

AVAL - Garantía de obligación cambiaria / GARANTIA DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO - Difiere de la garantía de cumplimiento / SUBSIDIOS DE VIVIENDA - Garantía de buen manejo de anticipo / FIANZA - Definición / ANTICIPO - Garantía de buen manejo: efectivización con prueba de la no inversión

Ciertamente, en este caso no puede hablarse de la existencia de un aval autónomo, pues éste garantiza obligaciones cambiarias, que no son a las que se refiere el citado documento denominado "Aval Bancario". Obsérvese que a través de éste la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO garantiza el manejo que IMVICANDELARIA le dé al anticipo recibido, representado en los subsidios de vivienda que el INURBE otorgó a las personas destinatarias de las viviendas a construir, anticipo este que fue de \$575.000.000.oo. Esta garantía que, como ya se dijo, guarda relación con el buen manejo del anticipo que le entregó INURBE a IMVICANDELARIA por concepto de subsidios de vivienda, en cuantía de \$575'000.000, para que efectivamente se destine a la ejecución del proyecto, DIFIERE de la garantía de cumplimiento, por la cual IMVICANDELARIA suscribió póliza expedida por la Compañía de Seguros de la Caja Agraria, por el 20% del monto de los recursos que le fueron asignados, según se desprende del texto del ARTÍCULO DECIMO SEGUNDO del Acuerdo núm. 11 de 1998, que modificó el Acuerdo 22 de 1997, expedido por la Junta Directiva del Inurbe, visible a folio 715 del cuaderno de anexos. De ahí que la consideración del a quo en cuanto a que en este caso se está en presencia de una fianza, resulte acertada. En efecto, el artículo 2361 del C.C. establece que "La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple", lo que perfectamente encaja en el contenido del documento denominado "AVAL BANCARIO"; amén de que la fianza está consagrada en el Código Civil, Libro Cuarto, Título XXXV, a cuyas normas se remitió el documento en mención. En este caso está demostrado que IMVICANDELARIA incumplió con la obligación de entregar las viviendas en el plazo acordado. Empero, la garantía de la Caja Agraria en este caso, como ya se dijo, estaba relacionada con el debido manejo de la suma de \$575'000.000.oo que el Inurbe le entregó a IMVICANDELARIA, proveniente del subsidio de vivienda. De tal manera que la efectividad de dicha garantía solo puede darse en la medida en que en el proceso se demuestre que la referida suma no se invirtió en el proyecto.

GARANTIA DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO - Efectivización solo con prueba de no inversión: vivienda con subsidio / ANTICIPO - Ante prueba de su inversión no procede efectivizar la fianza / FIANZA - Inefectividad ante prueba de inversión del anticipo: vivienda con subsidio

Empero, la garantía de la Caja Agraria en este caso, como ya se dijo, estaba relacionada con el debido manejo de la suma de \$575'000.000.oo que el Inurbe le entregó a IMVICANDELARIA, proveniente del subsidio de vivienda. De tal manera que la efectividad de dicha garantía solo puede darse en la medida en que en el proceso se demuestre que la referida suma no se invirtió en el proyecto. En documento obrante a folios 64 a 68, ibídem, elaborado por la Vicepresidencia de Crédito y Cartera de la Caja Agraria se informa que en visita realizada el 15 de enero de 1999, a la cual asistieron el Gerente Regional del Inurbe; el Interventor de Imvicandelaria; el Gerente Regional de la Caja Agraria, el Director de Obra, el Residente y el abogado, se pudo constatar que el avance de la obra es del 41% con una inversión de \$1.448.4 millones, faltando por invertir \$1.877.3 millones. Y que se verificó que efectivamente están invertidos en obra todos los recursos recibidos por parte del Inurbe (\$575.000.000), así como los recursos de la Caja

Agraria (\$450.000.000.00). De tal manera que está demostrado en el proceso que la suma de \$575.000.000 que recibió IMVICANDELARIA del INURBE sí se invirtió en la obra, en razón del cumplimiento parcial que se produjo, por lo que no hay causa alguna para que se pueda reclamar la efectividad de la fianza por parte de la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO. Desde esta perspectiva, los actos acusados no pueden ser declarados nulos y, por ende, la sentencia apelada debe revocarse para disponer, en su lugar, la denegatoria de las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00422-01

Actor: INURBE

Demandado: CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACION

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de mayo de 2003, proferida por la Sección Primera, Subsección "A", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad parcial de las Resoluciones núms. 001 de 8 de agosto de 2000 y 0283 de 30 de octubre de 2000, expedidas por el Liquidador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y como consecuencia, ordenó a dicha entidad reconocer y graduar el crédito consistente en el aval bancario de las obligaciones de IMVICANDELARIA que libró a favor del INURBE por un valor de \$575'000.000.

I-. ANTECEDENTES

I.1.- EI INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA –INURBE-, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

- Es nula la Resolución núm.001 de 8 de agosto de 2000, por medio de la cual la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero – en liquidación-, rechazó con base en la causal 12 la reclamación núm. 00-01-06445 presentada por el INURBE, por valor de \$575.000.000 más los intereses moratorios, representada en un Aval Bancario.

- Es nula la Resolución 0283 de 30 de octubre de 2000, por medio de la cual, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero –en liquidación-, resolvió el recurso de reposición interpuesto por el INURBE contra la Resolución núm. 001 de 8 de agosto de 2000.

- Que como consecuencia, se declare a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero –en liquidación-, garante del aval bancario que suscribió a favor del INURBE el 21 de enero de 1998, conforme está acreditado con el documento aval bancario y según aceptación expresa de 18 de enero de 1999, suscrita por el Presidente de dicha entidad.

- Que se ordene a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero –en liquidación-, reconocer y pagar al demandante en forma actualizada, las sumas adeudadas por concepto del aval bancario que suscribió el 22 de enero de 1998.

I.2. En apoyo de sus pretensiones, señala en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Manifiesta que mediante Resolución 1002 de 1997, modificada por la 1094 del mismo año, el INURBE declaró elegible el proyecto de vivienda de interés social “*Jardín del Valle*”, ubicado en el Municipio de Candelaria –Valle del Cauca-, identificado con el código 76130974009, presentado por IMVICANDELARIA dentro del Programa de Generación y Conservación de Empleo, con el objeto de entregar 250 soluciones de Vivienda de Interés Social, con un valor por solución de hasta \$12.000.000.00, las cuales podían contar con un subsidio de hasta \$2.300.000.00, y con un plazo de ejecución y entrega hasta el 12 de abril de 1998, donde las escrituras públicas de transferencia del dominio de las viviendas debidamente registradas al INURBE, debían ser entregadas a más tardar el 12 de julio de 1998.

2.- Estima que los subsidios del programa antes mencionado se asignaron por el INURBE a través de las Resoluciones 1179 y 1265 de 1997 y los plazos para la terminación de las obras y presentación de las escrituras publicas se prorrogó hasta el 12 de septiembre de 1998, mediante Acuerdos 11 y 21 de 1998.

3.- Menciona que el valor total de los subsidios asignados es de \$575.000.000, para lo cual, IMVICANDELARIA, atendiendo el Acuerdo 22 de 1997, suscribió a favor del INURBE el pagaré en blanco núm. 27 con su carta de instrucción y aval bancario por el valor mencionado, comprometiéndose a cumplir con las fechas de entrega anteriormente consignadas.

4.- Alega que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Regional Valle, el 21 de enero de 1998, constituyó aval bancario en favor del INURBE, por cuenta de IMVICANDELARIA, para responder por los subsidios que se entregarían en calidad de anticipo, por el valor ya referido; y es así como la Caja Agraria quedó obligada en los mismos términos que IMVICANDELARIA.

5.- Aduce que el INURBE desembolsó por autorización y anticipadamente el 11 de febrero de 1998, mediante la orden de pago 008, los 250 subsidios por valor de \$575.000.000.oo, según consta en certificación expedida por la tesorería del INURBE de 5 de octubre de 1998.

6.- Afirma que la Junta Directiva del INURBE, mediante Acuerdo 25 de 1998, concedió plazo hasta el 15 de diciembre de 1998 para la terminación del proyecto, únicamente en el evento en que se prorrogare hasta el 15 de febrero de 1999 la vigencia del Aval Bancario constituido como garantía para el desembolso anticipado, cosa que no sucedió, por lo que quedó como plazo el de la última prorroga, es decir, el 12 de septiembre de 1998.

7.- Anota que IMVICANDELARIA incumplió las obligaciones contraídas dentro de los plazos establecidos, conforme se constató en las visitas que hizo la Regional INURBE del Valle del Cauca, el día 19 de noviembre de 1998, y otros monitoreos y verificaciones hechos con anterioridad.

8.- Señala que como consecuencia de lo anterior, el Gerente del INURBE a través de carta GG11737 de 27 de noviembre de 1998, en cumplimiento del aval bancario, requirió y solicitó el pago al Gerente de la Caja de Crédito Agrario Regional Valle del Cauca, de \$575.000.000.oo, más intereses; y el Presidente de la Caja, doctor Juan B. Pérez Rubiano, con carta de 18 de enero de 1999, dirigida al Gerente General del INURBE, le solicitó no ejecutar el Aval Bancario y concederle 180 días más, contados a partir del 25 de enero de 1999, para entregar la primera etapa del proyecto totalmente legalizada.

9.- Explica que dentro del proceso de liquidación de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el INURBE presentó reclamación para el pago del aval

bancario, más los intereses, el 30 de agosto de 2000, radicada bajo el número 00-01-06445, la cual fue rechazada con el argumento de que la obligación es inexistente. Dicha decisión fue confirmada por la Caja mencionada.

10.- Informa que a la fecha la Caja no ha cumplido con la obligación de pago; y advierte que una vez pagado el monto del aval, el INURBE procederá a endosar a la Caja Agraria en liquidación todos los derechos derivados del pagaré y su carta de instrucción. Que ello explica por qué no se ha llenado aún el pagaré, en aras de evitar la caducidad de la acción.

11.- Añade que el INURBE mediante Resolución 0168 de 2000, declaró la ocurrencia de la condición resolutoria de asignación del subsidio familiar de vivienda en el Programa JARDÍN DEL VALLE.

12.- Indica que con la suscripción del Aval Bancario, la Caja Agraria avaló el cumplimiento por parte de IMVICANDELARIA al INURBE, de las obligaciones derivadas de las disposiciones legales y no de obligaciones contractuales, por cuanto este vínculo jurídico no existe, toda vez que la relación surgida entre el INURBE como entidad otorgante del subsidio y el oferente del proyecto, es meramente legal.

I.3. A juicio de la actora se quebrantaron los artículos 2o de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 2o del Código Contencioso Administrativo; 6º, 83 y 124 de la Carta Política; 84 del Código Contencioso Administrativo, por falsa motivación; 633 y 636 del Código de Comercio.

Para sustentar el alcance del concepto de las violaciones, el actor adujo, en síntesis, lo siguiente:

1.- La entidad demandada violó así el principio de la buena fe, desconoció los fines esenciales del Estado, se extralimitó en sus funciones y vulneró el derecho a la garantía que tenía el INURBE, toda vez que existía un vínculo nacido de un acuerdo de voluntades consagrado en el Aval Bancario, el cual, debía tener una especial protección del Estado.

Insiste en que se violó el principio de la buena fe, ya que la Caja Agraria aceptó y suscribió Aval Bancario a favor del INURBE, respaldando a IMVICANDELARIA por la suma de \$575.000.000.00, más intereses, y al momento de ser ejecutado dicho aval no lo pagó, con el argumento de la inexistencia de la obligación.

El INURBE confió en la buena fe de la Caja Agraria como avalista y aceptó tanto el título valor en blanco, como la carta de instrucción otorgada por IMVICANDELARIA, por lo cual, autorizó la entrega del dinero de los subsidios de vivienda a dicha empresa.

La Caja Agraria rompió con los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen las actuaciones de los comerciantes, pues el avalista del título valor conociendo las barreras, restricciones, estructura y consecuencias del no pago del Aval Bancario, las ignora en total contravía de los dictados de la buena fe comercial y del orden jurídico.

2.- Considera que los actos acusados están falsamente motivados, porque se fundamentan en hechos de carácter formal, omitiendo el principio de la consensualidad que impera en la formación de los contratos mercantiles, el cual está expresamente contenido en el aval bancario, donde se identifica plenamente

la obligación del avalista, hecho que prima sobre cualquier falencia de carácter formal.

En la carta que envió el Presidente de la Caja Agraria al Director del INURBE se reconoce expresamente la obligación del avalista, cuando le solicita una prórroga de 180 días para cumplir con el proyecto.

Estima que también se incurrió en falsa motivación porque los actos impugnados desconocen flagrantemente las normas que rigen la materia del aval bancario, pues se interpretó el artículo 634 del Código de Comercio como si fuera una norma taxativa, cuando no lo es. La obligación a que se contrae el aval bancario está expresamente determinada, por lo que el título también está plenamente identificado en él con el nombre del avalado, la obligación del aval y el valor del mismo.

3.- Los actos demandados son ilegales, porque los motivos alegados no existen.

En efecto, la causal alegada por la entidad garante del aval bancario es la inexistencia de la obligación, siendo que el aval bancario es ley para las partes avalista y avalado. Se limita a objetar supuestas inconsistencias en la carta de instrucción para llenar el pagaré en blanco, por encontrar diferente el número de pagaré suscrito en blanco con el mencionado en la carta, lo cual lleva arbitrariamente al ente demandado a determinar que no existe título valor y por ende que se hace imposible garantizar el pago total o parcial del mismo mediante un aval, lo cual desconoce lo preceptuado en la ley comercial sobre el aval bancario, conforme al cual el avalista contrae una obligación autónoma y, en consecuencia, su obligación será válida aún cuando la de su avalado no lo sea.

Manifiesta que *“Según lo dispuesto en el artículo 636 del Código de Comercio, el avalista responde autónomamente y como consecuencia de ello, los vicios, o los defectos de responsabilidad de su avalado no están llamados a repercutir en la responsabilidad del avalista”*.

Concluye que el argumento esgrimido por la Caja Agraria, en el sentido de que la obligación del avalista es inexistente, por existir incongruencias en la carta de instrucción, no es correcta y viola ostensiblemente el artículo 636 del Código de Comercio, el cual, no permite al avalista dejar de responder por su obligación, pues esta es válida aunque la de su avalado no lo sea.

I.4.- La entidad demandada, dentro del término legal, por medio de apoderado especial, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Considera que la obligación que se pretende hacer valer no existe, ya que el aval bancario no reúne los requisitos mínimos que los artículos 634 y 635 del C. de Co., exigen para este título valor.

Manifiesta que uno de los requisitos que debe contener el aval, siendo un título valor, es la mención del derecho que en el título se incorpora y que dicho requisito no se cumple en el caso en cuestión, ya que el escrito que se adjuntó a la reclamación que hizo el INURBE a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, a pesar de tener el título de Aval Bancario, no indica cuál es el título valor que respalda.

Menciona que al ser el pagaré núm. 27 un título valor con espacios en blanco, se deben tener en cuenta las disposiciones que rigen dichos títulos, en especial, el artículo 622 de Código de Comercio y la Circular Básica Jurídica de la

Superintendencia Bancaria, los cuales establecen que los espacios deben ser diligenciados por el INURBE de acuerdo con una carta de instrucciones, que por cierto, no cumple con los requisitos mínimos señalados en la ley.

Aduce que el número del pagaré al cual se refiere la carta de instrucciones no es claro, pues menciona dos números diferentes de pagarés; y que al ser imposible llenar el pagaré, por los defectos de la carta de instrucciones, también es imposible hacer efectivo el aval que lo respalda, sin importar que dicho aval cumpla con los requisitos de ley, pues no se sabe cuál es el pagaré a que se refiere la carta de instrucciones, máxime si se tiene en cuenta que según los anexos de la demanda, IMVICANDELARIA, suscriptor del pagaré, le fueron adjudicados subsidios por varios proyectos.

Afirma que de la forma como están redactados la carta de instrucciones y el documento que se hace valer como aval, en cuanto a que la cuantía de ambos está condicionada a determinar los saldos en contra de IMVICANDELARIA como oferente del programa, hasta la suma tope de \$575.000.000.00, impediría como lo pretende la demanda, hacer valer el supuesto aval por esta suma, sobre todo si se tiene en cuenta que el mencionado programa de vivienda se ejecutó en parte.

Añade que resulta llamativo que el demandante afirme que el plazo del supuesto aval era ilegal y no podía ser tenido en cuenta por la Caja Agraria, pues el Acuerdo 22 de 1997 del INURBE, señala en su artículo duodécimo que el desembolso de los subsidios de vivienda se hará previa la constitución de un aval bancario a favor de este instituto, con una vigencia de 12 meses.

Propone como excepción la indebida utilización de la acción de nulidad y restablecimiento y la falta de jurisdicción, ya que si el aval cumplía con los requisitos de ley, se ha debido interponer una acción ejecutiva.

Expresa que el Consejo de Estado ha manifestado que cuando se trata de hacer efectivos títulos valores vinculados de alguna manera al contencioso contractual, la jurisdicción competente es la ordinaria.

También formula como excepción la inexistencia del Aval Bancario e inexistencia del derecho, pues el mencionado título valor no cumple los términos del artículo 634 del Código de Comercio y por tanto, el INURBE no tiene derecho a su pago.

Sostiene que el documento que se adjuntó a la demanda, carece de los requisitos mínimos que exige la ley para tener efectos de título valor.

Agrega que el pagaré núm. 27, contiene espacios en blanco que de acuerdo con el artículo 622 del Código de Comercio, solo podrían ser llenados con una carta de instrucciones, que en el presente caso es inexistente, pues en su texto aparecen mencionados tres pagares, por lo cual no es posible deducir a qué título valor se refiere tal documento.

Indica que son tan evidentes los defectos de la carta de instrucciones, que el mismo Director del INURBE tuvo que hacer una manifestación que obra en el expediente, donde afirma que los pagarés 0035 y 0010, a que se refiere la mencionada Carta, no existen y que el único pagaré que suscribió IMVICANDELARIA, fue el 27.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad parcial de las Resoluciones acusadas, expedidas por el Liquidador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, con base en los razonamientos que pueden resumirse así:

Que el aval librado por la Caja Agraria invoca las reglas de la fianza previstas en el Código Civil y no las de un aval de tipo comercial.

Estima que existió una vulneración al principio de la buena fe, por cuanto no es pertinente librar un aval bajo las reglas del Código Civil para luego, cuando se le exige el cumplimiento de la fianza, diga que las reglas aplicables a la conducta son las del Código de Comercio; además de que no es entendible cómo habiendo expedido el aval sin cumplir los términos exigidos por el artículo 634 del Código de Comercio, pretenda decir que no está obligado a respetar lo que la misma entidad firmó.

A juicio del Tribunal, es indiscutible la existencia de la obligación, pues varios actos que se encuentran en el expediente, como las Resoluciones 1002 y 1094 de 1997, la orden de pago del INURBE y el pagaré núm. 27, así lo comprueban.

Que la reclamación inicial del INURBE se efectuó dentro del plazo previsto en el aval para reclamar la fianza; y es claro que la obligación existe y, por tanto, la causal de nulidad de falsa motivación también prospera.

En relación con el llamamiento en garantía, concluyó que de acuerdo con el artículo 2395 y con el punto noveno del aval, la Caja Agraria tiene derecho al reembolso de parte de IMVICANDELARIA de todas las sumas que pague el INURBE.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, fincó su inconformidad, en esencia, así:

Estima que el fallo del Tribunal recurrió a las normas de la fianza civil contenidas en el Código Civil para sustentar la declaración de la nulidad, dando cabida a la figura del “*aval accesorio*”, la cual no había sido prevista ni por el INURBE, ni por la Caja Agraria, pues éstas denominaron su negocio como “Aval Bancario”, lo cual significaba que deseaban acogerse a esa específica operación bancaria, regulada en el artículo 633 y siguientes del C. de Co., y no a la llamada “Aval Accesorio”, que, en gracia de discusión, tan solo podría encajar en las “garantías” que pueden extender las instituciones financieras y la Caja Agraria, en su momento, conforme al Decreto 1730 de 1991 y 663 de 1993.

En su opinión, del simple cotejo del escrito de la demanda con la parte motiva de la sentencia, se puede concluir que el fallador acudió a un sistema de normas no aplicables al caso en cuestión, ya que las normas invocadas como violadas no hacen referencia al Código Civil, salvo para tratar el tema de la voluntad de las partes.

Considera que el Tribunal no podía pasar por alto que el Aval Bancario no reunía ciertas formalidades estipuladas en el artículo 634 del Código de Comercio, las cuales eran de obligatorio cumplimiento.

Aduce que el juez no puede transformar el tipo de negocio hecho por las partes, cuando estas no lo hayan solicitado, máxime si el negocio no cumplió con los requisitos necesarios para dicha conversión (artículo 904 del C. de Co.).

Resalta que el tenor literal del aval bancario establece en la cláusula sexta que dicho documento **para los efectos que le sean pertinentes**, se rigen por el C.C., Libro Cuarto, Título XXXV, cláusula que tiene que ver con disposiciones supletorias y no con la intención de celebrar otro negocio o de convertir el aval bancario en un negocio diverso en caso de nulidad. Que, en últimas, se trata de una remisión de acuerdo con el artículo 2º del C. de Co.

Manifiesta que existió violación al derecho defensa de la Caja Agraria en liquidación, pues al aplicar normas que no fueron expuestas en el concepto de la violación de la demanda del INURBE, dejó sin sustento los únicos mecanismos de defensa con que contaba la demandada, pues repentinamente aplicó normas de la fianza civil en el momento del fallo, sin darle la posibilidad de rebatir dicha tesis, ni de invocar el beneficio de excusión consagrado en el artículo 2383 del Código Civil.

Agrega que existió extralimitación de los poderes del juez para fallar, ya que el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha manifestado que la Jurisdicción Contencioso Administrativa es rogada, de modo que el petitum no puede ser sustituido oficiosamente, como en el presente caso se hizo al aplicar normas de la fianza que no habían sido alegadas y al decretar una nulidad por motivos no esgrimidos por el INURBE.

Sostiene que es imposible subsumir la figura del aval en la fianza, ni pretender considerar a una como especie de la otra, por lo que la única característica común es que ambas son consideradas como garantías en su acepción amplia.

Menciona que el acto celebrado por la Caja Agraria es comercial, a pesar de que el negocio causal del título tuviera otra naturaleza, ya que el requisito de abstracción impide que el título y sus firmantes se vean afectados por las particulares

características de las estipulaciones de las partes en su causa, detalles que nunca quedaran incorporados en el título valor, ni afectaron la ley de circulación. Tan cierta es esta abstracción, que el INURBE nunca podría demandar de la Caja Agraria la ejecución de las prestaciones a las que se obligó IMVICANDELARIA.

Advierte que el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, se limitó a ordenar a la Caja Agraria que reconozca y gradúe el crédito consistente en el aval de las obligaciones de IMVICANDELARIA libradas a favor del INURBE, sin tener en cuenta que el incumplimiento de la llamada en garantía fue parcial, ya que se alcanzaron a desarrollar parte de las obras. Por lo que es pertinente modificar dicho numeral, en caso de que los otros argumentos del recurso no se acepten.

Reiteró los argumentos ya esgrimidos tanto en la contestación de la demanda, como en los alegatos de conclusión.

Por último, solicita que el Consejo de Estado en vista del vacío normativo del C.C.A., aplique el artículo 95 del C. de P.C. e interprete como un indicio grave en contra del llamado en garantía el hecho de la no contestación de la demanda, ni del llamamiento en garantía.

Afirma que el llamado en garantía fue el que suscribió el aval bancario, los pagarés y la carta de intención, y fue dicha entidad la que incumplió con sus obligaciones para con el INURBE, por lo que, en caso de que se considere que el supuesto aval existe y es válido, se condene al llamado en garantía a pagar la misma cantidad que deba pagar la Caja Agraria.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente no se pronunció al respecto.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A través de la Resolución núm. 001 de 8 de agosto de 2000, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. En Liquidación rechazó la reclamación núm. 0001 06445 presentada por el INURBE, como crédito que debía estar incluido en la masa de liquidación.

Mediante la Resolución 0283 de 30 de octubre de 2000, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Inurbe contra la anterior Resolución, confirmándola, por lo siguiente:

Explica que la causal de rechazo es la núm. 12, esto es, “OBLIGACIÓN INEXISTENTE”, pues no hay título valor ya que se trató de un papel firmado en blanco y la carta de instrucciones contiene inconsistencias, pues menciona el pagaré 27 y posteriormente se hace alusión al pagaré 35, lo que se traduce, de acuerdo con lo previsto en el artículo 622 del C. de Co., en la no existencia de intención de convertir el papel firmado en blanco en título valor.

Que el artículo 634, ibídem, exige que en el escrito contentivo del aval se identifiquen plenamente las características del título cuyo pago total o parcial se garantiza de tal manera que se determine en forma precisa e inequívoca su número, serie, monto, término de vencimiento, etc. (folios 25 a 27 del cuaderno de anexos).

Al respecto, la Sala observa lo siguiente:

A folio 29 del cuaderno de anexos obra el “AVAL BANCARIO”, de 21 de enero de 1998, que es del siguiente tenor:

“LA CAJA DE CRÉDITO AGRARIO AGENCIA DE CANDELARIA, VALLE, por el presente documento declara: PRIMERO: Que constituye aval bancario a favor de: EL INURBE por cuenta de IMVICANDELARIA para responder por SUBSIDIOS EN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL. SEGUNDO: Cualquiera sea el valor del incumplimiento que aquí se garantiza, la CAJA solo respalda la suma de QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MDA CTE (\$575'000.000.00) por cualquier concepto de los especificados en la cláusula primera. TERCERO: Esta garantía tiene vigencia hasta el 21 de enero de 1999, fecha a partir de la cual cesa toda responsabilidad para LA CAJA, que pudiera derivarse de la obligación que se contrae por medio de este documento. CUARTO. Esta garantía no es transferible a excepción de que sea para el cobro a través de un establecimiento bancario. Para la CAJA cesa toda responsabilidad por incumplimientos debidos a fuerza mayor o caso fortuito. QUINTO. Los pagos parciales que haga el obligado o las rebajas o condonaciones que obtenga, reducirán en igual proporción la responsabilidad de la CAJA como garante. SEXTO: Este documento para los efectos que le sean pertinentes se rige por las disposiciones del código civil, libro cuarto, título XXXV. SEPTIMO.- El beneficiario para hacer valer este título, debe probar que ha incumplido con las obligaciones pactadas con la persona o personas por cuya cuenta se expide esta garantía. OCTAVO: Toda petición que formule el beneficiario de la garantía a la CAJA, debe efectuarse dentro de los horarios hábiles de despacho al público. NOVENO. Al hacer la CAJA pago total o parcial de la garantía, se subroga en todos los derechos del beneficiario contra las personas responsables del incumplimiento, hasta la concurrencia de las sumas pagadas y gastos efectuados. DÉCIMO: SI EL 21 de enero de 1999 la CAJA no hubiere recibido por escrito y debidamente documentada, reclamación por responsabilidad de la misma sobre el objeto que aquí se garantiza, cesa toda responsabilidad presente, futura o pasada y la garantía se extinguirá totalmente....” (Negrilla y subraya fuera de texto).

A folio 41, ibídem, obra el “PAGARÉ No. 27”, cuyo suscriptor es IMVICANDELARIA, a la orden del INURBE, en el cual consta que IMVICANDELARIA pagará incondicionalmente el día que sea llenado o completado, a la orden del INURBE, la suma de (EN BLANCO), que a la fecha adeuda por capital y la cual fue recibida **como subsidio anticipado** conforme a lo

dispuesto en el Acuerdo 22 de 1997, artículo undécimo, proferido por la Junta Directiva del INURBE.

A folios 31 a 32, ibídem, obra la “Carta de Instrucciones Pagaré No. 27”, dirigida al INURBE, que es del siguiente tenor:

“Yo, ABEL ORTEGA RICO, obrando en calidad de Gerente y como tal representante legal del **INSTITUTO DE VIVIENDA DE CANDELARIA “IMVICANDELARIA”**, con NIT No. 800218189-2, otorgante del pagaré en blanco número 0035, constituido a favor del INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA “INURBE”, me permito dar instrucciones a ese Instituto, de manera permanente, expresa e irrevocable, para que proceda a llenar los espacios en blanco del pagaré emitido en su favor, de conformidad con lo establecido en el artículo 622 del Código de Comercio, así:

1.- En el espacio reservado para la cuantía de la obligación principal, se colocará la suma que resulte a nuestro cargo por concepto de los subsidios familiares de vivienda recibidos anticipadamente en nuestra condición de oferentes del programa de vivienda “**JARDÍN DEL VALLE**” hasta por la suma de QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$575'000.000.00) en los términos previstos en el Acuerdo 22 de 1997, emanado de la Junta Directiva del INURBE, en caso de que mi representada incurra en incumplimiento de una cualquiera de las siguientes obligaciones....”.

Ciertamente, en este caso no puede hablarse de la existencia de un aval autónomo, pues éste garantiza obligaciones cambiarias, que no son a las que se refiere el citado documento denominado “Aval Bancario”. Obsérvese que a través de éste la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO garantiza el manejo que IMVICANDELARIA le dé al anticipo recibido, representado en los subsidios de vivienda que el INURBE otorgó a las personas destinatarias de las viviendas a construir, anticipo este que fue de \$575.000.000.00.

Esta garantía que, como ya se dijo, guarda relación con el buen manejo del anticipo que le entregó INURBE a IMVICANDELARIA por concepto de subsidios

de vivienda, en cuantía de \$575'000.000, para que efectivamente se destine a la ejecución del proyecto, DIFIERE de la garantía de cumplimiento, por la cual IMVICANDELARIA suscribió póliza expedida por la Compañía de Seguros de la Caja Agraria, por el 20% del monto de los recursos que le fueron asignados, según se desprende del texto del ARTÍCULO DECIMO SEGUNDO del Acuerdo núm. 11 de 1998, que modificó el Acuerdo 22 de 1997, expedido por la Junta Directiva del Inurbe, visible a folio 715 del cuaderno de anexos.

De ahí que la consideración del a quo en cuanto a que en este caso se está en presencia de una fianza, resulte acertada.

En efecto, el artículo 2361 del C.C. establece que *“La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple”*, lo que perfectamente encaja en el contenido del documento denominado “AVAL BANCARIO”; amén de que la fianza está consagrada en el Código Civil, Libro Cuarto, Título XXXV, a cuyas normas se remitió el documento en mención.

En este caso está demostrado que IMVICANDELARIA incumplió con la obligación de entregar las viviendas en el plazo acordado. Ello se deduce de los documentos obrantes en el expediente, particularmente de la copia de la carta enviada el 18 de enero de 1999, por parte del Presidente de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO al Gerente General del INURBE, visible a folio 61, ibídem, en la cual expresó:

“....Apreciado Señor Gerente:
...Como se le manifestó en la mencionada reunión, el ánimo de la Caja Agraria no es otro que el de contribuir para terminar con éxito el

proyecto de construcción, que en su primera etapa hará realidad el deseo de doscientas cincuenta familias de escasos recursos económicos de tener vivienda propia.

Teniendo en cuenta lo anterior, comedidamente le solicitamos reconsiderar la decisión del INURBE de ejecutar el aval que la Caja Agraria le concedió a IMVICANDELARIA, por cuanto consideramos que dicho cobro solo **retrasaría aún más el proyecto**, perjudicando a las familias beneficiadas....” (negrilla fuera de texto).

Empero, la garantía de la Caja Agraria en este caso, como ya se dijo, estaba relacionada con el debido manejo de la suma de \$575'000.000.00 que el Inurbe le entregó a IMVICANDELARIA, proveniente del subsidio de vivienda. De tal manera que la efectividad de dicha garantía solo puede darse en la medida en que en el proceso se demuestre que la referida suma no se invirtió en el proyecto.

En documento obrante a folios 621 a 622 del cuaderno de antecedentes, emanado del INURBE el 16 de julio de 1998, se lee que el programa de construcción fue declarado elegible mediante Resolución 1002 de 7 de octubre de 1997 y consta de 250 viviendas mínimas con un valor por solución de \$12'000.000; que, posteriormente se amplió el cupo a 657 subsidios familiares de vivienda para un total de mil quinientos once millones de pesos; que el porcentaje de obra ejecutado en acueducto y alcantarillado es un 70% y un 10% de construcción de vivienda.

En documento obrante a folios 64 a 68, ibídem, elaborado por la Vicepresidencia de Crédito y Cartera de la Caja Agraria se informa que en visita realizada el 15 de enero de 1999, a la cual asistieron el Gerente Regional del Inurbe; el Interventor de Imvicandelaria; el Gerente Regional de la Caja Agraria, el Director de Obra, el Residente y el abogado, se pudo constatar que el avance de la obra es del 41% con una inversión de \$1.448.4 millones, faltando por invertir \$1.877.3 millones.

Y que se verificó que efectivamente están invertidos en obra todos los recursos recibidos por parte del Inurbe (\$575.000.000), así como los recursos de la Caja Agraria (\$450.000.000.oo).

De tal manera que está demostrado en el proceso que la suma de \$575.000.000 que recibió IMVICANDELARIA del INURBE sí se invirtió en la obra, en razón del cumplimiento parcial que se produjo, por lo que no hay causa alguna para que se pueda reclamar la efectividad de la fianza por parte de la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO.

Desde esta perspectiva, los actos acusados no pueden ser declarados nulos y, por ende, la sentencia apelada debe revocarse para disponer, en su lugar, la denegatoria de las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone **DENIÉGANSE** las súplicas de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 5 de junio de 2008.

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
Salva voto

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN