contratación enlínea.co
Soluciones jurídicas en línea

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., primero (01) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 76001233100020040464002 (55.147)

Actor: **RUIZ ARÉVALO CONSTRUCTORA S.A.**

Demandado: **INVIYUMBO**

Referencia: **ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas: RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – casos de excepción a la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal / TIPOLOGÍA CONTRACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE VIS – contrato atípico e innominado / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y DESEQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA EN CONTRATO ATÍPICO - reparaciones de viviendas por vicios del suelo – obras adicionales por cambio de diseños – incumplimiento por no firmar escrituras públicas.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del trece (13) de marzo de dos mil quince (2015), dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

> *"PRIMERO: DECLÁRASE que entre EL INSTITUTO MUNICIPAL DE REFORMA URBANA Y DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL DE YUMBO 'INVIYUMBO' y la sociedad RUIZ ARÉVALO CONSTRUCTORA S.A. celebró un CONVENIO ASOCIATIVO el 6 de marzo de 2001 que tenía por objeto la urbanización, construcción, promoción, venta y financiación de 216 viviendas, PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL que hacía parte del PROYECTO URBANÍSTICO 'CIUDADELA CARLOS PIZARRO LEÓN GÓMEZ'.*

"SEGUNDO: DECLÁRASE que EL INSTITUTO MUNICIPAL DE REFORMA URBANA Y DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL DE YUMBO 'INVIYUMBO', adeuda a la sociedad RUIZ ARÉVALO CONSTRUCTORA S.A. a la fecha de esta sentencia las siguientes sumas:

"-. Por costos y gastos de las modificaciones que se hicieron al proyecto por una mayor cantidad de obra la suma de doscientos treinta y un millones doscientos once mil trescientos treinta y ocho pesos ($231'211.338,00).

"-. Por vicios ocultos en el terreno de la manzana 35 la suma de doscientos cuarenta y cuatro millones quinientos ochenta y nueve mil cuatrocientos treinta y dos pesos ($244'589.432,00).

"-. Por la no suscripción oportuna de dos escrituras de aclaración del proyecto que generó la pérdida de dos subsidios de vivienda la suma de veintidós millones setecientos cuatro mil setecientos sesenta y siete pesos ($22'704.767,00).

"TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

"CUARTO: DÉSE cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

"QUINTO: Sin costas en esta instancia".

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 3 de noviembre de 2004, la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el Instituto Municipal de Reforma Urbana y de Interés Social de Yumbo INVIYUMBO en desarrollo de la cual solicitó:

- Que se declarara que entre INVIYUMBO y la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. se celebró un convenio de asociación, cuyo objeto consistió en llevar a cabo la urbanización, construcción, promoción, venta y financiación de un programa de vivienda de interés social conformado por 218 soluciones habitacionales.

- Que se declarara que durante la ejecución del convenio en referencia se presentó un desequilibrio contractual que causó perjuicios económicos a la demandante con ocasión de i) reparaciones a la viviendas ubicadas en la manzana 35, por causa de vicios ocultos hallados en el terreno; ii) mayores cantidades de obra y obras adicionales derivadas de modificaciones a los diseños iniciales del proyecto motivados por la ausencia de disponibilidad de servicios que implicaron excavaciones a niveles más profundos, movimiento de rocas, cambio en los diseños de redes eléctricas y del alumbrado público.
- Que se declarara que INVIYUMBO incurrió en incumplimiento del convenio de asociación, concretado en la no suscripción oportuna de dos escrituras públicas, lo cual generó la pérdida de los subsidios correspondientes.
- Que se procediera a la liquidación judicial del convenio, teniendo en consideración las siguientes condenas en contra del INVIYUMBO y en favor de la sociedad demandante:

  -. $200'000.000, por concepto de las obras de reparación realizadas en la manzana 35, debido a los vicios ocultos del terreno.

  -. $800'000.000, por concepto de obras adicionales derivadas de las modificaciones efectuadas a los diseños iniciales del proyecto por la imposibilidad de dotar los predios con las redes servicios públicos.

  -. $13'000.000, por concepto de los subsidios que no fueron pagados en favor de la sociedad, como consecuencia de la no suscripción de la escritura que aclaraba la venta de dos viviendas comprendidas en el proyecto.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. El 6 de marzo de 2001, Inviyumbo y la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. celebraron el convenio de asociación en el que al primero se le denominó asociado partícipe gestor y al segundo asociado partícipe constructor, con el objeto de urbanizar, construir, vender y financiar 218 soluciones de viviendas de interés social y su plazo se fijó hasta el 6 de marzo de 2002.

2.2.- En desarrollo de ese acuerdo, las partes convinieron que el Instituto entregaría el lote del terreno para ejecutar la obra, otorgaría un subsidio de vivienda a los beneficiarios del proyecto equivalente a $1'600.000, de los cuales $600.000 se destinarían a cubrir el valor del predio y $1'000.000 estarían representados en materiales de construcción. A su turno, la constructora debía llevar a cabo la urbanización, promoción y venta de las unidades de vivienda, captar las cuotas iniciales de los destinatarios de las viviendas y financiar a los compradores en un plazo de dos a tres años para pagar el saldo del precio, con intereses de 2% mensual y cuotas fijas.

2.3.- El valor de las unidades de viviendas se conformaría, además, por los subsidios entregados a los adquirentes por las Cajas de Compensación Familiar, el Inurbe o las entidades que cumplieran tal función.

2.4. Durante la vigencia del convenio se celebraron varios *otrosíes*, a través de los cuales se modificó el valor de la vivienda del contrato y su plazo de ejecución.

2.5. Según la demanda, la constructora cumplió con las obligaciones contraídas en desarrollo del proyecto y entregó 216 viviendas a sus beneficiarios, dentro de los plazos acordados con el Instituto. Afirmó que, pese a lo anterior, el demandado incumplió su obligación de otorgar oportunamente dos escrituras públicas aclaratorias sobre las viviendas construidas, lo que condujo a la pérdida de esos subsidios.

2.6. A lo largo de la ejecución del proyecto se presentaron eventualidades que generaron la necesidad de realizar mayores cantidades de obra y obras adicionales, por cuanto, por un lado, en los diseños elaborados por la entidad no

se tuvieron en cuenta las instalaciones para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, siendo indispensable la modificación de los trazados iniciales y, por otro, se presentaron vicios ocultos en el lote de terreno correspondiente a la manzana 35 que no se detectaron en los estudios de suelos entregados por Inviyumbo.

3. Fundamentos de derecho

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora partió de referirse a la necesidad de preservar el equilibrio económico del contrato, las causas en que se origina su fractura y las consecuencias que acarrea su ocurrencia.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia del 26 de enero de 2005, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada.

4.2. En proveído del 23 de mayo de 2006, la primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda – Instituto Municipal de Reforma Urbana y de Vivienda de Interés Social de Yumbo – Inviyumbo

Mediante escrito allegado dentro del término legal, la demandada ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se opuso a las pretensiones, por considerar que en este evento no se presentó un desequilibrio económico, en tanto la relación surgió de convenio de asociación regulado por la Ley 489 de 1998, el cual fue celebrado luego de realizar la convocatoria pública y escoger la oferta más favorable para asociarse, a la luz de los términos de referencia.

Siguiendo ese orden argumentativo, sostuvo que en los términos de referencia que sirvieron de base para la convocatoria pública se estableció que el sistema constructivo que habría de emplear el asociado constructor debía cumplir las normas de sismo resistencia estipulada en la Ley 400 de 1997, lo que a su turno conducía a colegir que el demandante debía contar con los estudios geotécnicos definitivos.

Con base en lo anterior, consideró que los perjuicios derivados de los supuestos vicios ocultos en el terreno no resultaban atribuibles al Instituto, pues la ejecución de la obra no podía basarse de manera exclusiva en los estudios elaborados por la entidad.

Respecto de la modificación del proyecto llevada a cabo por no haber tenido en cuenta en los diseños iniciales la disponibilidad de servicios públicos domiciliarios, señaló que, de acuerdo con lo plasmado en los términos de referencia, era obligación del demandante solicitar, instalar y pagar las provisiones de servicios públicos domiciliarios y legalizar los derechos a los mismos en coordinación con las empresas públicas.

Adujo que fue la constructora la que en su propuesta sugirió modificar el esquema urbanístico para que resultara más viable comercialmente.

Manifestó que no era cierto que el Instituto hubiese incumplido su obligación de otorgar las escrituras de compraventa correspondientes a dos de las unidades de vivienda y que por esa causa se hubieran perdido los subsidios. Frente a esta cuestión, indicó que los recursos de los subsidios no fueron girados por el Gobierno por cuanto el asociado constructor no había entregado las pólizas vigentes, circunstancia que imposibilitó la firma de los respectivos instrumentos públicos.

En relación con los hechos, manifestó que el demandante no demostró el mayor volumen de las excavaciones y tampoco que hubiera retirado la roca hallada en el lugar en donde se ejecutó el proyecto. Añadió que las obras ejecutadas se

encontraban contempladas tanto en los términos de referencia base de la convocatoria pública, como en la propuesta. A lo dicho sumó que no existió aprobación del instituto en punto a la ejecución de obras distintas a las allí señaladas.

6. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió el litigio en la forma transcrita al inicio de esta providencia.

Luego de verificar los presupuestos procesales de la acción, relacionó el material probatorio obrante en el plenario y se pronunció frente a la objeción por error grave del dictamen formulada por la parte actora. En lo concerniente a este aspecto, advirtió que no estaba acreditado que el análisis abordado por el auxiliar de la justicia fuera equivocado o no se soportara en documentos pertinentes. Con base en lo dicho despachó desfavorablemente la objeción.

Al emprender el análisis de fondo, el Tribunal estimó que en el caso debía indagarse acerca de la ruptura del equilibrio económico del contrato, a la luz de la teoría de la imprevisión y de las sujeciones materiales imprevistas.

Al referirse a la naturaleza del acuerdo negocial, consideró que pese a rotularse como un convenio, en realidad su tipología obedecía a la de un contrato de asociación ya que la demandante era una sociedad comercial, cuyo objeto era desarrollar una empresa y obtener utilidades. En atención a lo expuesto, explicó que el régimen jurídico aplicable correspondía al Estatuto de Contratación Estatal.

Así mismo, razonó que el contrato debía interpretarse desde la óptica de la intención de las partes que, en el caso del constructor, atendía a la aspiración de obtener utilidades con ocasión de la ejecución del proyecto. A lo dicho sumó que el accionante no debía asumir los sobrecostos generados por las modificaciones del proyecto que desequilibraron su economía.

En lo atinente a la modificación de los diseños como consecuencia de no haber contemplado inicialmente la disponibilidad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, señaló que la correspondencia cruzada sostenida entre las partes ponía en evidencia que existió acuerdo en relación con la ejecución de las mismas y que su realización fue aceptada por la entidad estatal.

Igualmente, expresó que las modificaciones obedecieron a la necesidad de variar el trazado de las manzanas, con la finalidad de asegurar la prestación del servicio de acueducto, de lo cual coligió que fueron aspectos no previstos por el demandante al elaborar la oferta, de tal suerte que procedía el reconocimiento solicitado.

Manifestó que los sobrecostos derivados de las obras ejecutadas como consecuencia de las referidas comunicaciones se acreditaron a través del dictamen pericial rendido en el proceso, del cual desprendió la suma de $231'211.338.

En relación con los vicios ocultos hallados en el terreno de la manzana No. 35 que obligaron a la sociedad a efectuar reparaciones e inversiones en las viviendas afectadas por los agrietamientos, analizó la procedencia de restablecer el equilibrio económico a la luz de la teoría de las sujeciones materiales imprevistas.

De cara al acopio probatorio, consideró que si bien el contratista debía realizar el estudio de suelos para adelantar la construcción del proyecto, no podía considerarse responsable de los problemas que se presentaron en las viviendas a raíz de una falla geológica que no eran detectable tan fácilmente como se desprendía del estudio realizado inicialmente. Por lo anotado, decidió que en el caso procedía el reconocimiento solicitado por este concepto, para lo cual debía tenerse en cuenta el valor calculado por el dictamen pericial, el cual ascendió a $244'589.432.

Finalmente, en lo tocante a la pérdida de subsidios por demora en la firma de la escritura pública de compraventa y de la escritura de aclaración de dos de los inmuebles vinculados al proyecto, indicó que era una obligación conjunta de la constructora y de Inviyumbo comparecer a los trámites de escrituración.

Como consecuencia, afirmó que si Inviyumbo pudo firmar las escrituras iniciales sin la suscripción del *otrosí* y sin la prórroga de las garantías, no existía justificación válida que hubiera posteriormente excusado a Inviyumbo para exigir tales requisitos, máxime cuando de ello dependía la entrega de los subsidios y de ahí la recuperación de los costos de las obras. En ese orden, coligió que la pérdida de los subsidios se atribuyó a falta de la firma de las escrituras por parte de la entidad, por lo que debía accederse a su pago en cuantía de $22'704.767.

Por último, negó la pretensión de liquidación judicial del convenio por no existir elementos de prueba suficientes para establecer el cruce final de cuentas.

7. El recurso de apelación

El Instituto demandado presentó recurso de apelación contra la sentencia apelada con el fin de que la misma fuera revocada y se negaran las pretensiones de la demanda.

Al inicio de su argumentación indicó que, según los términos de referencia que informaron la convocatoria pública que dio como resultado la celebración del convenio asociativo, el constructor debía realizar un estudio geotécnico definitivo para adecuar el proceso constructivo a las normas sobre sismo resistencia previstas en la Ley 400 de 1997, estudio que no podía ser reemplazado por el análisis preliminar adelantado por la entidad.

Frente a esta cuestión añadió que no se presentaron vicios ocultos en la manzana 35, dado que era obligación del constructor indagar acerca de las características del terreno, con el objeto de establecer el sistema constructivo y de cimentación que emplearía, carga de previsión que no le asistía al Instituto.

De otro lado, en relación con el cambio de diseños para adecuar los trazados y permitir la prestación de los servicios públicos domiciliarios, advirtió que en la propuesta presentada por la demandante se sugirió la modificación del esquema urbanístico, con el fin de ofrecer una solución más viable para la entrega de las viviendas, que favoreciera comercialmente el proyecto y ocasionara menos gastos, sugerencia que fue aceptada por Inviyumbo. No obstante, para el recurrente, lo anterior no significaba que Inviyumbo hubiera aceptado la realización de mayores cantidades de obra, pues estas debían ser asumidas por el constructor por ser el que las propuso.

Añadió que el contratista no cumplió con las obligaciones a su cargo, consistentes en ejecutar la totalidad de las obras de urbanismo, lo que llevó a que el Instituto debiera asumirlas.

Respecto de la pérdida de los subsidios por causa de la mora en la firma de las escrituras públicas, adujo que cuando la constructora solicitó su suscripción, el convenio asociativo que fundamentaba tales actos no se encontraba vigente, a lo que agregó que el demandante no había prorrogado la vigencia de las pólizas, cuestión que imposibilitaba acceder a dicha solicitud.

Añadió que el peritaje rendido en el proceso no tuvo en consideración el informe final de cantidades de obra suscrito por la división técnica de Inviyumbo y consideró que la suma de $130'663.152 arrojada por el dictamen por concepto de obras de urbanismo no tuvo en cuenta que el costo de urbanismo por vivienda debía ser igual a $2'400.000, valor que no fue superado por la constructora.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante providencia del 10 de septiembre de 2015, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

8.2. Por medio de providencia del 15 de octubre de 2015, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, tanto la parte actora como la demandada presentaron sus escritos de alegaciones en los cuales, básicamente, insistieron en los argumentos en que soportaron la causa y la contradicción. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa; **4)** régimen jurídico para la contratación de proyectos de vivienda de interés social; **5)** de la tipología del negocio denominado convenio asociativo; **6)** análisis de la apelación: **6.1)** sobrecostos derivados de las reparaciones que debió efectuar el constructor a las viviendas de la manzana 35, por inexactitudes reportados en el estudio de suelos realizado por la entidad; **6.2)** sobrecostos generados por cambios de los diseños iniciales, debido a que el predio no contaba con disponibilidad de servicios públicos domiciliarios; **6.3)** perjuicios causados por la no suscripción oportuna de dos escrituras aclaratorias que generó la pérdida de los subsidios; y **7)** costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en mérito de lo dispuesto por el artículo 75[1] de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[1] Artículo 75, Ley 80 de 1993. *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa".*

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagraron que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al desequilibrio económico e incumplimiento del convenio celebrado el 6 de marzo de 2001, entre el Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Interés Social de Yumbo – Inviyumbo y la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A.

Así las cosas, se precisa que la entidad demandada, Inviyumbo[2], de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del ordinal primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993[3], es un establecimiento público descentralizado del orden municipal y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido

---

[2] Creado mediante el Acuerdo Municipal No. 004 del 2 de enero de 1992, como un establecimiento público del orden municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio autónomo.

3 Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

"Para los solos efectos de esta ley:

"1o. Se denominan entidades estatales:

"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

"(...)".

económico se estimó en la suma de $800'000.000, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($179'000.000)[4], exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

El presente debate versa sobre el incumplimiento y el desequilibrio económico del convenio del 6 de marzo de 2001, suscrito entre el Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Interés Social de Yumbo – Inviyumbo y la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A., aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

La Sala advierte que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

> *"d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (...)".*

La anterior norma, relativa al cómputo inicial de la caducidad desde la fecha de la liquidación del contrato o de aquella en que debió liquidarse, resulta de plena aplicación al caso concreto, debido a que el Convenio sobre el cual versa el debate se gobernó por las normas de la Ley 80 de 1993, por las consideraciones que se profundizarán más adelante, además de lo cual su ejecución fue de tracto sucesivo.

[4] El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 3 de noviembre de 2004, correspondió a $358.000.

En consonancia con lo expuesto, resulta pertinente destacar que en este caso se someten a examen controversias atinentes a la ejecución del convenio del 6 de marzo de 2001, en el cual se pactó un plazo de un año, que finalizaba el 6 de marzo de 2002. El 4 de marzo de 2002, las partes suscribieron el Otro sí No. 2, mediante el cual acordaron prorrogar el plazo hasta el 5 de septiembre del mismo año. Finalmente, el 5 de septiembre de 2002 celebraron el Otro sí No. 03, por el cual ampliaron el término convencional hasta el 4 de diciembre de 2002.

En ese orden, a partir de esa última fecha se iniciaba el cómputo de seis meses para lograr la liquidación bilateral o unilateral, según fuera el caso, término que culminaba el 4 de junio de 2003[5]. Desde entonces, la parte contaba con dos años para impetrar la acción contractual, período cuyo vencimiento se produjo el 5 de junio de 2005.

Se concluye así que al haberse interpuesto la demanda el 3 de noviembre de 2004, la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

3.- Legitimación en la causa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. para integrar el extremo demandante, en su condición de socio partícipe constructor dentro del Convenio del 6 de marzo de 2001, en desarrollo del cual se produjo el incumplimiento y el desequilibrio económico que se alegan.

Igualmente, halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Interés Social de Yumbo – Inviyumbo, dada su condición de socio partícipe gestor del convenio supuestamente incumplido y en cuya ejecución se produjo la ruptura del equilibrio económico que se reclama.

[5] No se evidencia en el expediente que el convenio hubiera sido sometido a liquidación bilateral o unilateral. Por el contario, su liquidación en sede judicial fue pretendida en la demanda.

4.- Régimen jurídico para la contratación de proyectos de vivienda de interés social

De antaño, la solución de vivienda de interés social ha sido considerada como parte de las políticas públicas que han integrado los Planes Nacionales de Desarrollo y que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 51 de la Carta Superior, de conformidad con el cual "*Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda*".

De manera articulada, el órgano legislativo expidió la Ley 3 de 1991, mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social y se estableció el subsidio familiar de viviendas, entre otras disposiciones. En su artículo primero consagró que el sistema estaría integrado por las entidades públicas y privadas que cumplieran funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza.

Seguidamente, en su artículo 4 estatuyó que las administraciones municipales y distritales, entre otras, coordinarían en su respectivo territorio el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, a través de las entidades especializadas encargadas de adelantar las políticas y planes de vivienda social en la localidad o a través de los fondos de vivienda de interés social y reforma urbana.

Al tiempo, estableció el Subsidio Familiar de Vivienda como un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario, con el objeto de facilitarle una solución de vivienda de interés social, sin cargo de restitución, siempre que el beneficiario cumpliera con las condiciones que estableciera esa ley. A su turno, podrían recibir el subsidio quienes se postularan por carecer de recursos suficientes para obtener una vivienda, mejorarla o habilitar legalmente los títulos de la misma.

Con arreglo al artículo 19 del mencionado compendio legal, los fondos de vivienda de interés social y reforma urbana tendrían como objeto desarrollar las políticas de vivienda de interés social en las áreas urbanas y rurales y dentro de sus funciones se consagró la de hacerlo directamente o en asocio con entidades autorizadas, dentro de las cuales se encontraban las empresas privadas que tuvieran por objeto el desarrollo de esas actividades, programas de construcción, adquisición, mejoramiento, reubicación, rehabilitación y legalización de títulos de soluciones de vivienda de interés social.

En esta normativa no se hizo referencia al régimen jurídico de los contratos celebrados para desarrollar los proyectos de vivienda de interés social.

A los dos años, se expidió la Ley 80 de 1993, en cuyo articulado no se aludió a los contratos cuyo objeto correspondiera a la ejecución de proyectos de vivienda de interés social.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 388 de 1997, la cual tuvo como propósito armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental.

En el artículo 36 de ese compendio se previó que las actuaciones urbanísticas, dentro de la cuales se encontraba la edificación de inmuebles, podrían ser desarrolladas por propietarios individuales en forma aislada, por grupos de propietarios asociados voluntariamente o, de manera obligatoria, a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado.

En el último inciso de ese mismo estatuto se consagró que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrían participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las

reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el alcance interpretativo de este precepto legal, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del Concepto No. 1503 de 2003[6] sostuvo:

> "*Ahora bien, resulta claro que el inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 estableció una excepción al régimen de contratación estatal de fiducia, y por lo mismo, es de interpretación restrictiva, lo cual trae como consecuencia que esta norma es aplicable únicamente para los fines expresados en la misma, vale decir, la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social. Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas que persigan tales fines, se encuentran habilitadas para celebrar los contratos de fiducia que autoriza la mencionada norma, los cuales han de entenderse de fiducia mercantil, puesto que la norma expresa que se celebrarán con sujeción a las reglas generales y 'del derecho comercial', lo cual se reafirma con la expresión siguiente de la norma, 'sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993*" (subraya la Sala).

Ahora bien, de lo dicho hasta aquí surge con claridad que los contratos celebrados por las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para desarrollar proyectos de interés social no se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, en tanto no existe norma que así lo indique. La única excepción expresa que se concibió frente a su ámbito de cobertura correspondió a la tipología de fiducia, en cuyo caso el negocio jurídico que encuadrara en ese tipo negocial se gobernaría por las normas del estatuto mercantil.

De los convenios de asociación

Otra de las formas a las que, a la luz de los antecedentes legislativos plasmados, podrían acudir las entidades estatales con el fin de llevar a cabo las soluciones de vivienda de interés social, sin perjuicio de las demás modalidades contractuales que a través de su celebración tuvieran vocación para satisfacer ese preciso

[6] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 de julio de 2003, C. P. César Hoyos Salazar, Radicación: 1502.

objeto, habrían de corresponder a las distintas clases de asociación entre entidades públicas y personas de derecho privado.

Esta precisión conduce a la necesidad de referirse a la forma de asociación consagrada constitucionalmente en el artículo 355, al tenor del cual "*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia*".

La celebración de esos acuerdos fue reglamentado por el Decreto 777 de 1992, en cuya virtud dispuso que aquellos negocios que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebrara "*la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 777 de 1992*".

De allí se desprende otro de los eventos en que la contratación para la ejecución de actividades de interés público, dentro de los cuales podrían hallarse los proyectos de vivienda de interés social, se encuentra exceptuado de aplicación de la Ley 80 de 1993. Con todo, la norma precisa que el acuerdo respecto del cual opera la excepción deberá ser celebrado entre Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

Adicionalmente, del contenido del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, norma invocada en el convenio que ocupa la atención de la Sala, se destaca lo siguiente:

a) Abrió el campo de cobertura de este figura a los sujetos que podían concurrir a su utilización y en ese sentido prescribió que las entidades estatales, cualquiera fuera su naturaleza y orden administrativo podrían, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse.
b) Amplió su ámbito de aplicación en función de los sujetos con quienes podría asociarse el Estado y al efecto dispuso que podría hacerlo con personas jurídicas particulares.
c) Abarcó un espectro funcional mayor, por cuanto se previó que podría utilizarse este instrumento para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asignara la ley a las entidades estatales.
d) Así mismo, consagró que cuando en virtud de lo dispuesto en ese artículo, surgieran personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarían a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

Con todo, de esa legislación igualmente ha de destacarse, como conclusión esencial de cuanto viene de exponerse, que los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en tanto fue ese el marco normativo Superior en el que se apoyó su expedición, de manera que no resultaba acertado interpretar la normativa legal expedida atendiendo a un contexto distinto al que impuso la Carta Superior.

La Corte Constitucional, en sentencia de septiembre de 1999, declaró la exequilibidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y sobre el asunto, discurrió:

> *"6.2. De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados 'de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política', lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o*

donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero 'con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo', tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política"[7](subraya la Sala).

Una interpretación similar ha sido la dispensada por la Sala del Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al sostener:

"*No obstante que la consulta inquiere sobre la posibilidad de celebración de convenios para la construcción de obras de infraestructura al amparo del artículo 355 de la Carta, debe señalarse adicionalmente que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, dispone que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le asigna a aquellas, por lo cual dichos convenios y su ejecución necesariamente han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del Decreto 777 de 1992 y normas exceptivas concordantes*"[8](destaca la Sala).

Sobre la justificación de la necesidad de que dichos convenios se celebraran con entidades sin ánimo de lucro, la misma Sala indicó:

"Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes y servicios, sino un convenio para colaborarse en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar"[9].

Años más tarde, la Sala de Consulta y Servicio Civil mantuvo su posición anterior al sostener:

---

[7] Corte Constitucional, sentencia C-671 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[8] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de febrero de 2006, Nro. Interno 1710, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

[9]Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de septiembre de 2009, Interno 1957, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

> *"Según indica el artículo 96 en cita, en el caso de que el Estado se vincule con particulares, deberá suscribir un convenio en el que se establezca con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y demás aspectos que sean relevantes. Por virtud del artículo 355 de la Constitución, el convenio deberá, además, celebrarse con personas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar un programa o proyecto de interés público, y estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo"*[10].

A su turno, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reflexionado sobre el concepto y los elementos que conforman el convenio de asociación, como sigue:

> *"La Sala se atreve a definir los convenios de asociación como aquellos acuerdos de voluntades reglamentados por el Gobierno en ejercicio de la facultad que le dio el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, suscritos entre una entidad pública con una persona jurídica particular que carezca de ánimo de lucro, con la idoneidad reconocida, los cuales tendrán como elemento teleológico el impulso de programas y labores que sean del interés de la colectividad, y que estén en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.*
>
> *"La doctrina ha extraído sus condiciones al afirmar:*

- *"Su competencia regulatoria está asignada por la Carta Política al Gobierno Nacional, excluyendo al legislador.*

- *"Se considera como entidad pública, aparte de las indicadas en la Constitución y la Ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta cobijadas al régimen de las anteriores.*

- *"El contratista debe ser una entidad privada sin ánimo de lucro y que tenga experiencia con resultados idóneos que soporten la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto contractual.*

- *"Su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población.*

- *"Es necesario que consten por escrito.*

[10] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de septiembre de 2013, Nro. Interno 2146, C.P. William Zambrano Cetina.

- *"La naturaleza del convenio es de derecho privado, salvo las excepciones del Decreto 777 de 1992, como la posibilidad de acordar cláusulas excepcionales propias de la contratación estatal.*

  "El organismo público contratante tiene la potestad de terminar de manera unilateral el contrato y exigir el pago de los daños irrogados, siempre que se incumpla las obligaciones desprendidas del negocio jurídico bilateral[11]*"*[12].

En la actualidad, el Decreto 777 de 1992 se encuentra derogado por virtud del Decreto 092 de 2017, a partir del cual se introdujeron nuevas disposiciones en torno a los convenios de asociación, pero que para el caso no resultan de aplicación en tanto el acuerdo sobre el cual recae el análisis data de 2001.

Conclusiones sobre el régimen jurídico para contratar proyectos de vivienda de interés social:

Del recorrido que se ha emprendido emergen varias conclusiones:

- Las entidades distritales, municipales y las áreas metropolitanas pueden acudir a distintos tipos de contratos en el marco de la ejecución de proyectos de viviendas de interés social, cuyo régimen jurídico, por regla general, corresponderá a aquél que gobierna la actividad contractual de las entidades estatales, esto es, las normas recogidas en la Ley 80 de 1993, como en las que la modifiquen y reglamenten.

- De esa premisa se exceptúan los contratos de fiducia, caso en el cual dichos negocios se someterán a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

- También se exceptuaron de la sujeción al Estatuto de Contratación Estatal los convenios de asociación fundamentados en el artículo 355 de la

[11] Original de la cita. Contratación Pública, Análisis Normativo, Descripción de Procedimientos, Sexta Edición de Carlos Pachón Lucas.

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 3 de diciembre de 2014, Exp. 51.832. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Constitución Política y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que en veces se utilizan como herramientas para contratar proyectos de vivienda interés social. La exclusión de la regencia de la Ley 80 en esos casos tendrá lugar:

i) En los términos del artículo primero del Decreto 777 de 1992, cuando el convenio se celebre por la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. En ese caso el convenio se informará por las normas del derecho común, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas excepcionales.

ii) Al tenor del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuando alguna entidad estatal, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, se asocie con personas jurídicas particulares, y de esa asociación surja una persona jurídica sin ánimo de lucro, esta se sujetará a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

5. De la tipología del negocio denominado convenio asociativo

Atendiendo al orden propuesto para desatar la presente controversia, en este fragmento incumbe a la Sala desentrañar la verdadera tipología contractual del acuerdo de voluntades al que las partes del litigio denominaron "*convenio asociativo*", debido a que a partir de su esclarecimiento será posible determinar su régimen jurídico.

Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya

concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente[13].

Con el propósito anunciado, la Sala analizará el clausulado negocial que informó el convenio en cuestión, los documentos que los modificaron, como los antecedentes que sustentaron su celebración:

En septiembre de 2000, el Instituto Municipal de la Reforma Urbana y de Vivienda de Interés Social de Yumbo Inviyumbo abrió una convocatoria pública con el objeto de seleccionar un empresa constructora, para que llevara a cabo la edificación, promoción y venta de las viviendas de la ciudadela Pizarro León Gómez, aportara los recursos faltantes necesarios durante el proceso de construcción y financiara el saldo de los compradores con recursos propios o a través de una entidad financiera concertada por el proponente.

La oferta favorecida se seleccionaría teniendo en cuenta, entre otros factores, la solución de vivienda ofrecida y el sistema de financiación propuestos.

Como resultado de la convocatoria pública, el 6 de marzo de 2001, el Instituto Municipal de Reforma Urbana y de Vivienda de Interés Social Inviyumbo y la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. celebraron un convenio asociativo por un plazo de un año, con el fin de (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

> *"ASOCIARSE, para que mediante los lineamientos, directrices, parámetros y estipulaciones de este convenio se lleve a cabo la urbanización, construcción, promoción, venta y financiación de un PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL que hará parte del proyecto urbanístico 'CIUDADELA CARLOS PIZARRO LEÓN GÓMEZ' conformado por 420 soluciones básicas de interés social, de las siguientes características (...)".*

Sobre el alcance de la asociación y participación de cada asociado se acordó (se

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C., C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

"... *ASOCIADOS PARTÍCIPES se obligan a ejecutar los siguientes aportes: a) INSTITUTO MUNICIPAL DE REFORMA URBANA Y DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL DE YUMBO 'INVIYUMBO': 1.- Entregarle al ASOCIADO PARTÍCIPE CONSTRUCTOR los terrenos destinados a la ejecución de este proyecto de vivienda a paz y salvo por todo concepto, mediante acta que será suscrita dentro de los tres días hábiles siguientes a la legalización y perfeccionamiento del presente convenio. Esta entrega no transfiere la propiedad del inmueble adquirido por Inviyumbo mediante Escritura Pública No. 0770 de fecha mayo 14 de 1999, autorizadas por la Notaría Única del Círculo de Yumbo (Valle) y debidamente registradas a los folios de matrícula Inmobiliaria No. 370-614282 y 370-614281 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali. 2.- El ASOCIADO PARTÍCIPE GESTOR ejercerá la interventoría a través de funcionarios designados por el Gerente de Inviyumbo para tal fin, informando de esta decisión al ASOCIADO PARTÍCIPE CONSTRUCTOR dentro de los tres (3) días siguientes para la designación, y 3 Garantizar y gestionar la ejecución de este proyecto. 4-. Comparecer a la firma de los contratos de promesa de compraventa y de compraventa a favor de los compradores de vivienda como titular del derecho del dominio de los terrenos y dentro de los mismos actos concurrirá el asociado partícipe constructor, como propietario de las obras y construcciones realizadas. (...). 7.- Transferir al ASOCIADO PARTÍCIPE CONSTRUCTOR los recursos de los ahorros programados que haya recibido, una vez se suscriba y presente la promesa de compraventa con el comprador respectivo. 8.- Facilitar y/o entregar toda la documentación que haya recibido de los compradores, en especial las cartas de aprobación de los subsidios de vivienda. 9.- Otorgar a los compradores un subsidio de vivienda municipal, siempre y cuando llene los requisitos exigidos para el mismo, representado en el lote sin urbanizar, mas los materiales de construcción que entrega al ASOCIADO PARTÍCIPE CONSTRUCTOR para la ejecución del Programa a un costo de Un millón seiscientos mil pesos ($1'600.000.oo) por cada unidad de vivienda que se construya. Este precio será fijo durante toda la ejecución del presente convenio. B) El ASOCIADO PARTÍCIPE CONSTRUCTOR, representado por el señor FERNANDO RUIZ CACERES por su parte se obliga a: 1.- Llevar a cabo la urbanización, promoción y venta del proyecto y captar las cuotas iniciales, en la forma y condiciones que adelante se establece, previa la constitución de las garantías allí previstas a favor del Socio Gestor. Los recursos que obtenga de estas cuotas iniciales y los que provengan de los subsidios de vivienda asignados estarán destinados a la construcción de las viviendas. 2.- Adelantar el proyecto de las 218 viviendas con el producto de los recursos provenientes de las cuotas iniciales y de los subsidios de vivienda que obtuvieren los compradores a través del Inurbe, las Cajas de Compensación o los entes que cumplan esta función de recursos propios del Constructor y de créditos puente que el mismo constructor obtenga, legalice y garantice. 3-. Financiarle la vivienda a las Compradores a un plazo de dos a*

tres (2 a 3) años para pagar el saldo del precio, con una tasa de interés del 2% nominal mensual vencidos sobre saldos y cuotas mensuales fijas durante el tiempo de financiación. 4.- A recaudar la cartera y con el producto de la misma pagarse los recursos que hubiere aportado para la ejecución del proyecto y los créditos que hubiere obtenido para la ejecución de las obras programadas. 5.- Adelantar el proyecto de construcción de las primeras ciento veinte viviendas en un período de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del presente convenio, adelantadas en cuatro (4) etapas de treinta casas por mes y las restantes en un periodo máximo de ocho (8) meses, a partir de la fecha de suscripción de este convenio" (subraya la Sala).

El valor del convenio se estipuló en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

"LOS PARTÍCIPES Y ASOCIADOS acuerdan que el precio de la vivienda tipo A, que se urbanicen, construyan y vendan durante la vigencia de 2001 será de CATORCE MILLONES TRESCIENTOS MIL ($14'300.000.oo), suma esta que los compradores pagarán al CONSTRUCTOR de las siguiente manera: Una cuota inicial equivalente al 20% del precio es decir $2'860.000 pagaderos así: la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS TREINTA MIL PESOS M/CTE ($1'430.000.oo) equivalente al ahorro programado y la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS TREINTA MIL PESOS ($1'430.000.00) que será pagada con una cuota de separación pro la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS ($300.000.oo) y en saldo restante en cuotas iguales pagaderas en el lapso de tiempo entre la promesa de compraventa y la escritura hasta completar el saldo de la cuota inicial. El saldo, o sea la suma de ONCE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($11'440.000.oo), será cancelado de la siguiente forma: a) Una parte con el producto de Subsidio de Vivienda adjudicado a cada comprador, bien sea por el Inurbe o las Cajas de Compensación familiar; b) otra parte con el producto del Subsidio de Vivienda Municipal a título de aporte que el Municipio de Yumbo hace para cada comprador que cumpla con los requisitos exigidos para el mismo, representado parte en el lote sin urbanización y parte en materiales de construcción; c) El saldo será financiado directamente por el ASOCIADO PARTÍCIPE CONSTRUCTOR mediante un sistema financiero a los plazos y tasas mencionadas en el literal b) numeral 3 de la Cláusula Tercera del presente convenio. Para las viviendas tipo A, la distribución del precio de venta de las viviendas entre los ASOCIADOS PARTICÍPES de este convenio se establece así: a) por el lote sin urbanizar, la suma de Seiscientos mil pesos M/cte. ($600.000, oo) a título de Subsidio Municipal que recibirán los compradores del proyecto la cual se mantendrá vigente durante la duración del presente convenio. B) Por los materiales de construcción entregados por el Asociados Partícipe Gestor por la suma de Un Millón de Pesos M/cte. ($1'000.000, oo), (Según relación que se adjunta al presente convenio) para

que haga parte integrante del mismo), valores que en consecuencia constituirán el aporte final del ASOCIADO PARTÍCIPE GESTOR, por cada solución de vivienda a título de subsidio municipal. PARÁGRAFO: EL ASOCIADO PARTÍCIPE GESTOR entrega al ASOCIADO PARTICÍPE CONSTRUCTOR materiales de construcción por la suma antes indicada, ante la imposibilidad de este de cumplir con la entrega del lote urbanizado, por tal motivo los ASOCIADOS acuerdan pactar en un millón de pesos M/CTE. ($1.000.000.oo), representados en materiales de construcción correspondiente al aporte en el costo de la urbanización de cada lote. Lo anterior con el fin de mantener la igualdad y el equilibrio del Convenio. c) Por el diseño, elaboración del proyecto, urbanización, construcción de las viviendas, promoción, venta, gastos indirectos, financieros y honorarios, incluida la carga administrativa, la suma que resulte una vez restados los valores correspondientes al subsidio municipal y al subsidio de vivienda otorgado por el Inurbe o las Cajas de Compensación Familiar, y al ahorro programado, valor que en consecuencia constituirá el aporte del CONSTRUCTOR por cada Solución de vivienda y cuya inversión será restituida con la recuperación de cartera".

Las partes convinieron un mecanismo de restitución de aportes que quedó insertado de la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluso con eventuales errores):

"QUINTA: RESTITUCIÓN DE APORTES Y RETRIBUCION ECONOMICA DE LOS PARTCIPES. - Los aportes y la retribución económica de los PARTICIPES serán restituidos por el CONSTRUCTOR así : a) EL CONSTRUCTOR recupera su inversión con el cobro de la cartera constituido a su favor por cada uno de los compradores del programa de vivienda, para lo cual cada crédito individual estará garantizado con HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO a favor del ASOCIADO PARTÍCIPE CONSTRUCTOR constituida sobre la vivienda vendida y un paquete de seguros que cubra las contingencias y riesgos derivadas de la muerte del deudor, el seguro del crédito incendio de la vivienda, terremoto, actos mal intencionados de terceros, etc.".

Mediante *otrosíes* del 21 de septiembre de 2001 y del 31 de diciembre de 2001, los extremos negociales decidieron modificar varias cláusulas del convenio.

En cuanto al objeto se acordó que la sociedad Ruiz Arévalo S.A. construiría dos tipos de soluciones de vivienda, para un total de 216 soluciones básicas. Una sería de área de 45 m2, por valor de $14'300.000.oo y la otra sería de 39.95 m2, por valor de $11'800.000.

Del mismo modo, se indicó que al asociado gestor le correspondía entregar los terrenos destinados a la ejecución del proyecto, ejercer la interventoría, comparecer a la firma de las escrituras de compraventa a favor de los propietarios, como dueño del lote. A este acto también concurriría el constructor "*como propietario de las obras y construcciones realizadas*".

Contrajo también el Instituto la obligación de transferir al constructor los recursos de los ahorros programados de los beneficiarios, de otorgar un subsidio a los adquirientes de las viviendas, representado en el lote sin urbanizar y de entregar materiales de construcción al demandante para (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> "*La ejecución del programa a un costo de Un millón seiscientos mil pesos ($1'600.000.oo) por unidad de vivienda que se construya y en recursos provenientes del presupuesto de Inviyumbo según Disponibilidad presupuestal No. 418 de fecha septiembre 21 de 2001, sustentada en la devolución justificada de materiales de construcción aportados mas no aplicables a la obra, y demás razones estipuladas en la Resolución No. 091 de fecha septiembre de 21 de 2001. Este precio será fijo durante toda la ejecución del presente convenio*".

A su turno, el constructor debía llevar a cabo la construcción, promoción y venta del proyecto y captar las cuotas iniciales, las cuales, junto con los subsidios de vivienda otorgados por la caja de compensación familiar y el municipio de Yumbo en cuantía y recursos propios, serían destinadas a la ejecución de las obras. También financiaría el valor de la vivienda a los compradores, en un plazo de dos a tres años.

La distribución del precio de las viviendas se conformaría: por el lote sin urbanizar representado en el subsidio municipal en cuantía de $600.000, que recibirían los beneficiarios, el cual se mantendría vigente por el término de duración del convenio; por el valor de los materiales entregados por el Instituto ascendería a $1'000.000; por recursos provenientes del presupuesto de Inviyumbo sustentado en la devolución de materiales de construcción aportados, mas no aplicables a la obra.

En cuanto al aporte del constructor, se precisó que estaría constituido por el diseño, elaboración del proyecto, urbanización total, construcción de las viviendas, promoción, venta, gastos indirectos, financieros y honorarios incluida la carga administrativa y se concretaría en la suma resultante de restar los valores correspondientes al subsidio municipal y al subsidio de vivienda otorgado por el Inurbe, las Cajas de Compensación familiar y el ahorro programado.

En consonancia, se indicó que el constructor recaudaría la cartera y con el producto de la misma pagaría los recursos que hubiera aportado a la ejecución de la obra.

Por último, en caso de que los interesados no hubieren resultado beneficiarios por no cumplir las exigencias previstas, el constructor debía devolver al asociado gestor los dineros correspondientes a aquellos, esto es, la suma de $1'600.000, equivalente al valor del lote y del valor de los materiales de construcción entregados.

Una lectura detenida e integrada de las cláusulas transcritas permite a la Sala, de entrada, extraer dos premisas fundamentales:

La primera, alude al hecho de que su celebración en modo alguno involucró aspectos relativos a la tipología contractual de fiducia[14], empezando porque

---

[14] La fiducia mercantil se encuentra regulada entre los artículos 1226 y 1244 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*"**ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL**. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

"Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

"Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

ninguno de los extremos ostentaba la condición de fiduciaria, ni se aludió a transferencia de bienes para administración o enajenación, como tampoco a la conformación de algún patrimonio autónomo.

En segundo término, se aprecia que tampoco se identificó con un convenio de asociación como el previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en tanto que para que así fuese resultaba indispensable que el extremo de derecho privado lo conformara una entidad sin ánimo de lucro, lo cual en el caso no ocurrió, habida consideración de que la demandante no ostentaba esa naturaleza.

Lo advertido basta para concluir que el convenio bajo estudio no se encuadró en alguna de las tipologías contractuales que se amparaban en la aplicación del régimen normativo exceptuado de la cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, pues es claro que no se trató ni de un contrato de fiducia ni de un convenio de asociación como el que, según quedó consignado en la motivación de ese acuerdo, se pretendía celebrar.

Sobre la aparición de esta última figura en la ejecución de proyectos de vivienda de interés social, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento del 2015 se ocupó de realizar algunas precisiones que merecen hacerse extensivas al presente asunto, en atención a que se analizó el mismo convenio que ahora centra la atención de la Sala, con la diferencia de que en la

---

*"**ARTICULO 1227. OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON LOS BIENES ENTREGADOS EN FIDEICOMISO.** Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.*

*"**ARTICULO 1228. CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA**. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.*

"(...).

*"**ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS**. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo".*

acción promovida en esa ocasión fue formulada por Inviyumbo contra la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. Al analiza la tipología del acuerdo, concluyó que su naturaleza no obedecía a la de un convenio de asociación y, por tanto, debía regirse por las normas de la Ley 80 de 1993.

> *"Para determinar cuándo se está frente a un convenio de asociación, debe establecerse en primer lugar si la prestación a cargo del contratista se encuentra encaminada a beneficiar directamente a la comunidad, mas no a la entidad pública contratante ya sea ésta de orden nacional, departamental o municipal, pues teniendo en cuenta que el objeto principal de este tipo de convenciones es impulsar programas y actividades de interés público con sujeción al plan nacional y a los planes seccionales de desarrollo, es evidente que la prestación a cargo del contratista debe encaminarse directamente al beneficio de la comunidad.*
>
> *"Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que un establecimiento público de orden municipal celebra un contrato con una sociedad anónima, bajo la denominación de un convenio de asociación por virtud del cual ésta se obliga en favor de aquél a construir unas viviendas para el desarrollo de un proyecto de vivienda de interés social, es evidente que éste no se constituye en un convenio de asociación sino que su verdadera naturaleza es la de ser un contrato de obra, pues la prestación a cargo del contratista consiste en la construcción de unas viviendas y esa construcción no la hace directamente en favor de la comunidad sino en favor de la Entidad contratante.*
>
> *"En efecto, según lo dispone el Numeral 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993 son contrato de obra aquellos que 'celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes muebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago'.*
>
> *"De otro lado, de acuerdo con el artículo 355 superior los convenios de asociación deben ser celebrados con personas jurídicas sin ánimo de lucro y las sociedades anónimas se caracterizan precisamente por el 'ánimo de lucro'.*
>
> *"En conclusión, cuando un establecimiento público celebra un contrato con una sociedad anónima cuyo objeto consiste en la construcción de un número determinado de viviendas que hacen parte de un proyecto para el desarrollo y construcción de viviendas de interés social, debe entenderse que se está frente a un contrato de obra, mas no frente a un convenio de asociación y por ende se rige por las normas previstas en la Ley 80 de 1993"*[15].

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de mayo de 2015, Exp. 36881, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esta providencia se puso fin a la segunda instancia tras declarar probada la excepción de caducidad de la acción contractual.

Para esta Sala, en el caso debe descartarse igualmente la configuración de un contrato de obra pública.

Se tiene que la Ley 80 de 1993 prescribe esta tipología como "*los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*".

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el concepto de obra pública no se limita por su destinación a la prestación de un servicio público, o por la naturaleza de los recursos empleados en su ejecución "*sino por razón de su afectación a fines de utilidad general y la titularidad del dominio de quien la emprende o a cuyo nombre se ejecuta*"[16].

Con todo, en el sublite no se evidencia que la prestación a cargo del constructor se hubiera dirigido directamente hacia la entidad pública gestora o hubiera recaído en ella su titularidad al obtener el producto de la misma. Por el contrario, la ejecución de las obras, en este caso de unidades de vivienda de interés social, se haría en favor de los particulares que resultaran beneficiados con el subsidio en especie otorgado por Inviyumbo y el subsidio concedido por las cajas de compensación familiar, y estos, a su vez, pagarían directamente al constructor el valor acordado para adquirir cada una de las viviendas.

En esa medida, no se observa una relación directa de conmutatividad prestacional entre el Instituto gestor y la sociedad demandante. Es un hecho que el aporte de municipio no cobijó el desembolso de dinero en favor del contratista como pago de la obra ejecutada, bajo la comprensión de que su aporte al proyecto fue en especie y se ciñó a la entrega de los inmuebles en donde se construirían las obras y a la entrega de materiales de construcción. Solo en caso excepcional, se previó

---

[16] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 17 de mayo de 1979, M. P.: Jaime Betancur Cuartas, Radicación: 1288.

que el Instituto asumiría el pago de obras de urbanismo con su presupuesto, cuando su costo excediera el equivalente al valor de los materiales entregados por unidad de vivienda y siempre que mediaran razones que justificaran el excedente.

Continuando con la labor de identificación de la tipología contractual sometida a análisis, la Sala estima necesario señalar que a pesar de que en su contenido se indicó que el constructor ejecutaría el contrato con recursos propios y los de las familias beneficiarias de las obras, se reitera que la titularidad de la obra no se radicaría en el ente territorial y no era procedente el ejercicio de su reversión, por lo cual se desnaturalizaría la posible configuración de una concesión de obra pública[17]. En el mismo sentido, se destaca la ausencia de su vocación de permanencia en el tiempo para estructurar un modelo financiero que permitiera recuperar la inversión y derivar provecho de su explotación.

En síntesis, al no encajar en alguna de las tipologías analizadas, propio es concluir que el acuerdo obedece a un contrato innominado o atípico, en cuya virtud Inviyumbo y la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. se unieron para brindar a terceros beneficiarios una solución de vivienda de interés social.

En desarrollo del mismo, el Instituto se obligó a entregar a los beneficiarios un subsidio en especie, consistente en los inmuebles sobre los cuales se construirían las casas, así como materiales de construcción al socio partícipe constructor, y el demandante se obligó a ejecutar con recursos propios la construcción, a promocionar y vender las unidades construidas, al tiempo que recibiría como contraprestación el valor que por las viviendas pagara cada uno de los beneficiarios de la obra. Con todo, el municipio mantendría a su cargo la supervisión del proyecto.

---

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 1 de agosto de 2016, Exp. 2000-01778, C.P. Danilo Rojas Betancourth. "*Un rasgo distintivo de esta clase de contratos y que lo hace diferente del contrato de obra pública, es su forma de financiación; en el contrato de concesión de obra, el concesionario asume por su cuenta y riesgo la construcción de la obra -que una vez finalizado el contrato pasa a ser de propiedad de la entidad-, lo que quiere decir que en principio recae sobre él la obligación de aportar todos los recursos necesarios para su culminación, obteniendo como contraprestación el derecho de explotación del bien durante un determinado período*".

Así pues, teniendo en cuenta que el contrato señalado fue suscrito por Inviyumbo y que sus elementos no encuadran dentro de aquellos tipos negociales que en materia de proyectos de vivienda de interés social se encuentran excluidos de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, se concluye que su régimen jurídico corresponde a las normas de la Ley 80 de 1993. Siguiendo ese orden, se pone de presente que su cobertura no se restringe a los tipos contractuales enunciados en el artículo 32, dado que se extiende a los actos jurídicos generadores de obligaciones, previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales o derivados de la autonomía de la voluntad.

Cabe anotar además que, a pesar de la atipicidad evidenciada en precedencia, tal circunstancia no obsta para que se analice, a la luz de los argumentos de la apelación, si en el caso acontecieron circunstancias constitutivas tanto de incumplimiento como de desequilibrio económico del contrato.

En ese sentido, se precisa que aun cuando, por regla general, esta última figura se presenta en mayor medida en los contratos sinalagmáticos y conmutativos, ello no excluye que, eventualmente, pueda generarse una ruptura de la ecuación financiera en acuerdos como el que se analiza, aspecto que necesariamente deberá determinarse en función de las cargas asumidas por cada uno de los extremos contratantes y de los mecanismos restablecedores, en el evento de que se hubieren convenido para mitigar los efectos de su ocurrencia.

Despejado como está el terreno normativo en el que descansó el convenio celebrado entre los extremos del litigio, procede la Sala a pronunciarse sobre los cargos de la apelación.

6.- Análisis de la apelación

Se recuerda que la inconformidad del recurrente apunta a censurar el reconocimiento efectuado en primera instancia en favor de la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. basado en tres aspectos puntuales: a) sobrecostos derivados de las reparaciones que habría efectuado el constructor a la viviendas

de la manzana 35, por inexactitudes reportadas en el estudio de suelos realizado por la entidad; b) sobrecostos generados por cambios de los diseños iniciales, debido a que en ellos no se contempló si el predio contaba con disponibilidad de servicios públicos domiciliarios; c) perjuicios causados por la no suscripción oportuna de dos escrituras aclaratorias que le habría ocasionado la pérdida de las subsidios.

En ese orden serán resueltos.

6.1) Sobrecostos derivados de las reparaciones que habría efectuado el constructor a las viviendas de la manzana 35, por inexactitudes reportadas en el estudio de suelos realizado por la entidad

Observa la Sala que el fundamento fáctico en que el actor apoyó su reclamación radicó en los sobrecostos derivados de las obras de reparación, los estudios de suelos adicionales y el pago de los cánones de arrendamiento para las familias que debieron ser reubicadas mientras se reparaban sus viviendas, arreglos que habría de realizar como consecuencia de la afectación de las casas localizadas en la manzana 35, presentada en razón a que los estudios entregados por la entidad no permitieron establecer los vicios ocultos hallados en el suelo en el que se edificó, los cuales vinieron a ser evidentes durante el proceso constructivo.

El *a quo* consideró que este aspecto de reclamación debía resolverse desde la óptica de la teoría de las sujeciones materiales imprevistas, habida consideración de que en la demanda se ubicó este cargo como causa generadora de ruptura de equilibrio económico del convenio. Al desatar el fondo del asunto, el Tribunal despachó favorablemente la pretensión encaminada a reconocer los sobrecostos asumidos por el constructor, por virtud de las obras de reparación a las viviendas ubicadas en la manzana 35 y condenó a pagar a Inviyumbo la suma de $244'589.432.

Según el apelante, los términos de referencia que informaron la convocatoria pública impusieron al constructor el deber de realizar un estudio geotécnico

definitivo para adecuar el proceso constructivo a las normas sobre sismo resistencia previstas en la Ley 400 de 1997, estudio que no podía ser reemplazado por el análisis preliminar realizado y entregado por la entidad al proponente.

En orden a resolver este argumento de la apelación, la Sala estima necesario llamar la atención sobre una situación que, aun cuando aparece probada en el plenario de manera fehaciente, no fue materia de invocación por las partes ni de pronunciamiento por la primera instancia, no obstante que está llamada a incidir directamente en la solución del presente asunto:

- **De las sumas debidas por la constructora al Instituto con ocasión de los daños presentados en las viviendas edificadas en la manzana 35 y condensadas en un acto administrativo que goza de presunción de legalidad.**

Se encuentra acreditado en el plenario que mediante Resolución No. 108 del 27 de noviembre de 2003[18], Inviyumbo declaró terminado unilateralmente el convenio asociativo de fecha 6 de marzo de 2001, suscrito entre el Instituto Municipal de Reforma Urbana y de Vivienda de Interés Social y la Constructora Ruiz Arévalo S.A., con fundamento en el incumplimiento atribuido a esta sociedad, y declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, el cual tasó en la suma de $555'480.000. Como sustento de su motivación se expuso[19] (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"Que desde agosto del año 2002 se han presentado daños constructivos en las viviendas Nos. 2, 13, 16, 17 y 18 de la manzana 35 de la ciudadela Cacique Jacinto, los cuales se comprometió a reparar el asociado partícipe constructor, tal como consta en el otro sí No. 3 suscrito el cinco (5) de septiembre de 2002.*

[18] Según consta en el contenido de la Resolución en comento, la misma cobró ejecutoria el 9 de diciembre de 2003. Fl. 699-703 C4.

[19] Fls. 699-703 C4.

"Que por informe presentado por el arquitecto JORGE HERNAN JIMENEZ profesional Universitario de la División Técnica de Inviyumbo se pudo constatar que la totalidad de las viviendas de la manzana 35 de la ciudadela Cacique Jacinto, siguen presentado asentamiento, lo cual no garantiza una estabilidad en su estructura, así como un buen desempeño de los elementos estructurales y no estructurales de la vivienda, por tal motivo la póliza de estabilidad debe aplicarse a las dieciocho (18) viviendas que conforman tal manzana.

"Que igualmente una de las obligaciones del asociado constructor era el pago de los derechos de interventoría realizados por la empresa EMCALI al proyecto de vivienda realizado por dicho asociado, los cuales hasta la fecha no han sido cancelados por la constructora RUIZ AREVALO y CIA.

"(...).

"ARTÌCULO PRIMERO: DECLARAR TERMINADO POR INCUMPLIMIENTO el convenio asociativo de fecha marzo seis (6) de 2001 suscrito entre el Instituto Municipal de Reforma Urbana y de Vivienda de Interés Social de Yumbo – INVIYUMBO y la Constructora Ruiz Arévalo".

Como se aprecia, los hechos en que se soportó la terminación unilateral del convenio sustentada en el incumplimiento declarado por el Instituto guardan correspondencia con aquellos en que se funda la reclamación de sobrecostos elevada por el libelista, por razón de las reparaciones que debieron efectuarse en las viviendas ubicadas en la manzana 35 del proyecto.

Ante el panorama que antecede, conviene poner de relieve que el incumplimiento del contrato se presenta cuando uno de los extremos del negocio jurídico incurre en inobservancia o en acatamiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre y voluntaria acordaron las partes al tiempo de su celebración.

Su ocurrencia faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados.

De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se pretende el pago de prestaciones ejecutadas que se adeudan en el marco del cumplimiento del contrato, quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte:

> *"En el caso del proceso contractual que se estudia, lo explicado en precedencia según jurisprudencia de esta Sala, implica que correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles"*[20].

Ahora bien, el artículo 1757 del Código Civil dispone que "*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*".

Mutatis mutandi, en el terreno del equilibrio económico del contrato estatal acontece un fenómeno similar en cuanto a quien lo alega se le impone la carga de acreditar que, a pesar de la ocurrencia de una circunstancia imprevisible con la virtualidad de impactar nocivamente la economía del contrato de cara a la excesiva onerosidad que habría de entrañar su ejecución, en efecto, se allanó a adelantar las actividades que se le demandaban en cumplimiento del contrato y cuya exigibilidad en el tiempo y en la forma debidos se justificaba en la protección del interés público inmerso en su celebración.

Es precisamente en este rasgo en el que estriba la diferencia en el manejo del equilibrio económico del contrato en el ámbito de los particulares[21], toda vez que

---

[20] Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de julio de 2009, Exp: 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[21] Sobre el particular vale la pena hacer referencia al pronunciamiento del 21 de febrero del 2012, en el que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reflexionó acerca de la revisión del contrato mercantil, en los términos previstos en el artículo 868 del Código de Comercio que contempla la teoría de la imprevisión y consideró:

"En torno a sus exigencias, delanteramente requiérase la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por

para que proceda la revisión del contrato por el advenimiento de una circunstancia extraordinaria e imprevisible en la órbita del derecho privado es indispensable que la prestación afectada por dicha situación sea de cumplimiento futuro, esto es, que la prestación no se hubiera ejecutado, dado que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, ello equivale a considerar que el afectado asumió los efectos de su acaecimiento y, por tanto, ya no habría nada que revisar. En este supuesto, el extremo afectado por la circunstancia extraordinaria debe abstenerse del cumplimiento de la prestación económicamente alterada hasta tanto se revise.

---

desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad. (...).

"El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

"Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante, otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la 'celebración del contrato'; Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son 'posteriores a la celebración de un contrato'". Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, 21 de febrero de 2012, proferido dentro del expediente 2006-00537, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas.

Contrario sensu, para que proceda el restablecimiento de la economía del contrato en el terreno de lo público, se insiste en que debe demostrarse no solo la ocurrencia de la circunstancia generadora de la ruptura del equilibrio económico sino los sobrecostos real y efectivamente asumidos por el afectado con ocasión de esa circunstancia.

Ahora bien, frente a la exigencia alusiva a la improcedencia de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato si la parte perjudicada se encuentra en mora o realiza actos imputables a su propia culpa, la doctrina foránea ha explicado:

> "*Las nuevas circunstancias deben presentar un carácter supra-individual. La tutela debe cesar, cuando la causa del evento superviniente no es exclusivamente objetiva. O sea, la potestad resolutoria precluye a raíz de la sanción por la autorresponsabilidad del comportamiento culposo, es decir, debe tratarse de situaciones que estén fuera del campo de acción o control de las partes, lo que exige la inimputabilidad del evento perturbador. De ello se desprende que la mora es un requisito negativo de la alteración*"[22].

En orden a aplicar lo expuesto al caso concreto, acontece que en este evento media un acto administrativo, en cuyo contenido la entidad pública consignó que la accionante incurrió en incumplimiento en el proceso constructivo, concretado en los daños estructurales que presentaron 18 viviendas de la manzana 35 de la ciudadela, que debían ser reparados por la sociedad Ruiz Arévalo y que se calcularon en cuantía $558'480.000, decisión que, además de corresponder a la que constituye la materia de reclamación del demandante en el sentido opuesto, esto es, que el que debe asumir este costo de las reparaciones es el instituto, se encuentra amparada por la presunción de legalidad, en la medida en que no fue objeto de impugnación por parte del afectado y que, por contera, goza de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad.

[22] Benítez Caorsi, Juan. LA REVISIÒN DEL CONTRATO. Editorial Temis. Bogotá 2010. Página 499.

Así las cosas, la información que allí se condensa en relación con la falta del cumplimiento de la constructora en punto a las reparaciones que debían realizarse en las viviendas de la manzana 35 se presume veraz, en tanto no se ha procurado siquiera la remoción del orden jurídico del acto que la contiene.

Esta circunstancia comporta correlativamente la presunción de que el contratista incurrió en incumplimiento respecto de la ejecución de esas reparaciones que, a la postre, fueron el objeto de pretensión encaminada al reconocimiento de los sobrecostos supuestamente asumidos por la constructora, cuestión que se opone jurídicamente a atender el planteamiento elevado por el demandante en torno a las erogaciones efectuadas con ocasión de las obras de reparación de las viviendas localizadas en la manzana 35.

Como se anotó, ya sea que se pretenda su reconocimiento bajo la óptica de la responsabilidad contractual de la entidad por la elaboración de estudios de suelos defectuosos o del desequilibrio presentado por causa de las condiciones imprevistas del terreno, el interesado debía acreditar que cumplió las obligaciones contraídas respecto de la reparación de las viviendas afectadas y que sirven de base de la reclamación que formula o que incurrió en los sobrecostos alegados por razón de esas obras reparativas, nada de lo cual tiene vocación de prosperidad si existe un acto administrativo que conserva su validez y que a pesar de sostener lo contrario a lo que aspira el libelista no fue acusado de nulidad por el perjudicado con esa decisión.

- **De la obligación de asumir las reparaciones de las viviendas de la manzana 35, afectadas por vicios del suelo**

Sin perjuicio de lo anotado en lo concerniente a la declaratoria de incumplimiento contractual condensada en la Resolución No.108 del 27 de noviembre de 2003, la Sala observa que en esta oportunidad converge una particularidad por mérito de la cual resulta necesario abordar el análisis del cargo de fondo desde la óptica de la responsabilidad derivada del proceso constructivo.

Se somete a discusión por parte del libelista la posible existencia de vicios del suelo como causa generadora de la ruina que amenazaba las viviendas de la manzana 35, aspecto regulado por el artículo 2060 del Código Civil y cuyo análisis no fue emprendido por la entidad en el aludido acto administrativo, dado que su motivación se ciñó a hacer una verificación del incumplimiento en cuanto hace a la falta de reparación de los inmuebles, pero nada advirtió acerca de las causas que originaron sus defectos, que es, precisamente, en lo que en esta ocasión se funda la reclamación.

Al respecto, debe advertirse que a la luz de lo dispuesto en el artículo 2060 del Código Civil Colombiano, mediante el cual se regulan aspectos relativos a los contratos para la confección de una obra material, entre ellos, el de construcción de edificios por precio único "*si por circunstancias desconocidas como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda*".

Igualmente, la norma en comento contempla un lindero temporal amplio para viabilizar la declaratoria de responsabilidad en caso de ruina de la construcción, que puede, incluso, discutirse en los diez siguientes años a la entrega de la obra, en los siguientes términos:

> "*Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final*".

Cabe advertir, además, que si bien este caso se concluyó acerca de la atipicidad del contrato en estudio, la Sala estima que las referidas normas le resultan aplicables al mismo, debido a que, al margen de las particularidades que lo revisten, en todo caso no es dado soslayar que su objeto se dirigió a la

construcción material de viviendas de interés social, indistintamente de la forma de pago pactada y de la composición de los aportes de cada uno de las partes.

Como apoyo de esta premisa, conviene traer a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que se refiere a este tópico en los siguientes términos:

> *"Es innegable que la actividad de la construcción se desarrolla a través de distintas formas negociales que rebasan la hipótesis contemplada en la primera de las disposiciones citadas, en las cuales se encuentran otras personas que, en forma autónoma, desarrollan el proyecto constructivo, de ahí que a pesar de aludir ese artículo únicamente a la construcción de edificios por un precio único prefijado, la responsabilidad allí prevista, también llamada «decenal» se predica del constructor en general, con independencia tanto de la forma de pago del importe, como de que la obra no se haya realizado «por encargo» sino de manera independiente.*
>
> *"Luego, si una persona natural o jurídica se encarga de la construcción de bienes raíces y una vez edificados procede a venderlos, él también es responsable en los términos del numeral 3° del artículo 2060, de los daños que se causen al comprador en caso de que la cosa perezca o amenace ruina total o parcialmente en los diez años siguientes a su entrega, siempre que tal situación obedezca a vicios de la construcción, del suelo o de los materiales"*[23].

En el marco de esta normativa y en atención a que los defectos presentados en las viviendas, como se detallará más adelante, se evidenciaron incluso antes de la entrega de la obra, esto es, dentro del plazo de diez años que prevé la disposición legal que se cita, procede la Sala a indagar si las deficiencias que presentaron las construcciones de la manzana 35 obedecieron a vicios del suelo y si estos han debido ser conocidos por el constructor por razón de su oficio.

Descendiendo al análisis del caso se evidencia que en los términos de referencia que sirvieron de base para la convocatoria que dio como resultado la celebración del convenio del 6 de marzo de 2001, se indicó que el Instituto debía entregar a los oferentes el plano topográfico, el plano de las terrazas de las manzanas y el plano urbanístico del proyecto de vivienda de interés social.

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 2016, exp. 2007-00079, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

En cuanto al aporte del constructor, se precisó que estaría constituido por el diseño, la elaboración del proyecto, la urbanización total, la construcción de las viviendas, la promoción y venta, los gastos indirectos, financieros y honorarios incluida la carga administrativa y se concretaría en la suma resultante de restar los valores correspondientes al subsidio municipal y al subsidio de vivienda otorgado por el Inurbe, las Cajas de Compensación familiar y el ahorro programado.

El sistema constructivo propuesto por el partícipe constructor debía ceñirse a los diseños urbanísticos y normas arquitectónicas y suministrar esquemas de desarrollo progresivo de la vivienda, que permitieran al usuario ampliar su unidad habitacional sin ningún traumatismo para su familia. Se agregó que debían ajustarse a las normas de sismo resistencia de la Ley 400 de 1998, utilizar materiales garantizados por normas Icontec, permitir la construcción por etapas y ofrecer un área mínima construida.

Adicionalmente, en el ordinal décimo del documento precontractual se previeron los servicios ofrecidos por el oferente, entre ellos, debía (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

- *"Proveer, inherentes a su sistema constructivos los siguientes estudios y material técnico coordinado, para los trámites de legalización, permisos y licencias correspondientes:*
  -. Cálculo estructural – planos, memoria y anexos informativos requeridos.
  -. Estudio hidrosanitario – memorias y planos.
  -. Estudio eléctrico – memorias y planos.
  -. Estudio red de gas interno – memorias y planos".

Se encuentra acreditado igualmente que el Instituto, como parte de los documentos que conformaron los estudios previos, suministró el estudio geotécnico elaborado el 25 de febrero de 2000 por la firma Saya Ltda., con el fin de determinar la localización, extensión y características físico mecánicas de los suelos presentes en el lote del proyecto[24].

[24] C6.

Posteriormente, el 30 de octubre de 2000, la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. presentó la propuesta en la cual consignó las siguientes manifestaciones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"EL PREDIO.*
> *Como lo pudimos comprobar en el terreno el lote cuenta con las garantías de una excelente ubicación, buenas vías de acceso y aceptable estructura circundante.*
>
> *"Las actividades a desarrollar inmediatamente es la referente a la primera etapa de 106 viviendas entre los meses de enero y febrero, actividad que se esquematiza como primera etapa dentro del contenido de la propuesta. Esta etapa a su vez comprende, el chequeo de todos los diseños existentes, con la finalidad de optimizarlos y adaptarlos a nuestra propuesta planteada para el desarrollo de la segunda etapa compuesta de 244 viviendas.*
>
> *"El precio del lote urbanizado es de $3'000.000, valor que incluye la conexión, matrícula y medidores de servicios públicos de cada una de las viviendas. Este monto corresponderá al subsidio familiar municipal que Inviyumbo le asignará a cada uno de los compradores de las viviendas del proyecto. Dicho valor permanecerá como monto fijo durante el período de tiempo que la ejecución total del proyecto"*[25].

En documento aparte, la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. presentó condiciones alternativas a la propuesta[26], atendiendo a circunstancias tales como la ampliación de las vigencias de los subsidios de 1999, las demoras del crédito en el Fondo de Regalías y la modificación al esquema urbanístico, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"Es importante llevar a cabo un rediseño de todas las obras de urbanismo, pues las actuales generan un alto costo al proyecto y sobrepasan el presupuesto estimado de $2'400.000.*
>
> *"MODIFICACIÓN DEL ESQUEMA URBANÍSTICO.*

[25] Fls. 420-427 C8.

[26] Frente a particular, cabe advertir que no reposan en el expediente elementos de prueba suficientes relacionados con la etapa previa a la celebración del convenio, por lo que se desconoce en qué términos y condiciones se adelantó la misma, esto es, si se dieron modificaciones a los término de referencias que convalidaron propuestas alternativas.

"Recibimos con beneplácito la aceptación de INVIYUMBO a nuestras recomendaciones sobre lo oneroso de urbanizar la parte alta del predio y la poca aceptación comercial que tienen los apartamentos no solamente en el mercado de yumbo sino en todo el departamento.

"Consideramos que la reubicación de la cancha de futbol junto con otras zonas comunales en la parte alta del proyecto lo favorece ampliamente permitiendo la construcción de por lo menos 150 casas adicionales de segura comercialización haciendo más atractivas las zonas comunales reduciendo significativamente los costos de urbanismo. Una vez aceptada nuestra propuesta nuestros arquitectos prepararán rápidamente las modificaciones del esquema urbano de la ciudadela con el ánimo de iniciar la ejecución de las obras directamente"[27].

Como resultado de la convocatoria pública, el 6 de marzo de 2001, el Instituto Municipal de Reforma Urbana y de Vivienda de Interés Social Inviyumbo y la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. celebraron un convenio asociativo por un plazo de un año con el fin de (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"ASOCIARSE, para que mediante los lineamientos, directrices, parámetros y estipulaciones de este convenio se lleve a cabo la urbanización, construcción, promoción, venta y financiación de un PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL que hará parte del proyecto urbanístico "CIUDADELA CARLOS PIZARRO LEÓN GÓMEZ" conformado por 420 soluciones básicas de interés social, de las siguientes características (...)".

A los dos meses de suscribirse el convenio, en oficio del 8 de mayo de 2001 el constructor manifestó a Inviyumbo lo siguiente[28](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"Ante la imposibilidad de construir los apartamentos lo que implicas más de 400 viviendas perdidas, en reiteradas oportunidades tanto en forma verbal como escrita hemos ofrecidos realizar los diseños requeridos sin costo para INVIYUMBO".

De lo expuesto hasta ahora resulta viable concluir que aun cuando el Instituto, en un principio, adelantó los estudios geotécnicos del lote en el cual se construiría la

[27] Fls. 531-538 C8.

[28] Fls. 443-444 C4.

ciudadela Carlos Pizarro León Gómez y los diseños preliminares del proyecto urbanístico, en todo caso, el socio partícipe constructor podía examinar los diseños existentes y proponer una readecuación de los mismos para adaptarla a las sugerencias de la propuesta.

En efecto, para la elaboración de la oferta se otorgó un amplio margen de autonomía, en cuanto correspondía al constructor ofrecer el sistema constructivo que brindara mayores ventajas para los beneficiarios de los subsidios de vivienda en términos de conveniencia y modelo de financiación.

En el marco de esa libertad, la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A propuso la reubicación de las unidades de vivienda prevista originalmente por Inviyumbo y la redistribución de las zonas comunes y de las áreas de recreación y deportes con el fin del lograr un mejor aprovechamiento del espacio y así viabilizar la construcción de más unidades de vivienda y reducir los costos de las obras de urbanismo.

Una vez se elaboraran los diseños definitivos, según se contempló en los términos de referencia, el demandante debía efectuar los estudios inherentes a su sistema constructivo, tales como el cálculo estructural, planos, memoria y anexos informativos requeridos, los cuales necesariamente debían consultar y sujetarse al tipo de suelo sobre el cual se cimentarían las viviendas para conocer su capacidad portante.

Lo anterior cobra mayor vigor en atención a que el rediseño efectuado por el contratista, como se anotará más adelante, implicó el cambio de ubicación de las viviendas, variación que contempló, entre otras, la construcción de la manzana 35 que inicialmente no estaba prevista, en tanto ese lugar estaba destinado para zonas verdes y que fue donde se originó precisamente el problema de suelos que condujo a los agrietamientos y a los defectos estructurales causados.

En desarrollo de lo anterior, en abril de 2001, la firma Carlos Parra & Asociados Ingenieros Civiles, contratada por la sociedad demandante para realizar el estudio

de suelos con el objeto de evaluar las características geotécnicas y de cimentación para el subsuelo y establecer el tipo de base más indicado para el proyecto, en desarrollo del trabajo efectuado determinó[29](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"Debido al grado de preconsolidación del subsuelo los asentamientos que se esperan son de tipo elástico (inmediato), los cuales se estiman, si se emplean los valores de capacidad portante dados en el numeral anterior no serán superiores a 2.5 cmts (1.0 pulg), magnitud que se encuentra dentro de las máximas permitida por la norma NSR-98 (*) para este tipo de edificación.*
>
> *"8.- CONCLUSIONES.*
>
> *"La investigación permitió identificar la presencia de suelos de origen sedimentario correspondientes a derrubios de media ladera conformado por limos arcillosos y arenoso, así como arenas acompañados (mezclados) de gravas que corresponden a fragmentos de diabasa meteorizada degradación fina a mediana, cuyas partículas se encuentran en proceso de meteorización. En términos generales los suelos son de compacidad alta, preconsolidados, de relativa elevada capacidad portante. El nivel freático no se lo detectó hasta la máxima profundidad investigada de 6.00 mts".*

Con todo, se advierte que no existe claridad si este análisis de suelos consultó las variaciones del diseño urbanístico planteado por el constructor, pues existen otros elementos probatorios que dan cuenta de la inexistencia del estudio de suelos en el lugar en el que se construyó la manzana 35, circunstancia que permite entrever que el partícipe constructor dio inicio a las obras sin tener en consideración que los cambios urbanísticos sugeridos por él mismo debían contrastarse con el tipo de suelo sobre el cual cimentarían las viviendas.

En efecto, luego de que durante la construcción del proyecto se evidenciaran los inconvenientes presentados por las viviendas de la manzana 35, el 30 de abril de 2002, el ingeniero de suelos Emerson Lemos Velasco, contratado por Inviyumbo, como consecuencia de esa problemática, para realizar el chequeo estructural, la verificación de averías de las casas de la manzana 35 y la revisión de la estabilidad de varios taludes de la ciudadela, en su estudio concluyó que los daños se atribuían a la presencia de rellenos artificiales de materiales no aptos y

[29] Fls. 195 - 248 C8.

poco consolidados y al hecho de que la escogencia de la loza no era apta para este tipo de terreno[30](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"Los problemas de la urbanización de la manzana 35 se deben a la presencia de rellenos artificiales de materiales no aptos y poco consolidados, que se encuentran sobre un grueso manto de material orgánico, estos materiales descansan sobre rellenos aluviales que se depositaron en antiguas hondonadas o directamente sobre suelos residuales y estos a su vez sobre las rocas diabásicas que conforman el cuerpo de la cordillera en este sector.*
>
> *"Se hace especial nota de que los rellenos de peores condiciones fueron los colocados en la zona de la cañada y son ellos la causa principal del deterioro de las casas".*
>
> *"(...).*
>
> *"Como anotación especial de este informe está el que en la zona de las casas de las manzanas 35 no hay evidencia de que haya realizado un estudio de suelos que haya podido detectar los rellenos no aptos y la materia orgánica de la cañada según las versiones recogidas en esta zona inicialmente destinada a parque y sólo en último momento se decidió la construcción de viviendas. Para esta parte, la investigación de suelos más cercana la realizó la firma Parra & Asociados Carlos H. y las perforaciones más cercanas están en las manzanas 2 y 3, según se muestra en la figura de localización de este estudio, que se anexa en la memoria de cálculo"* (subraya la Sala).

Resulta claro que aunque la firma especialista en suelos contratada por el constructor realizó algunas perforaciones en el lugar, el estudio no abarcó la zona sobre la cual se levantarían las viviendas que conformarían la manzana 35, de lo cual se deduce que el estudio aportado por el partícipe constructor para ese propósito fue insuficiente, en tanto no cobijó la totalidad del área destinada al proyecto.

El anterior estudio realizado por el especialista en suelos Emerson Lemus, contratado por Inviyumbo, fue complementado con un informe rendido por un ingeniero estructural, de conformidad con el cual[31](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

[30] Fls. 101-122 C8.
[31] Fls. 123-165 C8.

"En las casas se observa un asentamiento diferencial de 15 centímetros, el diseño estructural de la urbanización y en especial la cimentación se calcularon para un asentamiento máximo de 2.5 cm en las vigas de cimentación, lo que nos lleva a concluir que superen los esfuerzos máximos previstos en el diseño, manifestando con grietas en vigas dintel y muros.

"Es importante anexar como información suministrada por las personas encargadas del proyecto que los estudios de suelos realizados no contemplaban esta zona (manzana 35), ya que originalmente ésta era zona verde, por lo tanto no existió un diseño estructural específico para esta zona" (Subraya la Sala).

Siguiendo con el recuento fáctico, se tiene que entre junio y julio de 2002 se llevaron a cabo varias reuniones con el fin de establecer las posibles soluciones que debían adoptarse respecto de los problemas presentados en las viviendas ubicadas en la manzana 35, que se evidenciaron en la etapa de ejecución y cuya causa se estableció gracias a los estudios de suelos efectuados por el ingeniero Emerson Lemus, concertado por Inviyumbo para esos propósitos. Finalmente, se optó por su reparación a través de la instalación de micropilotes[32].

Con todo, un año después, los incidentes relacionados con las averías y los agrietamientos de las viviendas de esa manzana continuaban. Así se infiere de la reunión llevada a cabo el 19 de junio de 2003, para tratar el tema del agrietamiento de las viviendas de la manzana 35, en cuyo desarrollo se presentaron alternativas de reparación, recomendaciones y conclusiones de acuerdo con la evaluación y el estudio realizado. Al respecto se manifestó[33](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

"El resumen de resultados explicado por el ingeniero Cárdenas es que las viviendas de la manzana 35 son estables excepto las viviendas 16 y 17 que al modelarlas sin pilotes se observan los daños presentados. Posteriormente interviene el ingeniero Emerson Lemus dando una explicación sobre el comportamiento del suelo en esta manzana, donde el estudio arrojó que esta zona tiene diversidad de materiales, existiendo así la posibilidad de pilotes estrangulados.

[32] Fls. 232-233 C3.
[33] Fls. 41-43 C8.

"Los ingenieros asesores Cárdenas y Lemus concluyen que los daños se deben a asentamiento en la zona en donde se modeló con falta de pilotes (casas 16 y 17) y que la causa de este asentamiento puede ser una de las siguientes:

-Falla del empotramiento y la viga cabezal.
-falla estructural de los pilotes.
-Apoyo del pilote en suelo no firme.

"Las tres condiciones son probables por fallas comunes en el proceso constructivo, por ejemplo falta de epóxicos en las uniones, derrumbes durante la fundición de los pilotes, o mala identificación del material de apoyo, por las variaciones estratigráficas normales en los suelos sedimentarios" (Subraya la Sala).

El recuento probatorio que antecede permite a la Sala concluir que, distinto a lo manifestado por el demandante y a lo considerado por el Tribunal de primera instancia, los daños estructurales sufridos por las viviendas ubicadas en la manzana 35, derivados de las especiales condiciones del terreno en el que se soportaron, no podían considerarse como una situación constitutiva de sujeciones materiales imprevistas, en cuanto lo acontecido no obedeció en manera alguna a la imposibilidad de prever y determinar la conformación estratigráfica del suelo y de las características de sus capas.

Como se puso de presente, los inconvenientes surgidos se debieron a la insuficiencia del estudio de suelos aportado por el constructor y realizado en cumplimiento de su obligación de efectuar los análisis asociados al sistema constructivo propuesto y que al tiempo debían respaldar el reajuste de los diseños contenidos en su oferta.

Según se observó, el examen geotécnico aportado por la firma contratada por el constructor para apoyar sus cálculos estructurales no tuvo en cuenta el lugar en donde se estructuraría la manzana 35, cuestión que se oponía a la posibilidad de determinar con certeza el sistema del proceso constructivo en función del comportamiento del suelo sedimentario que existía en esa área y de su capacidad portante.

Esta omisión condujo a que el sistema de cimentación empleado resultara incongruente con las características del suelo y, por contera, a que las viviendas construidas presentaran constantemente vicios estructurales y agrietamientos.

De conformidad con lo expuesto, correspondía al constructor atender y asumir las reparaciones que continuamente demandaron los daños presentados en las viviendas de la manzana 35, por cuanto su ocurrencia, por las circunstancias anotadas, invadió la esfera de su responsabilidad.

Así las cosas, la Sala estima que los argumentos de la apelación, atinentes a este aspecto están llamados a prosperar.

6.2) Sobrecostos generados por cambios de los diseños iniciales, debido a que en ellos no se contempló si el predio contaba con disponibilidad de servicios públicos domiciliarios

Alegó el demandante que en la ejecución del proyecto se presentaron eventualidades que generaron sobrecostos por la necesidad de realizar mayores cantidades de obra y obras adicionales, por cuanto los diseños elaborados por la entidad no consultaron la disponibilidad de las redes existentes para la prestación de servicios públicos de acueducto, alcantarillado, alumbrado público y energía, siendo indispensable la modificación de los trazados iniciales.

Al resolver este punto, el Tribunal de primera instancia estimó que la correspondencia cruzada sostenida entre las partes ponía en evidencia que existió acuerdo en relación con la ejecución de las mismas y que su realización fue aceptada por la entidad estatal. Igualmente, advirtió que las modificaciones obedecieron a la necesidad de variar el trazado de las manzanas, con el objeto de asegurar la prestación del servicio de acueducto, de lo cual coligió que procedía el reconocimiento solicitado, el cual tasó en la suma de $231'211.338.

Por su parte, el recurrente adujo en la alzada que en la propuesta presentada por la demandante se sugirió la modificación del esquema urbanístico, variación en la

que ofrecía una solución más viable para la entrega de las viviendas, por cuanto favorecía comercialmente el proyecto y ocasionaba menos gastos, sugerencia que fue aceptada por Inviyumbo. No obstante, señaló que lo anterior no significaba que Inviyumbo hubiera aceptado la realización de mayores cantidades de obra, pues estas debían ser asumidas por el constructor, por ser el que las propuso.

Antes de resolver este cargo de inconformidad, la Sala considera necesario precisar que si bien en el punto anterior se puso de presente la existencia de un acto administrativo contentivo de una declaratoria de incumplimiento imputado al constructor y que goza de presunción de legalidad, lo cierto es que la razones que allí se expusieron se centraron exclusivamente en lo acontecido con las reparaciones de las viviendas de la manzana 35, aspecto que no guarda relación con esta materia del debate y, por tanto, no se contrapone a que se aborde su análisis, dado que el acto administrativo nada dijo sobre este asunto.

Aclarado lo anterior, la Sala observa que en los términos de referencia que informaron acerca de la convocatoria pública se dejó plasmado que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"El Instituto Municipal de la Reforma Urbana y de Vivienda de Interés Social de Yumbo "INVIYUMBO, adelantó los estudios, los proyectos urbanísticos y de redes de infraestructura tales como energía, acueducto, teléfonos y alcantarillado".*

Igualmente, en el ordinal décimo del documento precontractual se previeron los servicios ofrecidos por el oferente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

- *"Solicitar, instalar y cancelar las provisionales de servicios públicos para el período de la obra.*
- *"Legalizar y cancelar los derechos de servicios públicos domiciliarios de cada unidad de vivienda, coordinando con las Empresas Públicas, la supervisión, entrega y recibo de los mismos oportunamente, para no afectar la entrega de material de la vivienda (...)".*

Una vez iniciadas las obras, el 24 de mayo de 2001 la sociedad Ruiz Arévalo puso de manifiesto al Instituto que el problema hidráulico del proyecto generó la necesidad de realizar obras adicionales que implicaban sobrecostos de construcción, concretadas en mayores volumetrías en la excavación y remoción de rocas en las nuevas manzanas[34].

El 22 de julio de 2001, Inviyumbo suscribió un documento denominado "*cantidades de obra ejecutada por la Constructora Ruiz Arévalo*", en el cual registró que el costo total de las obras de urbanismo, consistentes en obras de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, andenes y pavimento, ejecutadas por la sociedad, ascendió a $2'466.961, por vivienda[35].

Al año siguiente, el 1 de febrero de 2002, la constructora presentó ante el Instituto el balance final de las obras de urbanismo, en el cual consignó que existía un excedente de $81'693.416 por ese concepto, en razón a que el costo de urbanismo por vivienda se estimó en $2'400.000 y en realidad costó $2'778.210[36].

El 4 de marzo de 2002, las partes signaron un documento adicional denominado *otrosí* No.2 al Convenio Asociativo, por medio del cual prorrogaron su plazo hasta el 5 de septiembre de 2002, argumentando (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> "*Que el ASOCIADO CONSTRUCTOR mediante oficio de fecha 22 de 2002 solicitó al ASOCIADO PARTÍCIPE GESTOR se prorrogue el plazo del convenio con el fin de poder cumplir a satisfacción con su objeto, toda vez que su plazo vence el día 6 de marzo de 2002, pues debido a inconvenientes en la disponibilidad de servicios públicos fue necesario efectuar un rediseño urbanístico al proyecto habitacional, lo cual implicó la realización de nuevos planos arquitectónicos, constitución de escrituras de reloteo, aclaratorias y desafectación para modificar las manzanas asignadas a la constructora, lo cual implicó un atraso considerable en la iniciación de las obras*".

[34] Fls. 114-115 C3.
[35] Fl. 358-365 C4.
[36] Fl. 637 C4.

El 14 de marzo de 2002, Emcali informó a Inviyumbo, en relación con la posibilidad de servicios de acueducto y alcantarillado para la ciudadela, lo siguiente[37](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"ACUEDUCTO: Requiere extensión de la red de acuerdo con los Datos Básicos que se definan y sistema especial para el abastecimiento interno.*
>
> *"ALCANTARILLADO: El predio se encuentra por fuera de perímetro de servicio de EMCALI. Para solución individual tramitar permiso de vertimientos ante la CVC. Para solución definitiva consultar proyecto de redes en valorización municipal de Yumbo.*
>
> *"NOTAS: El desarrollo urbanístico deberá cumplir con el PBOT del Municipio de Yumbo. EMCALI fijará las condiciones definitivas en que se prestará el servicio. Todas las reformas y extensiones de las redes son por cuenta del usuario. Este documento no sirve para el trámite de licencia de construcción ni licencia de urbanismo".*

El 16 de abril de 2002, la constructora puso en conocimiento del Instituto que resultaba urgente la acometida de los trabajos en los muros de contención y la conducción de las aguas lluvias, poniendo en funcionamiento el colector general y adicionando canales interceptores que recogieran las escorrentías superficiales y evitaran procesos de erosión, socavamiento e inundación que atentaran contra la estabilidad de las construcciones existentes[38].

El 24 junio de 2002, la constructora nuevamente comunicó a Inviyumbo que debían realizarse los trabajos concernientes a la construcción de muros de contención, porque los taludes presentaban riesgos para la vida de los habitantes[39].

De acuerdo con el documento diligenciado el 27 de agosto de 2002 por Inviyumbo, la sociedad ejecutó obras tales como muretes de contención y canaletas, trabajos para los cuales debió realizar labores de excavación[40].

---

[37] Fl. 693 C8.
[38] Fl. 144 C3.
[39] Fls. 146 C3.
[40] Fl. 148 C3.

En comunicación del 30 de agosto de 2002, Inviyumbo manifestó al constructor que en cuanto la construcción de los muros de contención constituía una obra de urbanismo que se encontraba comprendida dentro del objeto del convenio como parte de las obligaciones a cargo de la sociedad, este debía realizarse sin que ello implicara algún costo adicional para el Instituto[41].

Como respuesta, la parte actora en oficio del 5 de septiembre de 2002 le expresó al Instituto que el muro de contención de las manzanas 21 y 22 no estaba previsto en el diseño inicial, pues estas surgieron como consecuencia de las modificaciones que se hicieron al proyecto ante la imposibilidad de contar con el servicio de acueducto de Emcali, las cuales de suyo causarían obras adicionales para cuya ejecución debía mediar aprobación por parte del Instituto[42].

Ese mismo mes, la sociedad Ruiz Arévalo presentó al Instituto cuenta de cobro por las obras adicionales que no estaban contempladas originalmente y que obedecieron al cambio de diseños realizado, por cuanto las condiciones de presión del acueducto en la zona imposibilitaban el servicio normal para las manzanas ubicadas encima de la cota del servicio de Emcali[43]. Para el constructor (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"Tales modificaciones implicaron la realización de obras no contempladas en el convenio como excavaciones para rebajar los niveles de algunas manzanas y así ofrecerles el servicio y extensión de redes de acueducto y alcantarillado no previstas originalmente".*

El 12 de septiembre de 2002, el constructor una vez más le expresó al Instituto que la necesidad de ejecutar obras adicionales radicó en el cambio de los diseños de la urbanización, sustentados en las condiciones de presión del acueducto existentes en la zona que imposibilitaban el servicio normal para las manzanas ubicadas encima de la cota de servicio. Las actividades adicionales consistieron en excavaciones para rebajar los niveles de algunas manzanas y así ofrecerles servicio de acueducto y alcantarillado. Con base en ello, solicitó el reconocimiento

[41] Fls. 150-151 C3.
[42] Fl. 153 C3.
[43] Fl. 588-589 C3.

de su ejecución con el fin de no dar lugar a la ruptura de equilibrio económico del contrato[44].

Del relato fáctico que antecede la Sala evidencia que:

Al abrir la convocatoria, Inviyumbo consignó en los términos de referencia que se habían adelantado los estudios de las redes de infraestructura tales como energía, acueducto, teléfonos y alcantarillado y que en todo caso correspondía al constructor legalizar la disponibilidad de los mismos.

Sin embargo, durante la ejecución del proyecto se presentaron inconvenientes que impedían la prestación del servicio de acueducto, al constatar que la disponibilidad se encontraba afectada, dado que los niveles de presión del agua suministrada por Emcali no alcanzaba a abastecer las unidades de vivienda.

Lo expuesto generó la necesidad de realizar excavaciones más profundas para así descender los niveles de las manzanas, construir muros de contención y garantizar que la presión del agua suministrada por la empresa de servicios públicos lograra alimentar cada una de las unidades de vivienda.

Sobre el particular, la Sala considera que las obras reseñadas en realidad no comportaron obras adicionales, como lo aduce el actor, sino actividades propias del proceso urbanístico a cargo del socio partícipe constructor, aunque en mayor extensión de lo previsto inicialmente.

Al respecto, es importante anotar que la ejecución de obras para garantizar la prestación de servicios públicos en cada unidad de vivienda, como las vías de acceso, los andenes y empradización hicieron parte integral del componente de obra urbanística, el cual fue insertado en el valor de la propuesta en cuantía de $2'400.000[45].

[44] Fl. 165-166 C3.
[45] Ver concepto de cantidades de obra ejecutada Fl. 358-365 C4.

Ahora bien, sobre el particular cabe recordar que la estructura económica del proyecto se organizó sobre la base de la existencia de tres fuentes de recursos: i) el pago del precio de la vivienda por parte de los particulares beneficiarios, el cual sería financiado por el constructor; ii) los subsidios concedidos a los beneficiarios por parte de las Cajas de Compensación Familiar, Inurbe o entes que cumplieran esa función, y iii) los subsidios municipales otorgados por la entidad y representados en: a) $600.000 por razón del lote sin urbanizar; b) $1'000.000 correspondiente al valor de los materiales entregados por el Instituto o por recursos provenientes del presupuesto de Inviyumbo, en caso de que se hubieran devuelto materiales de construcción aportados pero no aplicables a la obra.

En consonancia, se indicó que el constructor recaudaría la cartera y con el producto de la misma pagaría los recursos que hubiera aportado a la ejecución de la obra.

Adicionalmente, las partes, al suscribir el *otrosí* del 31 de diciembre de 2001, ensamblaron un mecanismo de mantenimiento del equilibrio negocial, en cuya virtud pactaron (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"... en el caso de que los materiales de construcción aportados, no alcanzaran a cubrir el costo del urbanismo, según razones justificados y plasmadas en documento legal, dicha diferencia se respaldara con recursos provenientes del presupuesto de Inviyumbo, según disponibilidad presupuestal No. 418 de fecha septiembre 21 de 2001. Lo anterior con el fin de mantener la igualdad y equilibrio del convenio".*

En ese orden, la reclamación fundamentada en las actividades urbanísticas adelantadas por el constructor solo se abriría paso en el evento de que el costo hubiera superado la suma de $1'000.000 por unidad de vivienda, equivalente a los materiales de construcción entregados por el Instituto, caso en el cual luego de verificar que el excedente se hubiera presentado por razones justificadas, la entidad cubriría la diferencia con recursos de su presupuesto.

Sin embargo, aun cuando en el expediente se encuentra acreditado que la sociedad Ruiz Arévalo Constructora S.A. efectuó las actividades de excavación y

construcción de muros de contención que constituyen el objeto de esta pretensión, no hay evidencia indicativa de que su elaboración hubiera superado los costos urbanísticos que correspondía asumir al demandante para activar de esa forma el mecanismo restablecedor insertado.

En ese sentido, vale anotar que, si bien el Tribunal sujetó este reconocimiento a las conclusiones que arrojó el peritazgo practicado por el Ingeniero Oswaldo Burgos Carrión como consecuencia de la solicitud elevada por la parte actora en la primera instancia, lo cierto es que la Sala se apartará de su resultado según se pasa a explicar.

Para resolver el cuestionario planteado por la parte actora, el perito se apoyó en los documentos que obran en el expediente, tales como: la demanda, su contestación, el convenio suscrito el 6 de marzo de 2001, sus otrosíes, en la correspondencia cruzada entre las partes y los listados y anexos en cuyo contenido la parte actora enunció y relacionó los costos en que incurrió al realizar las obras de urbanismo.

Como se aprecia, la práctica del dictamen se basó de manera exclusiva en los datos del contrato, en los documentos de ampliación del plazo, la correspondencia sostenida con ocasión de su ejecución y en la información consignada en la demanda y en sus anexos, elementos que a todas luces resultan insuficientes y no cuentan con vocación probatoria para determinar los sobrecostos supuestamente asumidos por el constructor.

Tampoco se tuvo en consideración la circunstancia alusiva a la conformación del precio y al evento en que procedía el reconocimiento de los sobrecostos por parte de Inviyumbo por la ejecución de obras de urbanismo.

Es claro que la práctica del dictamen no se ciñó a la información que reflejara la realidad económica del proyecto, aspecto cuyo análisis necesariamente abarcaba la revisión de los soportes contables que guardaran conexidad con la obra ejecutada. Ese de advertir que "*los soportes contables*" en que supuestamente

descansó la experticia no pasaron de ser los listados elaborados por el mismo demandante, que simplemente contienen la enunciación de los costos asumidos sin algún elemento adicional que acredite su efectiva erogación.

Curiosamente, en el escrito por medio del cual el auxiliar de la justicia aclaró el dictamen, al referirse a los soportes que habrían de servirle de sustento a la experticia, indicó[46](se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

> *"... el ingeniero de la constructora Fernando Ruiz Cáceres quien al contestar mi nueva llamada telefónica me pregunta que para qué necesito esos soportes a lo que respondo que es porque tales soportes no aparecen en el expediente y los necesito para mi estudio pericial.*
>
> *"Es así como el representante legal de la constructora me asegura que en los próximos días yo tendría en mi poder tal documentación.*
>
> *"En los días subsiguientes, volví a esa empresa por tales soportes y nunca los entregaron, ni siquiera en fotocopias simples.*
>
> *"Al observar tal actitud evasiva, llamo nuevamente vía celular al abogado Marín Hernández y de una manera respetuosa le manifiesto que como él como profesional del derecho, debe conocer el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil que se refiere al Deber de colaboración de las partes con los peritos, facilitándole los datos y/o documentos que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo.*
>
> *"Ante esta respetuosa solicitud el abogado Víctor Hernández entró en cólera y de una manera displicente y grosera, con voz altisonante me mandó a que me fuera a meter al archivo de la constructora para buscar los documentos contables que yo requería.*
>
> *"Ante semejante actitud y decidido a no aceptar mas dilación de parte de este abogado y de su cliente, proseguí con la elaboración del dictamen pericial soportándolo documentalmente en los documentos contables que reposan en el expediente".*

Con base en lo transcrito, la Sala estima pertinente anotar que, además de que la conducta negligente y desinteresada observada por la parte actora en la práctica de la prueba pericial merece un fuerte reproche por parte de esta instancia, cabe recordar también que el constructor, por estar dedicado al ejercicio de una

[46] Fls. 145-175 C de anexos.

actividad comercial, se encuentra obligado a llevar libros de contabilidad, por manera que tiene a su alcance la prueba de los costos reales en que incurrió en su actividad contractual y, por ello, su carga probatoria debe ser analizada en forma más estricta que aquella que se demandaría frente a un perjuicio ocasionado dentro de un contexto extracontractual.

Ciertamente, en el escenario del acuerdo negocial estatal la prueba del daño, aunque no está sometida a una tarifa legal, se torna más exigente, puesto que -en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala- el contratista, además de alegar la causa del daño, tiene que allegar al proceso las pruebas de su ocurrencia, siendo una de ellas el mayor gasto en la ejecución del contrato, la cual debe acreditar con base en sus respectivos soportes y registros contables.

No bastaba entonces con solicitar la experticia para que con fundamento en la sola propuesta, en el contrato y en los documentos contentivos de las distintas comunicaciones libradas se determinaran los mayores costos en que incurrió el constructor, sin aportar elementos concretos encaminados a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron. De esta manera, se concluye que el dictamen no aportó elementos de juicio para determinar la causación de los sobrecostos reclamados por el apelante.

Así las cosas, los argumentos de la apelación presentada por la parte demandada encaminados a obtener la revocatoria de la condena reconocida por este concepto deben ser atendidos favorablemente.

6.3. Perjuicios causados por la no suscripción oportuna de dos escrituras aclaratorias que le habría ocasionado la pérdida de los subsidios

Afirmó el demandante que el Instituto accionado incumplió su obligación de otorgar oportunamente dos escrituras públicas sobre las viviendas construidas, lo que condujo a la pérdida de los correspondientes subsidios.

Al respecto, el *a quo* indicó que era obligación de la constructora adelantar los trámites de la escrituración de las viviendas, al paso que debía contar con la

participación de Inviyumbo para cumplir con dicha obligación, puesto que la entidad también debía suscribirlas. En ese punto, coligió que la pérdida de los subsidios se atribuyó a la falta de firma de las escrituras por parte de la entidad, por lo que debía accederse a su pago en cuantía de $22'704.767.

Por su parte, el recurrente argumentó que cuando la constructora solicitó su suscripción, el convenio asociativo en que se originaban tales actos no se encontraba vigente, a lo que agregó que el demandante no había prorrogado la vigencia de las pólizas, cuestión que imposibilitaba acceder a dicha solicitud.

Con el propósito de resolver este cargo, conviene acotar que, al igual que ocurre en el punto anterior, el acto administrativo que terminó unilateralmente el convenio y declaró el siniestro de incumplimiento, no se amparó en circunstancias relativas a este aspecto de inconformidad, cuestión que viabiliza su estudio de fondo.

Para desatar esta cuestión, la Sala recuerda que uno de los componentes del valor de las viviendas correspondía al aporte que, a título de subsidio, recibieran los beneficiarios del proyecto por parte de las Cajas de Compensación Familiar, el Inurbe u otras entidades. Sobre el particular, cabe señalar que no existió claridad en el documento convencional acerca del monto de esos aportes, habida consideración de que solo se especificó el equivalente al valor de los aportes en especie por parte del Instituto y de la cuota inicial a cargo de los adquirentes de las unidades habitacionales.

Adicionalmente, en el clausulado del *otrosí* del 31 de diciembre de 31 de 2001, el ente público contrajo la obligación de comparecer a la firma de la escritura de compraventa a favor de los compradores de vivienda como titular del derecho de dominio.

Puesto de presente el contexto obligacional que atañe a la firma de las escrituras, la Sala halla acreditado que en comunicación del 22 de enero de 2002, el

constructor solicitó al Instituto definir la situación de subsidio de algunos de los clientes para formalizar las escrituras de venta[47].

Posteriormente, en escrito del 5 de agosto de 2002 el constructor pidió al representante de Inviyumbo que se acercara a la Notaría a firmar las escrituras pendientes para evitar perjuicios a los interesados[48].

Al mes siguiente, en escrito del 24 de septiembre de 2002, la entidad le indicó al constructor que no era posible suscribir un acta de recibo final, debido a que las obras de urbanismo aún no habían concluido, lo que se orientaba a prorrogar el convenio[49].

El 1 de octubre de 2002, el constructor manifestó a Inviyumbo que el flujo de caja del proyecto estaba afectado por la retención de las escrituras que reposaban en su oficina desde hacía tres meses[50]. Ese mismo mes, la constructora informó a Inviyumbo que las viviendas de la manzana 31 se encontraban listas para la entrega, por lo que solicitaba que acudiera el 26 de octubre a las 9:00 a la Notaría Única de Yumbo con el fin de firmar las escrituras de los inmuebles[51].

Al finalizar el mes siguiente, el 30 de octubre de 2002[52], en escrito de esa misma fecha, el constructor señaló que todas las viviendas se habían recibido a la fecha y que se encontraba ejecutado el 100% de las obras de urbanismo autorizadas por el Instituto[53].

El 1 de noviembre de 2002, la entidad indicó al constructor que la dilación en la entrega de las viviendas obedecía a su propia conducta, por cuanto no había

[47] Fls. 56- 57 C3.
[48] Fls. 59-60 C3.
[49] Fl. 63 C3.
[50] Fl. 71 C3.
[51] Fl. 72 C3.
[52] Fl. 64 C3.
[53] Fl. 65 C3.

prorrogado el convenio, ni había realizado la ampliación de las pólizas para llevar a cabo la terminación de las obras[54].

Frente a lo anterior, el demandante replicó que las pólizas se hallaban vigentes hasta el 6 de diciembre de 2002, de tal suerte que debían aclarar en qué términos procedería su ampliación. La solicitó una vez más que firmara las pocas escrituras faltantes[55].

El 18 de noviembre de 2002, el constructor comunicó a Inviyumbo que las pólizas ya habían sido remitidas a esa entidad[56].

El 26 de noviembre de 2002, varios beneficiarios del proyecto informaron al Inurbe que el Instituto no había suscrito las escrituras de sus viviendas, por lo que se hallaban en riesgo de perder los subsidios[57].

En oficios del 27 de noviembre y 10 de diciembre de 2002, el constructor puso de manifiesto ante Inviyumbo la gravedad que acarreaba no firmar las escrituras de las viviendas pendientes, de cara a la pérdida de los subsidios reconocidos[58].

Mediante oficio del 13 de febrero de 2003, Inviyumbo devolvió al Constructor las carpetas correspondientes a los compradores Luz Nelly Fiscué y Harvy Mosquera Gue, a lo cual acompañó un concepto según el cual resultaba necesario prorrogar el convenio para firmar las minutas aclaratorias, una vez corregidas[59].

El 17 de julio de 2003, Inviyumbo dio respuesta a una petición elevada por una de las beneficiarias del proyecto, en el sentido de señalar que al no encontrarse vigente el convenio asociativo con Ruiz Arévalo Constructora S.A. no era posible

[54] Fls. 66-67 C3.
[55] Fls. 68-69 C3.
[56] Fl. 175 C3.
[57] Fls. 89-90 C3
[58] Fls. 91-97 C3.
[59] Fls. 98-108 C3.

suscribir las escrituras que se desprendían de las obras ejecutadas con ocasión del mismo[60].

Del recorrido probatorio se desprende que, aun cuando el Instituto se encontraba en la obligación de asistir a la firma de las instrumentos públicos de compraventa y sus aclaratorias una vez las viviendas se encontraran terminadas y listas para su entrega a los adquirentes, durante el segundo año de ejecución la entidad accionada se negó reiteradamente a la firma de varias escrituras aduciendo que no procedía su suscripción, en tanto el convenio que sirvió de fundamento no se hallaba vigente.

La realidad fáctica reveló que la vigencia del convenio suscrito el 6 de marzo de 2001 se extendió inicialmente por un año y, posteriormente, hasta el 4 de diciembre de 2002, en virtud de la suscripción de dos *otrosíes*, cuyo propósito fue precisamente el de prorrogar el término contractual hasta la fecha indicada.

Esta certeza desvirtúa el argumento expuesto por la entidad demandada en su comunicación del 1 de noviembre de 2002, en tanto para esa época el convenio se hallaba en pleno vigor por cuenta de la suscripción del *otrosí* No. 3, celebrado el 5 de septiembre de 2002 con el fin de ampliar el período hasta el 4 de diciembre de esa misma anualidad.

Si bien en comunicación de 13 de febrero de 2003, fecha en que Inviyumbo devolvió al constructor las carpetas sin firma, ya había vencido el plazo convencional, como se anotó, la Sala evidencia una actitud reprochable de la entidad demandada, dado que, antes de que eso aconteciera el Instituto ya oponía la ocurrencia de esa circunstancia futura para sustraerse al cumplimiento de la obligación contraída respecto de la suscripción de las escrituras, en calidad de titular del derecho de dominio del terreno en donde se edificaron las viviendas.

Ahora, en cuanto concierne a la necesidad de ampliar las pólizas, no encuentra la Sala justificación válida que respalde el dicho del Instituto, debido a que las

[60] Fls. 109-110 C3.

mismas, según anexo de modificación de la póliza de seguro de cumplimiento No. 01457409[61], otorgado el 8 de julio de 2002, contaban con las siguientes coberturas en el amparo de cumplimiento y de anticipo: del 6 de febrero de 2002 al 6 de diciembre de 2002.

La misma situación se presenta en el caso del amparo de estabilidad, cubierto a través de póliza de cumplimiento No. 024512144[62] del 2 de octubre de 2002, por una vigencia que abarcaba el periodo comprendido entre el 3 de enero de 2002 al 3 de enero de 2007.

De ahí resulta claro que la negativa del Instituto a firmar las escrituras se soportó en razones que carecían de sustento fáctico y jurídico.

Con todo, lo expuesto no resultaba suficiente para despachar favorablemente las pretensiones de la demanda en relación con este tópico, en atención a lo siguiente:

La censura en relación con la falta de firma de las escrituras se elevó respecto de lo sucedido, concretamente, en el caso de dos adquirientes de las viviendas y beneficiarios del subsidio, a saber Luz Nelly Fiscué y Efrén Tabares.

Para reconocer el perjuicio deprecado por este concepto, el Tribunal de primera instancia acudió al dictamen pericial practicado por el auxiliar Oswaldo Burgos Carrión, en cuyo desarrollo concluyó que ante la negativa a firmar las escrituras correspondientes por parte de Inviyumbo, la Caja de Compensación Familiar Comfenalco se había negado a pagar a los señores Luz Nelly Fiscué y Efrén Tabares los subsidios respectivos.

Sin embargo, la Sala observa que el referido peritaje no solo no cuenta con algún soporte que le sirva de asiento a sus aseveraciones, sino que además las

[61] Fl. 62 C3.
[62] Fl. 333 C8.

evidencias probatorias que reposan en el plenario, lejos de dotarlo de sustento, lo desvirtúan.

En efecto, mediante oficio del 27 de octubre de 2008, allegado al plenario como respuesta a la solicitud probatoria elevada en primera instancia, Comfenalco informó que la señora Luz Nelly Fiscué Toro fue beneficiaria del subsidio de vivienda familiar mediante acta No. 159 del 31 de octubre de 2000, en cuantía de $6'502.650, para aplicarlo al proyecto de vivienda "*Carlos Pizarro León Gómez*", pero el mismo nunca fue cobrado por sus beneficiarios o por el constructor del proyecto, por lo que se venció el 20 de diciembre de 2001. En relación con Efrèn Tabares manifestó que no reposaba información alusiva a esa persona en su base de datos[63].

Del contenido del oficio en mención se extrae que aunque la señora Luz Nelly Fiscué resultó favorecida con el subsidio de vivienda, ciertamente dicho beneficio venció el año anterior a aquel en el que se suscitó la discusión acerca de la negativa de Inviyumbo a firmar las escrituras, vencimiento que se produjo en consideración a que en momento alguno fue cobrado por los interesados.

De acuerdo con el trámite para la solicitud y el pago del subsidio de vivienda de interés social, los beneficios asignados por las Cajas de Compensación Familiar tenían una vigencia de doce (12) meses calendario, contados desde el primer día del mes siguiente a la fecha de la publicación de su asignación. Las Cajas de Compensación Familiar podían prorrogar, mediante acuerdo expedido por su respectivo Consejo Directivo, la vigencia de los subsidios familiares de vivienda asignados a sus afiliados por un plazo no superior a doce (12) meses, prorrogable máximo por doce (12) meses más[64].

Con todo, no se aprecia que el subsidio otorgado por Comfenalco en favor de la señora Luz Nelly Fiscué hubiere sido objeto de solicitud de prórroga por parte de

[63] Fls. 418-419 C8.
[64] Información consultada en la página virtual de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco.

la interesada. Simplemente se venció su vigencia sin que se hubiera reclamado su pago antes o se hubiere pedido su extensión.

Vistas así las cosas, se advierte que para materializar la entrega del beneficio, la prórroga necesariamente debía solicitarse en atención a que para el momento de su vencimiento ni siquiera se había terminado la construcción de las viviendas y, como tal, no había emergido el supuesto fáctico que daba lugar a su reconocimiento, de tal suerte que en cualquier caso no procedía su desembolso hasta tanto se ampliara su vigencia.

Con base en lo dicho, se concluye que si bien el Instituto incurrió en un incumplimiento injustificado en relación con la suscripción de las escrituras, lo cierto es que cuando se produjo su negativa ya el beneficio otorgado por la Caja de Compensación Familiar a la adquirente se había perdido por vencimiento de su plazo sin ser reclamado y sin haber ampliado su vigencia, desvaneciéndose de esta manera la relación causal existente entre el hecho constitutivo de incumplimiento contractual que se imputa al demandado y el perjuicio alegado.

En ese orden, se observa que el incumplimiento de Inviyumbo en la suscripción del instrumento público no constituyó la causa determinante de la pérdida del subsidio reclamado y reconocido en primera instancia.

En cuanto hace a la pérdida del subsidio otorgado al señor Efrén Tabares, la discordancia entre el dictamen y el cúmulo probatorio en conjunto es aún más desoladora, si se tiene en cuenta que, contrario a lo afirmado por el perito frente a la negativa de su pago por Comfenalco, no hay constancia alguna de que el mismo hubiera sido destinario del reconocimiento de ese beneficio por parte de esa Caja, menos aún que se le hubiera negado a su entrega, pues ni siquiera aparece su nombre en la base de datos de ese organismo.

Al margen de lo expuesto, aunque no poco relevante, no es del todo claro para la Sala en cuál patrimonio se habría de incorporar la pérdida del subsidio o se habría visto afectado por su vencimiento, en tanto no se puede olvidar que, en principio,

quien resultaría favorecido con su reconocimiento sería el futuro adquirente de la unidad habitacional, de manera que los efectos derivados de su falta de vigencia eventualmente lo impactarían negativamente.

Como consecuencia, la Sala estima que la condena impuesta en contra del Instituto por el incumplimiento de su obligación de otorgar las escrituras públicas merece ser revocada en razón a que no encuentra la Sala configurada una relación de causalidad entre el mencionado incumplimiento y la pérdida de los subsidios.

Otras consideraciones

Recuerda la Sala que una de las pretensiones de la demanda se dirigió a obtener la liquidación en sede judicial de convenio del 6 de marzo de 2001. Frente a esta solicitud, el Tribunal de primera instancia consideró que las pruebas aportadas al expediente resultaban insuficientes para establecer con certeza las cifras a cargo de cada una de las partes.

Sentado lo anterior y en consideración que al asunto que se menciona no fue materia de la apelación formulada por la parte demandada, la Sala mantendrá la negativa resuelta por la primera instancia en relación con la liquidación judicial del convenio.

Conclusión

De todo cuanto viene de exponerse, la Sala revocará íntegramente la decisión apelada y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

7.- Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1.- REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el trece (13) de marzo de dos mil quince (2015), por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar se dispone:

> *"PRIMERO. - **NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> *"SEGUNDO: Sin condena en costas".*

2.-Sin condena en costas.

3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA