



fol. 677 - 68 E
C.N. y.

DIGITALIZADO

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciseis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Acción	REPARACIÓN DIRECTA- ACTIO IN REM VERSO
Radicado	13-001-23-31-000-2011-00487-00
Demandante	FEDERACIÓN NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR COLECTIVO CARTAGENA – FENAVIP
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y OTRO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Falta de legitimación por pasiva del Distrito de Cartagena Improcedencia de la Actio in rem verso, por no demostrarse los elementos requeridos

I. ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por FEDERACIÓN NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR COLECTIVO CARTAGENA - FENAVIP, quien interpuso acción de reparación directa – *Actio In rem verso* contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y CORVIVIENDA; en donde el objeto del proceso consiste en declarar el enriquecimiento sin causa de las demandadas, con ocasión al empobrecimiento correlativo de la demandante, por las obras de vivienda de interés social ejecutadas por FENAVIP.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada FEDERACIÓN NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR COLECTIVO CARTAGENA - FENAVIP, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y CORVIVIENDA.



2.3. La demanda¹.

La presente acción de reparación directa – *Actio In rem verso* fue instaurada por FEDERACIÓN NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR COLECTIVO CARTAGENA – FENAVIP, con el objeto que se declare el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y CORVIVIENDA, se enriquecieron injustamente con las obras de urbanismo que ejecutó el demandante.

Como consecuencia de la anterior declaración depreca lo siguiente

2.4 Pretensiones

"Que los accionados: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL DE CARTAGENA "CORVIVIENDA", se enriquecieron injustamente por las obras de urbanismo que ejecutó FENAVIP – COLECTIVO CARTAGENA, en los proyectos de viviendas de interés social. HUELLAS ALBERTO URIBE y CIUDADELA PRIMERO DE AGOSTO DE PASACABALLOS, a cuyo fin entre CORVIVIENDA Y FENAVIP – CARTAGENA constituyeron sendas uniones temporales.

Que como secuela de la declaración de enriquecimiento sin causa justa anterior, FENAVIP – CARTAGENA sufrió un correlativo empobrecimiento.

Que se condene a los demandados solidariamente, a resarcir los perjuicios de todo orden que se señalaran en el respectivo acápite, y que resulten debidamente probados, aplicando lo preceptuado en los arts. 177 y 178 del C.C.A."

2.5 Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante estimó los siguientes:

Que en mayo de 2004 la Federación Nacional de Vivienda Popular Colectivo Cartagena "FENAVIP" celebró 3 contratos de Unión Temporal con el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital "CORVIVIENDA", con el fin de ejecutar 3 programas de construcción de vivienda de interés social, en lotes de propiedad del Distrito de Cartagena de Indias, quien los aportaría para el desarrollo del proyecto.

Explica que el primer acuerdo de Unión Temporal se celebró en el mes de mayo de 2004, denominado Unión Temporal "Ciudadela Huellas Alberto Uribe"; el segundo proyecto denominado Unión Temporal "Ciudadela Primero de

¹ Folios 13-33 del C.Ppal No. 1



Agosto de Pasacaballos" y el tercero denominado Unión Temporal "*Ciudadela La Realidad de mis sueños*"

Comenta que las obras de construcción de vivienda estaban a cargo de FENAVIP, utilizando los fondos provenientes de los subsidios de vivienda entregados por el FONDO DE VIVIENDA NACIONAL, los cuales se manejarían a través de un encargo fiduciario; a su vez el DISTRITO DE CARTAGENA aportaría los lotes en los cuales se levantarían los proyectos de vivienda de interés social.

Relata que en el año 2005, mediante concepto técnico No. FA-041 del 14 de marzo de 2005, la Gerente Técnica del Departamento de Planeación de la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. consideró factible prestar los servicios de acueducto y alcantarillado estimando los siguientes costos:

- Valoración de Acueducto\$173.919.321
- Valorización de Alcantarillado\$484.684.185

Señala que ante el concepto favorable emitido por la sociedad Aguas de Cartagena, FENAVIP inicio las obras de urbanismo, confiando que los costos sufragados serian devueltos por CORVIVIENDA y/o el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS. De tal manera, que el día 23 de abril de 2007 la demandante inicio la construcción de 195 viviendas e invirtió \$459.767.085 en obras de urbanismo en el proyecto Alberto Uribe. En el proyecto Primero de Agosto de Pasacaballos invirtió \$176.469.306.

De igual manera expresa que en el curso de ejecución de los proyectos, de conformidad con lo establecido en las Resoluciones No. 393 de 24 de Octubre de 2007 y Resolución 395 de esa misma fecha, proferidas por el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, por medio de las cuales se declara un incumplimiento, el DISTRITO DE CARTAGENA a través de CORVIVIENDA mantuvo una línea de conducta de incumplimiento frente a sus obligaciones ínsitas en los acuerdo de unión temporal.

Indica la parte demandante que existen documentos signados por los señores ex alcaldes de la ciudad , señores ALBERTO BARBOZA SENIOR y NICOLÁS CURÍ VERGARA, como en lo manifestado por el ente financista de los proyectos – FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, no sólo CORVIVIENDA engendró en FENAVIP la confianza necesaria para que desarrollada las obras de urbanismo, sino que el propio Distrito en varias oportunidades comunicó a FENAVIP y se comprometió ante el FONDO, a efectuar el diligenciamiento ante el Concejo Distrital de la aprobación de un proyecto de acuerdo, para la obtención de los recursos necesarios para cubrir los mismos, todo lo cual fue incumplido y en ello se fundamentó la frustración del objeto de la unión temporal celebrada entre FENAVIP y CORVIVIENDA.



Señala que CORVIVIENDA ante los múltiples inconvenientes en la ejecución de los proyectos y las divergencias con FENAVIP frente al valor de las obras de urbanismo realizadas por esta última, efectuó el día 3 de junio de 2010 una reunión con el objeto de discutir, entre otros temas, las deudas a cargo del Distrito de Cartagena- Corvivienda con FENAVIP por concepto de obras de urbanismos que este último había ejecutado y cuyo importe eran a cargo de los entes públicos. En esa ocasión, se acordó que la demandante presentaría el día 8 de junio de 2010 una rendición de cuentas de tres proyectos, discriminados cada uno de ellos y con sus respectivos soportes, para efectos de ser revisados dentro de los 15 días siguientes por CORVIVIENDA.

Resalta que en cumplimiento de lo acordado en la mencionada reunión, el día 8 de junio de 2010 FENAVIP presentó la cuenta de cobro 001-2010 a CORVIVIENDA por concepto de deuda del Distrito de Cartagena, por la construcción de tres proyectos de vivienda de interés social por valor de \$1.098.780.812.

Finaliza la parte actora indicando que a la fecha de presentación de esta demanda, CORVIVIENDA no se ha pronunciado sobre la cancelación o no de la anterior cuenta de cobro, con lo cual se entiende que la decisión negativa de no cancelación, surte esa fecha como punto de partida para la contabilización del término de caducidad de la *actio in rem verso*.

2.6. Contestación de la Demanda

2.6.1 Distrito de Cartagena de Indias²

Se opone a las pretensiones de la demanda, resaltando que según el convenio de unión temporal suscrito entre FENAVIP y CORVIVIENDA en mayo de 2004 y específicamente en su cláusula primera se anotó que las obras de urbanismo estarían a cargo del propietario, es decir, el Distrito de Cartagena no del promotor FENAVIP, razón por la cual no se produjo negocio o circunstancia contractual alguna en la que el Distrito hubiere contraído obligaciones y el contratista adquirido derechos, en consecuencia, no se puede decir que el Distrito de Cartagena es responsable del pago de los dineros que el demandante afirma haber gastado en el desarrollo de las mencionadas obras de urbanismo, puesto que este realizó estas acciones de manera unilateral bajo su propio riesgo y responsabilidad, sin saber si estos recursos ya se encontraban aprobados y destinados mediante la respectiva partida presupuestal.

Que el demandante conocía la necesidad de suscripción de un contrato que le sirviera de soporte para su remuneración por los servicios prestados dado el

²Folios 235-245



conocimiento que debe tener sobre la prestación de servicios derivados de un contrato estatal. Aun así, en caso de no conocer tal circunstancia, es sabido, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para beneficiarse, en este caso de su propia culpa.

- **Excepciones**

Caducidad de las acción in rem verso

A pesar que en la jurisprudencia citada por el accionante se manifieste en resumen que el término de caducidad se empieza a contar a partir de la fecha en que el perjudicado tenga conocimiento que la entidad no le pagara lo adeudado, es necesario manifestar que a la fecha en que se empezaron a desarrollar las obras, esto es 23 de abril de 2007 no se encontraba sustento contractual que obligara al Distrito a cancelar valor alguno; además, dentro del proceso se demostrará que la fecha en que el accionante tuvo conocimiento de que la entidad no le pagaría lo adeudado, fue mucho antes que el 8 de junio de 2010, fecha en la cual el accionante se comprometió según él, a presentar las cuentas a CORVIVIENDA. Así las cosas, los contratos señalados son de fecha mayo 2004, por lo que el accionante perdió la oportunidad para entablar dentro del término señalado en la ley la acción respectiva.

Inexistencia de obligación soportada en contrato adicional

En atención a lo dispuesto en el artículo 39 del estatuto de contratación estatal, así como también en el artículo 41 del mismo estatuto, se tiene que el contrato estatal es denominado como tal, y debe constar por escrito y su perfeccionamiento se da cuando las partes hayan puesto de acuerdo en cuanto al objeto y la contraprestación y a su vez se haya elevado a un escrito.

Por lo anterior, no podrá declararse la existencia del contrato estatal, dado que no se dieron los elementos necesarios para su perfeccionamiento, e incluso no hubo acuerdo en cuanto a su objeto ni contraprestación.

Falta de legitimación por pasiva

Las obligaciones reclamadas por FENAVIP son objeto de supuestos contratos que el accionante realizara con CORVIVIENDA, siendo este un establecimiento Público de orden Distrital creado por el Consejo Distrital mediante Acuerdo No. 37 de 19 de junio de 1991, reglamentando por el Decreto 822 de 15 de noviembre, a su vez modificado por Decreto 717 de 23 de junio de 1992, en ejercicio de facultades conferidas por el Consejo mediante acuerdo No. 024 de 10 de junio de 1991 y Acuerdo No. 04 de 26 de agosto de 2003, ente que



cuenta con personería jurídica propia, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente; por tanto, es totalmente independiente al Distrito de Cartagena, en consecuencia, el Distrito de Cartagena de Indias, no está legitimado por pasiva en la presente acción.

2.6.2. CORVIVIENDA³

Se opone a todas y cada una de las pretensiones que pudiera contener la demanda y en desarrollo de los argumentos de la defensa arguye los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales cimienta su oposición.

- **Excepciones**

Caducidad de la acción

Explica que el artículo 136 del C.C.A señala el término del que dispone el interesado para presentar la acción de reparación directa, para el caso de la *Actio in Rem verso*, corresponde al término de dos años contados a partir del hecho que genere el enriquecimiento sin causa de quien origina el empobrecimiento del perjudicado.

En la demanda el actor expone como fecha de conocimiento del hecho generador del perjuicio el 3 de junio de 2010, día que puntualiza como momento en el cual tuvo conocimiento de la negativa de Corvivienda a pagar los gastos en que según su dicho incurrió por la ejecución de unas supuestas obras de urbanismo, en el orden de más de mil millones de pesos, de acuerdo con la estimación de la cuantía señalada en la demanda.

Difiere la demandada de la posición del demandante, pues FENAVIP tuvo conocimiento del detrimento patrimonial que se generaría por la construcción de las obras de urbanismo desde, mucho tiempo antes de la fecha que se indica (3 de junio de 2010), y utiliza este argumento para poder revivir la oportunidad procesal, que evidentemente dejó vencer.

De acuerdo a la experticia de FENAVIP y el conocimiento de los procedimientos y etapas de este tipo de proyectos, no puede entenderse que la demandante haya tenido conocimiento de negativa de CORVIVIENDA de pagar unas supuestas obras de urbanismo hasta el día 3 de junio de 2010, día que se señala como referencia para efectos del cómputo de la caducidad de la acción instaurada, si dichas obras se iniciaron en marzo de 2005, además que los tres proyectos fueron declarados en incumplimiento, tiempo para el cual era mucho más riesgoso esperar que CORVIVIENDA pagara tales costos.

³Folios 273-300



Igualmente, el tiempo transcurrido entre que FENAVIP iniciara las obras de urbanismo (marzo 2005) y que presentará su cuenta de cobro (3 de junio de 2010), luego de pasar 75 meses y algunos días, sin que antes se hubiera adelantado gestión de cobro alguna ni presentara factura o cuenta de cobro reclamando tales conceptos, lo cual resulta extraño, además porque para la fecha de los siniestros, ya se había cumplido el plazo de ejecución de las viviendas y de la legalización del subsidio.

Resalta que FENAVIP a partir de la terminación de las obras reclamadas y ejecutadas, que asumen pudo haber sido en abril de 2007, tal como lo expresa los hechos de la demanda, nunca persiguió lo que en justa razón le correspondía, esto es, el pago de la inversión realizada y que hoy exige como perjuicio; luego entonces, se precisa que FENAVIP tuvo conocimiento que CORVIVIENDA no pagaría las obras de urbanismos que supuestamente ejecutó, a partir del momento en que empezó a ejecutar las obras (abril de 2005) en razón que aún sin existir acuerdo de voluntades entre esta y CORVIVIENDA, es decir, a pesar de carecer de causa legal o soporte contractual para efectuar dicha ejecución, siguió adelante con las obras, bajo su cuenta y riesgo, confiando erróneamente en que estas obras serían pagadas por las demandadas, o a partir de que las obras que adelantó terminaron, fecha que se puede establecer en el mes de abril de 2007, momento en que estuvo todo dispuesto para iniciar las obras de construcción de las viviendas.

III. TRÁMITE PROCESAL.

La demanda se presentó el día 12 de julio 2011⁴; por auto del 31 de octubre de 2011⁵ se admite la demanda, practicándose las notificaciones de rigor a la parte demandada y al Ministerio Público, mediante auto de 15 de junio de 2012⁶ se abre el periodo probatorio, por auto de 24 de Agosto de 2016⁷ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de la parte demandante⁸: Alegó de conclusión ratificándose en cada uno de los hechos, pretensiones y razones o fundamentos formulados en la demanda, indicando que se encuentra probado la conducta de las demandadas, los incumplimientos incurridos, abuso de la posición dominantes, enriquecimiento sin causa al aprovechar las obras de urbanismo ejecutadas por el demandante, sin retribuir su valor, lo cual aparejó correlativo

⁴ Ver folio 219 Acta de Reparto C. Ppal No.1.

⁵ Folios 229-230.

⁶Folios 383-386

⁷Folios 653 C Ppal No. 4

⁸Folios 658-675



empobrecimiento de este, así como la cuantía de dichos daños infringidos por acción de las demandadas, cuantificada en forma razonable a través de un dictamen pericial suscrito por el auxiliar de justicia y el informe pericial suscrito por el cuerpo técnico de investigación, ordenado por la Fiscalía General de la Nación - Seccional Cartagena, por lo que es pertinente acceder a las pretensiones de la demanda y ordenar el pago de las sumas de dineros cuantificadas y demás condenas de índole resarcitorio e indemnizatorio pedidas en el libelo de demanda.

4.2 Alegatos de la parte demandada Distrito de Cartagena de Indias⁹: Alegó de conclusión, reiterando los argumentos esgrimidos en las excepciones propuestas y concluye solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda, porque el enriquecimiento sin causa no puede ser invocado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutado sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique, por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa; porque, no puede desconocerse que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas, y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

4.3 Ministerio Público: La Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 6º del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de Reparación Directa y su cuantía excede los quinientos salarios mínimos legales mensuales.

5.2. Problema jurídico.

El problema jurídico se centra en determinar

⁹Folios 654-655



¿Se reúnen los presupuestos establecidos para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin justa causa?

5.3 Tesis de la Sala

Se denegaran las pretensiones de la demanda, porque no está demostrada la responsabilidad administrativa de la entidad demandada CORVIVIENDA pues está no constriñó ni le impuso a FENAVIP la ejecución de las obras urbanísticas y, por el contrario, se encuentra acreditado, que la parte demandante por su cuenta y riesgo, y con pleno conocimiento de las implicaciones que su actuación tenía, inició y ejecutó una obras urbanísticas que no contaba con el respaldo contractual y presupuestal, exigidos por nuestra la legislación.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión al problema jurídico planteado y se resolverá bajo el análisis siguiente: (i) marco jurisprudencial sobre los elementos requeridos para la procedencia de la *Actio In rem verso*, (ii) caso concreto y (iii) conclusión.

5.4. Marco jurisprudencial

Nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo unifica posición sobre los elementos requeridos para la procedencia de la *Actio In rem verso*, así¹⁰:

"4.- Los elementos requeridos para la procedencia de la Actio de in rem verso – Posición unificada del Consejo de Estado.

Ahora bien, concretamente en lo que respecta a la acción de in rem verso en materia contencioso administrativa, mediante sentencia de 19 de noviembre de 2012, proferida dentro del Expediente 24.897, la Sección Tercera de la Corporación unificó su jurisprudencia en el sentido de afirmar "que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador".

No obstante lo anterior, la Sala también admitió hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, aunque insistió en que "estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 27 de noviembre del dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00690-01(54121)B



ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó".

Así la Sala previó que los casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso serían entre otros los siguientes:

"(...)

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993.

12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.

En este orden de ideas, debe concluirse que la Sala limitó el reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa a situaciones excepcionales que por razones de interés público ameriten la ejecución o prestación de un servicio por un particular sin que medie el cumplimiento de las exigencias legalmente establecidas en materia de contratación pública.

Asimismo, es necesario resaltar que la Sección exige que los elementos antes mencionados se encuentren plenamente acreditadas en el proceso contencioso



administrativo, de manera que el juzgador no "pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la [providencia de unificación], es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación".

Al respecto la jurisprudencia precisó:

*"que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹¹ a partir del artículo 8° de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831¹² del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente".*

En consecuencia, tal como lo señala la jurisprudencia transcrita, se hace necesario, que la parte demandante acredite la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, es decir, probar que CORVIVIENDA constriñó y le impuso a FENAVIP la ejecución de las obras urbanísticas, o si por el contrario, se encuentra acreditado que la demandante, por su cuenta y riesgo, y con pleno conocimiento de las implicaciones que su actuación tenía, inició y ejecutó una obra que no contaba con el respaldo contractual y presupuestal, exigidos por la legislación.

5.5. Aspectos procesales: legitimación en la causa por pasiva – Caducidad de la acción.

Antes de abordar el estudio de fondo, esta Sala se pronunciara con relación a estas dos excepciones

Ahora bien, frente a la **legitimación en la causa por pasiva** la Sala observa que FENAVIP pretende que se declare que el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, como responsable por el empobrecimiento causado por las obras urbanísticas realizadas; pero esta Corporación, destaca que el convenio de unión temporal suscrito entre FENAVIP y CORVIVIENDA, no tiene dentro de sus cláusulas que el ente Distrital, hubiera contraído la obligación de realizar dichas obras, o por lo menos que sea responsable del pago de los costos de las obras urbanísticas. Además, vemos que las obligaciones reclamadas se contraen a causa de la unión temporal mencionada entre FENAVIP y CORVIVIENDA, siendo claro que esta última, tiene personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

¹² Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.



propio, situación que hace improcedente un pronunciamiento en contra del Distrito de Cartagena.

En este orden de ideas, frente las pretensiones, según las cuales se persigue que se declare que el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS se encuentra obligado a reconocerle a la FENAVIP, los costos en los que incurrió durante la ejecución de las obras urbanísticas, la Sala procede a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva al mencionado ente territorial, a fin de resolver el asunto de manera sustancial solo en contra de CORVIVIENDA.

Caducidad de la acción

En el caso concreto la Sala encuentra que las obras reclamadas y ejecutadas, se asume que fueron en abril de 2007, como se expresa en los hechos de la demanda, si bien es cierto, en el plenario no obra prueba que así lo demuestre o que evidencie la fecha en que FENAVIP, hizo entrega de las obras urbanísticas. La parte demandante sostiene que de acuerdo a la reunión realizada el 3 de junio de 2010, las partes convienen que se presente cuentas de cobro, siendo a su juicio esa fecha para comenzar a contar el término de caducidad.

Esta Corporación, conforme a lo anterior, considera que no se encuentren los suficientes elementos de juicio que lleven a concluir con certeza la caducidad de la acción, luego entonces, no sería procedente su declaratoria, toda vez que habrá de garantizarse el acceso a la administración de justicia, dicho en otras palabras, como no se tiene la certidumbre de la fecha en que se terminaron las obras urbanísticas, cuyo pago aquí se reclama, no se tiene los suficientes elementos probatorios, que puedan llevar al convencimiento que ha operado la caducidad y así deberá declararlo, pues si no tiene esa certidumbre de los hechos, debe conceder ante la duda la oportunidad de que se profiera una decisión de fondo, por lo tanto, esta excepción no está llamada a prosperar

En conclusión, la Sala considera que como no está demostrada la fecha cierta a partir de la cual debe contabilizarse el término de la caducidad, en el caso objeto de estudio, tampoco quedó probado que operó la caducidad y, por lo tanto, debe proceder a decidir de fondo el asunto.

Determinado lo anterior, esta Magistratura descende en el estudio del caso en concreto, con la anotación que solo nos referiremos a la parte demandada CORVIVIENDA ante la prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.



5.6. Caso Concreto

Para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa, se necesita de manera conjunta la producción de un enriquecimiento o beneficio acaecido por el aumento del patrimonio y el correlativo empobrecimiento en la contraparte, así como la carencia de una causa justa entre estos elementos.

5.6.1. Hechos Probados

A efectos de determinar si se cumplen los elementos para la procedencia de la *actio in rem verso*, se tiene como probados los siguientes hechos:

- El 24 de marzo de 2004 la FEDERACIÓN NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR FENAVIP y el FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL DE CARTAGENA – CORVIVIENDA suscribieron un convenio de UNIÓN TEMPORAL cuyo objeto era la participación conjunta del propietario y el promotor para elaborar y construir el programa de vivienda de interés social denominados Urbanización Huellas Alberto Uribe, Ciudadela 1° de Agosto de Pasacaballos y Realidad de mis sueños.(folios 301-309)
- El 3 de mayo de 2004, se expidió por la Curaduría Urbana No. 2 del Distrito de Cartagena de Indias, licencia de construcción No. 0058, para el proyectos de vivienda de interés social denominados Urbanización Huellas Alberto Uribe.(folios 56-60)
- El 4 de agosto de 2004, se expidió por la Curaduría Urbana No. 2 del Distrito de Cartagena de Indias, licencia de construcción No. 0097, para el proyectos de vivienda de interés social denominados Urbanización Ciudadela 1° de Agosto de Pasacaballos(folios 61-64)
- Que FONVIVIENDA mediante las Resoluciones 393 y 395 de 24 de octubre de 2007, declaró el incumplimiento de FENAVIP como oferente del proyecto de vivienda de interés social de los tres proyectos, como consecuencia de ello, se hizo efectiva las garantías constituida a su favor mediante las Pólizas de Seguro de Cumplimiento No. 057504943 y 0577504945. (folios 520-528)

Ante la situación anterior, y teniendo en cuenta que CORVIVIENDA conformó la Unión temporal con FENAVIP y responde solidariamente por el cumplimiento oportuno de todas las obligaciones contraídas; atendiendo que los



beneficiarios de las vivienda eran personas discapacitadas y de escasos recursos económicos, buscó alternativas para solucionar y poder culminar los proyectos de vivienda de interés social.

- CORVIVIENDA suscribe acuerdo compensatorio con seguros del Estado, cuyas obligación general consiste en la entrega de las viviendas a entera satisfacción, la legalización de las mismas y la terminación de las obras de urbanización y la entregan de los saldos por parte de FONVIVIENDA.(Folios 310-316).
- FENAVIP aportó cuenta de cobro de 8 de junio de 2010, donde solicita el pago a CORVIVIENDA, por los proyectos Huellas Alberto Uribe y Ciudadela 1º de Agosto de Pasacaballos, por la suma de \$1.098.780.812.00 (folios 115-116 y 117-147)

5.6.2 Elementos para la procedencia de la actio in rem verso

Continuando con el análisis del caso en concreto y confrontando los hechos de la demanda con la sentencia transcrita en el acápite de antecedentes, esta Corporación, los analizará teniendo en cuenta los supuestos que se relacionan en la providencia para la prosperidad de la *Actio In rem verso*, así:

(i) el reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa a situaciones excepcionales que por razones de interés público ameriten la ejecución o prestación de un servicio por un particular sin que medie el cumplimiento de las exigencias legalmente establecidas en materia de contratación pública, (ii) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo y (iii) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

Atendiendo el material probatorio allegado y la jurisprudencia anotada, esta Judicatura, destaca que la parte demandante funda sus pretensiones en el hecho que las demandadas¹³ se enriquecieron injustamente por las obra de

¹³ Debe entenderse solo CORVIVIENDA



urbanismo que ejecutó, se destaca que en el plenario ha quedado acreditado que dentro de la relación contractual nunca existió la obligación de FENAVIP a la construcción de obras de urbanismo, por el contrario con la prueba documental aportada a la demanda se evidencia, que dichas obras debía tenerlas CORVIVIENDA, lo anterior, de acuerdo a lo pactado en la cláusula primera de las uniones temporales.

Para una mejor ilustración se transcriben, así: Uniones Temporales entre FENAVIP- CORVIVIENDA, para los proyectos ciudadela 1º de agosto de Pasacaballos (f. 301) y ciudadela Huellas (f. 307), en ambos casos, en su cláusula primera se menciona como objeto lo siguiente:

"PRIMERA- OBJETO: La presente Unión Temporal tiene por objeto la participación conjunta de EL PROPIETARIO Y EL PROMOTOR, con el fin de canalizar recursos con los aportes en tierra y obras de urbanismo que EL PROPIETARIO tiene en el caso urbano de la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C. (...)" (subrayas de la Sala)

Lo anterior, lleva a esta Corporación a colegir, sin dubitación alguna, que nunca existió la obligación contractual de la demandante en hacer las obras de urbanismo.

La demandante solicita que se condene a las demandadas a resarcir los perjuicios ocasionados, por lo costos en los que incurrió FENAVIP durante la ejecución de las obras de urbanismo, por cuanto considera que esta situación conllevó un empobrecimiento en su patrimonio, versus el correlativo enriquecimiento de las entidades demandadas.

Así las cosas, ateniendo el problema jurídico planteado el cual consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos establecidos para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin justa causa, y si los hechos probados demuestran que la entidad demandada CORVIVIENDA, sin participación y sin culpa del demandante, lo constriñó o le impuso la ejecución de la obra por fuera del marco del contrato estatal o con prescindencia del mismo.



Al estudiar los hechos de la demanda, se destaca que el demandante menciona que tuvo conocimiento sobre la falta de voluntad de pago, el 8 de junio de 2010, cuando presentó la cuenta de cobro a CORVIVIENDA, pero a folio 67-68 del expediente reposa comunicación de fecha 26 de junio de 2007, suscrita por la gerente de CORVIVIENDA y dirigida a FENAVIP, donde le explica:

"En cuanto a los compromisos del Distrito frente a las obras de urbanismo de los tres (3) proyectos de la referencia, el día sábado 23 de junio de 2007 se efectuó audiencia pública en el Concejo para la aprobación del préstamo por parte del Distrito, aspiramos a que en los primeros días de julio de 2007 se encuentre aprobado el acuerdo de facultades al Alcalde y poder obtener los recursos necesarios para terminar estas obras.

En lo que tiene que ver con la obligación de las garantías, si bien el alcalde tuvo la intención, cuando firmo un acta en este sentido, de acuerdo con el concepto legal de la oficina jurídica de CORVIVIENDA no existe fundamento legal para efectuar ese pago que está a cargo de un tercero como lo es el oferente."

Con la prueba transcrita se demuestra que desde el año 2007 FENAVIP, tenían conocimiento que no existía dinero para continuar las obras, además que como se anotó en párrafos anteriores, los dos proyectos se declararon en incumplimiento, tal como consta en las Resoluciones 393 y 395 de 24 de octubre de 2007, es decir, que para el año 2007, la parte demandante sabía que los proyectos estaban suspendidos por incumplirse varias obligaciones entre ellas, la terminación de las obras, la entrega de las mismas, escrituración, etc; pero ahora no puede pretender que con la simple manifestación que existió un empobrecimiento correlativo de un enriquecimiento de las demandadas, cuando está demostrado que la parte demandante consintió el daño que hoy alega, pues la parte demandada no lo constriñó para la construcción de las obras, que dicho sea de paso no le correspondían, sino que el demandante por su propia iniciativa construye las obras urbanísticas, con la convicción que se realizaría el pago, siendo que la prueba documental transcrita demuestra que CORVIVIENDA le informó que no existe fundamento legal alguno para realizar el pago.

De lo anterior, se desprende que la contribución de FENAVIP en la producción del daño alegado fue determinante, pues la negativa de CORVIVIENDA al realizar el pago era conocida por la parte demandante y ante la falta de garantías contractuales y legales, la parte demandante debió negarse a ejecutar la parte del proyecto para el cual fue contratado, y si es del caso presentar la demanda de controversia contractual, para lograr la declaratoria



del incumplimiento del mismo; pero, por el contrario se aventuró a ejecutar una obra urbanística que no le correspondían y ahora pretende que se las paguen .

De lo anterior debe resaltarse que no se observa ninguna intervención por parte de CORVIVIENDA para ordenar la ejecución de las obras urbanísticas, por el contrario, es evidente que el contratista inició la construcción de las obras urbanística por iniciativa propia, además, extraña a esta Corporación, que la demandante, pese a su conocimiento y profesionalismo en la contratación estatal, desconociera los rigores legales y se apresurara a realizar unas obras, que no le correspondían.

Esta Judicatura no puede tener por cierto, lo manifestado por el demandante, cuando señala que solo hasta el año 2010 tuvo conocimiento que no le pagarían, cuando presentó la cuenta de cobro, pues en este caso, se transcribió una misiva del año 2007, donde CORVIVIENDA le informa a los señores FENAVIP, que no tenían los recursos necesarios para terminar las obras, luego entonces, no puede aceptarse que el daño solo lo conoció en el mes de junio de 2010, lo que nos lleva a concluir que la demandante a pesar de carecer de causa legal o soporte contractual, siguió adelante las obras urbanísticas, confiando que las mismas serían pagadas.

Dentro del mismo contexto, no podemos pasar por alto que en los hechos de la demanda en el numeral 5.1.3 afirma el actor que *"Ante el concepto favorable emitido por la sociedad Aguas de Cartagena, FENAVIP inicio las obras de urbanismo, confiando que los costos sufragados serian devueltos por Corvivienda y/o el Distrito de Cartagena..."* Igualmente, en el numeral 5.2.3 en el acápite de hechos, señala *"Observe que, mi procurador judicial, adelantó dichas obras como requisito para la construcción de las viviendas, confiando que los costos sufragados seria devueltos por Corvivienda y/o el Distrito de Cartagena, de tal manera que a la fecha 23 de abril de 2007 fenavip había invertido en obras de urbanismo CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS (\$176.469.306)...."*

Los hechos mencionados, demuestran que el demandante conocía que no existía el presupuesto para la construcción de la obra urbanísticas y actuó bajo la convicción que los dineros invertidos se le devolverían por las demandadas, es decir, que cuando iniciaron los proyectos, era sabido por FENAVIP que las obras se estaban haciendo sin el debido soporte contractual y legal, luego entonces, está demostrado que el actuar de la demandante fue determinante en la producción del daño.



En consecuencia, la Sala considera que la contribución de la parte demandante en la producción del daño antijurídico fue determinante, pues, ante la falta de garantías contractuales y legales, FENAVIP debió negarse a ejecutar los proyectos *Ciudadela Huellas Alberto Uribe*"; *"Ciudadela Primero de Agosto de Pasacaballos"* hasta que la situación con las obras urbanísticas quedará esclarecida; por el contrario se arriesgó a ejecutar una obra sin garantía alguna, que dicho sea de paso no le correspondían, luego entonces, no le asiste razón a FENAVIP, cuando pretende el resarcimiento de unos supuestos daños, y obtener un reconocimiento por parte de CORVIVIENDA al que no tiene derecho.

5.7. Conclusión.

En este orden de ideas, la respuesta al problema jurídico planteado es que no está demostrada la responsabilidad administrativa de la entidad demandada CORVIVIENDA pues está probado que CORVIVIENDA no constriñó ni le impuso a FENAVIP la ejecución de las obras urbanísticas y, por el contrario, se encuentra acreditado, que la parte demandante por su cuenta y riesgo, y con pleno conocimiento de las implicaciones que su actuación tenía, inició y ejecutó una obras urbanísticas que no contaba con el respaldo contractual y presupuestal, exigidos por nuestra la legislación.

FENAVIP consintió el daño que hoy alega como fuente de la responsabilidad, ya que como se dijo, la entidad demandada no la constriñó a la construcción de las obras urbanísticas, sin el cumplimiento de los requisitos legales, sino que la propia demandante dio inicio a las mencionadas obras, amparados en una convicción errada que la demandada le cancelaría el dinero invertido.

Se declarara probada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

VI. COSTAS

Por ser una acción de carácter público, conforme el artículo 171 del C.C.A, no hay lugar a condena en costas.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de Falta de Legitimación el causa por pasiva del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por no haberse demostrado la responsabilidad administrativa de la entidad demandada CORVIVIENDA, por lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, conforme lo establece el artículo 171 del C.C.A

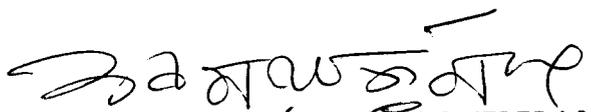
CUARTO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

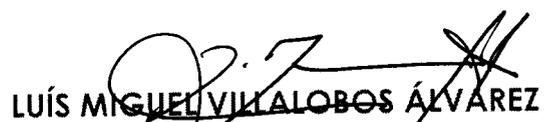
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por medio de Acta No. 85 de la fecha.



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado

