

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	13-001-33-33-008-2015-00501-01
Demandante	CORPORACIÓN PARA LA VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE
Demandado	BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.
Tema	<i>Se encontró probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control- Debe existir relación contractual entre las partes- Carga de la prueba</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ 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 DEMANDA²

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

3.1.1. Pretensiones³.

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

¹Esta 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- 20 cdno 1

³ Fols. 1-3 Cdno 1.

13-001-33-33-008-2015-00501-01

“Primero: Declárese responsable a la 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 Chilloa, en el municipio Margarita- Departamento de Bolívar, radicado con No. 3242049500 del año 2007. Por cuando no canceló oportunamente los aportes pactados para la culminación del proyecto.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior solicito lo siguientes:

a). Escíndase a la Corporación para la Vivienda y Medio Ambiente “CORVIAMBIENTE” y a la Corporación para el Desarrollo Social “CORPODESO” en calidad de miembros de la U.T. Convenio de Cooperación “vivienda rurales” de la responsabilidad administrativa o contractual derivada del presunto incumplimiento que la gerencia de vivienda rural del Banco Agrario de Colombia S.A. le desea indilgar en la ejecución del proyecto de vivienda de interés social rural denominado Chilloa, en el municipio de Margarita- Departamento de Bolívar.

Tercero: Ordénese al Banco Agrario de Colombia S.A. Gerencia de vivienda Rural el pago de los siguientes perjuicios morales:

- i. Daño emergente: estimado por los costos directos que tuvo que asumir mi representada para culminar la ejecución del proyecto Chilloa, y realizar la entrega de las viviendas a los beneficiarios subsidiados:*

Segundo desembolso: correspondiente al 40% del valor aprobado por la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario de Colombia S.A. para la ejecución del proyecto Chilloa, por una suma ciento trece millones setecientos dieciséis mil ciento treinta y nueve pesos M/CTE (\$113.716.139.00).

Tercer desembolso: correspondiente al 10% del valor aprobado por la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario de Colombia S.A. para la ejecución del proyecto Chilloa, por una suma veinte ocho millones cuatrocientos veinte nueve mil treinta y cuatro pesos con ochenta y un centavos (\$28,429.034, 81).

Los sobrecostos suscitados por el incumplimiento de la Gerencia de Vivienda del Banco Agrario de Colombia S.A. en el desembolso oportuno de los subsidios aprobados para la realización de las obras del proyecto de vivienda Chilloa en el municipio de Margarita- Departamento de Bolívar, estimados en cuarenta y cinco millones de pesos M/C (\$45.000.000).

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

13-001-33-33-008-2015-00501-01

incumplimiento de la Gerencia de Vivienda del Banco Agrario de Colombia S.A, utilidades que serían reinvertidas para el desarrollo del objeto social de mi representado.

CUARTO: condénese 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 cancelar las costas y agencias en derecho a que haya lugar.”

3.1.2. Hechos⁴.

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

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.

Propósito que contaba con el termino de doce meses para su ejecución, los cuales podían ser prorrogables por seis meses más.

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, el 18 de septiembre de 2007 la Gerencia de Vivienda del Banco Agrario de

⁴ Fols. 3-12 Cdno 1

13-001-33-33-008-2015-00501-01

Colombia S.A., desembolsó el 50% del subsidio aprobado para la realización de las obras físicas del proyecto Chilloa por un valor de \$142.145.174,08.

El 18 de septiembre de 2007 la entidad oferente inició la construcción de las obras físicas del proyecto, cumpliendo de manera eficaz y eficiente con las metas propuestas en el cronograma de actividades, tal y como lo reporta el arquitecto Edwin Velandia en su visita de interventoría del 5 de junio del 2008; en el cual certifica que las obras presentan un avance superior al 50% de ejecución.

Por su parte, la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario de Colombia S.A. comisionó el 9 de junio de 2008 al arquitecto Julián Darío Maya para que verificara el anterior informe de interventoría, el cual expresó, según el oficio 10 de julio de 2008 de la Coordinadora Departamental de Bolívar del Banco Agrario de Colombia S.A. el siguiente concepto: *“se puede optar por el trámite del segundo desembolso, previa legalización de las modificaciones técnicas que se vieron en el proyecto en las cinco viviendas visitadas y luego de que la entidad oferente, aclare las razones por las cuales no ejecutó los diseños como fueron formulados inicialmente, la entidad oferente y la interventoría deben sustentar si el proyecto cumple o no estructuralmente y plantee las soluciones al respecto, y luego de que la entidad oferente cumpla con los demás requisitos para dicho pago”*.

En atención a las observaciones realizadas, la Gerencia de Vivienda Rural del Banco Agrario de Colombia S.A. negó la solicitud del segundo desembolso solicitado por la entidad oferente hasta tanto no atendiera a las observaciones realizadas por el arquitecto Julián Darío Maya, a pesar de que las condiciones expuestas por el arquitecto en mención resultan ser ajenas a las previstas en el segundo desembolso de recursos (art. 45 del Reglamento Operativo de la entidad y abiertamente contradictoria al informe de interventoría reportado durante la ejecución del proyecto), la entidad oferente inició los trámites correspondientes para obtener el aval de las presuntas modificaciones técnicas denunciadas.

Por otro lado, desde el 1 de junio de 2009 la compañía interventora del proyecto dejó de hacer presencia en la ejecución de las obras en el corregimiento de Chilloa, municipio de Margarita, quedando totalmente sin control y vigilancia.

Aduce que, superado el mayor de los impases, que era la aprobación de las modificaciones técnicas de los diseños del proyecto, la entidad oferente

13-001-33-33-008-2015-00501-01

requirió nuevamente en diferentes oportunidades a la Gerencia de Vivienda del Banco Agrario de Colombia S.A., para que realizará los desembolsos de los recursos pendientes para culminación del proyecto, además de una visita técnica de un interventor que determinara el estado actual de avance de las obras. Solicitud que nunca fue contestada por esa entidad.

Posteriormente, el Banco Agrario de Colombia S.A. en una actitud temeraria y reprochable, a través de los oficios del 19 de agosto de 2011 requiere a la compañía convocante sobre el cumplimiento de las labores encomendadas y de vencimiento de los plazos estipulados para ello, advirtiendo sobre el posible incumplimiento de sus funciones e indilgando responsabilidad disciplinaria, penal, contractual ante los entes de control por la posible mala administración de recursos públicos. Es un claro desconocimiento de su responsabilidad por sus actuaciones dilatorias como ente director del proyecto.

Indica que, mediante oficio del 3 de julio de 2012 el Banco Agrario de Colombia S.A., informó a la entidad convocante acerca del inicio de las acciones jurídicas pendientes como resultado al informe de visita anteriormente relacionado con la actuación que realizó ante los órganos de control autónomos, como Contraloría y Procuraduría los cuales hasta ahora no han arrojado ningún resultado en contra de la compañía convocante.

Finaliza manifestando que, la anterior circunstancia ha generado graves perjuicios morales y económicos a la compañía convocante, pues además de los perjuicios directos ocasionados por el incumplimiento del Banco Agrario S.A., se le ha despojado de las ganancias o utilidades que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar correctamente el proyecto citado, sin tener en cuenta el desprestigio y deterioro al buen nombre ante las entidades públicas contratantes, quien se ha visto privada de ofertar nuevamente ante la misma entidad y otras de carácter público como consecuencia de la presente actuación.

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

13-001-33-33-008-2015-00501-01

) 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 1991. 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 algunos hechos.

Afirma que, si bien es cierto lo relacionado con los hechos del primero al cuarto, no es cierto en cuanto a lo afirmado en el hecho quinto, toda vez que el primer informe de interventoría realizado por el interventor Edwin Velandia el 5 de mayo de 2008 reportó un avance de obra del 19%, anotando que el proyecto se encontraba suspendido; posteriormente, en informe del 5 de junio de 2008 el mismo interventor reportó un avance de obra del 50%, siendo que el proyecto se encontraba suspendido, con el propósito de aclarar lo anterior, se designó al arquitecto Julián Darío Amaya a fin de que verificara la situación

⁵ Fols. 420-452 Cdo no 3.

13-001-33-33-008-2015-00501-01

real del proyecto, encontrando que existían modificaciones técnicas en 5 viviendas por lo que recomendó a la entidad oferente, aclarara las razones por las cuales no se ejecutó el diseño inicialmente formulado, indica que no podía haber un avance del 50% si las modificaciones encontradas no corresponden con los planos, el presupuesto y especificaciones aprobadas.

Manifiesta que el proyecto tenía como duración 1 año, empezando a ejecutarse el 18 de septiembre de 2007, y debía culminar el 17 de septiembre de 2008. Continúa indicando que, en el desarrollo de este se suscribieron 5 actas de suspensión, legalizándose solamente una la cual sumaba un total de 148 días suspendidos mediante anexo No. 4 de la póliza 300006355, por lo que la fecha de terminación se pospuso hasta el 12 de febrero de 2009. Afirma que, las 5 actas de suspensión sumaban un total de 643 días, pero las 3 primeras suspensiones no fueron remitidas al Banco Agrario.

Con respecto a la negativa del segundo desembolso, indica que se debió a que la entidad oferente debía presentar los documentos necesarios para la aprobación de las modificaciones técnicas al proyecto, tal y como quedó estipulado en la visita realizada por el arquitecto Julián Amaya del 9 de junio de 2008 y lo establecido en el Decreto 4427 de 2005 art. 41, el cual otorga la facultad de condicionar la entrega de los desembolsos a la verificación física de la ejecución de las obras. Observaciones que no atendió la entidad oferente.

En cuanto al supuesto abandono por parte de la entidad demandada, aduce que la interventoría asignada por ellos solo tenía como objetivo la verificación del avance de obras para gestionar los desembolsos y la liquidación de contrato, por lo que las visitas que aduce la demandante no fueron realizadas se debió a que las obras se suspendieron en una tercera y cuarta oportunidad, siendo retomadas el 23 de febrero de 2010, mes en el cual se programó una nueva visita.

Finalmente indica que, no es cierto que no se haya dado respuesta a los oficios donde se remitían las correcciones realizadas por el arquitecto, toda vez que siempre le manifestaron a la entidad oferente la falta de cumplimiento de requisitos para el desembolso y las inconsistencias presentadas en los informes de avance de obras cuando las mismas no habían sido autorizadas por el Banco Agrario, no se suscribió un acta de entrega y finalización de la obra,

13-001-33-33-008-2015-00501-01

tampoco obra un informe final del interventor del Banco en el que determine el avance final del proyecto.

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.; (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.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

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 03,07, y 12, pues de los últimos informes de interventoría y visitas realizadas a las obras, se deja claro que en razón a las modificaciones técnicas que se realizaron por parte del oferente en las obras, estas nunca superaron el porcentaje del 47,91% de ejecución, aunado a ello, destacó que el ultimo interventor José Andrés Acosta Posada no avaló las modificaciones en planos porque las obras realizadas no cumplen con las exigencias de las normas NSR-98 y RAS 2000.

De lo anterior, avizó la materialización de una serie de irregularidades por parte del oferente, pues se levantó un acta de liquidación y recibo final de obras en el cual se indica que el convenio se ejecutó totalmente y a satisfacción, sin que ello fuere así, reiterándose que finalmente no le fueron aceptadas las modificaciones técnicas realizadas a lo que se suma desconocimiento del artículo 06 del Decreto 4427 de 2005, el cual indica que el aporte de los beneficiarios solo será en mano de obra, a pesar de esto el oferente en las justificaciones para las modificaciones técnicas indica que las obras que excedan el valor de los subsidios serían asumidos por los beneficiarios, igualmente existe una respuesta pormenorizada por parte del

⁶ Fols. 613-623 cdno 4

13-001-33-33-008-2015-00501-01

Banco Agrario de Colombia en el cual se indica de manera clara cuales han sido las omisiones del oferente, las falencias que subsiste, y la normativa que ha sido incumplida.

Frente a lo anterior, determinó que la accionante solo se ha trezado en un constante cruce de solicitudes sin que finalmente haya demostrado haber superado las mentadas omisiones y falencias, por lo que a la fecha no se ha realizado entrega a la entidad otorgante del proyecto debidamente liquidado, probándose el incumplimiento por parte de la demandante, por lo que resolvió denegar las pretensiones de la demanda y declarar probada las excepciones de inexistencia del daño y de los perjuicios alegados e incumplimiento en la ejecución del proyecto de vivienda Chilloa de la UT Convenio de Cooperación de viviendas rurales.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

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 la relación contractual con la demandada se origina del convenio interadministrativo aportado al proceso y 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. Indicando 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 en las zonas o terreno de ejecución del proyecto que produjo inundaciones, por la conducta omisiva de la Gerencia de Vivienda Rural del

⁷ Fols. 625-634 Cdo no 4.

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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 para que se avance en el pago, como lo entendió el A-quo.

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 liquidación 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 2017⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 13 de febrero de 2018⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 17 de abril de 2018¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

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

⁸ Fol. 3 Cdno 5

⁹ Fol. 5 Cdno 5

¹⁰ Fol. 9 Cdno 5.

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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 los argumentos del 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, 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 de la acción, toda vez que la acción de controversias contractuales no es procedente, cuando se demanda el incumplimiento de una entidad con la que no se demuestra la suscripción de

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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

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 Estado¹¹ 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.

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

¹¹ 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)

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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 la el Consejo de Estado¹², 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.”

¹² 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)

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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:

- J Certificado de existencia y representación de la parte demandante, donde se demuestra que es una entidad privada sin ánimo de lucro (fols. 29-31).
- J 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. 23-25 cdno 1).
- J Otro si modificatorio del convenio UT de Cooperación “Viviendas Rurales”, suscrito entre Corviambiente y Corpodeso, celebrado el 30 de enero de 2015 (fols. 26-27 cdno 1).
- J Oficio GV-2275 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 “Chilloa” (fols. 32-33 cdno 1).
- J Reglamento operativo para el programa de vivienda de interés social rural emitido por la Gerencia Nacional de Vivienda Rural del Banco Agrario (fols. 34-36).
- J Oficio GV 2883 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. 46-49 cdno 1). y (Fols. 453-454).
- J Acta de liquidación y recibo final de obra suscrita el 29 de junio de 2010, por el Alcalde Municipal de Margarita, la jefe de planeación municipal y el oferente (Fols.248-252).

13-001-33-33-008-2015-00501-01

- J Contratos de prestación de servicios celebrados para la ejecución del proyecto Chilloa (Fols. 455-459).
- J Respuesta del Banco Agrario a los oficios del oferente en el que manifiesta no estar de acuerdo con el informe de interventoría del 1 de mayo de 2012 (Fols. 468-475).
- J Informes de interventoría realizados por el Banco Agrario desde el 2007 al 2012 (fol. 488-586)

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 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 Chilloa, en el municipio Margarita-Departamento de Bolívar, radicado con No. 3242049500 del año 2007, por cuanto no canceló oportunamente los aportes pactados para la culminación del proyecto.

Procede esta Sala a resolver el primer motivo de inconformidad del apelante, referente a lo manifestado por el A-quo en cuanto a que afirmó que no existe relación contractual entre los entes demandados, por lo que no se encuentra claro el hecho generado 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 la no cancelación oportuna de los aportes pactados para la culminación del proyecto; solicitando además la liquidación del proyecto Chilloa.

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.

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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 Margarita, corregimiento de Chilloa (Fols. 23-25 cdno 1). Dicho convenio tuvo otro si modificatorio celebrado el 30 de enero de 2015 (fols. 26-27 cdno 1).

Que mediante oficio No. GV-2275 del 24 de mayo de 2007, el Banco Agrario-Gerencia Nacional de Vivienda Rural informa al representante legal del convenio de cooperación, que había resultado elegido para el proyecto denominado Chilloa en el municipio de Margarita (fol. 32).

No se evidencia dentro de las pruebas allegadas por ambas partes, la celebración de contrato alguno entre ellas para adelantar el proyecto denominado Chilloa en el municipio de Margarita; sin embargo, reposa en el expediente un acta de liquidación y recibo final de la obra en mención suscrita el 29 de junio de 2010, por el Alcalde Municipal de Margarita, la jefe de planeación municipal y el oferente, de dicha acta se desprende lo siguiente:

- Que el Municipio de Margarita y el Convenio de Cooperación de Viviendas Rurales, suscribieron el convenio de cooperación No. 07 el 30 de marzo de 2007, el cual tenía como objeto, "*cofinanciar recursos para la construcción de 46 viviendas en sitio propio en el corregimiento de Chilloa, municipio de Margarita, departamento de Bolívar*".
- Que a través de convenio interadministrativo No. 023 del 2007 celebrado entre el Departamento de Bolívar y el municipio de Margarita, se aportaron los recursos que les correspondían para el suministro de materiales mano de obra.
- Que en dicho documento se establece que la relación contractual tenía como fecha de terminación el 28 de mayo de 2010.

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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 Chilloa, en donde figura como contratante y responsable del proyecto, dichos contratos se celebraron con el ingeniero civil, la trabajadora social, y arquitectos de la obra (Fols. 455-459).

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 2005¹³, -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.

En el caso concreto, el contrato que rige el presente asunto es el convenio de cooperación No. 07 el 30 de marzo de 2007, suscrito por el Municipio de Margarita y el Convenio de Cooperación de Viviendas Rurales, el cual tenía como objeto, “*cofinanciar recursos para la construcción de 46 viviendas en sitio propio en el corregimiento de Chilloa, municipio de Margarita, departamento de Bolívar*”., es decir, no figura relación contractual entre las partes aquí convocadas.

¹³ 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.

13-001-33-33-008-2015-00501-01

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 rural¹⁴, 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.

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.

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; es de resaltar, que en la liquidación final del contrato se realizó el 29 de junio de 2010 entre el demandante y el Municipio de Margarita, es decir, entre quienes celebraron dicho convenio.

Así las cosas, la caducidad de este medio de control aflora palmariamente porque contados los 2 años de que habla el art. 164 de la Ley 1437 de 2011, desde el día siguiente a la liquidación de dicho contrato, es decir, del 30 de

¹⁴https://www.bancoagrario.gov.co/Vivienda/Documents/2012/SVJU02_GuiaFormulacion.pdf

13-001-33-33-008-2015-00501-01

junio de 2010 al 29 de junio de 2012, fecha para presentar la demanda, tiempo dentro del cual tenía que presentar la solicitud de conciliación, la cual fue presentada el 17 de abril de 2015, fuera del término anterior lo que debió haberse declarado en la audiencia inicial por el juez de primera instancia, o en su defecto, en la sentencia que aquí se revisa; por lo que esto sería razón suficiente para no estudiar los motivos de la apelación.

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, 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, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costas.

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,

13-001-33-33-008-2015-00501-01

VI.- FALLA:

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

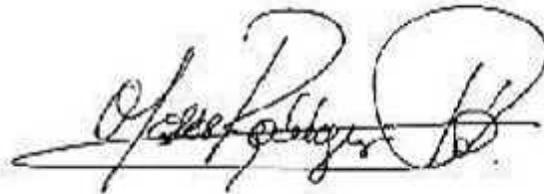
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, a la parte apelante, CORPORACIÓN PARA LA VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE., conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

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