



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

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., cuatro (04) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 08001233100220090094201 (60.628)
Demandante: Urbanicasa S.A.
Demandado: Banco Inmobiliario Metropolitano –en liquidación–
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *CONVENIO DE ASOCIACIÓN – ausencia de prestaciones conmutativas / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO - elementos / NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES – distinción entre obligaciones de medio y de resultado / CARGA PROBATORIA– Omisión en la acreditación de todos los elementos integradores de la responsabilidad*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, mediante la cual fueron negadas las pretensiones de la demanda.

En el centro de la controversia, la actora planteó el incumplimiento del convenio de asociación por parte de la accionada, ante la falta de suscripción de los convenios a los que se comprometió -en función promover y apoyar la adquisición de viviendas de interés social objeto del acuerdo- y por el impago de una suma de dinero que fue pactada. El *a quo* negó las pretensiones, al considerar que la demandada contrajo una obligación de medio y no de resultado y las piezas probatorias daban cuenta de su actuar diligente y cuidadoso. El actor, en su alzada, insiste en el incumplimiento de la demandada pues sus obligaciones no se lograban con medios no idóneos como son las simples comunicaciones enviadas a un tercero.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión proferida el 17 de agosto de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, a través de la cual se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de “*exceptio non adimpeti contractus*”, propuesta por el apoderado de la Dirección Distrital de Liquidaciones, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

“SEGUNDO: NO DECLARAR la nulidad del contrato, conforme a las causales propuestas por la demandada, tal como quedó sentado en las motivaciones de esta providencia.

“**TERCERO: NEGAR** las súplicas de la demanda.

“**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia (...)”¹.

El anterior proveído resolvió la demanda cuyas pretensiones, hechos principales, y fundamentos de derecho son los siguientes:

Pretensiones

2. Urbanicasa S.A. presentó demanda de controversias contractuales contra el Banco Inmobiliario Metropolitano (BIM) –en liquidación-², por medio de la cual solicitó se accediera a las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe conforme obra):

“1) Declarar el incumplimiento por parte del BANCO INMOBILIARIO METROPOLITANO (BIM) en Liquidación, del contrato de fecha 24 de noviembre de 2006, suscrito con la sociedad URBANICASA S.A., como los Otrosí del mismo fechas 25 de octubre y 20 de noviembre de 2007.

“2) Como consecuencia de lo anterior, se condene al BANCO INMOBILIARIO METROPOLITANO (BIM) en Liquidación, al pago de todos los perjuicios causados a la sociedad URBANICASA S.S., estimado al momento de la presentación de esta demanda en la suma de Quinientos Sesenta y Nueve Millones Setecientos Catorce Mil Ciento Setenta y cuatro Pesos M.L. (\$569.714.174,00), que comprenden daño emergente y lucro cesante así:

“A) POR DAÑO EMERGENTE. Discriminado de la siguiente manera:

-Valor del lote:	\$110.316.465.00
-Materiales e insumos en general	\$106.666.322.00
-Gastos maquinaria y equipos	\$17.478.500.00
-Costos de administración	\$27.675.978.00
-Mano de obra 12 casas 6 naves	\$33.000.000.00
-Mano de obra urbanismo	\$12.892.909.00
TOTAL	\$308.030.174.00

¹ Folios 362 y 363 del cuaderno principal.

² Mediante el Decreto 262 de 2004, proferido por el distrito de Barranquilla, se creó como empresa industrial y comercial del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla el Banco Inmobiliario Metropolitano -BIM-, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; y a través del Decreto 863 de 2008, emitido por el alcalde del citado ente territorial, se ordenó su supresión y el inicio del proceso de liquidación, para lo cual utilizaría la denominación Banco Inmobiliario Metropolitano “BIM” -en liquidación- y se determinó que su liquidador era la Dirección Distrital de Liquidaciones del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, esta última creada, por medio del Decreto 254 de 2004, bajo el nombre de Superintendencia Distrital de Liquidaciones, como un establecimiento público adscrito a la Secretaría de Hacienda Distrital, cuya denominación fue modificada, mediante el Decreto 182 de 2005, en Dirección Distrital de Liquidaciones.

Igualmente, se consagró, en el mencionado Decreto 262 de 2004, que el BIM tendría el siguiente objeto:

“a. Regular e intervenir el suelo urbano, desarrollando funciones propias de los bancos de tierras, para llevar a cabo políticas que busquen el beneficio público de los excedentes obtenidos por la plusvalía; urbanizando o conviniendo la urbanización y loteando a precios inferiores a los que asignaría el libre mercado, a fin de priorizar la ejecución de proyectos integrales de Vivienda de Interés Social Prioritaria VISP.

“b. Intervenir el mercado de materiales para construcción, garantizando, mediante convenios, precios especiales para insumos utilizados en las VISP; igualmente, regular precios, mediante vitrinas virtuales, para corregir asimetrías de información entre oferentes y demandantes de Vivienda de Interés Social Prioritaria VISP.

“c. Regular precio y modalidades de préstamos para VIS, a través del fondo a intermediarios privados de recursos para cofinanciar programas promovidos por el Banco Inmobiliario, mediante el otorgamiento de créditos y micro créditos inmobiliarios, tales como, los definidos por el decreto 2481 de 2003 para Findeter, a quienes cumplan el requisito de ahorro programado.

“d. Otorgar como complemento de la política de vivienda del gobierno nacional. Subsidio Familiar de Vivienda SFV de carácter Distrital, a las familias más pobres.

“e. Organizar la demanda, proyectar potenciales compradores y facilitar su encuentro con la oferta respectiva, creando mejores condiciones para colocar VIS, facilitando a quienes tienen un limitado o ningún nivel de ahorro, su acceso a programas sin cuota inicial”.

Radicación:	08001233100220090094201 (60.628)
Demandante:	Urbanicasa S.A.
Demandado:	Banco Inmobiliario Metropolitano –en liquidación-
Asunto:	Controversias contractuales

“B) POR LUCRO CESANTE. Producto de multiplicar la utilidad de cada vivienda estimanda en la suma de \$4.846.000,00, por el número de viviendas acordadas con el BIM para la primera etapa, dejando claro que en el convenio suscrito entre las partes se obligaban a 54 casas por mes dentro de un año mínimo.

TOTAL	\$261.684.000.00
GRAN TOTAL DAÑOS	\$569.714.174,00

“3) Igualmente se condene al BANCO INMOBILIARIO METROOLITANO (BIM) en Liquidación, al pago de intereses, corrección monetaria y cualquier otro índice de ajuste moentario de tales sumas.

“4) Se condene al BANCO INMOBILIARIO METROPOLITANO (BIM) en Liquidación, al pago de costas del proceso, agencias de derecho y demás gastos del proceso.”³.

Hechos relevantes

3. El 24 de noviembre de 2006, se celebró un convenio entre el Banco Inmobiliario Metropolitano –BIM- y la sociedad Urbanicasa S.A., cuyo objeto era *“aunar recursos técnicos y logísticos para promover y apoyar la adquisición de viviendas de interés social tipo I y II, en la Urbanización María de los Ángeles situada en la prolongación de la Murillo contigua al Portal de la Soledad del Transmetro, en la carrera 13 con la calle 69, en el área metropolitana de Barranquilla”*; el plazo de dicho negocio fue de un año a partir de su firma, prorrogado por el mismo lapso a través del otrosí 2.

4. Para el logro del propósito convenido, el BIM se comprometió a gestionar alianzas con entidades financieras, para aprobar créditos al constructor y al comprador que alcanzaban hasta el 80% del valor de la vivienda a largo plazo, y canalizar fondeos del distrito en aras de facilitar la consecución de recursos a potenciales compradores.

5. Mediante el otrosí suscrito el 25 de octubre de 2007, el BIM se obligó a fondear el proyecto con \$300'000.000, monto respecto del cual solo abonó \$150'000.000. Asimismo, con el otrosí 2 del 20 de noviembre de 2007, el banco gestionaría el pago de las cesantías de los trabajadores del distrito que se acogieran a dicho programa de vivienda de interés social. Así que el sistema de fondeos pactado permitiría reservar la construcción de 35 casas por mes, sin embargo, la sociedad tuvo que suspender la ejecución del convenio, pues aun cuando se efectuó solicitud para el desembolso de 54 VIS, lo cierto es que el BIM *“todo lo incumplió”*⁴.

6. Adujo que Urbanicasa sí cumplió las obligaciones que le correspondían en torno a la promoción del proyecto, mediante eventos en la obra, vallas publicitarias, promotores, participación en ferias inmobiliarias y exposición en lugares concurridos - colegios, terminal de transporte, alcaldía, hoteles y la sede de Comfamiliar-, e incurrió en gastos como el mantenimiento del personal administrativo, de ventas y de las áreas ejecutadas, reservación de lotes, construcción de casas que integraban el proyecto y la contratación de una fiducia con el Banco de Occidente; además, el incumplimiento del BIM generó el deterioro de la imagen y patrimonio de Urbanicasa.

³ Folios 2 y 3 del cuaderno 1.

⁴ Folio 5 del cuaderno 1.

Fundamentos de derecho

7. Como sustento normativo se refirió a los artículos 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1568 del Código Civil; 870 y 871 del Código de Comercio; 29, 90, 113, 116 y 122 de la Constitución Política; y 5, 13, 14, 23, 14, 26, 27, 50 y 75 de la Ley 80 de 1993.

8. Adujo como obligaciones incumplidas del BIM (i) no gestionar alianzas con entidades financieras para hacer efectiva la ejecución del convenio; (ii) no canalizar fondeos del distrito a las entidades financieras, para facilitar el otorgamiento de créditos a compradores; (iii) omitir encausar recursos de entidades financieras que permitieran el acceso a créditos a potenciales compradores; y, (iv) no adelantar las negociaciones para conseguir la autorización y posterior liberación de cesantías de los trabajadores del distrito para pagar la cuota inicial de las VIS, escenario que puso en evidencia la negligencia de la accionada y modificación de la ecuación contractual, puesto que Urbanicasa *“alcanzó a construir algunas casas ... y el BIM no hizo absolutamente nada desde el punto administrativo para que sus trabajadores obtuvieran las liquidaciones de sus cesantías para efectos de la cuota inicial”*⁵.

9. Agregó que los préstamos que se comprometió gestionar el BIM estaban soportados en las cesantías parciales de los futuros compradores y que, pese a que Urbanicasa invirtió recursos en la compra de lotes y construcción de viviendas, el proyecto quedó inconcluso con la llegada del nuevo Alcalde.

Contestación de la demanda

10. La Dirección Distrital de Liquidaciones, entidad liquidadora del Banco Inmobiliario Metropolitano, se opuso a las súplicas de la demanda. Para el efecto, afirmó que cumplió las cláusulas negociales y que fue Urbanicasa S.A. la que debía gestionar de forma conjunta el proyecto, pero no lo hizo, pues no lo promocionó ni se lo ofreció a personas distintas a los servidores públicos distritales, quienes no eran los únicos que se podían vincular al proyecto.

11. Propuso las siguientes excepciones:

(i) *Ineptitud sustancial y probatoria de la demanda*, toda vez que se limita a formular imputaciones falsas contra el BIM, y carece del acervo probatorio requerido para acreditar los hechos expuestos.

(ii) *La mora purga mora*, pues según el art. 1609 del Código Civil, dado que Urbanicasa S.A. incumplió su obligación de continuar el proyecto, no podía exigir que el BIM realizara desembolsos, pues ello dependía de la construcción y gestión del proyecto por parte de la sociedad actora.

⁵ Folio 13 del cuaderno 1.

(iii) *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, por cuanto al ingresar el BIM en proceso de liquidación, le está vedado al liquidador cumplir cualquier decisión condenatoria, en caso de proferirse, comoquiera que éste no puede comprometer recursos de la entidad para fines distintos a los de la liquidación.

(iv) *El contrato es nulo pues debió licitarse*, comoquiera que el marco normativo que guiaba el proceso de selección era la Ley 80 de 1993 y no el derecho privado, razón por la cual la selección del colaborador de la Administración debió realizarse por medio de licitación pública y no de contratación directa.

(v) *El contrato es nulo, pues el Gerente de Urbanicasa no tenía facultades para contratar*, en la medida su representante legal requería de una autorización previa para celebrar contratos por valor superior a 100 smmlv y, en este caso, el negocio jurídico “*superaba ostensiblemente ese valor, pues solamente en uno de sus otrosís (sic) se convino en pagar la suma de \$300.000.000*”⁶.

Alegatos en primera instancia

12. Surtido el debate probatorio⁷, el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto⁸. La parte actora manifestó que las pruebas aportadas dan cuenta de las acciones y recursos que invirtió Urbanicasa para desarrollar el proyecto y que éste fracasó debido a que el BIM no adelantó gestiones para conseguir la autorización y liberación de las cesantías; señaló que los testimonios practicados dan cuenta de los eventos publicitarios realizados para promover la urbanización, así como ratifican la falta de pago de las cesantías, lo cual era necesario para la compra de la vivienda por parte de los funcionarios de la Administración⁹.

La accionada reiteró los argumentos base de su defensa¹⁰ y el Ministerio Público guardó silencio.

Fundamentos de la providencia recurrida

⁶ Folio 214 del cuaderno 1.

⁷ En auto del 26 de septiembre de 2011 se abrió a pruebas el proceso –folios 254 a 258 del cuaderno 2-, providencia en la cual se tuvo como tales los documentos aportados por la parte actora –folios 34 a 197 del cuaderno 1- y por la parte demandada -folios 217 a 252 cuaderno 1-. Asimismo: (i) se ofició a la Dirección Distrital de Liquidaciones para que remitiera toda la documentación relacionada con el convenio en estudio, así como el Decreto 863 del 23 de diciembre de 2008, que ordenó la liquidación del BIM -folios 273 a 309 del cuaderno 2-, (ii) se ordenó la práctica de una inspección judicial, con intervención de un perito arquitecto y uno contador, en aras de que se valoraran las casas construidas y se determinaran los costos en que Urbanicasa incurrió en ello, (iii) se decretó la recepción de los testimonios de los señores Víctor López, Luis Obando Duarte, Eliécer Vargas Méndez, Jesús Artemio Vega Pernet -folios 313 a 315 del cuaderno 2- y Olivia Llanos Padrón -folios 310 a 312 del cuaderno 2-, así como el interrogatorio de parte de la Directora Distrital de Liquidaciones.

Asimismo, se advierte que pese a que no obra constancia de la práctica de la inspección judicial, los testimonios de los señores Víctor López, Luis Obando Duarte y Eliécer Vargas Méndez y el interrogatorio de parte pedido por el extremo actor, decretados en el proveído antes aludido, el *a quo*, en auto del 18 de noviembre de 2016, cerró término probatorio y, como consecuencia, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, sin que en esta oportunidad las partes se pronunciaran sobre las pruebas que se dejaron de practicar, con la aclaración que tampoco se manifestaron al respecto en sede de segunda instancia.

⁸ Decisión del 18 de noviembre de 2016. Fls. 325 y 326 del cuaderno 1.

⁹ Folios 327 a 338 del cuaderno 2.

¹⁰ Folios 339 a 342 del cuaderno 2.

13. El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, dividió el estudio de la controversia en dos aspectos; el primero, relativo a las excepciones que piden la declaratoria de nulidad del negocio jurídico y, el segundo, referente a establecer si se presentó un incumplimiento del convenio, en atención a los supuestos alegados por la parte actora.

14. Respecto de las excepciones, señaló que (i) dicho negocio jurídico no es nulo por omitir el proceso de licitación pública para la selección del colaborador de la Administración, toda vez que como su objeto es de aquellos relacionados con el giro ordinario de los negocios del Banco Inmobiliario Metropolitano, a saber, servir como banco de tierras y promover la vivienda de interés social, estaba excluido de la utilización de la licitación pública –en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993-, de modo que nada impedía a la demandada la escogencia del contratista por medio de la contratación directa; y (ii) la autorización previa que requería el gerente de la empresa para celebrar contratos que superaran los 100 smlmv no aplicó en el *sub lite*, comoquiera que *“no se estipuló la asunción de un compromiso para efectos de atender una obligación dineraria concreta, ni a cargo del contratista ... ni a cargo del contratante, en tanto no surgió un gasto para la administración ... Así las cosas, al no haberse fijado un valor específico al convenio no se advierte la necesidad de obtener la correspondiente autorización”*¹¹.

15. Además, sostuvo que las obligaciones de Urbanicasa S.A. que, a juicio de la demandada, fueron insatisfechas, sí se cumplieron, puesto que (i) dicha sociedad realizó diferentes actividades públicas tendientes a promover el programa de vivienda –ferias inmobiliarias y otros medios publicitarios- y (ii) construyó 52 viviendas de interés social, aún sin que hubiese recibido la cuota inicial -condición a la que estaba atado el inicio de la construcción de las viviendas-.

16. En punto a los incumplimientos endilgados al BIM, afirmó que la obligación que este último adquirió en torno a la gestión y suscripción de los convenios necesarios ante el distrito para el pago y desembolso de las cesantías de los empleados del ente territorial, fue una obligación de medio y no de resultado, en tanto no era factible que se comprometiera a la efectiva suscripción de un convenio, cuando estaba de por medio la voluntad de un tercero –el distrito de Barranquilla- que bien podía negarse, como sucedió.

17. Indicó que el BIM sí cumplió con la labor de gestión ante el distrito y que no se acreditó que la falta de liberación de las cesantías hubiere ocurrido por culpa de la demandada, puesto que obran piezas probatorias que muestran la diligencia adelantada en tal sentido y que la obtención del resultado –giro de los recursos por concepto de cesantías- dependía de las directrices que diera el Alcalde del momento.

18. Concluyó que no se probó el incumplimiento endilgado al BIM, por cuanto la pruebas dan cuenta que sí se ejecutó la gestión ante el distrito y que si bien no se alcanzó la suscripción del convenio con dicha entidad, ello se relacionó con el querer

¹¹ Ibidem.

de la Administración. En todo caso, afirmó que en virtud del oficio del 8 de mayo de 2007, se podría advertir que al parecer entre el BIM y el distrito se celebró un convenio para el desembolso de las cesantías -sin que se aportara tal negocio jurídico al *sub examine*-, escenario en el cual el distrito de Barranquilla sería el responsable de inobservar el acuerdo suscrito con el BIM, circunstancia que, insistió, escapó del control y de la obligación de medio que adquirió el banco frente a Urbanicasa S.A.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

Síntesis del recurso de apelación:

19. La parte actora pidió revocar la sentencia impugnada y que, en su lugar, se acceda a las pretensiones formuladas. Anotó que no es cierto que el BIM hubiere observado las obligaciones a las cuales se comprometió, entre ellas y en los términos del otrosí 2, la de *“gestionar y suscribir los convenios necesarios a fin de obtener las cesantías parciales de los empleados del Distrito que contrataren con Urbanicasas (sic)”*¹², toda vez que ésta no se alcanzaba con simples comunicaciones enviadas a la entidad territorial y que, en todo caso, el *a quo* coligió que al parecer sí existió un convenio entre el BIM y el distrito, situación frente a la cual cuestionó: *“¿Qué pasó con el convenio firmado entre el BIM y el Distrito de Barranquilla? ¿Por qué el BIM no exigió al Distrito de Barranquilla el cumplimiento de dicho convenio en favor de los trabajadores que querían hacerse a una vivienda de interés social?”*¹³.

20. Sostuvo que el BIM fue el que condujo al rompimiento de la ecuación contractual, al no completar el fondeo económico al que se comprometió, dado que no entregó el 50% de los recursos prometidos (\$150'000.000), y se abstuvo de adelantar las negociaciones para conseguir la liberación de las cesantías de los trabajadores distritales y así gestionar los préstamos ante entidades financieras, los cuales estaban sustentados en dichas prestaciones sociales; resaltó que Urbanicasa sí cumplió con sus obligaciones, compró el terreno, avanzó en la construcción de las VIS e inició acciones con los trabajadores y la banca para agilizar el proceso de pago de la cuota inicial.

Trámite de segunda instancia

21. Luego de la concesión del recurso por el *a quo*¹⁴, y de ser admitido por esta Corporación¹⁵; el 24 de mayo de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁶, oportunidad en la cual tanto la parte actora como la demandada insistieron en los argumentos planteados

¹² Folio 367 del cuaderno principal.

¹³ Folio 368 del cuaderno principal.

¹⁴ En providencia del 25 de octubre de 2017. Folio 373 del cuaderno principal.

¹⁵ Según auto del 12 de marzo de 2018. Folio 378 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 380 del cuaderno principal.

en la alzada¹⁷ y en aquellos aducidos en la defensa, respectivamente, incluyendo la petición de declaratoria de nulidad del negocio jurídico en estudio¹⁸.

22. El Ministerio Público pidió revocar el fallo recurrido¹⁹, al aducir que las obligaciones del banco no eran exclusivamente de medios, por cuanto el pago de los \$300'000.000 a los que se comprometió la accionada no estaba condicionado ni dependía de la conducta de terceros. Respecto del pacto relativo a la gestión y suscripción a cargo del BIM de los convenios para el giro parcial de las cesantías de los empleados del distrito, indicó que la obligación referente a su suscripción es de hacer, la cual no parece haberse logrado, según el acervo probatorio aportado.

Señaló que aunque se incumplió lo referente a la suscripción de los convenios, lo cierto es no se demostró el monto del perjuicio causado al actor, escenario que dista respecto del no pago de los \$300'000.000, pues esta sí fue una obligación con un plazo cierto y determinado, cumplida sólo en la mitad del monto comprometido.

Añadió que, en todo caso, el contenido obligacional no es claro en establecer que a Urbanicasa le correspondiera construir las viviendas y que comparte el criterio del *a quo* respecto de la no declaratoria de nulidad del negocio jurídico, pedimento que, en su criterio, es contrario al deber de lealtad procesal, pues la Dirección Distrital de Liquidaciones no apeló la sentencia por esa razón, pero vino a reiterarlo en sus alegatos de segunda instancia.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

23. Como el recurso de alzada tiene por finalidad que el superior jerárquico revise la decisión del *a quo*, en los aspectos que se acusan de erráticos o de lesionar el ordenamiento jurídico, se impone contrastar los argumentos del apelante y los aspectos de la decisión de primer grado atacados por esta vía, como definitorios de la competencia material del juez de segunda instancia²⁰. Con esta precisión, al *ad quem* le está vedado -salvo las excepciones hechas por el legislador²¹- volver sobre temas no discutidos del fallo impugnado que son aceptados por el recurrente (porque omite debatirlos en la sustentación del recurso de apelación o porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan cobijados por la presunción de legalidad y acierto que acompaña a las providencias judiciales.

¹⁷ Folios 383 a 392 del cuaderno principal.

¹⁸ Folios 393 a 400 del cuaderno principal.

¹⁹ Folios 402 a 410 del cuaderno principal.

²⁰ Entre otras providencias de la Subsección A, ver la sentencia del 20 de mayo de 2022 Rad. 50001-23-31- 000-2005-40044-01 (53.800); y sentencia del 4 de marzo de 2022, radicación 73001-23-33-000-2015-00512- 01 (66.390).

²¹ El artículo 357 del C. de P.C. consagra como fin de la apelación que el superior examine la cuestión decidida únicamente en relación con lo manifestado por el apelante, pues el *ad quem* "...no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso". Además, el juzgador puede pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.

24. En el *sub lite*, el eje de la decisión se circunscribirá a determinar si hay lugar o no a declarar el incumplimiento del convenio en estudio por parte del Banco Inmobiliario Metropolitano en liquidación, de cara a las obligaciones relativas al fondeo económico, y a la gestión y suscripción de los convenios requeridos para obtener la liberación de las cesantías de los trabajadores del distrito (parte de pago de la cuota inicial) y, en caso de obtener una respuesta afirmativa, constatar la acreditación de los perjuicios que la actora reclama. Para estos efectos, la Sala pasa a pronunciarse acerca de (i) las generalidades del negocio jurídico que originó el *sub lite*; y, (ii) los supuestos específicos alegados por el actor como desencadenantes de incumplimiento.

25. En este punto se aclara que la sala no incursionará sobre las excepciones relativas a la petición de declaratoria de nulidad del negocio jurídico que originó el *sub examine*, por cuanto tal decisión no fue cuestionada en la alzada y solo fue mencionada en las alegaciones de segunda instancia presentadas por la accionada, acto procesal que, se itera, no abre paso a un pronunciamiento sobre dicha materia por parte del *ad quem*; además, porque si bien el artículo 1742 del Código Civil²² y el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 consagran la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales si se demuestra la concreción palmaria de alguna de las hipótesis reguladas en el derecho común que dan lugar a la nulidad absoluta de los contratos, o si se configura alguno de los supuestos previstos en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993²³, lo cierto es que en el *sub lite* la Sala no está llamada a aplicar dicha facultad oficiosa, pues no advierte la configuración de alguno de los vicios invalidantes del negocio jurídico, cuya revelación sea notoria, que conlleven una nulidad absoluta²⁴, y que, por tanto, autoricen tal pronunciamiento.

El negocio jurídico respecto del cual gira la controversia

26. El 24 de noviembre de 2006, el Banco Inmobiliario Metropolitano de Barranquilla y la sociedad Urbanicasa S.A., celebraron un convenio de asociación, en cuyo objeto se estableció lo siguiente (se transcribe conforme obra en el texto original):

²² “Artículo 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º. Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

²³ “1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

“2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

“3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

“4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

“5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

²⁴ En aras de proteger el orden jurídico la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos, esa facultad, que a la vez es un deber, debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone —y la jurisprudencia desarrolla— en garantía de la seguridad jurídica, los cuales, de resumida manera, se concretan en cuatro premisas: (i) que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones, (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes, y (iv) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C.

“AUNAR RECURSOS TÉCNICOS Y LOGÍSTICOS PARA PROMOVER Y APOYAR LA ADQUISICION DE VIVIENDAS DE INTERES SOCIAL TIPO I Y TIPO II, EN LA URBANIZACION MARIA DE LOS ANGELES SITUADA EN LA PROLONGACION DE LA MURILLO, CONTIGUA AL PORTAL DE SOLEDAD DEL TRANSMETRO, EN LA CARRERA 13 CON LA CALLE 69, EN EL AREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA”²⁵ (mayúsculas del texto).

27. Como consideraciones de dicho negocio, se plasmó, en síntesis, que el artículo 51 de la Carta Política contempla que todos los ciudadanos tienen derecho a una vivienda digna, para lo cual el Estado deberá promover planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiación a largo plazo. Asimismo, el artículo 92 de la Ley 388 de 1997 prescribe que, de acuerdo con las necesidades de vivienda de interés social, los municipios y distritos utilizarán instrumentos para la ejecución de soluciones tendientes a disminuir el déficit correspondiente y que en el programa del Gobierno distrital *“Acuerdo Social por la Ciudad 2004 – 2007”* se estableció, en materia de vivienda, que *“a los profesionales, a las mujeres cabezas de hogar y a los matrimonios jóvenes, les ofrezco un programa de vivienda sin cuota inicial, en el que el Distrito realiza una alianza con urbanizadores privados, asumiendo el costo del lote o entregando un lote de propiedad de la ciudad, a cambio de la cuota inicial, correspondiéndole al urbanizador construir la vivienda ... generará alternativas que permitan la incorporación de diferentes sectores y fuerzas de la ciudad al proceso de construcción de vivienda; es decir, la nación, el departamento, el distrito, los constructores privados, la comunidad”²⁶ (transcripción literal).*

28. Se estipuló que el negocio tendría una duración de un (1) año contabilizado desde su firma –24 de noviembre de 2006-, plazo adicionado por un período igual -1 año-, mediante el otrosí 2 del 20 de noviembre de 2007. Se acordó que el valor de este convenio era indeterminado, *“pero determinable sobre un 1,5% del valor de venta de cada inmueble, que se pagará al BANCO INMOBILIARIO por parte de URBANICASA S.A., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la disponibilidad del valor de la cuota inicial acordada en la respectiva promesa de compraventa o contrato de compraventa, si no se requiere la primera, que se suscriba entre URBANICASA S.A. y el respectivo promitente comprador o comprador”²⁷.*

29. Cada parte asumió el siguiente contenido obligatorio (se transcribe *in extenso* incluyendo eventuales errores):

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: DE URBANICASA S.A.: 1. – Entregar toda a información técnica, comercial y jurídica que conforma el programa **MARIA DE LOS ANGELES**, única y exclusivamente para el manejo adecuado y pertinente del **BANCO INMOBILIARIO METROPOLITANO** en lo relacionado con la promoción y apoyo en la adquisición de viviendas a que hace referencia el convenio; 2.- Diligenciar todas las licencias, factibilidades y disponibilidades para servicios públicos domiciliarios y demás requisitos legales para el normal desarrollo del programa; 3.- Construir las viviendas de interés social de acuerdo a las especificaciones técnicas y diseños urbanísticos aprobados por la Curaduría Urbana respectiva; 4.- Acordar un cronograma de construcción de obra con el Banco Inmobiliario Metropolitano, en función al número de

²⁵ Folio 37 del cuaderno 1.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Folio 39 del cuaderno 1.

ventas con sus respectivas pre abrobación de crédito hipotecario a largo plazo o viviendas de contado; 5.- Destinar el 1,5% de participación del producto final del programa para el **BANCO INMOBILIARIO METROPOLITANO**; 6º- Asumir la total responsabilidad contractual y laboral con el personal que necesite en la ejecución de la obra; 7.- Asumir el costo de la logística, que comprenderá como mínimo: Sitio de reunión, material de apoyo visual, auditivo, refrigerios, medios impresos, elaboración de material de divulgación y promoción, etc, para las convocatorias y la congregación de los eventuales compradores; 8.- **URBANICASA S.A.** no iniciará la construcción de ninguna vivienda, hasta tanto no se haya firmado la promesa de compraventa entre esta y el comprador y por parte del mismo se haya hecho entrega de la cuota inicial pactada en dicho contrato. **DEL BANCO:** 1. Asumir la promoción del programa de vivienda **MARÍA DE LOS ANGELES** entre los funcionarios vinculados a la administración central y descentralizada Distrital y/o cualquier otra entidad en la que se focalicen potenciales beneficiarios, así como en los sectores de la población a los que tiene acceso en su base de datos y en desarrollo normal de sus actividades con o sin vinculación a entidades públicas; 2.- Definir y trazar estrategias de mercadeo, conjuntamente con **URBANICASA S.A.**, que permitan promover el programa de vivienda **MARIA DE LOS ANGELES**; 3.- Gestionar ante las entidades financieras alianzas estratégicas que a través de los fondeos que canalice el BANCO con el Distrito en las mismas, faciliten el otorgamiento de créditos a los potenciales compradores del proyecto y/o los créditos a **URBANICASA** como constructor. 4.- Asesorar a la constructora **URBANICASA**, en los trámites pertinentes a la postulación y cobro de subsidios de vivienda ante FONVIVIENDA y/o CAJAS DE COMPENSACIÓN para los potenciales compradores del proyecto de vivienda **MARIA DE LOS ANGELES**. 5.- Aportar recursos humanos, técnicos, logísticos y/o sociales para contribuir en el desarrollo y ejecución del programa **MARIA DE LOS ANGELES**. 6.- Canalizar recursos provenientes del DISTRITO para Fondear recursos en entidades financieras que permitan el acceso a créditos de los potenciales compradores que sean Servidores Públicos de la Administración Central o Descentralizada del DISTRITO en el proyecto de vivienda **MARIA DE LOS ANGELES**. 7.- Definir políticas especiales de estímulo con el objeto que los empleados de la administración central y descentralizada que carezcan de vivienda puedan acceder al programa aquí convenido. 8.- Presentar a la Urbanización Maria de los Ángeles como opción o alternativa de solución para reubicaciones por las afectaciones que programas de la Administración Distrital requieran para familias que califiquen financieramente en esta solución habitacional y en los cuales el Gobierno Distrital o sus entidades descentralizadas deba asumir financieramente”²⁸ (resaltado del texto original).

Estudio del reproche de incumplimiento del convenio

30. Como atrás se advirtió, la parte actora fundamentó el incumplimiento del Banco Inmobiliario Metropolitano, en sede de apelación²⁹, en que éste no observó las obligaciones a las que se comprometió, porque (i) no pagó la totalidad del fondeo de \$300'000.000 al que se sujetó, e (ii) incumplió la tarea de “gestionar y suscribir” los convenios requeridos para conseguir la liberación de las cesantías de los trabajadores distritales, para con ello tramitar los préstamos ante entidades financieras y lograr el pago de la cuota inicial, omisiones que, a su juicio, condujeron al rompimiento de la ecuación contractual.

31. En primer lugar, en relación con el no pago de los \$150'000.000 faltantes de los \$300'000.000 que el BIM se comprometió en fondear, la Sala encuentra que no hay lugar a su reconocimiento en sede judicial, porque la actora no fijó el litigio en esos

²⁸ Folios 38 y 39 del cuaderno 1.

²⁹ En los fundamentos de derecho del libelo introductorio, Urbanicasa S.A. señaló que el BIM incurrió en varias conductas constitutivas de incumplimiento –numeral 8 de esta providencia-; no obstante, al sustentar su apelación sólo se refirió a la inobservancia del BIM frente a la gestión y suscripción de los convenios necesarios para obtener las cesantías de los empleados del distrito, razón por la cual la Sala solo discurrirá sobre este particular reproche, sin pronunciarse sobre los demás escenarios de incumplimiento aludidos en la demanda, porque el apelante circunscribió el margen de decisión del juez de segundo grado en este específico sentido.

términos; en efecto, aunque al formular la pretensión de incumplimiento aludió a la inobservancia del convenio incluidos los otrosíes 1 y 2 y esta obligación de fondeo se plasmó en el otrosí 1, lo cierto es que al establecer las pretensiones condenatorias – ver numeral 2 de esta providencia- no incorporó un pedimento relativo al pago de tal suma que aduce le quedó debiendo el BIM, reproche que sólo desarrolló al sustentar su alzada.

De modo que como la controversia no se enmarcó bajo este pedimento, es claro que al tratarse de una condena más allá de lo pedido y debatido en el plenario, no procede su reconocimiento, pues ello resultaría contrario al principio de congruencia, que *“se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso”*³⁰.

32. En segundo lugar, previo determinar si se configuró o no la conducta antijurídica reprochada al BIM en liquidación, resulta ineludible recordar que en *“los convenios de asociación la colaboración se da para que las entidades públicas desarrollen actividades, en asocio con personas jurídicas privadas, en procura de lograr el cumplimiento de sus cometidos y funciones”*³¹, con una característica esencial: se trata de negocios jurídicos que no generan una relación conmutativa³² en la forma que se entiende bajo el derecho común, ni implican la transferencia de funciones administrativas a los particulares³³.

33. En efecto, esta tipología de convenio no hace relación con aquellos negocios jurídicos en los cuales la entidad estatal contrata un bien o la prestación de un servicio a cambio de un precio³⁴, en la medida que persiguen un fin distinto: la unión de esfuerzos encaminados a lograr un mismo fin que, aunque es compartido por las partes, está determinado principalmente por el cumplimiento de los cometidos y finalidades asignadas por la ley a la entidad pública³⁵. No hay, por ello, una relación patrimonial de orden conmutativo, porque el particular no obra con el ánimo de obtener una remuneración sino, estrictamente, con el propósito de juntar sus

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de octubre de 2017, radicación 25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-15).

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, radicación 850012331000201110099 01 (48.957).

³² El artículo 1498 del Código Civil la define así: *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”*.

³³ Si existe delegación de funciones administrativas no se estaría en presencia de un convenio de asociación y, por tanto, la delegación se deberá regir por lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998. Ver Augusto Ramón Chávez Marín. *“Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual”*, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 432 y siguientes.

³⁴ La doctrina se ha planteado el interrogante: *“¿Qué es una contraprestación directa? Ello ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberado de una obligación. Así por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga”*. CÁRDENAS, Juan. *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. 2 ed., Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1995, p. 295.

³⁵ Es importante destacar que la conmutatividad depende, como lo establece el Código Civil, de si una prestación se mira como la equivalente a la de la otra parte. Sin embargo, en el convenio de asociación las prestaciones que se cumplen no tienen esta característica de reciprocidad, sino que se encaminan al cumplimiento de un fin común compartido por los contratantes. Con base en lo anterior, debe precisarse que la ejecución de un convenio de esta naturaleza generará siempre algún beneficio a sus contratantes, sin que por esto se tornen en conmutativos.

esfuerzos con los de la Administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden, que es, como se ha indicado, el lugar donde se explica la ausencia de contraprestación.

34. Lo anterior no es un obstáculo para que los convenios de asociación puedan ser celebrados con personas jurídicas con ánimo de lucro porque la motivación económica de un particular no niega que pueda apoyar a una entidad estatal a lograr los cometidos o funciones asignadas por la ley a esta. Lo que realmente excluye la posibilidad de celebrar convenios de asociación es, como se anotó, que se establezca una relación conmutativa en la que exista un claro intercambio de prestaciones que se miran como equivalentes. Sin embargo, también se aclara, un convenio de asociación no es sinónimo de filantropía: si un contratante quiere apoyar a la entidad en el cumplimiento de sus funciones o cometidos -finalidad determinante del convenio- y, al mismo tiempo, obtener un beneficio con la celebración de un convenio de asociación -por ejemplo, ahondar en su política de responsabilidad corporativa-, no existe un fundamento legal que permita excluir esa posibilidad. Concluir lo contrario sería socavar la eficacia de este tipo de instrumentos que pretenden concitar esfuerzos en beneficio del cumplimiento de la función pública.

35. Por lo anterior, el estudio del *sub examine* no se encaminará por la ruta del rompimiento de la ecuación contractual, sustentado en una relación conmutativa, sino desde el análisis de cumplimiento de las prestaciones pactadas, bajo el entendimiento de que aunque las mismas pueden tener un componente patrimonial, su prestación no significa una reciprocidad o equivalencia de cara al contenido obligacional de las partes y su finalidad, sino que denotan el beneficio que se buscaba alcanzar con la ejecución del negocio, sin que por esa virtud ostenten la naturaleza de prestaciones conmutativas.

36. Así las cosas y de cara a las conductas endilgadas al BIM -en liquidación-, se colige que a éste, en los términos del negocio pactado, le correspondía: a) hacer la promoción del programa de vivienda y aplicar estrategias de mercadeo de forma conjunta con la sociedad constructora; b) asesorar a Urbanicasa en la postulación y cobro de subsidios de vivienda a favor de los compradores del proyecto; c) definir políticas de estímulo para que empleados del distrito pudieran acceder al programa de vivienda; y, d) canalizar recursos del distrito para fondear recursos en entidades financieras que permitan el acceso a créditos de vivienda a compradores que sean servidores públicos de dicho ente territorial.

37. Sumado a lo anterior, las partes suscribieron dos otrosíes, en virtud de los cuales se derivan las obligaciones cuyo incumplimiento acá se reprocha, en donde se estipuló lo siguiente:

-Otrosí 1, del 25 de octubre de 2007

“... 7. Que el BANCO ha gestionado en su labor de promoción, ante la Alcaldía Distrital, el acceso a las viviendas objeto de este proyecto para funcionarios del Distrito de Barranquilla, quienes han dado instrucción para el giro de sus cesantías acumuladas a favor del proyecto MARIA DE LOS ANGELES, recursos que el DISTRITO DEBE PAGAR

Radicación:	08001233100220090094201 (60.628)
Demandante:	Urbanicasa S.A.
Demandado:	Banco Inmobiliario Metropolitano –en liquidación-
Asunto:	Controversias contractuales

A URBANICASA S.A., 8. Que el BANCO cuenta con algunos recursos económicos que permitirán fondear provisionalmente a algunos compradores interesados, de manera que se genere flujo de recursos para el proyecto, los cuales deben facilitar a quienes cumplan con los requisitos para acceder a créditos, que se les otorgue un cupo de crédito provisional mientras el DISTRITO desembolsa sus cesantías con destino al pago de sus cuotas iniciales o complemento de las mismas, o a pago de las mismas ... 10. Que el BANCO ha decidido fondear un flujo de recursos de acuerdo a recursos disponibles generados en su actividad industrial y comercial, para apoyar provisionalmente el financiamiento de algunos compradores, conforme lo decida URBANICASA S.A., quien responderá de forma directa al BANCO por la inversión que se realice y los créditos que otorgue con cargo a los recursos que se fondean, y a su retorno a la entidad con unos remanentes que genere su inversión. Que en estos términos, las partes convienen en incluir mediante este OTROSÍ, al convenio inicialmente suscrito, las siguientes cláusulas: **CLAUSULA PRIMERA.- OBJETO.-** Mediante este documento las partes convienen que el BANCO en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, y en cumplimiento de las obligaciones contraídas dispone de un flujo de recursos con destino al proyecto MARIA DE LOS ANGELES, por la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MLC (\$300.000.000.00) que entrega a URBANICASA S.A. en tres partes iguales de CIEN MILLONES DE PESOS MLC (\$100.000.000.00) cada una, la primera de ellas con la firma de este OTRO SI, y las otras con diferencia de 15 días cada una. Y que URBANICASA S.A. facilitará a manera de crédito o fondeo para aquellos interesados compradores que cumplan con los requisitos necesarios para garantizar la adquisición de su vivienda y el retorno del crédito que se le otorgue individualmente. **CLAUSULA SEGUNDA.- CONDICIONES Y RENDIMIENTOS:** URBANICASA S.A. seleccionará a los compradores, preferencialmente a aquellos funcionarios de DISTRITO que han autorizado el giro de sus cesantías con destino a la adquisición de vivienda y tengan capacidad de pago para completar el 100% del costo de la vivienda, para lo cual fijará unas condiciones básicas de acceso al microcrédito, sin exonerarse ante el BANCO de la responsabilidad en el manejo, inversión y pago de los recursos que se le entregan, con los rendimientos que se generen. Llevará un inventario de cada crédito que otorgue y comunicará al BANCO sobre las condiciones y garantías de los mismos ...”³⁶.

-Otrosí 2, del 20 de noviembre de 2007

“**CLAUSULA PRIMERA: PRORROGA.** Las partes acuerdan prorrogar el plazo de el (sic) convenio suscrito por un (1) año más, a partir de la firma del presente documento ... **CLAUSULA TERCERA:** El Banco se obliga a gestionar y suscribir los convenios necesarios con el Distrito a los fines de obtener las cesantías parciales de los empleados del Distrito que contraten con Urbanicasa las viviendas en el proyecto María de los Ángeles por un monto de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$550.000.000.00), destinado a las cuotas iniciales o al valor total o parcial de la vivienda. **PARAGRAFO UNO:** En caso que los funcionarios no cumplan con los requisitos del crédito hipotecario a largo plazo, no tendrán derecho a estos recursos y deberán ser sustituidos por otros funcionarios del Distrito que lo regulen”³⁷ (se subraya).

38. En este orden de ideas, con la suscripción de los aludidos otrosíes las partes se comprometieron con las siguientes prestaciones: (i) el banco se obligó a fondear o financiar el proyecto, mediante la entrega de \$300'000.000, cuyo pago sería dividido en tres partes iguales, así como a gestionar y suscribir convenios con el distrito, para obtener la liberación de las cesantías de los empleados de dicho ente territorial que estuvieren interesados en adquirir su vivienda en el proyecto María de los Ángeles; y (ii) por su parte, Urbanicasa S.A. reiteró su tarea de seleccionar los compradores, de forma preferente entre los empleados del distrito que autorizaran el giro de cesantías, en aras de otorgarles los microcréditos y responder ante el banco por la inversión que le entregaba y su retorno con los remanentes que produjera la misma.

³⁶ Folios 41 y 42 del cuaderno 1.

³⁷ Folio 43 del cuaderno 1.

39. En relación con las obligaciones acabadas de enunciar, el a quo consideró que la relativa a la gestión y suscripción de los convenios con el distrito era de medio y que ésta resultó satisfecha con las negociaciones que adelantó ante el ente territorial para la suscripción del mencionado negocio jurídico pues, en su parecer, el banco desplegó un actuar diligente en la materia. A su vez, sostuvo que la referida prestación no podía examinarse como una obligación de resultado, puesto que pendía de la voluntad de un tercero –el distrito-, sujeto respecto del cual el BIM no podía determinar su conducta.

40. Sin embargo, la Sala dista del criterio esgrimido por el Tribunal en este sentido; para el efecto, se trae de presente la definición de este tipo de obligaciones, en los términos que a continuación se leen (se transcribe como obra en el texto original):

*“En cuanto a las obligaciones de **medio** dice el autor citado: ‘en ciertos contratos el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia o diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta determinada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento’.*

*“Y en relación con las obligaciones de **resultado** precisa: ‘en algunos contratos el deudor se compromete a procurar al acreedor un resultado determinado y preciso. La obligación de resultado es a veces denominada obligación determinada. El deudor de una obligación de resultado es condenado a indemnizar, si el hecho prometido no se produce. El contenido de la obligación parece ser el resultado mismo. Una carga de esta naturaleza supone evidentemente, que el deudor pone en movimiento todos los medios para obtener el resultado, pero estos por sí solos no se toman en consideración’³⁸ (negrillas del texto original).*

41. En esa medida, al deudor de las obligaciones de medios le corresponde desplegar todos sus esfuerzos y diligencia posibles, para procurar obtener el resultado determinado por su actividad, en donde la prestación a la que se comprometió se enmarca en un comportamiento para alcanzar el propósito perseguido, mientras el deudor de las obligaciones de resultado está obligado a conseguir la realización del objeto pactado³⁹. Así, la responsabilidad frente a las obligaciones de resultado no se agota en un actuar diligente -que por supuesto será camino para ello- sino en producir, en definitiva, una prestación determinada.

42. Entonces, en el ámbito de la responsabilidad contractual se ha determinado, como carga de prueba, tratándose de obligaciones de medio, que al deudor le basta demostrar su actuar diligente y cuidadoso para alcanzar el fin pactado, mientras que en las de resultado le corresponde acreditar el logro de la prestación, o que ésta no ocurrió por fuerza mayor, caso fortuito o por culpa de la víctima. Así lo tiene por

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 1998, expediente 10.530, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

³⁹ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 31 de mayo de 1938, Gaceta Judicial, tomo XLVI, núm. 1936, pp. 566 – 574.

averiguado la jurisprudencia, incluida la de esta Corporación, que de tiempo atrás ha precisado, lo siguiente:

*“Volviendo al tema de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado es útil anotar que ella ha servido en la doctrina y en la jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad contractual, para determinar la extensión de la carga probatoria del deudor (obsérvese que el **deudor**, no del **acreedor**) y para este efecto se ha dicho: quien debe una prestación nacida de una convención no puede justificar su incumplimiento sino con prueba de que éste ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito o por culpa de la víctima; sin embargo, cuando la obligación es de medio, entonces podrá justificarlos demostrando diligencia y cuidado, es decir que no obstante haber sido cuidadoso y diligente, el resultado que de él se esperaba no se logró”⁴⁰.*

43. Explicada esta distinción y visto el contenido obligacional al que se acogieron las partes, la Sala considera que las prestaciones pactadas en los otrosíes 1 y 2 no se enmarcaron en obligaciones de medios, como lo mencionó el *a quo*, sino en escenarios de obligaciones de resultado en tanto su objeto se ciñe a la realización u obtención de un desenlace o fin definido y concreto y no a *“poner los medios que de ordinario conducen a ello”*⁴¹, por cuanto: (i) la prestación de pagar los \$300'000.000 es una obligación de dar, respecto de la cual no existe un lineamiento confuso sobre lo que debe efectuar el deudor.

44. Y, (ii) en relación con la obligación de *“gestionar y suscribir los convenios necesarios con el Distrito a los fines de obtener las cesantías parciales de los empleados del Distrito que contraten con Urbanicasa las viviendas en el proyecto Maria de los Ángeles”*, si bien por el uso de la palabra *gestionar* podría denotar, en un principio, un compromiso limitado a adelantar de forma diligente y cuidadosa las negociaciones relativas a la consecución de las cesantías, lo cierto es que tal actividad en conjunto con la de *suscribir*, como fue pactado, determinó una conducta que supera los meros acercamientos ante el distrito y eleva el compromiso a la efectiva celebración de los convenios a los que se obligó el BIM.

45. En adición a lo anterior, también habrá de indicarse que fue el BIM quien en el marco de sus compromisos asumió la obligación de *“gestionar y suscribir”* tales convenios, de modo que, aunque el *a quo* señaló que aquella debía entenderse como una obligación de medios en tanto pendía de la voluntad de un tercero -análisis que considera la naturaleza e incidencia de factores externos en su consecución- no puede dejarse de lado que, conforme al inciso final del art. 1604 del C.C.⁴², por estipulación de las partes es posible que aquellas se conciban como obligaciones de

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente 5902, Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² ARTÍCULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>. *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

resultado y, si ello es así, el régimen de responsabilidad es este último. Lo anterior se explica en que es el deudor de la obligación respectiva quien determina si puede y cómo, alcanzar el objeto comprometido -medios o resultados-.

46. Así que, en casos como éste, el análisis no se hace en clave de las externalidades o contingencias que pueden afectar la prestación -circunstancias que están por fuera del pacto- sino que la actividad a la que se obligó, más allá de con quién o cómo debía lograrla, se centra en el logro de un propósito que el deudor debía alcanzar, pues así lo asumió bajo el negocio jurídico. Lo anterior, por cuanto en las obligaciones de resultado el margen de valoración de la contingencia es mínima, y el comportamiento del deudor se erige como suficiente para alcanzar el fin acordado, razón que justifica que sólo pueda liberarse por cumplimiento, fuerza mayor, caso fortuito o por culpa de la víctima.

De modo que, ante la constatación del tipo de obligaciones al que se acogió el banco, corresponde examinar entonces si éste alcanzó o no el resultado acordado.

47. Examinado el acervo probatorio aportado al expediente, la Sala se anticipa en afirmar que no obra prueba del cumplimiento de la obligación que el BIM adquirió referente a *gestionar y suscribir* ante el distrito de Barranquilla los convenios necesarios para obtener las cesantías de los empleados de este ente territorial. Para el efecto, se traen de presente las pruebas aportadas que dan cuenta de esta conclusión:

(i) Escrito del 2 de marzo de 2007, donde Urbanicasa S.A. puso de presente a la Fiduciaria de Occidente S.A. el listado de 66 compradores de viviendas –personas cuyas ocupaciones eran: 4 bomberos, 29 celadores que trabajaban en el distrito, 19 docentes empleados por dicho ente territorial y 14 empleados del sector privado -, en aras de que fueran inscritos en el encargo fiduciario⁴³.

(ii) Constancia de recibo emitida por el BIM, el 30 de marzo de 2007, por concepto de \$2.139.750 que Urbanicasa S.A. le pagó, a título de “*cancelación de la Comisión correspondiente a cinco viviendas*”⁴⁴.

(iii) Oficio del 16 de abril de 2007, mediante el cual el Subgerente del banco informó a la Fiduciaria de Occidente S.A. que gestionó las cesantías de los compradores de vivienda de la urbanización María de los Ángeles y que, en atención al cronograma previsto, consignarían dentro de los 15 días siguientes las cuotas iniciales de 54 compradores⁴⁵.

(iv) Autorizaciones suscritas por empleados del distrito de Barranquilla⁴⁶ para que el BIM tramitara el retiro y desembolso de sus cesantías, con el objeto de cancelar parte del precio de la vivienda VIS en la Urbanización María de los Ángeles

⁴³ Folios 73 y 74 del cuaderno 1.

⁴⁴ Folio 49 del cuaderno 1.

⁴⁵ Folio 48 del cuaderno 1.

⁴⁶ A saber, los señores Gabriel Eduardo Mendoza Castellar, Jorge Arrieta Bayona y Sara María de la Victoria Acosta.

construida por Urbanicasa S.A., así como los certificados laborales de dichos trabajadores y los contratos de promesa de compraventa que suscribieron ante la sociedad constructora⁴⁷. Igualmente obran los documentos denominados “*cesión de cesantías parciales para cancelar (sic) inicial de compra de vivienda*”, donde, entre otros, se acordó lo siguiente:

*“SEGUNDO: En caso necesario por no estar disponibles las cesantías total o parcialmente, me comprometo a suscribir con el Banco Inmobiliario Metropolitano una libranza que me permita la cancelación de la inicial, pudiendo dicha libranza hacerse directamente con el Banco Inmobiliario Metropolitano o a través de una entidad financiera”*⁴⁸.

(v) Certificados emitidos por el banco BBVA donde manifestó a varios compradores⁴⁹ que cumplían con los requisitos para ser sujetos de crédito hipotecario VIS en UVRs, en unos casos, y en pesos, en otros, a un plazo de 180 meses y hasta por el monto, en la mayoría de los estudios, de \$22’824.000⁵⁰.

(vi) Fotografías de la exposición del proyecto de vivienda, del evento de inicio de la obra y del estado “actual” de la misma; además, varias invitaciones que Urbanicasa remitió a funcionarios del distrito para que asistieran al “acto de inicio de la obra”⁵¹.

(vii) Documento del 10 de mayo de 2007, suscrito por el Subgerente del BIM y dirigido a la Secretaría de Educación de Barranquilla, donde manifestó:

“Cordialmente solicito a usted expedir los siguientes certificados para efectos del trámite de solicitud de liquidación parcial de cesantías con destino a compra de vivienda del programa URBANIZACION MARIA DE LOS ANGELES, de los docentes que se relacionan a continuación, de acuerdo al formulario de solicitud de cesantías parciales que ustedes mismos suministraron:

“a. Certificado de tiempo de Servicio, debe contener el tipo de vinculación, las novedades administrativas: nombramientos, traslados, comisiones, permutas, licencias, suspensiones, reflejando el número y fecha de los actos administrativos de las novedades con fecha de ingreso y retiro.

*“b. Certificado de salarios, sobre el último salario devengado. Si el salario ha variado en los tres últimos meses anexar el certificado de los doce meses del último año de servicio, reflejando el tipo de vinculación del educador, cargo, grado de escalafón, horas extras certificadas mes por mes, si hubo ascensos en los doce meses certificar a partir de que fecha surte efectos fiscales”*⁵².

(viii) Mediante escrito del 17 de enero de 2008, Urbanicasa solicitó a la Fiduciaria de Occidente la no renovación del encargo fiduciario y, como consecuencia, el reintegro a los compradores de los montos consignados, puesto que los depósitos que se

⁴⁷ Folios 78 a 111 del cuaderno 1.

⁴⁸ Folio 91 del cuaderno 1.

⁴⁹ Los aludidos certificados bancarios fueron dirigidos a las siguientes personas: Haydith Guzmán Soto, Cecilia Bayuelo Mercado, Rafael Antonio Villalba Reyes, Fidias Leivi Ruiz Márquez, Carmen Herrera Rodríguez, Gilma Rosa Orozco Castro, Raúl Enrique Jiménez Vega, Lilibeth Castro Restrepo, Meibel Caro Tapias, Lucy Avendaño Fernández, Rocío Pérez García, Regina Jiménez García, Ignacia Cantillo Polo, Mario Guevara Muñoz, Idalis Antonia Mendoza, Sara de la Victoria Acosta, Jorge Montejó Fonseca, Gabriel Mendoza Castellar, Luis Zamora Caballero, Richard Rodríguez Rodríguez, Jose Jiménez Díaz, Pabla Cáceres Salgado, Gustavo Bustos Sánchez y Jhon Rovira Bitetti.

⁵⁰ Folios 112 a 135 del cuaderno 1.

⁵¹ Folios 136 a 162 del cuaderno 1.

⁵² Folio 163 del cuaderno 1.

efectuaron “son los que dicho personal tenía en los fondos privados y tanto este como el resto de los reservantes no han obtenido las liquidaciones parciales que están depositadas en el Distrito”⁵³.

(ix) A través de documento del 31 de enero de 2008, Urbanicasa S.A. pidió al BIM información sobre el estado de las solicitudes de obtención de las cesantías, así:

“3) Su correspondencia nos permite solicitarles nos informen por escrito lo sucedido con las numerosas solicitudes de liquidación de cesantías y también sobre las diversas propuestas para un programa de liquidación mensual, que no afectara las capacidades del Distrito. Nos referimos incluso a derechos de petición no respondidos por el Alcalde. Las solicitudes radicadas sobrepasan las 120. Estos procedimientos se han venido realizando durante todo el año 2007, y hasta ahora solo ha existido silencio administrativo.

“4) Les informamos que hasta la fecha solo 11 empleados consignaron parcialmente la inicial en la Fiducia ya que en los 2 y 3 últimos años les fueron consignadas en los fondos privados. No obstante se radicaron los expedientes de la totalidad de los empleados que contrataron con nosotros en la Fiducia, a los fines de que se efectuaran los procesos que la ley y las normas exigen, deben imaginar el volumen de trámites y gastos administrativos que hemos efectuado, para que hasta la fecha no se haya desembolsado ni una cesantía del Distrito.

“5) Se ejecutaron viviendas ante la posibilidad de que Ustedes a final del año, nos permitieran hacer entrega de algunas, por lo cual le dirigimos correspondencia al Banco inmobiliario el último trimestre del periodo anterior, dada la preferencia que ellos tienen sobre las adjudicaciones, la cual tampoco ha sido respondida”⁵⁴.

48. Visto el material probatorio reseñado, en torno al tema que se estudia, se observa la existencia de dos momentos obligacionales para el BIM; el primero, relacionado con los compromisos adquiridos al momento de celebrar el convenio de asociación, los cuales se referían, como quedó visto, a obligaciones de promoción del proyecto, definición de políticas de estímulo para la compra, prestación de asesoría a la constructora para la consecución de subsidios en pro de los compradores y la canalización o gestión de recursos del distrito que permitieran financiar la construcción de la urbanización, escenario bajo el cual el BIM sí observó las obligaciones que le compelían, puesto que éstas le requerían la diligencia y cuidado en el desarrollo de las conductas ya reseñadas, tal como se constata con (i) el escrito del 16 de abril de 2007, donde el BIM informó a la fiduciaria de la supuesta gestión que adelantó en torno al desembolso de las cesantías y (ii) el oficio del 10 de mayo de 2007, en el que el banco le pidió a la Secretaría de Hacienda del distrito la expedición de los certificados requeridos para la liquidación parcial de las cesantías de los docentes que enunció.

49. No obstante, el mencionado contexto cambió, pues no resultó suficiente la estructura convencional acordada para avanzar en el proyecto, de modo que se construyó entre las partes un segundo escenario en el que, de una parte, se comprometían recursos del BIM por valor de 300 millones (otrosí 1), y de otra, en punto al aspecto que se examina, se incluyó, en el otrosí 2, una obligación de resultados bajo la cual el BIM se obligaba a “gestionar y suscribir los convenios

⁵³ Folio 75 del cuaderno 1.

⁵⁴ Folio 185 del cuaderno 1.

necesarios con el Distrito a los fines de obtener las cesantías parciales de los empleados del Distrito (...)”. Entonces, de haber seguido siendo de medios el contenido prestacional del Banco, no se habría promovido el otrosí 2 con este alcance explícito.

A partir de ese momento, el convenio fijó un derrotero concreto y definido que el Banco no logró, por cuanto su conducta no se limitaba a desarrollar las gestiones suficientes para financiar el proyecto, sino a suscribir –un resultado preciso y determinado- los citados acuerdos, conducta que no ejecutó y que de ninguna manera se entiende efectuada con las negociaciones previas que adelantó, comoquiera que esas se limitaron a tramitar recursos de financiación, sin lograr efectivamente la suscripción de los pactos a los que se comprometió el BIM.

50. Es posible colegir que la renuencia en el pago de las cesantías que “*están depositadas en el Distrito*” fue la razón que conminó a las partes a suscribir el otrosí 2, donde el banco se obligó a celebrar convenios con el ente territorial para alcanzar o facilitar este cometido. En esta medida, la Sala, (i) más allá de cuestionar la negativa de la entidad territorial en el desembolso de las referidas prestaciones sociales, sustentado en un supuesto que daba lugar a su pago a favor de sus titulares -beneficiarios-, como lo es, la adquisición de vivienda propia, aspecto no debatido en este litigio ni se vinculó al distrito, (ii) sí observa que el BIM se obligó de forma clara y concreta a ejecutar una conducta definida que, efectivamente, no alcanzó, dado que no hay pruebas posteriores al otrosí 2 que demuestren dicho resultado, y las que son previas a tal modificación solamente muestran el adelanto de trámites administrativos en pro de obtener el pago de las cesantías – obligación de medios, que ya no se correspondía con el pacto actual; escenario que, se itera, acredita la falta de concreción del resultado que el mismo banco se impuso al estipular una obligación en los términos ya referenciados.

51. Tampoco se demostró la ocurrencia de una causa extraña que exonerara al BIM en el logro del objetivo que se pactó. Al respecto, no se encuentra acreditado que la negativa del distrito en la celebración de los convenios reseñados configurara el hecho de un tercero -causal eximente de responsabilidad-, porque no existe prueba de una conducta en tal sentido por parte de dicho ente y, en todo caso, no se puede tener tal omisión o negativa como un hecho irresistible⁵⁵ e imprevisible⁵⁶, requisitos

⁵⁵ Consistente en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo, donde “*la imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de marzo de 2011, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez).

⁵⁶ “... suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia ... No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente. Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

ineludibles para admitir su configuración, comoquiera que la firma del mencionado negocio no resultaba en una acción imposible de ejecutar y la desaprobación del distrito sí pudo ser fácilmente anticipada, no resultando súbita o repentina, pues justamente con el otrosí 2 se incorporó la obligación de suscribir convenios por cuenta del estado anterior e insuficiente de continuar con el limitado alcance de gestionar el trámite de las cesantías.

52. Así pues, resulta evidente que se acreditó que el BIM desconoció la obligación que le compelia respecto de *“gestionar y suscribir los convenios necesarios con el Distrito a los fines de obtener las cesantías parciales de los empleados del Distrito que contraten con Urbanicasa las viviendas en el proyecto María de los Ángeles”*.

53. En todo caso, la anterior constatación no resulta suficiente para acreditar que el aludido incumplimiento constituyó el factor detonante que frustró el desarrollo del proyecto inmobiliario *María de los Ángeles* y que, por tanto, condujo al revés en la obtención del provecho pretendido por Urbanicasa S.A.; para el efecto, recuérdese que estos convenios de asociación no se celebran con el fin de obtener una remuneración correspondiente a un intercambio de prestaciones bajo el ámbito de la reciprocidad, sino que su retribución se acompasa con la obtención del beneficio que buscaban alcanzar con la ejecución del negocio.

54. En efecto, varios propósitos consolidaron la suscripción de este convenio; por un lado, la colaboración para la construcción de viviendas VIS en pro del sector poblacional beneficiario, tarea que tornaba patente el objeto social del BIM como banco de tierras y, de otro lado, se encuentra el provecho que la constructora obtenía a través de su asociación con el BIM que implicaba el apalancamiento del proyecto, por medio de su financiamiento con recursos provenientes del distrito, ventajas que, indiscutiblemente, la constructora sólo obtendría en el marco de un negocio de tal naturaleza. Igualmente, los referidos móviles también comportaron una utilidad patrimonial para los participantes del negocio jurídico, puesto que el BIM obtendría el 1,5% del valor de venta de cada inmueble y la sociedad, a su vez, recibiría las ganancias por la comercialización del proyecto.

55. Ahora, más allá de los beneficios que uno y otro aspiraba obtener con el convenio, lo cierto es que la sola demostración del supuesto de incumplimiento tratado -el relativo a la gestión y suscripción de los convenios necesarios con el Distrito a los fines de obtener las cesantías parciales de los empleados del distrito- no acredita el daño invocado⁵⁷, representado en el fracaso del proyecto inmobiliario,

Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de marzo de 2011, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez).

⁵⁷ La declaratoria de responsabilidad del Estado en el ámbito contractual por el daño antijurídico imputable en sede de incumplimiento requiere: (i) identificar la obligación exigible, y la acción u omisión con la que fue infringida, (ii) el daño emergente o lucro cesante ocasionado a una de las partes del negocio jurídico con el incumplimiento de la obligación de su contraparte; y (iii) la relación de causa efecto entre la conducta con la que el demandado faltó a sus obligaciones y el menoscabo sufrido por el demandante (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 marzo de 2016, expediente 37.726, reiterado por la Subsección C en sentencias del 28 de octubre de 2019, expediente: 40.992 y del 10 de diciembre de 2021, expediente: 54140).

dado que la configuración de ese factor no imposibilitó por sí solo la ejecución total del negocio jurídico celebrado.

56. Ciertamente, el expediente carece de las piezas probatorias suficientes para evidenciar en qué momento se frustró el proyecto, puesto que este tipo de negocio está compuesto por distintas fases que dan lugar a su avance, en la medida que, en síntesis, primero se debe adelantar la etapa de diseño y planeación del proyecto, seguido de la obtención de los permisos y licencias requeridos, acompañado de la promoción y publicitación del mismo, en aras de buscar los potenciales compradores; etapa continuada por el afinamiento del interés por parte de éstos, mediante la suscripción de los negocios jurídicos correspondientes (v. gr. promesas de compraventa) y que, en su conjunto, llevarían a determinar en qué momento se lograría el punto de equilibrio financiero del negocio; a partir de allí quedarían sentadas las bases para la obtención del financiamiento requerido, el que, a su vez, daba paso al inicio de la construcción de las viviendas.

57. Así pues, las pruebas aportadas al proceso -detalladas en el numeral 47 de esta providencia, junto con el convenio objeto de estudio y sus dos otrosíes- no revelan en concreto el desarrollo o etapas del proyecto en el apretado plazo estipulado, por lo que no es dable establecer hasta qué momento avanzó efectivamente éste. De hecho, los medios documentales allegados no permiten constatar una trazabilidad de las fases acontecidas que permita colegir cuál fue la incidencia de la falta de suscripción de los convenios para la obtención de las cesantías de los empleados del distrito, en el revés que, aducen, tuvo la Urbanización María de los Ángeles.

58. La Sala no desconoce la importancia que para el proyecto significaba la obtención de las cesantías de los posibles compradores como parte de pago de la cuota inicial de sus viviendas; sin embargo, no es dable reducir el declive del mismo a esa sola verificación, por cuanto dicha frustración no corresponde a ese único factor de causación, pues como se ha advertido (i) en el convenio no se estipuló que éste se dirigiera con exclusividad a empleados del distrito; (ii) aunque se previeron medidas de fondeo que beneficiaban en mayor medida a servidores públicos, le correspondía a las partes promover la urbanización en múltiples sectores de la población; (iii) el listado de las personas interesadas en adquirir vivienda y que habían iniciado el trámite para ello, da cuenta que existían varios empleados del sector privado e independiente vinculados al proyecto; y, (iv) el parágrafo uno de la cláusula segunda del otrosí 1 determinó que *“si por cualquier circunstancia por simple comunicación de URBANICASA S.A. a EL BANCO, quince días antes de la terminación de la vivienda el beneficiario del micro crédito no hubiese completado sus aportes para la cancelación del micro crédito y/o el complemento para cancelar la inicial, URBANICASA S.A. podrá asignar dicha vivienda a otro comprador, bien sea del (sic) empleado del Distrito o no, y cancelar en la oportunidad del otorgamiento de dicha venta el valor del micro crédito asignado a aquel beneficiario a EL BANCO, o reasignar otra vivienda manteniendo el micro crédito”*, lo cual comportó que en caso de revés de algunos negocios por el no pago de la cuota inicial, como aconteció, le correspondía a la sociedad contratista asignar la vivienda a otro

comprador interesado, sin que se exigiera que éste fuera empleado del ente territorial.

59. En esa medida y ante las limitadas pruebas que fueron aportadas, es evidente que no hay certeza de qué ocurrió con el proyecto, es decir, la Sala carece de los medios de convicción que le permitan examinar su seguimiento y mucho menos puede establecer qué sucedió con las viviendas que, supuestamente, fueron construidas, ¿habrían sido asignadas a otros compradores, distintos de empleados del distrito, como lo establecía el convenio o simplemente quedaron a la espera indeterminada de su transferencia de dominio?; este escenario denota la orfandad probatoria presente en el *sub lite*, dado que no obran elementos demostrativos que den cuenta del acontecer negocial y de si Urbanicasa observó las obligaciones que le compelfían.

60. El anterior panorama ratifica que no hay prueba de que el incumplimiento endilgado al BIM, ante la omisión en la suscripción de los convenios para la liberación de las cesantías de los empleados del distrito, se hubiese constituido en factor detonante del fracaso del convenio, puesto que, se itera, no hay evidencia que este sea el único evento que trastocó e impidió el logro del proyecto.

61. Aunado a lo expuesto, llama la atención que aunque fue en el otrosí 2 del 20 de noviembre de 2007 que se pactó la obligación de suscribir los convenios necesarios para obtener las pluricitadas cesantías y se prorrogó el negocio jurídico un (1) año más, esto es, hasta noviembre de 2008, la sociedad constructora puso de presente a la fiduciaria dos (2) meses después de esto, el 17 de enero de 2008, sobre la no renovación del encargo que le fue comisionado por la no obtención de las cesantías parciales depositadas en el distrito, es decir, con una antelación excesiva al vencimiento del plazo negocial previsto.

Bajo este panorama, nuevamente se pregunta la Sala ¿qué otro evento advirtió Urbanicasa, en ese corto plazo, que pudiera llevar a malograr el proyecto?, ¿por qué cuando aún faltaban diez (10) meses para el cumplimiento del término convencional, la constructora dio por sentado que no se obtendría la financiación requerida, por medio de la liberación de las cesantías?, dudas que no pueden ser resueltas con el material probatorio obrante en el expediente, pero que permiten entrever que la no financiación del proyecto, a través de las citadas cesantías, no constituyó el elemento forzoso y directo de su fracaso.

62. En clave del anterior escenario, la Sala no tiene camino distinto a negar los pedimentos solicitados por Urbanicasa S.A., pues aunque se acreditó la inobservancia de la obligación del BIM de gestionar y suscribir con el distrito los convenios necesarios para obtener el pago de las cesantías de los empleados de dicho ente territorial, no se configuraron todos los elementos que dan cabida a la declaratoria de responsabilidad patrimonial en sede contractual, comoquiera que no se demostró que tal incumplimiento constituyera la fuente del daño que se reclama, y menos aún que fuera el motivo que impidió avanzar con el desarrollo del convenio de colaboración entre ellas suscrito.

Costas

63. En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁵⁸
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

⁵⁸ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema de SAMAI.