



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 44001-23-33-000-2012-00032-01 (52787)

Actor: FUNDACIÓN SERVIR MUJER

Demandado: MUNICIPIO DE ALBANIA

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN-No es causal para fallo inhibitorio ni para negar las pretensiones. ADECUACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA-El medio de control de controversias contractuales procede para reparar daños provenientes de contratos. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN-Régimen aplicable. APELANTE UNICO-Límites de la apelación. COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. UNIÓN TEMPORAL PARA PRESENTAR EL PLAN DE VIVIENDA AL PROCESO DE ELEGIBILIDAD-Régimen del contrato. CONDICIÓN ININTELIGIBLE-Se entiende imposible. CONDICIÓN SUSPENSIVA ININTELIGIBLE-Se tendrán por fallidas. CONDICIÓN FALLIDA-La obligación desaparece o se extingue. VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL-Régimen. CARGA DE LA PRUEBA-Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o esta. COSTAS EN CPACA-Se condena a la parte vencida en el proceso y la Sala tasará las agencias en derecho en segunda instancia.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó las pretensiones.

SÍNTESIS DEL CASO

El 7 de junio de 2009, el Municipio de Albania y la Fundación Servir Mujer celebraron el contrato de unión temporal para presentar conjuntamente, ante Findeter, la propuesta «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania», que constaba de 200 unidades de vivienda, y realizar los trabajos en «caso de ser elegida la propuesta». El 23 de febrero de 2011, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial comunicó a los oferentes de proyectos de vivienda de interés social prioritario que, con ocasión al estado de emergencia económica y social declarada por la ola invernal, el Fondo Nacional de Vivienda decidió no asignar los subsidios familiares. El 17 de agosto de 2011, el Ministerio



de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial comunicó a los oferentes de proyectos que debían volver a manifestar su intención de participar en la determinación de cupos, junto con la licencia de construcción y urbanismo vigente. El procedimiento continuó sin la participación de la unión temporal para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania», dado que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial consideró que no había atendido la solicitud. Fundación Servir Mujer alegó la responsabilidad del Municipio de Albania, porque celebró otro contrato con la Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec, cuya ejecución implicó la construcción de viviendas de interés social en el mismo inmueble donde se iba a construir el primer proyecto.

ANTECEDENTES

El 6 de septiembre de 2012, Fundación Servir Mujer, a través de apoderado judicial, formuló **demanda de reparación directa** contra el Municipio de Albania. Solicitó \$40.950.000 por el aporte en estudios, inscripción y viabilidad del proyecto; \$769.554.400 por la utilidad esperada y \$184.782.000 por daño al buen nombre. En apoyo de las pretensiones, afirmó que celebró el contrato de unión temporal con el Municipio de Albania para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania». Adujo que la entidad celebró otro contrato con Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec, cuya ejecución implicó la construcción de viviendas de interés social en el mismo inmueble donde iba a construir el proyecto.

El 22 de marzo de 2013, se admitió la demanda y se ordenó su notificación. En el escrito de **contestación de la demanda**, el Municipio de Albania indicó que el predio usado para la construcción de viviendas de interés social con la Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec era diferente al que se iba a utilizar para el desarrollo del proyecto con la demandante. El 11 de diciembre de 2013, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La demandante reiteró lo expuesto. La demandada adujo que Fundación Servir Mujer incumplió el contrato de unión temporal, pues no presentó una nueva propuesta para la asignación de cupos para la construcción de vivienda de interés social. El Ministerio Público señaló que no se pactaron



obligaciones claras a cargo de las partes del contrato y que la demandante no podía reclamar por las utilidades del proyecto por ser una entidad sin ánimo de lucro.

El 9 de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo de la Guajira en la **sentencia** negó las pretensiones pues, aunque la entidad celebró un contrato con Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec para la construcción de viviendas de interés social sobre el mismo inmueble en el que se debía ejecutar el proyecto objeto de la controversia, la demandante incurrió en culpa exclusiva de la víctima, al no presentar una nueva propuesta para la asignación de cupos para la construcción de vivienda de interés social. Afirmó, a su vez, que no se probó el daño. La parte demandante interpuso **recurso de apelación**, que fue concedido el 16 de octubre de 2014 y admitido el 4 de diciembre de 2015. Esgrimió que la demandada incumplió sus obligaciones al celebrar un contrato para la construcción de vivienda de interés social sobre el mismo inmueble en el que se iba a desarrollar el proyecto para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania». Sostuvo que esta circunstancia le ocasionó perjuicios. El 2 de febrero de 2015, se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal según el artículo 104 CPACA. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para conocer del presente asunto de conformidad con el artículo 150 CPACA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía, pues el valor de la pretensión material mayor supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 152.6 CPACA, esto es, \$283.350.000¹.

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2012, \$566.700, por 500.



Acción procedente

2. La acción de reparación directa debe ser instaurada cuando se demande la reparación del daño cuya causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma (art. 140 CPACA). La acción de controversias contractuales, por su parte, es la idónea para que cualquiera de las partes de un contrato estatal pueda pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas (art. 141 CPACA).

La acción de reparación directa y la de controversias contractuales comparten una naturaleza indemnizatoria, pero difieren en cuanto a la fuente que genera el daño, que supone una distinta formulación de las pretensiones. Si el daño tiene origen en un contrato², la acción procedente es la de controversias contractuales, mientras que, si la fuente del daño es un hecho, omisión u operación administrativa, la responsabilidad de la Administración se debe perseguir a través de la acción de reparación directa³. Aunque los dos tipos de responsabilidad civil se sujeten a regímenes distintos (incumplimiento de obligaciones –Título XII– y el hecho ilícito –Título XXXIV– del Libro Cuatro del Código Civil) uno y otro deben estudiarse como fuentes de las obligaciones (art. 1494 CC).

La indebida escogencia de la acción o del medio de control no es causal para proferir fallo inhibitorio, ni tampoco es fundamento para negar las pretensiones de la demanda. De ahí que, el juez deba darle a la demanda el trámite que le corresponda, aunque la demandante haya indicado la vía procesal inadecuada, según el artículo 171 CPACA. Solo cuando se readece la demanda y hay

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, Rad. 16.020, [fundamento jurídico 2], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017*, Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 788, disponible <https://cutt.ly/Akqynhf>

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de junio de 1994, Rad. 9.589 [fundamento jurídico b] y sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 19.846 [fundamento jurídico 1.2.1].



caducidad o algunas pretensiones no fueron planteadas, por ejemplo, la nulidad de un contrato o de un acto administrativo, el juez está obligado a declararla o a inhibirse para decidir.

La demandante, más allá de que por «error» llamó al medio de control «reparación directa», alegó el incumplimiento de un contrato, pues imputó responsabilidad a la demandada por el incumplimiento del contrato de unión temporal para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania». Aunque la demanda se admitió como un asunto de controversias contractuales, en la audiencia inicial se señaló que era de reparación directa. No obstante, nada se opone a que el juez vuelva a readecuar el medio de control al de controversias contractuales, analice los demás presupuestos procesales y estudie de fondo las súplicas de la demanda.

Como la demandante alegó el incumplimiento del contrato de unión temporal para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania» y el medio de control de controversias contractuales es el idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando se alegan perjuicios por el incumplimiento de un contrato (arts. 1546 y 1602 y art. 141 CPACA), la Sala readecuará el asunto a las reglas de este medio de control.

Demanda en tiempo

3. El artículo 164.j CPACA dispone que el término para demandar en las controversias relativas a los contratos es de dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. Como la demandante alegó que la entidad incumplió el contrato de unión temporal para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania», al celebrar otro contrato con la Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec, que fue suscrito el 30 de agosto de 2010 [hecho probado 7.6], el término de dos años para interponer la demanda comenzó a correr el día siguiente a esa fecha y vencía inicialmente el 31 de agosto de 2012. No obstante, como el 2 de diciembre de 2011 se presentó solicitud de conciliación prejudicial y el 2 de mayo de 2012 la diligencia se declaró fallida (f. 95 c. 1), el término de caducidad se



6
Expediente n.º 52.787
Demandante: Fundación Servir Mujer
Niega pretensiones

suspendió por tres meses, pues el trámite superó el plazo establecido para la celebración de la audiencia (artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001). Como el término de caducidad se suspendió hasta el 31 de noviembre de 2012 y la demanda se presentó el 6 de septiembre de 2012, se interpuso en tiempo.

Legitimación en la causa

4. La Fundación Servir Mujer está legitimada en la causa por activa y el Municipio de Albania por pasiva, pues fueron partes del contrato de unión temporal para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania» [hecho probado 7.1].

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se incumplió un contrato de unión temporal para la construcción de viviendas de interés social, al celebrar otro contrato que implicó la construcción de viviendas en el mismo inmueble donde se iba a desarrollar el primer proyecto.

Análisis de la Sala

5. Como la sentencia fue recurrida por la demandante, la Sala estudiará el asunto de conformidad con el artículo 328 CGP.

Hechos probados

6. Las copias simples se valorarán según el artículo 246 CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 211 CPACA.

7. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente, se demostraron los siguientes hechos:

7.1. El 7 de junio de 2009, el Municipio de Albania y la Fundación Servir Mujer celebraron el contrato de unión temporal para presentar conjuntamente, ante



Findeter, la propuesta «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania», que constaba de 200 unidades de vivienda, y realizar los trabajos en «caso de ser elegida la propuesta», según da cuenta copia simple del contrato (f. 13-15 c. 1).

7.2. El 20 de agosto de 2009, el Municipio de Albania y la Fundación Servir Mujer modificaron la participación económica de las partes en el contrato, según da cuenta copia simple de la modificación (f. 16-17 c. 1).

7.3. El 28 de agosto de 2009, Findeter declaró elegible al proyecto de vivienda de interés social «Urbanización Ciudad de Albania I ETAPA», presentada por la unión temporal conformada por la Fundación Servir Mujer y el Municipio de Albania, para acceder al subsidio familiar de vivienda, financiado con recursos de esfuerzo territorial, abierto por el Fondo Nacional de Vivienda a través de la Resolución n.º 186 del 15 de abril de 2009, según da cuenta copia simple del certificado de elegibilidad n.º EFT-2009-0104 (f. 43 c. 1).

7.4. El 30 de diciembre de 2009, el Fondo Nacional de Vivienda calificó los planes de vivienda y determinó la distribución regional de recursos del subsidio de interés social aplicables al concurso de esfuerzo territorial departamental, según da cuenta copia simple de la Resolución n.º 940 de 2009 (f. 18-25 c. 1). Consignó que, por la alta participación de proyectos de vivienda, se establecerían dos cortes para el otorgamiento de cupos de proyectos. El corte 1 estaría conformado por aquellos que reportaron la ejecución de obras en un 100% en el proceso de elegibilidad y el corte 2 por los proyectos que, por su calificación, quedaban en el techo departamental y tenían obras de urbanismo ejecutadas debajo del 100% o sin ejecutar. Determinó que el proyecto «Urbanización Ciudad de Albania I Etapa» estaría incluido en el corte 2 y le asignó 100 «soluciones» de vivienda, según da cuenta copia simple del acto administrativo (f. 18-25 c. 1).

7.5. El 10 de junio de 2010, el Fondo Nacional de Vivienda modificó el coeficiente de distribución departamental establecido en la Resolución n.º 940 de 2009 y determinó que el 20% del corte 2 debía ser destinado para atender a la población desplazada que, en el caso de la «Urbanización Ciudad de Albania I Etapa», sería



de 20 «soluciones» de vivienda, según da cuenta copia simple de la Resolución n.º 0753 (f. 26-28 c. 1).

7.6. El 30 de agosto de 2010, el Municipio de Albania celebró el contrato de cooperación n.º 007 con la Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec para el desarrollo de actividades conjuntas de cooperación para la financiación, administración y ejecución del programa de construcción de 400 viviendas de interés social, según da cuenta copia simple del contrato (f. 50-55 c. 1). El 8 de octubre de 2010, las partes ampliaron el plazo del contrato, según da cuenta copia simple del contrato adicional n.º 1 (f. 56-57 c. 1).

7.7. El 23 de febrero de 2011, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial comunicó a los oferentes de proyectos de vivienda de interés social prioritario que, con ocasión al estado de emergencia económica y social declarada por la ola invernal, el Fondo Nacional de Vivienda había decidido no asignar los subsidios familiares correspondientes al corte 2, contenidos en la Resolución n.º 940 de 2009, según da cuenta copia simple de la Circular n.º 04 (f. 69-70 c. 1). La Circular n.º 04 fue notificada al Municipio de Albania el 14 de marzo de 2011, según da cuenta sello de recibido (f. 69 c. 1)

7.8. El 17 de agosto de 2011, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial comunicó a todas las entidades territoriales que, según la Resolución 1615 de 2011, los oferentes de proyectos incluidos en el Banco de Proyectos Habitacionales debían manifestar, dentro de los 15 días siguientes a la vigencia de la resolución, su intención de participar en la determinación de cupos, junto con la licencia de construcción y urbanismo vigente, según da cuenta oficio n.º 001176 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (f. 88-89 c. 1).

7.9. El 1 de septiembre de 2011, la alcaldía municipal de Albania ratificó al director del Fondo Nacional de Vivienda, su interés en continuar con el proceso de asignación de subsidios familiares para la «Urbanización Ciudad de Albania I Etapa», según da cuenta copia simple del oficio (f. 68 c. 1).

7.10. El 16 de septiembre de 2011, el Fondo Nacional de Vivienda expidió la



Resolución n.º 0704, que determinó los cupos de los proyectos de vivienda de interés social en cumplimiento de la Resolución n.º 1615, sin incluir a la «Urbanización Ciudad de Albania I Etapa» dado que, según el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el oferente no había presentado su intención de participar durante el término establecido para ello, según da cuenta oficio n.º 001176 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (f. 88-89 c. 1). Posteriormente, se realizaron las asignaciones de los subsidios familiares de vivienda a través de las resoluciones n.º 813, 1110 y 1111 de 2011, según da cuenta copia simple el oficio (f. 88-89 c. 1).

El régimen jurídico del contrato

8. El artículo 27.1 de la Resolución n.º 610 de 2008 –que estableció las metodologías y condiciones para el otorgamiento de la elegibilidad de los planes de vivienda de interés social urbana y la calificación de planes de vivienda en concurso de esfuerzo territorial– dispuso que las entidades territoriales podrían constituir uniones temporales o consorcios o celebrar convenios de asociación para efectos de presentar el plan de vivienda al proceso de elegibilidad, cumpliendo con la normatividad vigente en materia de contratación o celebración de convenios de asociación. Es decir, tanto las uniones temporales y los consorcios como los convenios de asociación que se constituyeran para efectos de presentar el plan de vivienda al proceso de elegibilidad se regirían bajo la normatividad de los «convenios de asociación».

Según el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley –«convenios de asociación»–. Dispuso, a su vez, que los convenios de asociación se celebrarían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 CN.

El artículo 355 CN prevé que 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. Esta figura ha sido denominada – «contratos de fomento»–.

La Sala se ha pronunciado sobre las diferencias entre los «convenios de asociación» y los «contratos de fomento»⁴. Al margen de tales diferencias, el artículo 96 de la Ley 489 establece que los «convenios de asociación» se celebran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 CN. Según el artículo 1 del Decreto 777 de 1992 –vigente para la fecha de celebración del contrato (art. 38 de la Ley 153 de 1887)– los contratos regulados en el artículo 355 CN –«contratos de fomento»– se sujetaban a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en ese decreto y sin perjuicio de que pudieran incluirse cláusulas exorbitantes. De modo que el régimen tanto de los «convenios de asociación» como los «contratos de fomento» era, en esencia, el derecho privado.

9. El 7 de junio de 2009, el Municipio de Albania y la Fundación Servir Mujer celebraron el contrato de unión temporal para presentar conjuntamente, ante Findeter, la propuesta «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania», que constaba de 200 unidades de vivienda, y realizar los trabajos en caso de ser elegida la propuesta [hecho probado 7.1]. Como el Municipio de Albania constituyó una unión temporal para presentar el plan de vivienda «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania» al proceso de elegibilidad de los planes de vivienda de interés social urbana y la calificación de planes de vivienda en concurso de esfuerzo territorial, su régimen es el de los «convenios de asociación», esto es, en esencia, el derecho privado.

Incumplimiento del contrato

11. Según la demandante, el Municipio de Albania incumplió el contrato de unión temporal para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, Rad: 48.957 [fundamento jurídico 33].



Albania», dado que suscribió otro contrato con la Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec, cuya ejecución implicó la construcción de viviendas de interés social en el mismo inmueble donde se iba a construir el primer proyecto.

Está acreditado que el 7 de junio de 2009, el Municipio de Albania y la Fundación Servir Mujer celebraron el contrato de unión temporal para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania» [hecho probado 7.1]. El 28 de agosto de 2009, Findeter declaró elegible al proyecto de vivienda de interés social «Urbanización Ciudad de Albania I ETAPA» presentado por la unión temporal [hecho probado 7.3]. El 30 de diciembre de 2009, el Fondo Nacional de Vivienda, mediante la Resolución n.º 940, calificó los planes de vivienda y determinó la distribución regional de recursos del subsidio de interés social aplicables al concurso de esfuerzo territorial departamental [hecho probado 7.4]. Determinó, a su vez, que el proyecto «Urbanización Ciudad de Albania I Etapa» estaría incluido en el corte 2 y le asignó 100 «soluciones» de vivienda [hecho probado 7.4]. El 30 de agosto de 2010, el Municipio de Albania celebró el contrato de cooperación n.º 007 con la Fundación Abrahan Serafín Castillo-Fundasec para el desarrollo de actividades conjuntas de cooperación para la financiación, administración y ejecución del programa de construcción de 400 viviendas de interés social [hecho probado 7.6].

El 23 de febrero de 2011, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial comunicó a los oferentes de proyectos de vivienda de interés social prioritario que, con ocasión al estado de emergencia económica y social declarada por la ola invernal, el Fondo Nacional de Vivienda había decidido no asignar los subsidios familiares correspondientes al corte 2, contenidos en la Resolución n.º 940 de 2009 [hecho probado 7.7]. 7.8 El 17 de agosto de 2011, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial comunicó a todas las entidades territoriales que, según la Resolución 1615 de 2011, los oferentes de proyectos incluidos en el Banco de Proyectos Habitacionales debían manifestar, dentro de los 15 días siguientes a la vigencia de la resolución, su intención de participar en la determinación de cupos, junto con la licencia de construcción y urbanismo vigente [hecho probado 7.8]. El 1 de septiembre de 2011, la alcaldía municipal de Albania ratificó al director del Fondo Nacional de Vivienda su interés en continuar con el proceso de asignación de subsidios familiar para la «Urbanización Ciudad de Albania I Etapa» [hecho probado



7.9].

El 16 de septiembre de 2011, el Fondo Nacional de Vivienda expidió la Resolución n.º 0704, que determinó los cupos de los proyectos de vivienda de interés social en cumplimiento de la Resolución n.º 1615, sin incluir a «Urbanización Ciudad de Albania I Etapa» dado que, según el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el oferente no había presentado su intención de participar durante el término establecido para ello [hecho probado 7.10]. Posteriormente, se realizaron las asignaciones de los subsidios familiares de vivienda a través de las resoluciones n.º 813, 1110 y 1111 de 2011 [hecho probado 7.10].

12. La Sala, entonces, procederá a estudiar el alcance de las obligaciones del Municipio de Albania frente al proyecto para la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania» pactadas en el contrato de unión temporal, para determinar si lo incumplió, al permitir la construcción de viviendas de interés social sobre el predio en el que se iba a desarrollar el proyecto.

Las partes pactaron, en la cláusula segunda, que el objeto del contrato de unión temporal sería presentar conjuntamente ante Findeter la propuesta «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania», que constaba de 200 unidades de vivienda, y realizar los trabajos «en caso de ser elegida la propuesta», en los siguientes términos.

SEGUNDO: OBJETO DE LA UNIÓN TEMPORAL: El Objeto de la Unión Temporal es el de presentar conjuntamente ante Findeter la propuesta "CONSTRUCCIÓN VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL-URBANIZACIÓN CIUDAD DE ALBANIA" del Municipio de Albania – Guajira, que consta de doscientas (200) unidades de vivienda de acuerdo con los requerimientos del Decreto 00975 del 31 de marzo de 2004 y realizar los trabajo en caso de ser elegida la propuesta.

En la cláusula tercera, estipularon que el «alcance» de la unión temporal sería la construcción de doscientas viviendas básicas de vivienda de interés urbano, en los siguientes términos:

TERCERO: ALCANCE: El alcance de la unión temporal es la construcción de doscientas viviendas (200) unidades básicas de Vivienda de interés social Urbano,



conforme a los lineamientos establecidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, especialmente los fijados a través del Decreto 00975 del 31 de marzo de 2004, entre los que comprende la elaboración del proyecto, presentación, viabilización y ejecución del mismo dentro de las normas anteriormente pactadas; su liquidación y en general las responsabilidades que se deriven del respectivo contrato durante y después de la ejecución, así como también todas las acciones comerciales necesarias para lograr el mayor éxito de la unión temporal y de los beneficiarios de la Urbanización Ciudad de Albania. Las partes se encargarán de elaborar la propuesta técnico-económica y suministrarán el apoyo logístico y administrativo que se requiera para la presentación de la misma.

En la cláusula quinta del contrato, modificada por las partes [hecho probado 7.2], los contratantes establecieron que la «participación económica» del Municipio de Albania en la unión temporal consistía en aportar un inmueble identificado con cédula catastral 002-0006-0008-00 y que la Fundación Servir Mujer Albania se comprometía a aportar los estudios y la viabilización del proyecto y los recursos de interventoría y de ejecución de redes de energía, en los siguientes términos:

QUINTO: La participación económica que permite el equilibrio financiero del proyecto es así: Municipio de Albania aporta: doscientos (200) -lotes en proceso de urbanización de las redes al interior del globo de terreno de los servicios de acueducto y alcantarillado, ubicados en el área urbana entre el sector de Cuestecita y Albania Km 4, vía hacia Maicao, dichos lotes que aporta el Municipio están Registrados por la Escritura Pública número 235 del 13 de abril de 2009 de la Notaria Única del Círculo de Barrancas, departamento de La Guajira, con numero inmobiliario numero 212-41623, cedula catastral numero 00-002-00060008-000, con un área de 24.000 m2 con sus respectivas áreas de cesión según licencia y plano urbanístico y un valor comercial de cien millones de pesos m/l. (\$100.000.000) sin redes de servicio. El constructor aporta la suma de cuarenta millones novecientos cincuenta mil setecientos noventa y cinco pesos mil (\$40.950.795) representados en estudios y viabilización del proyecto, según certificación del Revisor Fiscal de la Fundación servir a la Mujer. Igualmente aporta los recursos de la interventoría por un valor de cincuenta y cuatro millones seiscientos cincuenta y nueve mil pesos (\$54.659.000) m/l, así también aporta los recursos para la ejecución de redes de energía por un valor de doscientos trece millones novecientos cuarenta mil ochocientos cuarenta y seis pesos (\$213.940.846) mil. y asimismo aporta cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) para la conformación de las vías de acceso.

13. El objeto del contrato, establecido en la cláusula segunda, consistió en (i) presentar conjuntamente ante Findeter la propuesta «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania» y; (ii) realizar los trabajos «en caso de ser elegida la propuesta». La Sala concluye, a partir de esta estipulación, que la intención de las partes [*communis intentio*] (art. 1618 CC) fue la de presentar ante



Findeter la propuesta de vivienda de interés social y que solo «en caso de ser elegida la propuesta» (condición suspensiva art. 1536 CC), nacería la obligación de su construcción, es decir, lo que denominaron el «alcance» del contrato en la cláusula tercera. Aunque las partes pactaron que iban a presentar una propuesta de vivienda de interés social a Findeter y que iban a realizar los trabajos «en caso de ser elegida la propuesta», no señalaron expresamente el momento en el cual la entidad debía aportar el inmueble identificado en la cláusula quinta para la ejecución del proyecto.

Es regla general de interpretación de los actos jurídicos que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (art. 1618 CC). Esta intención puede desentrañarse tomando en consideración varios elementos, como lo son la naturaleza del contrato, las circunstancias que influyeron en su celebración y la aplicación práctica de las partes en la ejecución de las obligaciones derivadas del acuerdo, entre otros⁵.

No obstante, la citada regla de interpretación impone que se conozca «claramente» la discrepancia entre la intención real y la expresión material, esto es, que a partir de las pruebas allegadas al proceso, se conozca plena y claramente que el texto del contrato no corresponde con la voluntad de los contratantes⁶. En este supuesto, tal y como lo tiene determinado la jurisprudencia civil, el juzgador está autorizado para apartarse del texto literal y preferir la voluntad real. De ahí que, solo cuando conste de manera inequívoca que la intención de las partes es distinta de lo que expresan los términos del contrato (art. 1602 CC), es posible recurrir a la definición de esa voluntad a través de los diferentes criterios previstos por el Código Civil⁷.

Como el tenor literal de las estipulaciones pactadas en el contrato de unión temporal no permite conocer claramente el momento en que debía aportarse el inmueble por

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1946 [fundamento jurídico párr. 13], en *Gaceta Judicial*, Tomo LX, n.º. 2034, 2035 y 2036, p. 656 a 666.

⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 2020, Rad. 11001-31-03-019-2011-00361-01 [fundamento jurídico C.1].

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de agosto de 1924 [fundamento jurídico 8] en *Gaceta Judicial*, Tomo XXXI, n.º. 1593, p. 121, y sentencia del 6 de marzo de 1972 [fundamento jurídico II], en *Gaceta Judicial*, Tomo CXLII, n.º. 2352, 2357 p. 98 a 106. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 2012, Rad. 23191 [fundamento jurídico 38 a 40], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos*, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 110 a 111, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



la entidad, la Sala estudiará el punto conforme a las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil (Título XIII del Libro Cuarto).

Según el artículo 1622 CC, las cláusulas de un contrato se deben interpretar unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. La interpretación armónica (art. 1622 CC) de las cláusulas segunda, tercera y quinta del contrato permite concluir que, como la construcción de la obra solo iniciaría cuando fuera «elegida la propuesta», la obligación de la entidad de aportar el inmueble para ese fin también se encontraba sometida a esa condición. En efecto, si la entidad lo hubiese aportado con anterioridad, y el proyecto no hubiese sido «elegido», dicho aporte implicaría la entrega de un bien para la construcción de una obra que, en el marco de las obligaciones pactadas, no se debía realizar por ser una obligación sometida a una condición que no se cumplió—interpretación que no convendría al contrato en su totalidad (art. 1622 CC)—. De modo que, como la obligación de aportar el inmueble para la construcción del proyecto de vivienda de interés social estaba sometida a la condición suspensiva «en caso de ser elegida la propuesta», se procederá a definir el alcance de esta estipulación.

14. El artículo 1532 CC dispone que se mirarán como imposibles las condiciones concebidas en términos ininteligibles, esto es, cuando no se pueda entender en qué consiste o cómo debe cumplirse. En consonancia, según el artículo 1537 CC, las condiciones suspensivas cuyo sentido y modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles, se tendrán por fallidas, es decir, no nacen. El legislador, en uno y otro evento, tiene por cierto que el hecho no ocurrirá. Al fallar una condición, tiene determinado la jurisprudencia civil, no se convierte en pura y simple, sino que se desaparece o se extingue⁸.

Según el artículo 2.3 del Decreto 975 de 2004 –vigente para la época en que inició el procedimiento administrativo [hecho probado 7.3]–, el subsidio familiar de vivienda es un aporte estatal en dinero, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de este, que constituye un

⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de agosto de 1954, [fundamento jurídico B], en *Gaceta Judicial*, Tomo LXXXVIII, n.º. 2145, p. 342.



complemento de su ahorro, para facilitarle la adquisición, construcción o mejoramiento de una solución de vivienda de interés social.

El artículo 2.10 del Decreto 975 de 2004 definió el esfuerzo territorial como aquel en el que el municipio o departamento aporta recursos complementarios para facilitar el acceso a una solución habitacional para las familias de más bajos ingresos. Estableció que, en el concurso de esfuerzo territorial, los planes de vivienda de interés social ubicados en los municipios o distritos de un mismo departamento compiten por la asignación de los recursos del subsidio familiar de vivienda de interés social.

Según el Decreto 2190 de 2009, vigente para el momento en que fue elegible la propuesta [hecho probado 7.3] el otorgamiento de subsidios de vivienda de interés social mediante esfuerzo territorial consta de varias etapas que deben cumplir los postulantes, principalmente, (i) la elegibilidad; (ii) la calificación de los planes de soluciones de vivienda; y (iii) la asignación de los subsidios.

La elegibilidad es la manifestación formal mediante la cual la entidad evaluadora emite concepto favorable de viabilidad a los planes de soluciones de vivienda a los cuales los beneficiarios aplicarán el subsidio familiar de vivienda. La elegibilidad no genera derecho alguno a la asignación de cupos de subsidios para su aplicación a las soluciones de vivienda que lo conforman (arts. 2.8 y 16).

Cumplido este requisito, la Financiera de Desarrollo Territorial SA-Findeter, o las entidades públicas o privadas con las que se hubieran celebrado convenios, calificarían, para cada uno de los concursos, los planes presentados. Con base en los resultados de la calificación, el Fondo Nacional de Vivienda o la entidad que hiciera sus veces, los ordenaría secuencialmente hasta completar un número de unidades equivalente al monto de los recursos disponibles. La cantidad de unidades habitacionales de dichos planes determinaría el cupo o número máximo de subsidios que podrían asignarse para los hogares que se postularan para cada uno de ellos (arts. 19 y 20).

Posteriormente, el Fondo Nacional de Vivienda efectuaría las convocatorias para la presentación de postulaciones por parte de los hogares para cada uno de los planes de los respectivos concursos, que serían calificadas y ordenadas secuencialmente



en listas de postulantes calificados. La entidad otorgante efectuaría la asignación de los subsidios de acuerdo con el orden secuencial de estas listas, mediante la aplicación de los recursos disponibles a los postulantes que les correspondiera (art. 22, 42, 45 y 49).

El procedimiento para acceder a los subsidios de vivienda de interés social, pues, consistía en varias etapas, principalmente –se reitera–, la elegibilidad, la calificación de los planes de soluciones de vivienda y la asignación de subsidios. De ahí que, de la expresión «en caso de ser elegida la propuesta», no es posible concluir cuál era el momento que las partes establecieron para el cumplimiento de la condición, pues no se identificó de forma precisa qué requisito –elegibilidad, calificación, asignación de subsidios u otro– debía cumplir la unión temporal para iniciar las obras. Tampoco obra prueba que permita identificar cual fue la intención de las partes al estipular esa condición.

De manera que, como no es posible determinar en qué consistía y cómo debía cumplirse la condición «en caso de ser elegida la propuesta», para el nacimiento de la obligación de la entidad de aportar los terrenos para la construcción de la obra, «condición ininteligible», se entiende como fallida, es decir, que no nació. Por ello, el municipio no incumplió obligación alguna al permitir la construcción de viviendas de interés social correspondientes a otro proyecto en el inmueble donde se iba a ejecutar la «Construcción vivienda de interés social-Urbanización Ciudad de Albania».

Como la demandante alegó el incumplimiento de una obligación que no nació, al estar sometida a una «condición ininteligible», la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

15. El artículo 188 CPACA prescribe que, salvo aquellos procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC, hoy CGP. El artículo 365.1 CGP ordena condenar en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. De conformidad con el artículo 366.4 CGP y en los términos del Acuerdo n.º 1887 de 2003 del Consejo



18
Expediente n.º 52.787
Demandante: Fundación Servir Mujer
Niega pretensiones

Superior de la Judicatura, vigente para la fecha de presentación de la demanda – hoy Acuerdo n.º 10554 de 2016–, las agencias en derecho se tasarán en el 0.1% del valor de las pretensiones en atención a la naturaleza del proceso, y la calidad y duración de la gestión ejecutada por el apoderado. Como las pretensiones se estimaron en \$955.286.400, la demandante pagará la suma de \$955.286 por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 9 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la parte demandante a pagar a favor de la parte demandada las costas del proceso y **FÍJASE** la suma equivalente a novecientos cincuenta y cinco mil doscientos ochenta y seis pesos (\$955.286), por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Salvo voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE