ahínco la doctrina científica, si la declaración del vicio de contenido o de forma sometido a la consideración del Tribunal de Casación no tiene injerencia esencial en la resolución jurisdiccional y ésta pudiera apoyarse en premisas no censuradas eficazmente, el recurso interpuesto carecerá entonces de la necesaria consistencia infirmatoria y tendrá que ser desechado (...)» (CSJ AC2869, 12 may. 2016, rad. 2008-00321-01).

(ii) Si, en gracia de discusión, se dejaran de lado las falencias advertidas, la suerte de la impugnación extraordinaria no sería distinta, dado que no existe simetría entre sus razones de soporte y las motivaciones del fallo de segunda instancia, contrariando así el rigor técnico de este remedio excepcional, que reclama del recurrente la formulación de

«(...) una crítica concreta y razonada [que] guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia, habida cuenta de que si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinea a su mejor conveniencia el recurrente y no a los que constituyen el fundamento nuclear de la providencia, se configura un notorio defecto técnico por desenfoque que conduce al fracaso del cargo correspondiente (sentencia 06 de 26 de marzo de 1999); criterio que la Corte ha reiterado en muchos pronunciamientos, entre otros, en los fallos de 7 de noviembre de 2002, exp. 7587, y 28 de mayo de 2004, exp. 7101, para citar solo algunos» (Casación Civil, sentencia de 5 de abril de 2010, Exp. 50001-31-03-002-2001-04548-01)» (CSJ SC, 20 sep. 2013, rad. 2007-00493-01).

Ciertamente, la entidad actora concentró sus esfuerzos en fustigar al tribunal por considerar que –de acuerdo con el pacto ajustado entre las litigantes– «*la entidad financiera [tenía] total discrecionalidad para realizar los desembolsos en oportunidad y cuantía*». No obstante, tal raciocinio es ajeno a la motivación del fallo confutado, que se fincó –primordialmente– en la ausencia de evidencia que sugiriera que, a pesar del cumplimiento de las condiciones objetivas dispuestas para ello, la demandada hubiera retardado o disminuido el monto de las transferencias dinerarias que se comprometió a realizar en favor del constructor.

Expresado de otro modo, el *ad quem* nunca sostuvo que los giros en favor de la constructora dependieran de la simple liberalidad del Banco Davivienda S.A., sino de la verificación de algunas exigencias previas –como la certificación de avances en las tareas de urbanización, la inversión de recursos propios de la deudora en las obras y la disponibilidad dineraria del ente bancario–, cuya observancia justificaría el desembolso de \$570.000.000, efectivamente recibidos por Econcauca Ltda., pero no la entrega de sumas superiores o en plazos más expeditos.

(iii) En cuanto a la modificación de la tasa de interés que cobró la demandada, observa la Sala que al respecto no existen realmente divergencias entre la tesis defendida por el tribunal y la que esgrime ahora la recurrente; en ambos casos, se afirma que Econcauca Ltda. aceptó expresamente pagar réditos remuneratorios superiores a los establecidos inicialmente, lo cual descarta tanto la infracción negocial,

como la comisión del yerro fáctico denunciado en el segundo cuestionamiento.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que, en desarrollo de la misma censura, la convocante dijo haberse visto forzada a aceptar el cambio de las condiciones del crédito, para poder obtener la liquidez que requería. Sin embargo, ese alegato apenas vino a exteriorizarse en esta sede, de manera que tampoco satisface las exigencias formales del remedio extraordinario. Téngase en cuenta que los argumentos que no fueron sometidos a consideración del juez y de las demás partes a lo largo de la litis, constituye un “medio nuevo” en esta sede,

*«(...) el cual, como con insistencia lo tienen definido la Sala, es “inadmisible en casación, toda vez que ‘la sentencia del ad quem no puede enjuiciarse **‘sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas’** (Sent. 006 de 1999 Exp: 5111), al fin y al cabo, a manera de máxima, debe tenerse en cuenta que ‘lo que no se alega en instancia, no existe en casación’ (LXXXIII pág. 57)” (CSJ, SC del 21 de agosto de 2001, Rad. N.º 6108).*

*En tiempo más reciente se precisó que el recurso extraordinario de casación “no puede basarse ni erigirse exitosamente” en “elementos novedosos, porque él, ‘cual lo expuso la Corte en sentencia de 30 mayo de 1996, expediente 4676, ‘no es propici[o] **para repentizar con debates fácticos y probatorios de última hora;** semejante irrupción constituye medio nuevo y es entonces repulsado (...), sobre la base de considerarse, entre otras razones, que ‘se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto*

de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. **Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio (LXXXIII 2169, página 76)»** (CSJ, SC del 9 de septiembre de 2010, Rad. n.º 2005-00103-01)» (CSJ SC18500-2017, 9 nov.).

Con similar orientación, recientemente se insistió en la necesidad de rechazar los

«(...) asuntos ajenos a las instancias que son ondeados de forma novedosa para cuestionar la decisión recurrida (SC, 16 jul. 1965, G. J. n.º 2278-2279, p. 106). Lo anterior, en salvaguardia de la finalidad excepcional del remedio extraordinario, que supone cuestionar la sentencia como thema decisum, sin que sea dable reabrir el debate de instancia o proponer lecturas novedosas de la controversia para buscar una decisión favorable. “Total que, según el transcrito numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, el embiste debe ser preciso, en el sentido de dirigirse con acierto contra las bases de la sentencia de instancia, sin que sea posible que se aleje de ellas para traer reflexiones de último minuto o aspectos que están por fuera de la discusión” (negrilla fuera de texto, AC1014, 14 mar. 2018, rad. n.º 2005-00036-02).

“Con esta prohibición también se tutelan los derechos de defensa y contradicción de los no recurrentes, quienes podrían verse sorprendidos con un replanteamiento de la plataforma fáctica que varíe la causa petendi, sin que tuvieran la oportunidad de controvertirlo y, menos aún, hacer pedidos probatorios para su desestimación. Agréguese que, admitir argumentos nuevos en casación, hiere la lealtad procesal, en tanto se espera que en los grados jurisdiccionales se discutan las materias fácticas objeto de su ligio, sin que pueda aguardarse al final para izar tópicos con los que se pretende una resolución favorable” (CSJ, SC1732 del 21 de mayo de 2019, rad. 2005-00539-01)» (CSJ SC2779-2020, 10 ago.)

(iv) Cabe agregar que, al sustentar un ataque por la vía indirecta, el recurrente no puede limitarse a exponer la que sería –en su sentir– la interpretación correcta de un acuerdo de voluntades, sino que tiene la obligación de demostrar por qué la hermenéutica acogida por el tribunal es abiertamente absurda, caprichosa o contraevidente. A voces de la jurisprudencia,

*«si el juez, tras examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, **opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en sí misma considerada, no puede ser enjuiciada ante la Corte, so pretexto de una construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato (...).***

*La interpretación de un contrato está confiada a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, y no puede “modificarse en casación, **sino a través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia, ya porque supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradice la evidencia que ellas demuestran**” [CSJ SC, 14 oct. 2010, rad. 2001-00855-01]» (CSJ SC3047-2018, 31 jul.).*

A propósito de esa exigencia, la Corte también ha señalado que la tarea de demostrar los yerros atribuidos al sentenciador de instancia,

«(...) no se reduce a exponer una inconformidad con las conclusiones a las que arribó el juzgador en el plano de los hechos,

o que pueda tenerse por satisfecha a partir de aludir simplemente a los medios de prueba, o de transcribir, sin más, pasajes de los mismos, sino que lo obliga a “poner de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y por el otro, el texto concreto del medio, y establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entre ambos y que esa disparidad es evidente”. (...). Por virtud de lo anterior, no es admisible en casación el cargo que se limita a presentarle a la Corte un nuevo criterio de apreciación de las pruebas, o unas conclusiones diferentes de las que obtuvo el juzgador, pues el recurso aludido no constituye una tercera instancia, al punto que la Sala, en estrictez, no es juez del asunto litigioso, sino de la legalidad del fallo que le puso fin al conflicto (...)» (CSJ SC3526-2017, 14 mar.).

Por esa vía, se observa que Econcauca se limitó a presentar su particular lectura del contrato sobre el que gravita la controversia, proclamándola como correcta, pero no se ocupó de indicar por qué las interpretaciones divergentes serían improcedentes. Para ejemplificar esa omisión, resulta pertinente recordar el contenido de la cláusula octava, que reza: *«los desembolsos 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 un desembolso mensual, y su oportunidad y monto estará determinada por el ritmo de avance de la obra».*

Como puede notarse, esta estipulación puede dar lugar a supuestos problemáticos, en tanto no ofrece una solución unívoca para el evento en el que no se produzca ningún avance de obra durante un período mensual. Si ello ocurriera como en efecto ocurrió, el interprete se vería abocado a elegir entre privilegiar la periodicidad del desembolso por sobre la relación de proporcionalidad entre el desarrollo de la obra y la provisión de liquidez, o viceversa.

Ambas interpretaciones, *prima facie*, parecen posibles, de modo que le competía a la recurrente explicar, con la claridad y suficiencia exigible en esta sede, por qué era pertinente descartar aquella por la que se decantó el tribunal, conforme a la cual el incumplimiento de las condiciones antecedentes de los desembolsos justificaba que estos no se realizaran con el ritmo previsto en el contrato. Y, como tal explicación brilla por su ausencia, queda evidenciado que la censura tiene la entidad propia de un alegato de instancia, incompatible con este recurso extraordinario.

3.3. Conclusión.

Los cargos analizados presentan deficiencias formales, pues no relacionaron las normas sustanciales que habría infringido el tribunal, ni explicaron la forma en la que dicha transgresión habría acaecido; asimismo, algunos de sus apartes se fundamentan en premisas contrarias a la realidad que refleja el expediente, o en alegatos sorprendidos.

Adicionalmente, la casacionista se limitó a ofrecer una lectura alternativa de los medios de prueba, particularmente del contrato que celebró con la demandada, sin ocuparse previamente de aniquilar, uno a uno, los razonamientos que llevaron al *ad quem* a extraer de dicha convención una conclusión contraria a los intereses de Econcauca Ltda.

Así las cosas, y dado que los ataques planteados en la demanda de casación carecen de fundamentación técnica, es

imperativa su inadmisión, conforme lo dispone el artículo 346-1 del estatuto procesal civil vigente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR INADMISIBLE la demanda de casación interpuesta por la demandante Empresa Constructora del Cauca Ltda. frente a la sentencia de 17 de junio de 2020, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

SEGUNDO. Por secretaría, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA