Cartagena de Indias D.T. y C., Catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**
Radicado	**13-001-33-33-008-2015-00485-01**
Demandante	**CORPORACIÓN PARA LA VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE**
Demandado	**MUNICIPIO DE ACHÍ y BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**
Tema	*Se encontró probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control respecto a una de las demandadas- Debe existir relación contractual entre las partes- Carga de la prueba- Inexistencia de la obligación del municipio.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002[1] del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 24 de febrero de 2017 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA[2]

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, CORPORACIÓN PARA LA VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE instauró demanda de controversias contractuales en contra de MUNICIPIO DE ACHÍ y BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

[1]Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.
[2] Folio 1- 16 cdno 1

3.1.1. Pretensiones[3].

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

"Primero: Declárese responsable al Banco Agrario de Colombia S.A. – Gerencia de vivienda rural del incumplimiento de las obligaciones suscritas en la ejecución del proyecto de vivienda de interés social rural Guacamayo, en el municipio de Achí-Departamento de Bolívar, radicado con No. 3201035503 del año 2007.

Segundo: Declárese responsable al Municipio de Achí por el incumplimiento de las obligaciones suscritas en el Convenio Interadministrativo No. 26 del 12 de junio del 2007, por medio del cual se comprometió junto con la Gobernación de Bolívar, cancelar los aportes de contrapartida necesarios para la ejecución del proyecto de vivienda de interés social rural Guacamayo ubicado en el Municipio de Achí-Departamento de Bolívar, radicado con No. 3201035503 del año 2007.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior solicito:

a). Escíndase a la Corporación para la Vivienda y Medio Ambiente "CORVIAMBIENTE" y a la Corporación para el Desarrollo Social "CORPODESO" en sus calidades de miembros de la U.T. Convenio de Cooperación "vivienda rurales" de la responsabilidad administrativa o contractual derivada del presunto incumplimiento en la ejecución del proyecto de vivienda de interés social rural denominado Guacamayo ubicado en el Municipio de Achí- Departamento de Bolívar.

b). Liquídese el proyecto de vivienda de interés social rural Guacamayo ubicado en el Municipio de Achí- Departamento de Bolívar.

Cuarto: Condénese al Municipio de Achí al pago de los siguientes perjuicios materiales:

i. Daño emergente: estimado por los costos indirectos que tuvo que asumir mi representada para ejecutar el proyecto Guacamayo por valor de cuarenta y seis millones seiscientos cuarenta y siete mil seiscientos cincuenta y un peso m/cte ($46.647.651), correspondientes a los gastos de estudios, diseños, dirección de obras, trabajo social, ambiental pólizas y títulos.

[3] Fols. 2-3 Cdno 1.

Quinto: Condénese de manera solidaria y conjunta al Municipio de Achí y al Banco Agrario de Colombia S.A.- Gerencia de Vivienda Rural al pago de los siguientes perjuicios materiales:

i. Sobre costos en la ejecución del proyecto Guacamayo ubicado en el Municipio de Achí- Departamento de Bolívar, por valor de cuarenta y cinco millones de pesos m/cte ($45.000.00).

ii. Lucro cesante: Sesenta millones de pesos M/C ($60.000.000) por concepto de las ganancias o utilidades dejados de percibir con motivo del incumplimiento de las entidades convocadas. Utilidades que serían reinvertidas para el desarrollo del objeto social de mi representado.

Sexto: Condénese al Municipio de Achí y al Banco Agrario de Colombia S.A.- Gerencia de Vivienda Rural al pago de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes como consecuencia de la pérdida del buen nombre "goodwill" o prestigio profesional de la compañía Corporación para la vivienda y el medio ambiente CORVIAMBIENTE y de los miembros integrantes de la unión temporal convenio de cooperación y "viviendas rurales".

QUINTO: ordénese la Banco Agrario de Colombia S.A. – Gerencia de vivienda rural y al Municipio de Achí cancelar las costas y agencias en derecho a que haya lugar."

3.1.2. Hechos[4].

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Primero: Manifiesta que con la expedición de la Ley 3 de 1991, el Gobierno Nacional en coordinación con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural ha adelantado acciones tendientes a promover la consecución de recursos para la ejecución de políticas de vivienda de interés social y prioritario rural. Así mismo, mediante Decreto 2419 de 1999 se facultó al Banco Agrario de Colombia para asumir las acciones del programa de vivienda interés social rural que ejecutaba la Caja Agraria de Crédito Industrial y Minero, con la finalidad de incrementar la oferta efectiva de vivienda de interés social rural con la realización de convocatorias para la elegibilidad de proyectos en las modalidades de mejoramiento y saneamiento básico.

[4] Fols. 3-4 Cdno 1

Segundo: En desarrollo de su objeto social, la U.T. CONVENIO DE COOPERACION VIVIENDA RURALES, presentó ante la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario de Colombia S.A., la inscripción, viabilidad y construcción del Proyecto de Vivienda de Interés Social Rural denominado Guacamayo , cuyo objetivo era beneficiar a 50 hogares postulados de los subsidios ofrecidos por el Gobierno Nacional para el mejoramiento de viviendas y saneamiento básico en em municipio de Achí- Departamento de Bolívar en el año 2007.

Tercero: Según consta en el oficio GVC2865 del 21 de junio de 2007, el Banco Agrario de Colombia S.A.- Gerencia de Vivienda Rural a través de Acta de Junta Directiva No. 336 del 21 de junio del 2007 aprobó la asignación de los subsidios de vivienda de interés social rural a los 48 hogares postulados en el proyecto Guacamayo por valor de $208.175.981,91.

Cuarto: En ejercicio de las facultades concedidas en la cláusula segunda del Acta de constitución de la U.T. Convenio de cooperación viviendas rurales, se gestionó ante el municipio de Achí y el Departamento de Bolívar la cofinanciación del proyecto Guacamayo, a través de convenio interadministrativo No. 26 del 12 de junio de 2007. El objetivo de dicho convenio era cofinanciar el valor total de la ejecución del proyecto Guacamayo.

Quinto: Para el cumplimiento en la ejecución y liquidación del proyecto Guacamayo, la entidad oferente contaba con el término de doce meses prorrogables seis meses más, el cual iniciaba el 13 de septiembre de 2007, según costa en el Acta de inicio de obras de esa misma fecha.

Sexto: Con el cumplimiento de los requisitos de ley y las previstas en el artículo 45 del Reglamento Operativo del Programa de Vivienda de Interés Social Rural, la Gerencia de Vivienda del Banco Agrario de Colombia giró el 100% de los recursos destinados para la ejecución del proyecto.

Séptimo: El proyecto de vivienda de interés social rural Guacamayo presentó atrasos significativos en los términos de ejecución por aspectos ajenos al oferente.

Octavo: Conforme a los informes de interventoría a fecha 22 de enero de 2010, se estableció que las obras del proyecto estaban ejecutadas en un 93.4.%.

Noveno: En la actualidad el proyecto Guacamayo no ha sido liquidado, pues es incumplimiento del Municipio de Achí impide realizar el cierre contable del proyecto, aunado a que la compañía aseguradora Condor S.A., se negó a ampliar las vigencias de las pólizas de amaro de cumplimiento y pago de prestaciones sociales de la obra necesarias para la liquidación.

Décimo: Las anteriores circunstancias han generado perjuicios de tipo morales y económica a la demandante, además de los perjuicios por el incumplimiento del municipio, no ha percibido ganancias y el desprestigio del buen nombre ante las entidades públicas contratantes especialmente el Banco Agrario que la ha vetado de la oferta de nuevos proyectos.

Undécimo: Indica que los beneficiarios actualmente ocupan los inmuebles, por lo que realizar las modificaciones técnicas que exige el Banco Agrario son imposible, debido a las variaciones que han realizado los ocupantes.

Décimo segundo: Advierte que pasados 24 meses después del último reporte de interventoría de la Gerencia de vivienda del Banco, efectuó nueva visita de interventoría el 29 de enero de 2012, en el cual se consignó que las obras presentaban avances del 81.75%, disminuyendo los reportes de interventoría realizados anteriormente.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Arts. 141 y 161 del C.P.A.C.A.
- Ley 1285 de 2009
- Ley 3 de 1991
- Decreto 2419 de 1999

Indica que, a la presente demanda se le debe dar el trámite dispuesto en las normas antes mencionada y en cuanto a los intereses moratorios aplicar el artículo 4 numeral 8 inciso 2 de la Ley 80 de 1993. Acto seguido, cita el artículo 150, 26 y 32 de la misma norma, referente al principio de responsabilidad, las funciones del congreso para expedir el Estatuto de la contratación y lo que se denomina contratos estatales.

En cuanto a los contratos que son susceptibles de liquidación cita el art. 127 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012, el cual regula la ocurrencia y

contenido de la liquidación de los contratos estatales, estableciendo que, en los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

En lo que respecta a la caducidad manifiesta que es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, indicando que en el caso concreto no ha operado debido a que el contrato continúa en ejecución, por tanto, no se ha producido su terminación, momento este desde el que, de haber acaecido, habría lugar a verificar el computo del plazo respectivo.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. Banco Agrario de Colombia S.A.[5]:

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de esta, y teniendo como ciertos los hechos del 1, 2, 3, 5, 6,9 y 12, sobre los hechos 4, 8, 11 indica que son parcialmente cierto, sobre los demás, los tiene como no ciertos.

Afirma que, la entidad figura como otorgante, según la normatividad que rige la materia para estos asuntos, por lo que giró el 100% de los recursos destinados, cumpliendo a calidad con su función de otorgante del proyecto.

Aduce que, programó visita de interventoría para enero 22 de 2010, quien reportó en su informe del 31 de enero de 2010 un avance de obra 82.90% y del proyecto del 93.40%, es decir que se amortizaba el total de los recursos girados por la entidad en un 90% y se recomendó el tercer desembolso.

Indica que, posteriormente requirió al oferente por el incumplimiento en la ejecución y liquidación del proyecto, debido a que el plazo había vencido, así como las pólizas de amparo. Así mismo, que dentro del proyecto no se contemplaban utilidades y los recursos han sido entregados en su totalidad, por lo que no entienden los perjuicios que se alegan.

Manifiesta que las mejoras realizadas por los beneficiarios contrario a lo aduce la demandante, han sido obras de mejoramiento de los elementos faltantes

[5] Fols. 220-233 Cdno 2.

en las mismas que le correspondían al oferente tales como mesones, pozos sépticos instalaciones hídricas, sanitarias entre otros; toda vez que el oferente no dio cumplimiento a los planos y especificaciones técnicas presentadas y aprobadas dentro del proyecto.

Finalmente, afirma que no existe ningún contrato o documento vinculante entre la demandante y el Banco Agrario, por lo que no puede existir controversia contractual, por lo que las pretensiones son infundadas.
Sobre las demás afirmaciones realizadas por la demandante, manifiesta que no le constan y tendrán que ser probadas en el curso del proceso.

Como excepciones propone la: (i) inexistencia contractual entre Corviambiente y Banco Agrario de Colombia S.A., especialmente sobre esta indica que el actuar del banco se encuentra amparado en la norma que la faculta para desembolsar los recursos del subsidio que son girados por el Ministerio de Agricultura, y es el oferente el encargado de contratar la ejecución del proyecto.; (ii) Falta de causa para demandar; (iii) Falta de legitimación en la causa por activa; (iv)Inaplicabilidad del estatuto general de contratación Ley 80/1993; (v) Inexistencia del daño y los perjuicios alegados; (vi) el incumplimiento en la ejecución del proyecto tuvo origen en el incumplimiento de las obligaciones de UT.

3.2.2. Municipio de Achí[6]

La entidad demandada tuvo como ciertos los hechos 1,2,3, 4,6,9 y 12, como parcialmente ciertos los hechos 4 y como falsos los hechos del literal a, c, d, del numeral 4.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, manifiesta oponerse a cada una de ellas, por las siguientes razones: establece que no es cierto cuando el demandante afirma que el municipio incumplió el pago de los aportes en especie referente a estudios, diseños, dirección de obra, trabajo social, ambiental, pólizas y títulos, debido a que el convenio No. 026 no indica que se deba pagar alguna suma de dinero sino bienes y servicios, obligación que indica cumplió.

[6] Fols. 286-294 cdno 2

Por otro lado, indica que no hubo perdidas o deterioro de las obras realizadas, por el contrario, fueron deficiencias en la construcción u obras faltantes por la ausencia de pozos sépticos, campos de filtración como se afirma en los informes de interventoría. Agregando que la interventoría del Banco Agrario siempre estuvo presente en la obra.

Como excepción propone: (i) Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación: sustentada en que los aportes del municipio no serían en dineros sino en bienes en servicios, los cuales fueron entregados en su totalidad.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[7]

Por medio de providencia del 24 de febrero de 2017, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

Al respecto sostuvo que verificado el incumplimiento por parte de la Unión Temporal de las exigencias estatuidas en los numerales 03,10, 11 y 12, pues de los últimos informes de interventoría y visitas realizadas a las obras, se deja claro que la obra nunca superó el 81,75% de ejecución, aunado a ello, destacó que la fecha de liquidación del programa se encuentra vencida y a la fecha se encuentran obras pendientes por realizar, por lo que no se ha realizado entrega a la entidad otorgante del proyecto debidamente liquidado.

Acerca del medio de control incoado, argumenta tener dudas el A-quo en cuanto al ejercicio oportuno del mismo respecto al Banco Agrario de Colombia, por no existir vinculo contractual con dicha entidad, sin embargo, determina que nada impide a la administración resolver el presente asunto, debido a que, a su juicio con relación a este demandado debió incoarse el medio de control de reparación directa.

A renglón seguido, determinó que el vínculo entre el Banco Agrario y la demandante surge de los Decretos 973 y 4427 de 2005, indicando que, respecto al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el proyecto, la entidad bancaria realizó la entrega de las sumas de dinero que le correspondían.

[7] Fols. 339-350 cdno 2

En cuanto a la obligación del Municipio de Achí, le aclaró al accionante que la obligación por parte del municipio no consistía en la entrega de dinero en efectivo, pues sus aportes serian en especie tal y como se estableció en el instrumento contractual, existiendo en el expediente a folio 321 certificación en la cual se indica que el municipio realizó los aportes en bienes y servicios consistentes en trabajo social, diseños, y seguimiento de la obra, lo cual no fue refutado por la parte demandante, por lo que determinó que no existe incumplimiento del ente municipal.

En virtud de lo anterior, declaró probadas las excepciones de inexistencia del daño y de los perjuicios alegados e incumplimiento de la ejecución del proyecto de vivienda guacamayo, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN[8]

Por medio de escrito del 13 de marzo de 2017 la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo en primer lugar que, la relación contractual con la demandada se origina del convenio interadministrativo aportado al proceso, así como de lo emanado por los Decretos 973 y 4427 de 2005, los cuales cita de manera textual en su escrito, manifestando que fue escogida como la entidad oferente del proyecto de vivienda por parte de la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario, después de un proceso de selección del banco de proyectos. Indicó que el convenio interadministrativo conforme lo establecen los arts. 60 y 61 de la Ley 80/1993, requiere de una liquidación.

Frente a lo anterior, indica que el convenio no ha sido declarado terminado ni por ejercicio contractual de las partes que lo suscribieron, ni por sentencia judicial o acto administrativo, dado que en el cómo se puede ver, al margen del cumplimiento en los plazos para los pagos que se efectuarían, es evidente que existieron factores externos que extendieron su vigencia, en la medida en que se extendió la ejecución de las obras. Afirma que en el expediente existen actas de suspensión y reinicio de obras por fuera de los doce meses previstos para la ejecución total de dicho convenio, por la afectación del fenómeno de la niña em las zonas o terrenos de ejecución del proyecto que produjo inundaciones, por la conducta omisiva de la Gerencia de Vivienda Rural del

[8] Fols. 352-361 Cdno 2.

Banco Agrario, en cumplir con la función de realizar seguimiento al proyecto y por la misma falta de flujo de recursos.

Señala que, el convenio no se ha terminado y que dicha circunstancia impidió que el oferente ejecutor del proyecto cumpliera a cabalidad con el contrato, por su dependencia económica con el mismo, por lo que manifiesta que, al haber una imposibilidad de ese tamaño, no se le puede exigir el cumplimiento de las obras si precisamente lo que se discute es el flujo de recursos

En cuanto a la excepción de inexistencia del vínculo contractual alegada por la demandada, arguye que al ser el Banco Agrario una entidad que hace parte del sistema nacional de vivienda de interés social, está obligado a actuar de conformidad con las políticas y planes generales que adopte el gobierno nacional, siendo una sociedad de economía mixta, sus contratos se rigen por el derecho privado pero no se dejan de ser contratos que deban ser liquidados a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ese sentido, al haber dos relaciones contractuales que liquidar, por tener objeto, y estar pendiente de su terminación por cualquier vía, adoptó la demanda de controversias contractuales.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 25 de mayo de 2017[9], por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 18 de diciembre de 2017[10]; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 12 de febrero de 2018[11].

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes en litigio no presentaron escritos de alegatos y el Ministerio Público no allegó el concepto de su competencia.

[9] Fol. 3 Cdno 3
[10] Fol. 5 Cdno 3
[11] Fol. 9 Cdno 3.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 numeral 1 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada, considera la Sala que se debe determinar si:

> *¿Es procedente el medio de control de controversias contractuales, para solicitar el incumplimiento de la entidad demandada Banco Agrario de Colombia S.A., cuando no media contrato alguno entre las partes?*

En caso de resolverse de manera positiva el anterior problema jurídico, se entrará a establecer si:

> *¿Acreditó el demandante CORVIAMBIENTE el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, para poder exigir el incumplimiento contractual por parte del Banco Agrario de Colombia S.A.?*

5.3. Tesis de la Sala

La Sala se abstendrá de fallar sobre las pretensiones, ya que la demanda es inepta por indebida escogencia del medio de control, toda vez que la acción de controversias contractuales no es procedente, cuando se demanda el incumplimiento de una entidad- Banco Agrario de Colombia, con la que no se

demuestra la suscripción de contrato alguno, teniendo la parte demandante la carga de probar que media contrato con la parte a la cual se pretende la declaratoria de incumplimiento.

La Sala no hará pronunciamiento sobre la relación entre el demandante y el municipio de Achí por no haber reparo sobre él en la alzada.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Inepta demanda por indebida escogencia del medio de control- acción procedente - De acuerdo con la fuente o el origen del daño.

Para dotar de eficacia al derecho de acción, el legislador ha consagrado diferentes medios de control que pueden ser impetrados ante esta jurisdicción por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor, sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite el medio.

De manera reiterada, la jurisprudencia del Consejo de Estado[12] ha sostenido que la fuente o el origen del daño es lo que está llamado a determinar la acción procedente para desatar la controversia, circunstancia que, de plano, excluye que esa elección se encuentre reservada al arbitrio o capricho del demandante. (…) si el debate emerge de la celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, la acción procedente será la de controversias contractuales, en cuanto por ese cauce es viable pretender la nulidad del contrato estatal o la de los actos contractuales, la declaratoria de responsabilidad contractual o la ruptura del equilibrio económico del contrato, entre otras decisiones, en los términos del artículo 141 del C.P.A.C.A.

En contraste, se advierte que el artículo 140 del C.P.A.C.A. determina los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa cuando una persona pretende el resarcimiento de un daño que tenga como fuente la ocurrencia de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de bienes inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

---

[12] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 76001-23-31-000-2003-03093-02(48843)

En consecuencia, es claro que las anteriores acciones se establecieron como mecanismos judiciales para reclamar ante la justicia el resarcimiento del daño antijurídico causado como consecuencia de la conducta o la actividad del Estado. Cuando dicho comportamiento se materializa en el marco de una relación contractual será necesario acudir a la acción de controversias contractuales, y cuando se concreta en una operación, hecho u omisión, será la acción de reparación directa la idónea para reclamar la indemnización de los perjuicios causados.

De acuerdo con pronunciamientos efectuados en ocasiones anteriores por el Consejo de Estado[13], la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. Los argumentos que sirven para sustentar tal afirmación están concentrados especialmente en lo siguiente: en primer lugar cabe precisar que en cuanto el artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar, cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción "cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia."

[13] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), Consejero ponente (E): MAURICIO FAJRADO GOMEZ, Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596)

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Certificado de existencia y representación del demandante, donde consta que es una entidad sin ánimo de lucro (fol. 19-21)

- Copia del convenio UT de Cooperación "Viviendas Rurales", suscrito entre Corviambiente y Corpodeso el 11 de marzo de 2007, para actuar como oferentes promotores ante la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario de Colombia para la inscripción, viabilización y construcción de los proyectos en el relacionados (Fols. 22-24 cdno 1).

- Oficio GV-2257 del 24 de mayo de 2007 por medio del cual el Banco Agrario le informa a la Cooperación "Viviendas Rurales", los costos y financiación del proyecto, y la relación de postulantes para el proyecto de vivienda de intereses social denominado "Guacamayo" (fols. 26-27 cdno 1).

- Copia del Convenio interadministrativo celebrado el 12 de junio de 2007 entre el Departamento de Bolívar y el Municipio de Achí, para la cofinanciación del proyecto de vivienda de interés social rural denominado: Convenio de cooperación "viviendas rurales" denominado cuarenta y ocho (48) mejoramientos de vivienda y saneamiento básico corregimiento de guacamayo municipio de Achí (fols. 29-33 cdno 1 y 255-258 cdno 2).

- Oficio No. 0000799 del 11 de febrero de 2011, dirigido a la representante legal del demandante, por el cual el Banco Agrario le comunica el incumplimiento presentado en el proyecto por parte de la actora (fol.174).

- Oficio de fecha 15 de marzo de 2011, por el cual la demandante, comunica al Banco Agrario el cumplimiento en un 100% de los recursos a su cargo, y el incumplimiento del municipio sobre sus aportes (fol. 176).

- Oficio GV 2865 del 21 de junio de 2007, por medio del cual el Banco Agrario le informa a la Cooperación "Viviendas Rurales", la asignación de recursos de subsidio de vivienda de interés social rural (fols. 237-240 cdno 2)

- Formatos de desembolsos de subsidios, donde constan la entrega del 1,2 y 3 desembolso (Fols. 244, 249 y 251).

- Contratos de prestación de servicios celebrados para la ejecución del proyecto Guacamayo (Fols. 246-248).

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine se pretende la declaratoria de responsabilidad por parte del Municipio de Achí y el Banco Agrario de Colombia S.A. – Gerencia de vivienda rural por el incumplimiento de las obligaciones suscritas en la ejecución del proyecto de vivienda de interés social rural Guacamayo, en el municipio Achí- Departamento de Bolívar, radicado con No. 3201035503 del año 2007.

El demandante funda el recurso de alzada, solo con relación a los argumentos del A-quo respecto al Banco Agrario de Colombia; en cuanto al Municipio de Achí no manifestó inconformidad alguna.

Procede esta Sala a resolver el primer motivo de inconformidad del apelante, referente a lo manifestado por el A-quo en cuanto afirmó que no existe relación contractual entre los entes demandados, por lo que no se encuentra claro el hecho generador del daño, lo que imposibilita la procedencia del presente medio de control; sea lo primero determinar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la fuente o el origen del daño es lo que está llamado a determinar la acción procedente para desatar la controversia, circunstancia que, de plano, excluye que esa elección se encuentre reservada al arbitrio o capricho del demandante.

Debido a que lo que se pretende es la declaratoria de incumplimiento de la entidad demandada, por el incumplimiento de las obligaciones suscritas en la ejecución del proyecto Guacamayo; solicitando además la liquidación del mismo.

En primer lugar, conforme al artículo 141 del C.P.A.C.A., cuando se demanda a través del medio de control de controversias contractuales, el debate debe

versar sobre la celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, en cuanto por ese cauce es viable pretender la nulidad del contrato estatal o la de los actos contractuales, la declaratoria de responsabilidad contractual o la ruptura del equilibrio económico del contrato, entre otras decisiones.

En el presente asunto, no se vislumbra en el expediente contrato alguno celebrado entre la parte demandante con el Banco Agrario de Colombia, lo que se encuentra probado es que, mediante convenio UT de Cooperación "Viviendas Rurales", suscrito entre Corviambiente y Corpodeso el 11 de marzo de 2007, para actuar como oferentes promotores ante la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario de Colombia para la inscripción, viabilización y construcción de los proyectos en el relacionados, entre ellos, el desarrollado en el municipio de Achí, corregimiento de Guacamayo (Fols. 22-24 cdno 1).

Que mediante oficio GV-2257 del 24 de mayo de 2007 el Banco Agrario le informa a la Cooperación "Viviendas Rurales", los costos y financiación del proyecto, y la relación de postulantes para el proyecto de vivienda de intereses social denominado "Guacamayo" (fols. 26-27 cdno 1).

No se evidencia dentro de las pruebas allegadas, la celebración de contrato alguno entre el demandante y el Banco Agrario, para adelantar el proyecto denominado Guacamayo en el municipio de Achí; sin embargo, lo que si se encuentra demostrado es que la relación contractual surgió del Convenio interadministrativo celebrado el 12 de junio de 2007 entre el Departamento de Bolívar y el Municipio de Achí, para la cofinanciación del proyecto de vivienda de interés social rural denominado: Convenio de cooperación "viviendas rurales" denominado cuarenta y ocho (48) mejoramientos de vivienda y saneamiento básico corregimiento de guacamayo municipio de Achí (fols. 29-33); dentro de dicho documento se establece que el municipio de Achí funge en calidad de responsable del proyecto, y el Departamento de Bolívar como cofinanciador de este, sin que en el mismo figure el Banco Agrario como parte del contrato.

De igual forma, se encuentran relacionados los contratos de prestación de servicios celebrados por el representante legal del convenio de cooperación "viviendas rurales", para la ejecución del proyecto Guacamayo, en donde figura como contratante y responsable del proyecto, dichos contratos se celebraron con el ingeniero civil, la trabajadora social, y arquitecto de la obra (Fols. 246-248).

En ese orden de ideas, tal y como lo manifiesta la demandada, no figura ni se encuentra probado una relación contractual entre las partes, máxime si de acuerdo con el Decreto 973 de 2005[14], -el cual se encontraba vigente para la época de los hechos que aquí se debaten-, la intervención del Gobierno Nacional se dirige a facilitar una solución de vivienda de interés social rural a hogares rurales de escasos recursos económicos, por medio de la asignación del Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Rural, otorgado a través del Banco Agrario de Colombia S. A. o la entidad que el Gobierno Nacional determine y a través de las Cajas de Compensación Familiar.

En ese sentido, conforme a su numeral 4.5. los oferentes de proyectos de vivienda son entidades que organizan la demanda y presentan proyectos a la entidad otorgante. Podrán ser oferentes de proyectos los departamentos, los municipios, los distritos, o las dependencias que dentro de su estructura desarrollen la política de vivienda de interés social. Igualmente podrán ser oferentes las entidades privadas que comprendan en su objeto social, la promoción y el desarrollo de programas de vivienda de interés social, y que cumplan con los requisitos determinados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su reglamentación, entre otros.

Acto seguido el artículo 11 de la norma en cita, establece la criterios para la distribución departamental de los recursos, determinando que para cumplir con la distribución departamental de los recursos del Presupuesto Nacional destinados al subsidio familiar de vivienda rural, le corresponde al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante resolución motivada, realizar la distribución departamental de recursos del presupuesto asignado en cada vigencia, incluidas las respectivas adiciones, aplicando los porcentajes indicados en el cuadro a la Bolsa Departamental.

Conforme a la guía de formulación del Banco Agrario para la presentación de proyectos VIS rural[15] , se requiere carta firmada por el gobernador, alcalde municipal o representante de la entidad oferente, determinando el valor del contrato con los montos de los recursos y aportes del municipio y departamento.

---

[14] Por medio del cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3ª de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en lo relacionado con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Rural.

[15] https://www.bancoagrario.gov.co/Vivienda/Documents/2012/SVGU02_GuiaFormulacion.pdf

En ese sentido, se concluye de todo lo anterior que los convenios o contratos suscritos para el desarrollo de los proyectos de vivienda de interés social rural, son presentados por el municipio o departamento respectivo, que en el caso concreto por el oferente el cual suscribió convenio de cooperación con el municipio para su realización.

Adicionalmente, este tipo de ejecución de proyectos se enmarca dentro de lo dispuesto en el artículo 355 inciso segundo de la Constitución Política, el cual fue reglamentado por el Decreto 777 de1992, el cual reglamentaba para la época de los hechos, los contratos que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro, pero ese Decreto en su art. 2 excluyó de la aplicación de esa normatividad en su numeral 4, la transferencia que realizara el Estado en virtud a lo dispuesto en el art. 51 de la Carta Política, que no es otro que, los subsidios de vivienda, como este caso. Sin embargo, el art. 96 de la Ley 489 de 1998, reguló la celebración de convenios de asociación, que deben cumplirse con todos los requisitos que establece cualquier contrato, que debe ser elevado por escrito.

En este caso en particular, ese convenio no existió entre el Banco Agrario y la entidad demandante , y ante su inexistencia cualquier perjuicio que se derive de la actuación de la entidad estatal, debe ser ventilado a través del medio de control de reparación directa, eso sin perjuicio de que eventualmente exista una caducidad.

De lo expuesto, se tiene que la parte actora solicita se le indemnice por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato por parte del Banco Agrario, que a la fecha de presentación de la demanda no existía, siendo el medio de control el de reparación directa.

Frente a lo anterior, advierte la Sala que a pesar de que la parte actora denomina el medio de control como de controversias contractuales, del contenido integral de la demanda y las pruebas aportadas hasta este momento procesal, se deduce que el medio de control realmente es el de reparación directa, en tanto no subsiste un contrato de por medio.

En contraste, se advierte que el artículo 140 del C.P.A.C.A., determina los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa cuando una persona pretende el resarcimiento de un daño que tenga como fuente la ocurrencia de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la

ocupación temporal o permanente de bienes inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. Presupuestos que se encuadran con las pretensiones de la presente demanda, por lo que considera esta Corporación que en el presente asunto nos encontramos ante una inepta demanda por indebida escogencia de la acción respecto a la entidad demandada Banco Agrario de Colombia, que como se dijo es el motivo de la apelación, siendo el medio de control de reparación directa el idóneo para satisfacer las pretensiones de la demandante.

Por las razones anteriores, la sentencia de primera instancia será confirmada, por encontrarse configurada la inepta de demanda por indebida escogencia de la acción respecto a la entidad demandada Banco Agrario de Colombia, por lo que se negarán pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "*Salvo en los 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 Código de Procedimiento Civil*". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Conforme con las normas citadas esta Corporación condenará en costas a la parte recurrente en esta instancia – CORPORACIÓN PARA LA VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

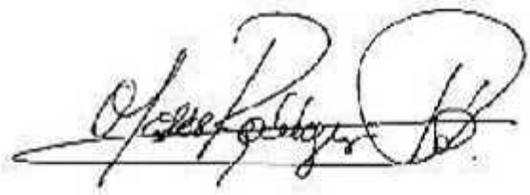
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, a la parte apelante, CORPORACIÓN PARA LA VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE., conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, 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 en sala No. 051 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN