



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO DE CALI**

Cali

Cinco (05) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA No. 021

ACCIONANTE	CONSORCIO MORENO TAFUR S.A.
ACCIONADA	MUNICIPIO DE FLORIDA, VALLE y CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA-COMFANDI.
RADICADO	76001-33-33-009-2015-00143-00
MEDIO DE CONTROL	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA Y SUS ALEGATOS

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

El **Consortio Moreno Tafur S.A**, representado por el señor Eduardo Tafur Tenorio, identificado con la cédula de ciudadanía No.16.267.720, a través de apoderada judicial, interpuso el medio de control de Controversias Contractuales, en contra del **Municipio de Florida**, siendo vinculado dentro del trámite a la **Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI-**, con el fin de determinar si se cumplieron las obligaciones derivadas del Convenio Asociativo suscrito el 02 de noviembre de 2010, por el cual se desarrollaría el proyecto de vivienda denominado "Villa Elena", en la zona de expansión de la entidad territorial demandada; y en consecuencia, precisar si le asiste responsabilidad a las entidades en mención, respecto a los perjuicios que según la sociedad demandante, le fueron causados con ocasión del presunto incumplimiento obligacional.

Como fundamentos de orden fáctico expuso que:

1.- Para el 2 de noviembre del año 2010, el Consortio Moreno Tafur S.A. suscribió con las entidades demandadas, el Convenio Asociativo referido en precedencia, el cual duraría 24 meses contados a partir de su firma.

2.- El consorcio demandante habría cumplido con su obligación de elaborar y gestionar el plan parcial para la ejecución del mentado proyecto, con el lleno de los requisitos exigidos, pese a lo cual, la continuidad de su ejecución fue suspendida por el Alcalde del Municipio de Florida -Valle-, sin que mediara para ello, acto administrativo en el que constara dicha determinación y cuya motivación habría sido presuntamente, la investigación especial de fiscalización adelantada por la Contraloría General de la Nación por las vigencias 2011-2012, específicamente en lo relacionado con el valor del terreno comprado para la ejecución del proyecto habitacional ya mencionado.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

3.- Teniendo en cuenta que con base en la determinación unilateral del Burgomaestre fue suspendida la ejecución del convenio, el 15 de agosto de 2013 se puso en conocimiento del mismo, la finalización del plazo de ejecución del convenio, situación ante la cual, el 06 de septiembre del mismo año, el Alcalde de la municipalidad accionada, mediante un oficio, le puso de presente al consorcio demandante, la posibilidad de suscribir un nuevo convenio con ésta.

4.- Pese a lo indicado por el Alcalde de la entidad territorial accionada, no fue posible la suscripción de un nuevo convenio, ni se llevó a cabo la liquidación del que ya habían suscrito.

En virtud de lo anterior, solicita que: i) se declare cumplida la obligación de elaborar, gestionar y entregar el plan parcial por parte del Consorcio, conforme fue pactado en el convenio asociativo, ii) se declare el incumplimiento por parte del Municipio de Florida, al impedir la continuidad de la ejecución del proyecto de vivienda de interés social denominado "Villa Elena", iii) se declare al Municipio de Florida responsable contractualmente por los daños y perjuicios ocasionados al Consorcio Moreno Tafurt S.A por el incumplimiento del convenio asociativo y como consecuencia de ello, se ordene cancelar el valor de \$254.289.680 por concepto de daño emergente, representado en los costos de estudios, diseños y gastos de gerencia, y así mismo se ordene pagar la suma de \$211.530.000, correspondiente al lucro cesante (intereses de mora), teniendo en cuenta la corrección monetaria durante el tiempo transcurrido desde la fecha del incumplimiento del convenio y la fecha probable en que se haga el pago de los perjuicios.

Por otro lado, también requiere que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos por el legislador y se liquide judicialmente el convenio asociativo suscrito entre las partes.

1.2 Alegatos de conclusión:

En el término concedido para tal efecto, el gestor judicial de la parte demandante allegó de forma oportuna sus alegatos finales, en los que procedió a reafirmar los argumentos esgrimidos en el libelo introductorio y a renglón seguido, hizo mención de la propuesta conciliatoria realizada por el Municipio de Florida, Valle en el transcurso del proceso, relacionada con la posibilidad de suscribir un nuevo convenio entre las partes, con el fin de desarrollar en un lote del mentado Municipio, una nueva urbanización, la que fue desestimada por este Despacho, y frente a la cual solicita sea reconsiderada, pues en su concepto, con dicha propuesta no solo se estarían salvaguardando los derechos de las partes, sino principalmente de la comunidad de escasos recursos, que ve en el mentado proyecto, su opción de acceder a vivienda de interés social¹.

2. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS, DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SUS ALEGATOS DE CONCLUSION

¹ Obrante a folios 238 a 243 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

2.1.- Municipio de Florida, Valle:

2.1.1.- Contestación de la demanda:

La apoderada judicial de dicha entidad territorial, contestó oportunamente la demanda², oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto argumentó, que no era cierto que el Alcalde Municipal hubiere suspendido la ejecución del proyecto habitacional en debate, pues lo que sucedió fue que el mentado convenio perdió vigencia el 02 de noviembre de 2012, sin que ninguna de las partes interesadas hiciera pronunciamiento alguno sobre dicha circunstancia.

Refiere, que el representante legal del consorcio Moreno Tafur S.A. sólo se pronunció frente a la mentada situación, en fecha posterior al vencimiento del convenio, en el entendido de solicitar el reconocimiento y pago de perjuicios por la no entrega de los terrenos por parte de la entidad demandada; circunstancia frente a la cual, aduce que el Alcalde de Florida le puso de manifiesto su intención de celebrar un nuevo convenio y así se lo propuso al Concejo Municipal en dos ocasiones, siendo negadas sus dos iniciativas.

Por otro lado, aduce que:

- La Caja de Compensación Familiar –COMFANDI-, es la entidad responsable de ejecutar todas las operaciones relacionadas con el convenio y fue quien quedó como representante éste ante terceros.
- El costo del plan parcial quedó sujeto a los costos del proyecto, según se desprende del parágrafo tercero de la cláusula quinta del convenio asociativo.
- De acuerdo con los compromisos adquiridos en el convenio asociativo, el Municipio de Florida entregó en fiducia un lote de terreno de 54.400 metros cuadrados.
- Los aportes del constructor no fueron definidos en el convenio, ya que los mismos serían descritos mediante un otrosí, en el que se definirían los porcentajes de participación de las entidades que suscribieron el mencionado acuerdo.
- Pese a lo anterior, dicho documento no se suscribió entre las partes, por lo que es claro que al no haberse materializado el proyecto, la sociedad demandante ni la Caja de Compensación Familiar –COMFANDI-, llevaron a cabo la ejecución de su aporte.
- Si bien el constructor llevó a cabo la elaboración del plan parcial, lo cierto es que éste fue planteado sobre dos lotes, respecto de los cuales, uno de ellos era de propiedad de un particular.

Meced a lo expuesto, concluye que el plan parcial fue desarrollado sobre un lote de terreno que no se encontraba incluido en el convenio asociativo, aclarando que el que se especificó en el acuerdo era de 54.054 metros cuadrados y se identificaba

² Folios 85 a 89 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

con la matrícula inmobiliaria No. 372-167734; amén de que, pese a cumplirse por parte de la entidad territorial con la entrega de dicho lote, lo cierto es que ninguna de las demás partes del contrato cumplieron con sus obligaciones, pues contrario a ello, durante el término en que se debía desarrollar el proyecto no hicieron pronunciamiento alguno sobre la ejecución del mismo.

Aunado a lo indicado, afirma que el plan elaborado por la sociedad demandante en nada valorizó el terreno, pues el mismo fue modificado mediante Decreto No. 077 del 19 de noviembre de 2014.

Por último, refiere que de acuerdo con la cláusula sexta del contrato, las partes acordaron que en caso de abortarse el proyecto por cualquier causa que impidiera su desarrollo, el convenio sería liquidado y se relevarían mutuamente de cualquier responsabilidad, advirtiendo que no tendrían derecho a reclamaciones judiciales o extrajudiciales.

A partir de lo anterior, formuló como excepciones las denominadas: *"inexistencia de la obligación de pagar suma alguna, cobro de lo no debido e innominada"*.

2.1.2 Alegatos de conclusión:

A través de su gestora judicial presentó sus alegatos de conclusión oportunamente³, procediendo a reafirmar los argumentos esgrimidos en su escrito de contestación de demanda y acto seguido, puso de presente que en su concepto, dicha entidad habría cumplido con su obligación de entregar los lotes de terreno requeridos para la ejecución del proyecto habitacional "Villa Elena", lo que considera se materializó con la constitución del Fideicomiso, el cual sería administrado por la sociedad Alianza Fiduciaria S.A.

Indicó además, que en el sub-lite se presentó un incumplimiento de obligaciones por parte de la Caja de Compensación Familiar – COMFANDI, pues no acreditó que hubiera realizado las labores de venta y construcción, a ésta impuestas por el convenio tantas veces referido.

2.2. CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFAMILIAR ANDI- COMFANDI:

2.2.1- Contestación de la demanda:

El apoderado judicial de dicho extremo litigioso contestó oportunamente la demanda⁴, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto argumentó que su obligación era exclusivamente la de administrar y gerenciar el proyecto habitacional "Villa Elena", conforme quedó establecido en el literal B) de la cláusula segunda del convenio asociativo.

Partiendo de ello, refiere que al no haberse ejecutado el proyecto habitacional en comento, nunca habría surgido para la misma, la posibilidad de cumplir los

³ Folios 244 a 248 del C.1.

⁴ Folios 159 a 164 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

compromisos adquiridos, a pesar de contar con la disposición para hacerlo; en consecuencia, señala que no podría reprocharse incumplimiento de su parte.

Aunado a lo anterior, manifiesta que la sociedad demandante nunca hizo alusión a incumplimiento de obligación alguna por parte de COMFANDI y contrario a ello, solicitó su desvinculación del presente proceso.

Por otro lado señala, que si bien la Contraloría General adelantó una investigación especial de fiscalización, lo cierto es que de la lectura del informe realizado por dicho ente no se observa que se hubiera ordenado la suspensión del proyecto objeto del convenio asociativo suscrito entre las partes.

Así las cosas, afirma que pese a las recomendaciones y hallazgos del ente de control en mención, lo cierto es que la entidad territorial omitió dar continuidad a la ejecución del proyecto, al no haber entablado comunicación con ninguno de los contratantes para iniciar las obras respectivas.

Formuló como excepciones: "*COMFANDI fue parte cumplida dentro del convenio asociativo y genérica*".

2.2.2 Alegatos de conclusión:

El gestor judicial del **COMFANDI**, presentó sus alegatos de conclusión oportunamente⁵, en los que reafirmó los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de demanda.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales.

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011⁶, en la que, además de fijar el litigio, se decretaron las pruebas, siendo éstas recaudadas conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma⁷.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 181 de la Ley 1437 de 2001, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

⁵ Folios 249 a 253 del C.1.

⁶ Folios 183 a 185 y 196 a 198 del C.1.

⁷ Folios 236 y 237 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

3.2. Problema jurídico planteado:

El problema jurídico se circunscribe a determinar, si en el caso bajo análisis tuvo lugar el incumplimiento por parte del **Municipio de Florida -VALLE-** de las obligaciones derivadas del Convenio Asociativo suscrito con la sociedad demandante **CONSORCIO MORENO TAFUR S.A.** y la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA- COMFANDI**, el 02 de noviembre de 2010, por el cual se desarrollaría el proyecto de vivienda denominado "Villa Elena" en la zona de expansión de dicho Municipio; y en consecuencia, determinar si le asiste responsabilidad alguna a la entidad demandada, así como a la entidad vinculada respecto de los perjuicios que según la parte demandante, le fueron causados con ocasión del incumplimiento alegado.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

3.3.1. Régimen aplicable a los convenios asociativos:

Ab-initio es menester señalar, que el debate en torno al régimen que debe direccionar la celebración de los acuerdos tendientes a materializar un proyecto habitacional de interés social, no ha sido pacífico y presenta dos escenarios plenamente identificables: i) el régimen de contratación consagrado en la Ley 80 de 1993, que es el régimen aplicable por excelencia y ii) el régimen desarrollado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en aplicación del precepto constitucional consagrado en el artículo 355 de la Constitución Política, el que analiza el tema de los convenios de asociación y que se considera de carácter excepcional.

Así las cosas, se tiene que frente a la segunda modalidad de negociación jurídica, el constituyente de 1991, en el inciso 2º del precepto constitucional enunciado, precisó: *"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro** y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia"* (Negrillas fuera de texto).

En cumplimiento a lo anterior, el ejecutivo expidió el Decreto 777 de 1992, a través del cual reglamentó la celebración de dicha modalidad de contratación, advirtiendo en el inciso 1º de su artículo 1º que: *"Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios **con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983"*** (Negrillas fuera de texto).

Así mismo, el artículo 2º de la normatividad en comento, el cual fue adicionado por el Decreto No.1403 de 1992, indicó los contratos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de dicha regulación, entre los cuales se encuentran aquellos "

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

*que acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico **por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta***"(Negrillas fuera de texto).

Posteriormente, la Ley 489 de 1998 en su artículo 95, inciso 1º consagró que:

*"Las entidades públicas podrán asociarse **con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos** o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro"* (Negrillas fuera de texto).

En virtud de lo anterior, el artículo 96 ibídem dispuso lo siguiente:

*"Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, **asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación** o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*

***Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política**, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes (...)"* (Negrillas fuera de texto).

Como bien se observa, los convenios asociativos constituyen un negocio jurídico con el cual se busca impulsar proyectos o programas que interesen a la comunidad en general, de acuerdo con lo establecido en los planes de desarrollo Nacional o Seccional; no obstante, como requisito sine qua non de dichos acuerdos, se exige la intervención de una persona jurídica sin ánimo de lucro.

Ahora bien, de acuerdo con el Honorable Consejo de Estado, los convenios interadministrativos tienen como características principales las siguientes: "(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio **cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales**; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”⁸(Negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, dicho Cuerpo Colegiado señaló que: *“Al igual que en cualquier otro tipo de relación jurídica que tiene como fuente la autonomía contractual, la disposición efectiva de los intereses de los contrayentes en los convenios interadministrativos los obliga a cumplir con aquello a lo que se han comprometido, **a través del concurso de sus esfuerzos para alcanzar la finalidad común. Más aún que del efecto vinculante de los negocios jurídicos, en los convenios interadministrativos se habla de una coordinación o colaboración entre las entidades contrayentes para el logro de los fines de la Administración**”⁹.*

Tomando como marco de reflexión el recuento jurisprudencial expuesto, se tiene que a diferencia de lo contratos estatales, con la celebración de los convenios interadministrativos de asociación, en principio se busca aunar esfuerzos entre las entidades públicas y los particulares para conseguir la ejecución de proyectos que no tienen como objetivo generar una contraprestación en beneficio de la administración, sino crear un nexo de voluntades para lograr el cumplimiento de un fin mutuo y compartido por ambos contratantes; es por ello, que al tenor del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, dicho tipo de acuerdos deben contener, sin perjuicio de que se puedan incluir otros aspectos, lo siguiente: i) su objeto, ii) las obligaciones a cargo de las partes intervinientes, iii) el término de duración del convenio, iv) los aportes de las partes y v) los esquemas de coordinación para efectos de la ejecución conjunta de lo pactado.

Por otro lado debe indicarse, que otra característica propia de los convenios interadministrativos, es que éstos se pactan mediante la modalidad de contratación directa, tal como lo establece el literal c) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el cual fue modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011.

Finalmente, es menester resaltar que recientemente fue expedido el Decreto No. 092 de 2017, mediante el cual quedaron derogadas las disposiciones contenidas en los Decretos No. 777 y 1403 de 1992 y, se reglamentó lo concerniente a los convenios de que trata el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política, disponiéndose en su artículo 8º, que la contratación a la que hace referencia dicha normatividad está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública, excepto aquellas situaciones que ya se encuentran reglamentadas por dicha disposición normativa.

En tal virtud, se observa que el artículo segundo de la norma en cita reguló la procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida trayectoria, así:

“Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 23 de junio de 2010, Radicado No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860), Consejero Ponente: Dr. **Mauricio Fajardo Gómez**.

⁹ *Ibidem*.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:

(a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de Entidad con los cuales esta busque exclusivamente promover los de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de minorías, el derecho a la educación, derecho a paz, manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y promoción de la diversidad étnica colombiana;

(b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y

(c) Que no exista oferta en el mercado de bienes, obras y servicios requeridos para la y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 1993, sus modificaciones y reglamentos”.

3.3.2. La acción de controversias contractuales:

El artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló el medio de control de controversias contractuales, estableciendo que el mismo fue instituido con el fin de controvertir todos los asuntos relacionados con las diferencias que se susciten entre la entidad contratante y el contratista, ya sea sobre la validez del contrato o alguna de sus cláusulas, sobre la existencia del contrato, sobre la revisión, para que se decida sobre la validez de los actos administrativos contractuales que expide la administración, para que se declare el incumplimiento de alguna de las partes, con su consecuencial condena al pago de los perjuicios causados y en general, para que se hagan otras declaraciones y condenas, como sería el caso de los aspectos relacionados con el manejo del equilibrio económico del contrato y el reconocimiento de extra costos, que merecen un estudio especial respecto de los procesos de ejecución o cumplimiento de las obligaciones originadas en los mismos.

Ahora bien, en lo relacionado con el incumplimiento de obligaciones de índole contractual, la Ley 80 de 1993 en su artículo 50 dispuso que las entidades Estatales responderían por todas aquellas actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones de carácter antijurídico a éstas imputables, y con las cuales se le hubiere causado perjuicios a sus contratistas, los que debían ser por éstas indemnizados.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

Por su parte, el Código Civil en su artículo 1602, aplicable a los contratos estatales por expresa disposición del artículo 13 de la ley 80 de 1993¹⁰ dispone, que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. A su vez, el artículo 1603 del mismo estatuto determina, que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que derivan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Frente al tema del incumplimiento contractual, se tiene que el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2016¹¹, puso de presente que éste *"...supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato. Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico. Así mismo tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral"*.

En el mismo pronunciamiento puso de presente, que el incumplimiento contractual *"...se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contractantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados."*

Frente a los efectos del incumplimiento contractual, se tiene que la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, siendo Consejera Ponente la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, en Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicado Interno No. 17214, puso de presente que estos eran dos, a saber: a) En primer lugar, el deudor incumplido quedaba sujeto a ser perseguido judicialmente con la finalidad de que cumpla con el objeto del contrato o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con su conducta omisiva y, b) Por otro lado, se genera el derecho del afectado a obtener ante el juez del contrato, la realización de la prestación incumplida de ser ello posible o en su defecto, de perseguir su equivalente y el correspondiente resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito.

¹⁰ Artículo 13º.- *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010. "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley..."*

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Radicación No. 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449), Sentencia del 27 de enero de 2016.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

Precisó además, que para que se desatara una responsabilidad de índole contractual, no bastaba con que se demostrara el solo incumplimiento de una obligación contractual o legal, sino que además, debía haberse acreditado por el demandante, que con el que mismo, se le había causado un daño (daño emergente o lucro cesante), el cual además, debía tener el carácter de cierto, a fin de poder ser indemnizado.

3.4. Cuestión Previa:

Previo a efectuar el análisis de fondo del caso planteado, es importante señalar que si bien la normativa en comento dispone que los convenios de asociación se regirán por el derecho privado, a saber, la normativa consagrada en el Código Civil, lo cierto es que no puede dejarse de lado que en el presente asunto se encuentra vinculada a la Litis una Entidad Estatal, a saber, el Municipio de Florida-Valle, motivo que lleva a concluir que si bien los convenios asociativos revisten una naturaleza privada, lo cierto es que al obrar como parte en el mismo una entidad estatal, el presente asunto es de conocimiento de la Jurisdicción Administrativa, amén de que, en sentir de esta juzgadora es claro, que al no contarse, para la fecha de celebración del acuerdo objeto de estudio, con un desarrollo normativo y jurisprudencial sólido frente al tema, resulta necesario acudir a las normas del Estatuto de Contratación Estatal y a las disposiciones de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, con el fin de suplir los vacíos legales que se llegaren a presentar al momento de dirimir la controversia planteada.

3.5 Análisis del caso en concreto:

En el caso materia de estudio, se alega por la parte actora el presunto incumplimiento por parte de las entidades demandadas, de las obligaciones a éstas asignadas en virtud de la suscripción de un convenio asociativo, cuya finalidad consistía en el desarrollo del proyecto de vivienda de interés social denominado "Villa Elena" en el Municipio de Florida -Valle-; modalidad contractual, que conforme lo ha manifestado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su jurisprudencia, se implementa cuando las entidades participantes, persiguen un interés común y en su búsqueda, cada una ejecuta las actividades para las que es competente, compartiendo tareas entre ellas¹².

A partir de lo expuesto, procederá el Despacho a resolver el problema jurídico planteado precisando que, de acuerdo con el acervo probatorio obrante en e plenario, se encuentra acreditado lo siguiente:

1.- El 2 de noviembre de 2010 fue celebrado entre el Municipio de Florida -Valle, La Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI- y el Consorcio Moreno Tafur S.A, un Convenio Asociativo para desarrollar el proyecto de vivienda de interés social denominado "Villa Elena", dentro de la Jurisdicción del mentado Municipio¹³, el cual, conforme quedó determinado en su cláusula novena¹⁴, tendría una duración de 24 meses contados a partir de la fecha de su suscripción.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Luís Fernando Álvarez, Radicación No. 11001-03-06-000-2010-00003-00(1982), providencia del 25 de marzo de 2010.

¹³ Convenio que obra a folios 8 a 12 del C.1.

¹⁴ Reverso del folio 11 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

2.- En el numeral 5º de los antecedentes del mentado convenio, así como en su cláusula primera, se determinó que el Municipio de Florida –Valle- aportaría para la ejecución del proyecto habitacional, un lote de terreno de 54.400 m², que se identificaba con la matrícula inmobiliaria No.378-32795, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira, el que se encontraba ubicado en el Corregimiento de la Dina del Municipio de Florida¹⁵.

3.- Por su parte, en el numeral 8º del mismo documento se precisó, que para lograr el desarrollo del proyecto de vivienda en comento, debía elaborarse y gestionarse ante el Municipio de Florida –Valle-, por parte de la sociedad demandante, en su calidad de constructor, un plan parcial de expansión, lo que debía realizarse con anterioridad a la elaboración de los correspondientes estudios previos¹⁶.

4.- En el párrafo primero de la cláusula primera del Convenio bajo estudio¹⁷, las partes acordaron en designar a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI-, como la gestora del proyecto, con ocasión a la experiencia con que contaba dicha entidad, en la ejecución de planes de vivienda de interés social prioritario¹⁸ como el aquí estudiado. Aunado a lo anterior, en el párrafo segundo de la misma cláusula, se dispuso que dicha entidad, en su calidad de gestora "*...estaría enfocada a proveer los medios*" y no sería responsabilidad de la misma garantizar los resultados.

5.- Acto seguido, se tiene que en la cláusula segunda del mentado convenio se establecieron las obligaciones asignadas a cada una de las partes, determinándose en el literal A) aquellas que quedarían a cargo del Municipio de Florida –Valle-, dentro de las cuales se destacan las siguientes: "*...A-1. Entregar los terrenos ya englobados destinados a la ejecución de este Proyecto...A-6. Aportar el lote individual segregado donde se ejecutará cada unidad de vivienda... A-7. Adoptar el plan parcial del proyecto... A.-11 Transferir a título de fiducia mercantil a una entidad fiduciaria seleccionada por COMFANDI, los lotes de terreno para el desarrollo del proyecto, en cuyo patrimonio autónomo será fideicomitente*".

6.- Por su parte, en el párrafo primero de la cláusula indicada se puso de presente que: "*...El MUNICIPIO manifiesta que los bienes inmuebles que aporta para el desarrollo del proyecto son de su exclusiva propiedad, que no los ha enajenado antes y que están libres de censo, hipoteca, arrendamiento por escritura pública, embargo judicial, pleito pendiente, registro de demanda y que sobre su dominio no pesa condición resolutoria, ni, patrimonio de familia así como cualquier gravamen que limite el uso o el dominio y que se obliga al saneamiento en los términos de ley...*".

7.- En el literal B) de la misma cláusula se determinaron las obligaciones en cabeza de la gestora del proyecto, Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI-, de cuya lectura se reafirma que su aporte al convenio asociativo bajo estudio consistía en la aplicación de la experiencia y conocimiento

¹⁵ Folio 9 del C.1.

¹⁶ Reverso del folio 9 del C.1.

¹⁷ Reverso del Folio 9 del C.1.

¹⁸ Ver numeral XII de los antecedentes del convenio asociativo, reverso folio 9.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

que tiene de proyectos de dicha naturaleza, la realización del proceso de comercialización y venta del proyecto, incluyendo el recaudo de cuotas iniciales, la postulación de los subsidios de vivienda a las distintas entidades otorgantes, entre otros.¹⁹

8.- Finalmente, en el literal C) de la cláusula bajo estudio se determinaron las obligaciones en cabeza de la sociedad demandante, en su calidad de constructora del proyecto habitacional "Villa Elena", dentro de las cuales se destacan las siguientes: "...C-1. Realizar las obras de infraestructura y urbanismo para la ejecución del proyecto de vivienda de Interés Social objeto del presente convenio..." y "...C-8. Gestionar el plan parcial y obtener el decreto de adopción ante la entidad competente para el desarrollo del proyecto de vivienda de interés social denominado VILLA ELENA, junto con los estudios y permisos previos pertinentes²⁰".

9.- Una vez definidos los compromisos de cada uno de los intervinientes, se pactó en la cláusula cuarta del convenio los aportes y participaciones de los asociados, así:

"A. APORTES

1. *EL MUNICIPIO aporta a este Proyecto el terreno de su propiedad en el que se construirá el Proyecto, **sin que dicho aporte le genere participación alguna en las pérdidas o ganancias del mismo**, toda vez que este aporte se constituirá en subsidio municipal en especie para los futuros adquirientes del proyecto que cumplan con las exigencia de ley para este evento.*
2. *Los aportes de EL CONSTRUCTOR y de COMFANDI **serán descritos mediante un otrosí al presente convenio, en el cual también se definirán los porcentajes de participación de estas entidades en este convenio asociativo**" (Negrillas fuera de texto).*

10.- Acto seguido, se dejó pactado en el literal b) de la cláusula en comento, que la oportunidad en que se deben hacer los aportes por parte de los Asociados sería definida **en el flujo de caja de haría parte integral del convenio.**

11.- Por otro lado se observa, que en el párrafo tercero de la cláusula quinta del acuerdo bajo estudio se indicó, que **los costos del plan parcial estarían cargados a los costos del proyecto.**

12.- En lo que respecta a la liquidación del convenio se tiene que, en principio, quien tenía a cargo dicha labor era la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI-, en caso de que no se lograra liquidar éste por mutuo acuerdo entre los asociados, tal como se desprende de la cláusula décimo segunda; así mismo, se observa que previamente, esto es, en la cláusula sexta, las partes acordaron que en caso de abortarse el proyecto por cualquier causa que impidiera

¹⁹ Reverso del Folio 10 del C.1.

²⁰ Folio 11 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

su ejecución, se debía liquidar lo convenido y se relevarían mutuamente de cualquier reclamación judicial o extrajudicial.

13.- Por último, es menester resaltar que conforme a la cláusula décima del convenio, los asociados determinaron que **las ganancias o pérdidas a las cuales hubiere lugar, se distribuirían de acuerdo al porcentaje de participación de las partes.**

Una vez estudiadas las responsabilidades y obligaciones que le correspondían a cada una de las partes del convenio asociativo, se pasará a analizar en primer lugar, si la sociedad demandante habría cumplido con su obligación de gestionar el plan parcial del proyecto habitacional bajo estudio, siendo ésta la actividad previa que condicionaba el desarrollo del proyecto de vivienda bajo estudio.

Acto seguido, se estudiará si como fue alegado en la demanda, el Municipio de Florida –Valle- incumplió con su obligación de dar continuidad a la ejecución del mentado convenio, al no haber hecho efectiva y oportuna la entrega del terreno donde se construiría el proyecto habitacional denominado “Villa Elena”. De igual manera, se procederá a verificar si la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI-, habría incumplido alguna de sus obligaciones a su cargo, con lo que hubiere contribuido en manera alguna a la parálisis en la ejecución del objeto del convenio.

Finalmente y en caso de encontrarse probadas las alegaciones formuladas en la demanda, procederá esta Operadora Judicial a adentrarse en lo relacionado con la indemnización de perjuicios solicitada por la sociedad demandante.

Así las cosas y teniendo en cuenta los elementos probatorios obrantes en el plenario se tiene, una vez tuvo lugar la suscripción del convenio asociativo el 2 de noviembre de 2010, el Municipio de Florida –Valle- expidió la Resolución No. 142 del 3 de mayo de 2011²¹, a través de la cual procedió a fijar los determinantes o postulados que debían desarrollarse en el plan parcial del proyecto habitacional denominado “Villa Elena”.

Con base en los parámetros fijados en la mentada Resolución, la sociedad demandante procedió a elaborar el correspondiente plan parcial, el que fue presentado ante el Municipio de Florida –Valle- el 17 de febrero de 2011, y que se constituyó de tres volúmenes, así: En el primero se encuentra el estudio de suelos, en el segundo se determinaron las generalidades, los sistemas estructurantes y el componente económico del plan parcial y, en el tercero se fijaron los objetivos, los criterios de planificación, la propuesta y la simulación urbanístico financiera²².

El anterior plan parcial fue adoptado por la entidad territorial accionada mediante el Decreto No.098 del 30 de diciembre de 2011²³, el que en su artículo 1º dispuso que dicho plan se adoptaría como un “...instrumento de planificación complementario al Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Florida, Acuerdo 198 de 2001, ubicado en el Suelo de Expansión del Municipio de

²¹ Folios 13 y 14 del C.1.

²² Tres cuadernos anexos a los dos principales.

²³ Folios 27 a 32 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

Florida” y, cuyo objetivo sería el de: “regular el desarrollo urbano del Área de Planificación mediante la implementación del Plan Parcial que diseña y gestiona de manera integral todos los proceso de urbanización a desarrollarse bajo los principios de sostenibilidad ambiental, habitabilidad y calidad de vida establecidos por el Plan Básico de Ordenamiento Territorial”.

De la revisión del artículo 7º del mentado Decreto, como del componente 4.1.9 del Plan parcial, resulta posible determinar que las unidades de gestión o aquellas donde se llevaría a cabo la ejecución de las obras del proyecto habitacional, eran tres y se identificaban con los folios de matrícula inmobiliaria Nos.37832795 y 378167734, siendo una de ellas de propiedad del Municipio de Florida, mientras que las dos restantes pertenecían a la señora Melba Caldas.

No obstante lo anterior, se observa que por solicitud de la señora Caldas, quien actuó por medio de la Constructora Mejor Vivir S.A., la entidad territorial accionada llevó a cabo la modificación del mentado plan, mediante Resolución No.235 del 21 de abril de 2014²⁴, en el entendido de cambiar su denominación de plan parcial “Villa Elena” a plan parcial “Santa Sofía” y en virtud del cual, el terreno para la ejecución de este proyecto habitacional, ya no estaría conformado por 233.024 metros, sino por los 178.970 metros, correspondientes al terreno de propiedad de la señora Melba Caldas.

Así mismo, se tiene que a dicha modificación le fue otorgada viabilidad por el Municipio de Florida -Valle-, mediante la Resolución No.SPEI-293 del 21 de abril de 2014²⁵ y finalmente, fue adoptada con la Resolución No.077 del 19 de noviembre de 2014²⁶.

Hasta este punto podría decirse, que el Consorcio Moreno Tafur habría cumplido con la obligación previa a la ejecución del proyecto habitacional, que le fue impuesta en el numeral VIII de los antecedentes y en el literal C-8 de la cláusula segunda del Convenio Asociativo bajo estudio, consistente en la obligatoriedad de gestionar el plan parcial y obtener su decreto de adopción.

Acto seguido, pasa el Despacho a verificar el cumplimiento de las obligaciones de las entidades demandadas, citadas en párrafos anteriores, comenzando con la radicada en cabeza del Municipio de Florida-Valle-, relacionada con el deber de entregar de forma efectiva y oportuna los lotes de terreno para la ejecución del Proyecto habitacional “Villa Elena”.

Sea lo primero precisar, que conforme se observa a folios 33 y 34 del cuaderno principal, el representante legal del consorcio demandante radicó ante la Alcaldía Municipal de Florida, Valle, el 16 de agosto de 2013, un memorial en el que solicitó le fueran reconocidos y pagados una serie de perjuicios materiales, que se le habrían causado, pues, pese a que dicha sociedad cumplió con su obligación de gestionar el plan parcial, la entidad territorial en comento, no habría dado lugar a la entrega de los terrenos destinados para la ejecución del proyecto habitacional “Villa Elena” durante el tiempo de vigencia del convenio, como era su obligación,

²⁴ Folios 107 a 125 del C.1.

²⁵ Folios 129 a 135 del C.1.

²⁶ Folios 136 a 150 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

hecho que refirió, habría imposibilitado la ejecución del proyecto, pues no hubo terreno o lugar donde iniciar las labores de construcción.

Por su parte, el Municipio de Florida-Valle- mediante el Oficio No.AJM-32.01-217-2013 del 06 de septiembre de 2013²⁷, procedió a dar respuesta a la solicitud antedicha, en el entendido de solicitar la ampliación del plazo para responder a lo relacionado con el reconocimiento de perjuicios, y seguidamente puso de presente, que la razón por la cual no se había entregado el inmueble requerido para iniciar la ejecución del proyecto habitacional materia del convenio asociativo, era porque éste se encontraba afectado por una investigación fiscal iniciada por la Contraloría General de la Nación, la que se encontraba indagando sobre la manera como aquel había sido adquirido por el mentado Municipio.

Lo anterior fue corroborado con el oficio No. DAM 1-8.296-2013 del 18 de octubre de 2013²⁸, suscrito por el Alcalde Municipal de Florida, Valle y dirigido al Representante Legal de la sociedad demandante, en el que se puso de presente que, "*...la Contraloría General de la República se encuentra en proceso de revisión de los documentos que hicieron parte de la negociación y adquisición del predio Villa Helena, así como la suscripción del Convenio Asociativo...*".

Acto seguido, se tiene que la investigación fiscal iniciada por la Contraloría General de la República contra el Municipio de Florida -Valle-, por actividades desarrolladas en sus vigencias 2011-2012, referida en párrafos anteriores, fue materia de un *informe de actuación especial de fiscalización*²⁹, el que fue presentado en enero de 2014 y en el que se determinó que la mentada investigación fue iniciada en razón de la presencia de dos hallazgos fiscales importantes (20 y 21), relacionados con el inmueble en el que se desarrollaría el proyecto habitacional "Villa Elena", lo que fue descrito de la siguiente manera:

"Hallazgo No.20: Predio El Maizal (F y D):

(...)

...se presenta un hallazgo con presunto alcance fiscal por detrimento patrimonial originado en una gestión antieconómica, producto de adquirir un crédito e incurrir en unos costos financieros para un proyecto que no ha sido realizado y se pretende liquidar...lo anterior evidencia deficiencias financieras en su planeación y que el Municipio, en la fecha de suscripción del convenio asociativo, no tenía la estabilidad financiera para un proyecto de esta envergadura, tal y como se manifiesta en los considerandos del Acuerdo No.415 del 11 de febrero de 2010 donde señala la situación económica de iliquidez por la que atraviesa el Municipio de Florida, Valle. El valor del presunto detrimento patrimonial asciende a \$374.3 millones.", para llegar a la conclusión "...teniendo en cuenta la situación económica crítica que afrontaba el municipio, no se hizo un análisis de su nivel de endeudamiento para determinar la conveniencia de asumir nuevas obligaciones, más cuando se cumplió con el objeto del proyecto y no se ha beneficiado a la comunidad con el proyecto de vivienda, pero si se han pagado intereses por el

²⁷ Folios 35 y 36 del C.1.

²⁸ Folio 38 del C.1.

²⁹ Folios 40 a 51 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

crédito al que se recurrió para financiarlo...al momento de la revisión del convenio por parte de este órgano de control (30 de agosto de 2013), se encontraba vencido, desde el 12 de noviembre de 2012, sin observar acciones o alguna gestión para la liquidación o para su ejecución, de ser procedente”.

"Hallazgo No.21: Avalúo Predio El Maizal (F y D):

(...)

...se concluye que se presenta un hallazgo con presunta incidencia disciplinaria y con connotación fiscal por \$694.2 millones, cuantía que resulta como diferencia entre el valor cancelado por el Municipio y el avalúo oficial determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, situación que devela una gestión antieconómica de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, por la diferencia en los mayores costos cancelados...” para concluir que el anterior hallazgo permanecía incólume porque “el Acuerdo No.386 de 2008 que autorizó al señor Alcalde para que adquiriera el predio en cuestión fue taxativo en establecer que el valor del precio o la indemnización por concepto de adquisición correspondía únicamente al realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi,...En segundo lugar, en la respuesta no se adjuntaron soportes que demuestren la gestión ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o donde se solicite este servicio. Por último, tal como se indicó en el hallazgo, el avalúo fue realizado por un particular, sin costo alguno, que no se encuentra inscrito en la Lonja de Propiedad Raíz...”.

Por otro lado, se observa que pese a que el inmueble matriculado bajo el No.378-32795 fue sometido a una investigación fiscal, conforme fue explicado en los párrafos anteriores, el Municipio de Florida -Valle-, mediante la Escritura Pública No.2649 del 29 de diciembre de 2011³⁰, constituyó un fideicomiso sobre el mismo.

Ahora bien, con la finalidad de verificar el efectivo registro del fideicomiso en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, éste despacho procedió a oficiar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira -Valle-, dependencia que mediante Oficio No.DJ-925 3782016EE01295 del 13 de julio de 2016³¹ refirió que el folio identificado con el No. 378-32795, había sido cerrado en razón de pasar por virtud del fideicomiso, a ser manejado por Alianza Fiduciaria S.A. y en su lugar se habían abierto las matrículas inmobiliarias Nos.378-167734 y 378-194449³², de cuya revisión³³ se pudo constatar que actualmente el derecho de dominio de los predios identificados con esas matrículas, había sido transferido por adición, al fideicomiso tantas veces mencionado.

Sea pertinente precisar frente a este punto en específico, que si bien la apoderada de la entidad territorial demandada, en su escrito de alegatos de conclusión³⁴, equiparó la constitución del fideicomiso sobre el inmueble matriculado bajo el No.378-32795 con su entrega para la ejecución del proyecto habitacional bajo

³⁰ Folios 97 a 106 del C.1.

³¹ Folio 203 del C.1.

³² Conforme se observa a folio 208 del C.1., en la matrícula inmobiliaria No. 378-32795.

³³ Folios 210 y 211 del C.1.

³⁴ Folios 244 a 248 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

estudio, la realidad procesal es otra, puesto que no fueron aportadas al plenario las pruebas idóneas con las que se lograra acreditar dicha afirmación, las cuales hubieren sido: el acta de entrega y recibido del inmueble por parte de la sociedad demandante en su calidad de constructora o en su defecto, el acta de iniciación de las obras, en la que se diera cuenta que las mismas habrían comenzado por contar con el terreno para ello.

Conforme con el acervo probatorio analizado en párrafos anteriores, resulta pertinente precisar que en el presente caso se encuentra acreditado que el proyecto habitacional denominado "Villa Elena", cuya ejecución fue el objeto del convenio asociativo materia de estudio en el presente caso, no ha podido ser ejecutado hasta la fecha y la razón de esta imposibilidad radica en que uno de los inmuebles destinados para la construcción del mentado proyecto, a saber, el identificado con el folio de matrícula No. 378-32795, que inicialmente era de propiedad de la señora Melba Caldas y que posteriormente se compró por la entidad territorial demandada, fue materia de una investigación fiscal por parte de la Contraloría General de la República, al haberse encontrado que fueron utilizados dineros públicos para pagar el crédito dinerario utilizado para financiar la compra del mentado inmueble, pese a que el Municipio de Florida –Valle- se encontraba en una evidente y conocida iliquidez financiera y además, porque el valor del inmueble adquirido, habría sido determinado por un evaluador particular no registrado en la Lonja de Propiedad Raíz, pese a que resultaba obligatorio que esta valoración hubiera sido realizada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

La anterior circunstancia impidió la ejecución del mentado proyecto habitacional dentro del plazo fijado en el convenio asociativo bajo estudio, el que de acuerdo con lo determinado en la cláusula novena³⁵ del mismo documento, era de 24 meses, los que vencieron el 2 de noviembre de 2012, pues conforme quedó acreditado en el texto del mentado convenio, el mismo fue suscrito el 2 de noviembre de 2010. Paralización, que conforme se desprende de lo determinado en el *informe de actuación especial de fiscalización*³⁶, elaborado por la Contraloría General de la República, y de los escritos de alegatos de conclusión allegados al plenario por los apoderados de las partes, se habría extendido hasta los presentes días.

Es así como resulta posible concluir, que la entidad territorial demandada, en efecto, habría incumplido con la obligación principal que le imponía el convenio asociativo bajo estudio y que reposa en el literal A-1 de la cláusula segunda del mismo³⁷, la que se reitera, no era otra distinta a la de entregar los terrenos en los cuales tendría lugar la ejecución de las obras que dieran al traste con el proyecto habitacional "Villa Elena" en el Municipio de Florida Valle-, dentro del plazo de ejecución fijado en el mentado convenio, hecho que de forma evidente impidió la iniciación de la ejecución de las obras convenidas y que dicho sea de paso, afectó no solo a la sociedad demandante, que por el contrario, sí cumplió con la obligación previa a la ejecución del proyecto, de gestionar el plan parcial y su decreto de adopción, sino también, a la población de escasos recursos del Municipio demandado, pues como ha sido reiterado a lo largo de esta providencia,

³⁵ Reverso del Folio 11 del C.1.

³⁶ Folios 40 a 51 del C.1.

³⁷ Folio 10 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

la finalidad que se persiguió con la suscripción del convenio asociativo bajo estudio, era precisamente beneficiar a ese sector de la población, quienes de haberse llevado a cabo la realización del proyecto en comento, hubieren satisfecho su necesidad de vivienda digna.

Ahora bien, frente al posible incumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio asociativo bajo estudio, para el caso específico de la demandada Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI-, observa el Despacho, a partir del estudio del literal B) de la cláusula segunda³⁸, que ninguna de ellas guarda relación con el incumplimiento alegado por la sociedad demandante en el líbello inicial, pues de la lectura de dicho literal se desprende sin manto de duda, que el aporte de esta última entidad era netamente de industria y en consecuencia se encontraba relacionado con la experiencia y conocimiento que dicha entidad había acumulado con el tiempo, en la gestión de proyectos habitacionales de interés social, como era el denominado "Villa Elena".

Aunado a lo anterior, las partes que suscribieron el convenio asociativo, pactaron expresamente en el parágrafo segundo de la cláusula primera³⁹, que COMFANDI tendría a su cargo obligaciones de medio y no de resultado, por tanto, no se encontraba obligada a garantizar la efectiva ejecución del objeto del convenio, sino a posibilitar que éste se llevara a cabo, actuación que no le resultó posible desplegar en el caso de marras, pues como quedó demostrado con las pruebas aportadas al proceso, la ejecución del objeto del convenio no tuvo lugar por la falta de aporte oportuno de los terrenos donde se llevaría a cabo la construcción de las viviendas de interés social tantas veces referidas.

En consecuencia, se declarará probada la excepción denominada: "*COMFANDI fue parte cumplida dentro del convenio asociativo*", formulada por la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca -COMFANDI-, en su escrito de contestación de demanda.

Por otro lado se debe indicar, que si bien para esta instancia judicial está demostrado que el incumplimiento de la obligación consagrada en el literal A-1 de la Cláusula Segunda del Convenio Asociativo, por parte del **Municipio de Florida**, generó la imposibilidad de ejecutar, dentro del plazo pactado, el proyecto habitacional "Villa Elena" y con ello le fueron generados unos perjuicios materiales a la sociedad demandante, consistentes en los gastos en que tuvo que incurrir para la elaboración del plan parcial y de los estudios de suelos del mismo, no resulta posible ordenar su reconocimiento en el presente caso, pues conforme se desprende de la revisión del acervo probatorio presente en el expediente, los perjuicios alegados no pasaron de ser meramente mencionados por la sociedad demandante en el escrito que obra a folio 53 del expediente, pero no fue aportada prueba alguna al plenario, con la que se acreditara su efectiva causación.

Aunado a lo anterior y si en gracia de discusión se hubieren aportado las pruebas con las que se acreditara la efectiva materialización de los perjuicios alegados por la demandante, tampoco hubiera sido posible determinar su valor, pues no se llevó a cabo la elaboración del Otro Si ordenado en el numeral 2º del literal A) de la

³⁸ Reverso del Folio 10 del C.1.

³⁹ Reverso del folio 9 del C.1.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

cláusula cuarta del convenio asociativo⁴⁰, en el que se definiría el porcentaje de participación de la sociedad demandante en el mencionado convenio, con base en las actividades por éste desplegadas, siendo precisamente, la primera de ellas, la adopción y elaboración del plan parcial tantas veces referido.

Aunado a ello cabe resaltar, que en la cláusula décima del acuerdo se indicó, que tanto las pérdidas como las ganancias se determinarían según el porcentaje de participación de los asociados; situación que como bien se indicó previamente, no resulta posible establecerse en el asunto bajo estudio, amén de que, tampoco se elaboró el flujo de caja establecido en el literal b) de la cláusula quinta del convenio, para efectos de establecer si la sociedad demandante ejecutó el plan parcial de acuerdo a lo pactado en éste último documento, del cual, valga la pena señalar, dependía la oportunidad del aporte; ni se allegaron los documentos que formaban parte integral del acuerdo, tal como se indicó en la cláusula séptima.

Merced a lo expuesto y como quiera que **no es posible liquidar** el convenio asociativo objeto de estudio, ante la falta de claridad en el porcentaje de participación de las partes intervinientes, se procederá a negar las pretensiones de la demanda.

3.5. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, consagra un criterio objetivo, respecto de la condena en costas, lo que significa que habrá de condenarse a la *"parte vencida en el proceso"* a su pago, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Por otro lado se tiene, que la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en providencia fechada el 09 de agosto de 2016⁴¹, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017⁴², al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte***

⁴⁰ Folio 11 del C.1.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁴² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00143-00

quien resulte vencido para que le sean impuestas." (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual, el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada "*COMFANDI fue parte cumplida dentro del convenio asociativo*", alegada por la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA- COMFANDI**, conforme con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: NO CONDENAR en costas a las partes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCÍO VELANDIA BERMEO
JUEZ