



ACCIÓN: GRUPO
RADICADO: 25269-33-33-001-2013-00558-00
ACCIONANTE: SIRLEY ODILIA MÉNDEZ Y OTROS
ACCIONADO: MUNICIPIO DE NOCAIMA y A&A
INGENIEROS LTDA
ASUNTO: **SENTENCIA**

Facatativá, quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

1. ASUNTO A RESOLVER

Se procede a dictar sentencia en el proceso promovido por Sirley Odilia Méndez Hernández, Carlos Arturo Torres Forero, Carmen Alicia Navarro de Olave, Isauro Zabala Espinosa, Gloria Elsa Muñoz Ávila, Jesús Elías Quesada Luna, Nery Aidé Castañeda Flórez, Ruby Lucero Pinzón Toro, Orlando Algecira Guzmán, Edgar Guerrero Moreno, Luz Yamile Ramírez Chimbi, Nidia Francy Matiz de Morales, Teodoro Olarte, Fernando Prada Torres, Aneida Prada Torres, María de Jesús García González, Mariela Benavides Vanegas, Jorge Enrique Ulloa Urriaga, Ana Silvia Pinzón Hernández, Jorge Hernán Bernal Delgado, Gloria Yaneth González Rojas, María Nubia Cifuentes Palacios, José Valentín Quijano Triana, Luz Ángela Torres Casasbuenas, Emilse Escucha Hernández, Héctor Hernán Pinzón Urriaga, Elsa Milena Flórez Hernández, Carolina Delgado Hernández, Lina María Hernández Ortiz, Flora Parada de Mora, Marcela Torres Sánchez, Jaime Arley Hernández Pinzón, Gilberto Molano Bernal, Ana Julia Bautista, Gilberto Andrés Molano Rojas, Arley Ramírez Cardona, Jaime Alberto Cifuentes Correa, Luis Carlos Arce Perlaza, Rosa María Sánchez Bermúdez, Jiménez Marcela Leal Urriaga, Aura Patricia Fajardo Murcia, Leonor Cardona de Ramírez, Myriam Sofía García Corredor, Luz Ángela Orozco Jiménez, Jaime Esteban Sepúlveda Orozco, Sandra Patricia Supelano Ramírez, José Reinel Alzate, José Darío Marchan Urriaga, Francisco Marmolejo Millán con poder general conferido a Juan Carlos Carreño Rodríguez, Diana Patricia Matiz Sánchez, José Floresmiro Hernández Hernández, María José Santacruz Santacruz, Zulma Nayive Laverde Rodríguez, Elsa Mariela Ayala Álvarez, José Bernardo Martínez Rodríguez, Iovanni Contento Moncada y Luz Marina Hernández de Olaya **-en adelante demandantes o accionantes-**, en ejercicio de la Acción de Grupo regulada en la Ley 472 de 1998¹ y consagrada, como medio de control, en el art. 145

¹ Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

de la Ley 1437 de 2011², en contra del municipio de Nocaima y A&A Ingenieros Ltda. – **en adelante demandados o accionados**–.

2. ANTECEDENTES Y ACTUACIONES PRELIMINARES

2.1. Demanda

Se interpuso acción de grupo contra los demandados, con el fin de obtener la indemnización por los perjuicios causados con la inejecución del proyecto de Vivienda Altos de Payanda (fls. 1 a 30 C. 1).

Hechos relevantes plasmados en la demanda

Los hechos que expuso la parte accionante y que se consideran relevantes para dictar sentencia se sintetizan así:

Informaron que el señor Wilson Eliecer Rojas Bohórquez, como alcalde del municipio de Nocaima para el periodo de 2008 - 2011, lideró un programa de vivienda de interés social.

Mediante Acuerdo n.º 013 del 26 de abril de 2008, el Concejo Municipal de Nocaima asignó, con destinación especial, el terreno para la construcción de las viviendas y, posteriormente, mediante Acuerdo n.º 036 del 6 de octubre del mismo año, la corporación autorizó al alcalde para la celebración del contrato de Unión Temporal para el desarrollo del proyecto.

Manifestaron que, mediante licitación pública n.º 02 del 1º de agosto de 2009, se reunió el comité evaluador del municipio de Nocaima, con el fin de seleccionar al inversionista o constructor asociado para integrar la Unión Temporal para la ejecución del proyecto; así, en acta n.º 002 del 11 de julio de 2009, el alcalde adjudicó para la ejecución del proyecto a la firma A&A Ingenieros Ltda.

Por escritura pública n.º 059 del 18 de marzo de 2010, otorgada ante la Notaría de Nocaima, se realizó la división material y destinación del inmueble de propiedad del municipio para la construcción del proyecto de vivienda Altos de Payanda.

Realizado esto, se llevó a cabo una reunión con los beneficiarios del proyecto, ocasión en la que el alcalde manifestó a los potenciales usuarios, que en el lote existían unas mejoras y que por tanto había que pagarlas, por lo que cada usuario debía cancelar la suma de \$500.000, la que debía ser consignada en la cuenta n.º 4-3149001193-6 del Banco Agrario de Colombia, sucursal de Nocaima, a nombre del profesor José Manuel Reyes y, de otro lado, el señor Álvaro Bohórquez, como funcionario de la Alcaldía, tramitaría los subsidios y por ello cada usuario debía pagar la suma de \$200.000.

Afirman que procedieron a suscribir las diferentes promesas de compraventa, en las que se dejó constancia que el inmueble donde se desarrollaría el proyecto era de plena y exclusiva propiedad de la Alcaldía Municipal de Nocaima, según el acuerdo de Unión Temporal para el

² Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

desarrollo del programa de viviendas de interés prioritario, suscrito el 14 de agosto de 2009, fijando el precio de las viviendas en la suma de \$34.700.000 y otras por \$36.050.000, valor que aportarían una parte el usuario, otra con el subsidio de vivienda y, finalmente, con crédito, según el caso.

Señalan que, como usuarios o beneficiarios, comenzaron a consignar las cuotas, tal y como se había establecido en el acuerdo de negociación.

Afirman que, conforme el acuerdo de negociación, los demandados se comprometieron a construir viviendas dignas para los beneficiarios, lo que no se cumplió.

Agregaron que la participación del municipio en el proyecto es del 100%, teniendo en cuenta la iniciativa de la entidad de aportar el terreno, subdividirlo, hacer el trámite ante el Concejo Municipal, permitir la participación de funcionarios de la alcaldía, constituirse como socio solidario de la Unión Temporal A&A Ingenieros Ltda., actos que generaron confianza en los potenciales beneficiarios.

Indicaron que ingresaron dineros a las cuentas de la alcaldía de Nocaima, y que funcionarios de dicha entidad recibieron dinero por parte de los usuarios del proyecto de vivienda Altos de Payanda.

Señalaron que, conforme el documento que creó la Unión Temporal, se fijó el principio de solidaridad entre los demandados, según la cláusula 6° del mismo, por lo que deben responder en igual medida por el cumplimiento total de la propuesta y del contrato.

Señalaron que la Alcaldesa, para el año 2013, manifestó en denuncia del 20 de marzo de 2013, ante la Fiscalía Seccional de Bogotá, que una vez recibió la administración municipal, mediante oficio SGD-021 del 1° de febrero de 2012, requirió a quien fungía como alcalde para la época de los hechos, el señor Wilson Rojas, para que realizara las aclaraciones técnicas, financieras y administrativas correspondientes, para continuar con el trámite y desarrollo normal del proyecto, requerimiento que no fue contestado.

Resaltaron que en el lote de terreno que había sido destinado para el desarrollo del proyecto de vivienda no se han realizado obras de infraestructura que indiquen que el municipio ha desplegado acciones tendientes a construir las viviendas prometidas en venta a los 220 usuarios, por lo que se desconoce en qué se invirtieron los dineros recaudados.

Finalmente, indicó que las personas que serían beneficiarias de dicho proyecto, son de escasos recursos y que de buena fe realizaron una inversión tendiente a obtener una vivienda de interés social.

Pretensiones

Con base en los hechos expuestos formularon las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Se declare solidariamente responsable a el Municipio de Nocaima, Cundinamarca, representado por su Alcaldesa AMPARO GARZON CIFUENTES, o por quien lo sea o la reemplace al momento de la notificación de la demanda, y/o, la Unión Temporal constituida o formada por el

*municipio de Nocaima Cundinamarca y, **A y A Ingenieros Ltda.**, Sociedad representada por el señor ALVARO ADRIAN APONTE ROMERO, o por quien lo sea o lo reemplace al momento de la notificación de la demanda, de los perjuicios causados a los (34) accionantes y beneficiarios del proyecto de vivienda ALTOS DE PAYANDA DE NOCAIMA CUNDINAMARCA, por cuanto sus acciones y omisiones relatadas en el acápite de los hechos y en los comentarios de orden legal se trasgredió el derecho colectivo previsto en los literales b, n, m del artículo 4 de la ley 472 de 1.998 y en los establecidos en el estatuto del consumidor”*

*SEGUNDO: Que se condene a las entidades demandadas Municipio de Nocaima, Cundinamarca, representado por su Alcaldesa AMPARO GARZON CIFUENTES, o por quien lo sea o la reemplace al momento de la notificación de la demanda, y/o, la Unión Temporal constituida o formada por el municipio de Nocaima Cundinamarca y, **A y A Ingenieros Ltda.**, Sociedad representada por el señor ALVARO ADRIAN APONTE ROMERO, o por quien lo sea o lo reemplace al momento de la notificación de la demanda a pagar solidariamente a mis poderdantes una indemnización por los daños materiales de daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros y demás que se demuestren durante el desarrollo del proceso, ocasionados por la acción de los entes demandados, perjuicios que según estimativo provisional los avaluó para cada uno de los 34 accionantes en la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000), para un gran total de mil trescientos sesenta millones de pesos (\$1'360.000.000)*

SUBSIDIARIDAD

No bastante, la mención de la cifra de dinero referenciado en la pretensión anterior, mis mandantes aprobaran y aceptaran la suma de dinero que por este mismo concepto determine el Despacho por concepto de los daños materiales causados teniendo en cuenta el peritazgo que para tal efecto ordene su señoría y que se acredite dentro del proceso.

TERCERA: Que se condene a los demandados a pagar a cada uno de mis representados los perjuicios morales causados de acuerdo con la tasación que el Despacho haga de los mismos, solicitando en todo caso que lo tasado no sea inferior a 40 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de los aquí demandantes, es decir, la suma de \$23.580.000 para cada uno de los afectados para un gran total de \$801.720.000.

CUARTA: Que las sumas que resulten como reconocimiento de indemnización a los demandados sea indexada a la fecha en que se efectuó el pago.

QUINTO: Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados. (sic)

2.2. Decisiones iniciales

Admisión de la solicitud

Con auto de 24 de octubre de 2013 (fls. 55-58 C.2), **(i)** se admitió la acción, **(ii)** se ordenó la notificación y el traslado del escrito de la demanda a la parte accionada y **(iii)** se dispuso correr traslado de la demanda en los términos del artículo 53 de la L.472/1998.

Además, **(iv)** se ordenó a la parte demandante depositar los gastos del proceso, **(v)** se le notificó la providencia a la Defensoría del Pueblo, **(vi)** se les informó a los miembros del grupo demandante sobre la admisión de la

demanda y **(vii)** se envió copia del auto y de la demanda al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo de la Defensoría del Pueblo.

2.3. Intervención de los accionados

Municipio de Nocaima

Mediante memorial de 3 de octubre de 2014 (fls. 156-162 C.2), el municipio de Nocaima señaló no ser cierta la participación que tiene el municipio en la Unión Temporal; así, resaltó que al revisar el contrato celebrado entre Nocaima y la firma A&A Ingenieros, la participación del municipio para la ejecución del proyecto es del 5% y no del 100% como se afirma en la demanda.

Frente a los trámites que realizó el municipio, para adecuar el terreno y ejecutar el proyecto, fueron los requisitos mínimos que debe cumplir una localidad cuando es propietario de un bien que va a destinar a un proyecto.

Aseveró que los dineros consignados por los beneficiarios del proyecto no entraron al presupuesto de la administración, por cuanto no fueron depositados en ninguna de las cuentas de la alcaldía.

Señaló que es cierto que no se han realizado actos que conlleven a la construcción de las citadas viviendas.

Explicó que, efectivamente, se suscribió un contrato de Unión Temporal con el objeto de obtener recursos y subsidios y para la ejecución del proyecto de vivienda nueva de interés social, denominado Proyecto de Vivienda Altos de Payanda Municipio de Nocaima, el que sería desarrollado conforme las disposiciones económicas, legales, técnicas y reglamentarias y, con ese fin, fue que el municipio hizo adecuaciones al terreno y adelantó gestiones que consistieron en expedir, a través de la Secretaría de Planeación, las licencias correspondientes y la viabilidad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Afirmó que el municipio también fue engañado en su buena fe, pues, como se evidencia, la escogencia de la persona jurídica para formar la Unión Temporal para llevar a cabo el programa de gobierno de la administración en el periodo 2008-2011, se realizó mediante licitación pública, regla general de la contratación estatal, en el que se observaron todos los lineamientos legales, por lo que un vez adjudicado el contrato se dio inicio con las actuaciones necesarias, para beneficiar a 220 familias.

Resaltó que el municipio cumplió con los aportes fijados en la cláusula sexta del contrato, que consistía en el lote de terreno que debía ser aportado, realizando las adecuaciones necesarias que correspondían al 5% del valor total del proyecto, participación que quedó plasmada en la cláusula novena del citado instrumento, por lo que no existe vulneración de derechos de los demandantes.

Citó la cláusula séptima del contrato de Unión Temporal, en donde se leen las obligaciones a cargo del municipio, señalando que dentro de sus cargas no se contempló la de administración de los recursos o verificación de los aportes, en tanto, si esa hubiese sido la intención del municipio, se habría

requerido a la firma de ingenieros, la celebración de un contrato de fiducia con un entidad idónea y avalada, lo que no sucedió.

En esa misma línea, resaltó que las promesas de compraventa suscritas por los beneficiarios, no fueron con el municipio, sino directamente con la firma A&A Ingenieros Ltda., a quien también se entregaron los dineros que se relacionan por los afectados, pues al revisar los recibos de caja, los mismos fueron entregados en las oficinas del particular, sin que allí se mencione a la Alcaldía Municipal, señalando que fue la alcaldía, quien posteriormente, en el periodo de la alcaldesa Amparo Cifuentes, solicitó al ingeniero Aponte para que entregara información sobre cuentas y gastos del proyecto de vivienda, lo que nunca fue contestado.

Agregó que, con el fin de solucionar la problemática, verificó la constitución de una fiducia, la que se hizo a través de la Fiduciaria Colpatria, pero aclarando que como dentro del contrato la administración no exigió el amparo de riesgos, no pudo ser declarado el siniestro por el incumplimiento del contrato.

La fiduciaria Colpatria, en vista de que el proyecto de vivienda no se llevó a cabo, decidió hacer la devolución de los recursos consignados por los particulares para su administración.

Cerró diciendo que no se encuentra probado el nexo causal entre el daño y los actos de la administración, por lo que no puede, el municipio, hacerse responsable de una carga que no tenía a su cuidado.

Finalmente, se opuso a las pretensiones de la demanda.

A&A INGENIEROS LTDA

Decretado el emplazamiento, y nombrado *curador*, mediante memorial radicado el 26 de abril de 2017 (fls. 338-340 C.2), el abogado designado presentó contestación a la demanda, en la que, frente a los hechos de la misma, manifestó que no le constan y que por tanto serán materia de debate probatorio.

Frente a la responsabilidad, señaló que la misma deberá ser determinada en la sentencia que habrá de proferirse.

Finalmente, frente a las pretensiones, indicó que no se allanaba.

2.4. Inclusión de nuevos demandantes

En escrito del 28 de marzo de 2014 (fls. 66-72 C.2), se solicitó la incorporación, al grupo demandante, de los señores: Gilberto Andrés Molano Rojas, Arley Ramírez Cardona, Jaime Alberto Cifuentes Correa, Luis Carlos Arce Perlaza, Rosa María Sánchez Bermúdez, Jiménez Marcela Leal Urriaga, Aura Patricia Fajardo Murcia, Leonor Cardona de Ramírez, Myriam Sofía García Corredor, Luz Ángela Orozco Jiménez y Jaime Esteban Sepúlveda Orozco.

Mediante auto del 10 de abril de 2014 (fl. 145 C. 2), se admitió la solicitud de integración presentada.

Posteriormente, en escrito radicado el 4 de agosto de 2017, se solicitó la integración al grupo demandante de: Sandra Patricia Supelano Ramírez, José Reinel Alzate Alzate, José Darío Marchan Urriaga, Francisco Marmolejo Millan con poder general conferido a Juan Carlos Carreño Rodríguez, Diana Patricia Matiz Sánchez, José Floresmiro Hernández Hernández, María José Santacruz Santacruz, Zulma Nayive Laverde Rodríguez, Elsa Mariela Ayala Álvarez, José Bernardo Martínez Rodríguez, Iovanni Contento Moncada y Luz Marina Hernández de Olaya, solicitud frente a la que no se ha efectuado pronunciamiento.

2.5. Audiencia de conciliación

Mediante auto de 15 de junio de 2017 (fls. 343-345 C. 2), se citó para el 18 de julio de 2017, con el fin de adelantar la audiencia de conciliación.

El 18 de julio de 2017, se llevó a cabo la audiencia en la que se declaró fallida la posibilidad de conciliación, por la inasistencia de la apoderada del municipio de Nocaima (fls. 1-2 C. 3).

2.6. Periodo probatorio

A través de auto de 19 de octubre de 2017 (fls. 136-142 C.3), en cumplimiento del artículo 62 de la L.472/1998, se efectuó el decreto de pruebas dentro del proceso.

Por proveído de 14 de diciembre de 2017 (fl. 161-163 C.3), se dispuso requerir al municipio de Nocaima, a la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la Nación, para que procedieran a allegar las pruebas e informes solicitadas en el auto de pruebas. Los que luego, fueron aportados.

En auto de 22 de febrero de 2018 (fls. 247-249 C.3), se requirió al Banco Colpatria, para que diera cumplimiento a lo ordenado en el decreto de pruebas, y ante la renuencia, se emitió un segundo requerimiento en auto del 12 de abril de 2018 (fls. 286- 291), pero sin ser atendido, el 17 de mayo de 2018, se dio apertura al incidente por desacato contra la entidad bancaria encargada de atender la orden judicial (fls. 296-302 C. 3); una vez notificado, se allegó la documental requerida (fls. 303-308 y 316-320 C. 3), por lo que el 23 de octubre de 2018 (fls. 338-339 C.3), se dispuso el cierre del trámite incidental.

En auto de la misma fecha -23 de octubre de 2018- se fijó fecha para practicar el testimonio de Wilson Eliecer Rojas Bohórquez, ex alcalde del municipio de Nocaima, conminando a la parte demandante, para allegar el cuestionario que debería ser absuelto (fls. 338-339 C.3).

En esa misma providencia, se requirió a la Fiscalía General de la Nación para que diera cumplimiento a lo ordenado en el auto que decretó las pruebas.

El 8 de noviembre de 2018 (fls 353-354 C.3), fecha fijada para la práctica de la prueba testimonial, se dejó constancia de la inasistencia del citado; sin embargo, una vez allegada la dirección de notificación del testigo citado, en auto de 15 de noviembre de 2018 (fls. 357-358 C.3), se fijó nueva fecha para la práctica de la prueba.

El 28 de noviembre de 2018 (fls. 361-362 C. 3), se llevó a cabo la audiencia de práctica de la prueba testimonial de Wilson Eliecer Rojas Bohórquez, en su calidad de ex alcalde de Nocaima para la época de los hechos.

El 13 de marzo de 2019, la Fiscalía Seccional UDCAP, rindió informe sobre la investigación penal que adelanta (fls. 368-369 C.3).

2.7. Alegatos de conclusión

Por medio de auto de 27 de marzo de 2019 (fl. 371 C.3), se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

Parte accionante

A través de memorial de 4 de abril de 2019 (fls. 376-379 C3), los demandantes presentaron alegatos de conclusión, así:

Señalaron que en el escrito de demanda y en los posteriores, donde se solicitó la inclusión de nuevos demandantes, se determinaron los hechos y las circunstancias en que ocurrieron los daños causados a un número plural de personas, los que se encuentran probados.

Seguidamente, refirió las pruebas aportadas y practicadas en el trámite del proceso, haciendo una mención particular frente a cada una de ellas.

Así mismo, hizo un recuento de las actuaciones que se atribuyen a la administración municipal, señalando que ocurrieron con ocasión de la desorganización o mala fe de sus gobernantes o de quienes hayan administrado los recursos económicos destinados a la construcción del Proyecto Altos de Payanda, sumado a que fue la entidad quien creó la Unión Temporal para dichos fines, lo que la hace responsable de dicho proyecto y de los daños causados.

Frente a los daños materiales y su titularidad, señaló que quedó probado que la administración municipal, en cabeza del alcalde de la época, es el directo responsable del frustrado proyecto de vivienda, por cuanto se asoció con una persona jurídica que no reunía los requisitos para adelantarlos; ahora, frente al daño moral, señaló que debe ser el juzgado quien estime su monto, teniendo en cuenta que su origen obedece al impacto psicológico que causó a los usuarios quienes, luego de 8 años, vieron frustrado la oportunidad de adquirir una vivienda de interés social digna.

Señaló que la responsabilidad de la parte demandada se deriva de la negligencia de sus funcionarios, pues en las contestaciones de la demanda, no pudo acreditarse que se actuó con diligencia en las etapas que debían adelantarse para la consecución del proyecto de vivienda, de lo que se infiere una falla en el servicio.

Finalmente, solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda, por encontrarse probados los elementos de la responsabilidad estatal.

Municipio de Nocaima

Mediante escrito de 4 de abril de 2019 (fls. 3-73-375 C. 3), la entidad territorial presentó alegatos de conclusión, señalando que:

Indicó que no puede olvidarse que en la época en que se socializó el proyecto, se señaló que había de conformarse una fiducia, en la que debían consignarse los recursos para la financiación del proyecto; distinto fue lo que hicieron los beneficiarios que, antes de legalizar el contrato, empezaron a entregar dineros al contratista A&A Ingenieros Ltda.; pese a la advertencia realizada por la administración municipal, fueron los mismos afectados quienes, por decisión propia, entregaron dineros al contratista, por lo que ellos mismos participaron en la causación del daño del que hoy demandan su resarcimiento, resaltando que fueron las mismas víctimas quienes propiciaron el desenlace, derivado de su actuar negligente, lo que configura un eximente de responsabilidad.

Seguidamente, señaló que no se cumplen los elementos para que exista resarcimiento del patrimonio alegado por la presunta omisión o actuación de la administración, contrario a ello, opina que existe un eximente de responsabilidad.

No obstante, lo aludido, indicó que, de acogerse las pretensiones, se condene al municipio en atención a su participación.

Finalmente, señaló que la acción esta caducada.

A&A INGENIEROS LTDA

Durante el término de traslado para alegar de conclusión, no efectuó pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

3.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 de la Constitución Política (CP), 50 y 51 de la L.472/1998 y num. 10 del 155 de la L.1437/2011, éste Juzgado es competente para conocer de la presente acción de grupo.

3.2. Cuestiones previas

Legitimación por activa

Los artículos 46 y 48 de la L.472/1998 y 145 de la L.1437/2011, establecen que la acción de grupo es un mecanismo de defensa al que puede acudir un grupo mínimo de 20 personas para solicitar la indemnización de los daños individuales causados a cada uno de ellos por un mismo evento³. En esta oportunidad, los demandantes⁴, actúan a través de apoderado en procura

³ Cfr. Munar Castellanos, Lucelly Rocío y Ortiz Arciniegas, Luis Roberto. Derecho procesal administrativo y de lo contencioso administrativo. 2ª edición. Editorial Temis SA. Págs. 168 y ss.

⁴ El grupo actor lo constituyen: Sirley Odilia Méndez Hernández, Carlos Arturo Torres Forero, Carmen Alicia Navarro de Olave, Isauro Zabala Espinosa, Gloria Elsa Muñoz Ávila, Jesús Elías Quesada Luna, Nery Aidé Castañeda Flórez, Ruby Lucero Pinzón Toro, Orlando Algecira Guzmán, Edgar Guerrero Moreno, Luz Yamile Ramírez Chimbi, Nidia Francy Matiz de Morales, Teodoro Olarte Olarte, Fernando Prada Torres, Aneida Prada Torres, María de Jesús García González, Mariela Benavides Vanegas, Jorge Enrique Ulloa Urriaga, Ana Silvia Pinzón Hernández, Jorge Hernán Bernal Delgado, Gloria Yaneth González Rojas, María Nubia Cifuentes Palacios, José Valentín Quijano Triana, Luz Ángela Torres Casasbuenas, Emilse Escucha Hernández, Héctor Hernán Pinzón Urriaga, Elsa Milena Flórez Hernández, Carolina Delgado Hernández, Lina María Hernández Ortiz, Flora Parada

de que le sean reparados los daños causados en el marco del proyecto de vivienda de interés prioritario Altos de Payanda, liderado por el municipio de Nocaima, razón por la cual se encuentran legitimados para promover la acción constitucional.

Legitimación por pasiva

La legitimación pasiva se concibe como la facultad procesal que le permite, a quien es demandado, controvertir el objeto de la reclamación interpuesta por el actor; por ello, se considera que los demandados -municipio de Nocaima y A&A Ingenieros Ltda, están legitimados para actuar, y así lo han hecho, como parte pasiva dentro del presente proceso, teniendo en cuenta que participaron directa o indirectamente en el proceso de contratación y ejecución del proyecto de vivienda Altos de Payanda.

Caducidad de la acción

El artículo 47 de la L.472/1998, establece que, sin perjuicio de la acción individual procedente para la reclamación del perjuicio solicitado, la acción de grupo debe promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante (art. 164 num. 2 lit. h L.1437/2011).

En el presente asunto se encuentra que la presunta causa de los perjuicios alegados por la parte activa de la presente acción es la inejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario, Altos de Payanda, que pretendía desarrollarse a través del acuerdo de Unión Temporal, suscrito el 14 de agosto de 2009.

Ahora bien, para establecer la forma en que debe contarse el término de caducidad en las acciones de grupo, es necesario enfocar el análisis en el daño, su tipología, la forma en que se produjo y su cesación, si es del caso.

de Mora, Marcela Torres Sánchez , Jaime Arley Hernández Pinzón, Gilberto Molano Bernal y Ana Julia Bautista Sirley Odilia Méndez Hernández, Carlos Arturo Torres Forero, Carmen Alicia Navarro de Olave, Isauro Zabala Espinosa, Gloria Elsa Muñoz Ávila, Jesús Elías Quesada Luna, Nery Aidé Castañeda Flórez, Ruby Lucero Pinzón Toro, Orlando Algecira Guzmán, Edgar Guerrero Moreno, Luz Yamile Ramírez Chimbi, Nidia Francly Matiz de Morales, Teodoro Olarte Olarte, Fernando Prada Torres, Aneida Prada Torres, María de Jesús García González, Mariela Benavides Vanegas, Jorge Enrique Ulloa Urriaga, Ana Silvia Pinzón Hernández, Jorge Hernán Bernal Delgado, Gloria Yaneth González Rojas, María Nubia Cifuentes Palacios, José Valentín Quijano Triana, Luz Ángela Torres Casasbuenas, Emilse Escucha Hernández, Héctor Hernán Pinzón Urriaga, Elsa Milena Flórez Hernández, Carolina Delgado Hernández, Lina María Hernández Ortiz, Flora Parada de Mora, Marcela Torres Sánchez , Jaime Arley Hernández Pinzón, Gilberto Molano Bernal, Ana Julia Bautista, Gilberto Andres Molano Rojas, Arley Ramírez Cardona, Jaime Alverto Cifuentes Correa, Luis Carlos Arce Perlaza, Rosa María Sánchez Bermúdez, Jimenez Marcela Leal Urriaga, Aura Patricia Fajardo Murcia, Leonor Cardona De Ramirez, Myriam Sofia García Corredor, Luz Ángela Orozco Jiménez, Jaime Esteban Sepulveda Orozco, Sandra Patricia Supelano Ramírez, José Reinel Alzate Alzate, José Darío Marchan Urriaga, Francisco Marmolejo Millan, Diana Patricia Matiz Sánchez, José Floresmiro Hernández Hernández, María José Santacruz Santacruz, Zulma Nayive Laverde Rodríguez, Elsa Mariela Ayala Álvarez, José Bernardo Martínez Rodríguez, Iovanni Contento Moncada Y Luz Marina Hernández de Olaya.

Teniendo en cuenta la necesidad de establecer un punto de partida para contar el término para la caducidad el Consejo de Estado⁵ ha forjado varias reglas para su adecuada determinación.

La jurisprudencia⁶, ha sostenido que cuando se imputa un daño por omisión, hay dos maneras de contar el término: (i) la primera, cuando no es posible establecer un grupo determinado de afectados, por cuanto el daño se va produciendo de manera gradual y, en ese caso, no habría caducidad y, (ii) cuando existiendo una imputación por omisión, y de ser posible fijar el grupo de personas que se ve afectado, se contabiliza en atención a la verificación del daño.

Las circunstancias fácticas del caso permiten sostener que la definición del término de caducidad responde a la segunda de las hipótesis planteadas y, teniendo en cuenta como parámetro el momento en que se verificó el daño, es necesario atender adicionalmente al criterio del instante en que se tuvo noticia del mismo, ello por cuanto lo que se imputa es una omisión –no construirse el proyecto de vivienda⁷.

Teniendo en cuenta la disposición legal señalada en el preámbulo de este acápite, junto con la jurisprudencia en cita, y que la presunta vulneración se desprende de la omisión endilgada a los demandados que llevaron a que, a la fecha, no se haya construido el complejo Altos de Payanda, junto con la no devolución de los dineros pagados por los beneficiarios del proyecto, vale decir, que se tomarán en cuenta tres aspectos a fin de determinar el término de caducidad: (i) el plazo fijado en el acuerdo de Unión Temporal⁸ suscrito entre el municipio de Nocaíma con la sociedad A&A Ingenieros Ltda., en cuya cláusula cuarta se fijó en 2 años y un año más, desde su suscripción, siendo ésta el 14 de agosto de 2009; (ii) lo dispuesto en las múltiples promesas de compra venta⁹ suscritas por los demandantes en las que se indicó que la entrega de los apartamentos ocurriría en los meses de mayo, junio, agosto o de noviembre de 2011, variando entre los diferentes contratos suscritos; finalmente, habrá de tenerse en cuenta que, (iii) conforme el *otro si* del acuerdo de Unión Temporal, se estableció una ampliación del plazo fijado previa solicitud de adición presentada por A&A Ingenieros, en ese momento, con el fin de dar continuidad al proyecto y beneficiar a las familias, se amplió el término por un año más contado a partir del día siguiente al vencimiento inicial y un año más; es decir que, atendiendo a que el vencimiento inicial se daría el 14 de agosto de 2012, más la adición plasmada en el *otro si*, su vencimiento sería el 14 de agosto de 2013, junto con un año más (fls. 22-23 C.2).

Así las cosas, se concluye que, vencido el término para la entrega de las viviendas y vencido, luego, el término adicional concedido para ejecutar el proyecto –otro si-, la fecha de caducidad se configuraría el 14 de agosto de 2015; no obstante, los miembros del grupo presentaron el escrito de demanda el 22 de octubre de 2013, por lo que es claro que el fenómeno de la caducidad no se configuró.

⁵ CE, 18 Oct. 2007, 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG), E. Gil Botero

⁶ CE Op. Cit.

⁷ CE Ibídem

⁸ Fls 16 a 21 C. 2

⁹ Promesas de compraventa folios 74-211 entre otros

Ello porque no puede tenerse en cuenta únicamente la fecha pactada para la entrega de cada una de las viviendas, plasmada en las múltiples promesas de compraventa suscritas por los demandantes, sino que debe prestarse atención a que el municipio de Nocaíma, insistiendo en el cumplimiento del objeto del acuerdo de Unión Temporal, dispuso una ampliación del plazo para la ejecución del proyecto, afirmando que en este lapso adicional podrían conseguirse los recursos de los que antes carecían para la materialización del proyecto de vivienda, lo que llevó de paso, también, a que los beneficiarios continuaran esperando la construcción de las viviendas, bajo un motivo válido, creíble y sustentado en la confianza legítima y en la necesidad de quien procura su vivienda.

3.3. Control de legalidad.

Acudiendo al precepto del artículo 132 de la L.1564/2012, con sujeción a la remisión señalada por el artículo 68 de la L.472/1998, resulta procedente ejercer las facultades destinadas al saneamiento del proceso, puesto que al ingreso del expediente para fallo el hoy titular del Despacho se percató de la siguiente omisión, que deberá atenderse:

No hubo pronunciamiento respecto de la solicitud de inclusión de nuevos demandantes.

El 4 de agosto de 2017, el apoderado de la parte demandante solicitó la inclusión de nuevos accionantes, para que formaran parte del grupo, enlistando a: Sandra Patricia Supelano Ramírez, José Reinel Alzate Alzate, José Darío Marchan Urriaga, Francisco Marmolejo Millán con poder general a Juan Carlos Carreño Rodríguez, Diana Patricia Matiz Sánchez, José Floresmiro Hernández Hernández, María José Santacruz Santacruz, Zulma Nayive Laverde Rodríguez, Elsa Mariela Ayala Álvarez, José Bernardo Martínez Rodríguez, Iovanni Contento Moncada y Luz Marina Hernández de Olaya, manifestando que también fueron afectados en las mismas condiciones expuestas en la demanda inicial.

Sin embargo, frente a dicha petición no se hizo pronunciamiento.

Al respecto, es el artículo 55 de la L.472/1998, el que gobierna el asunto relativo a la inclusión de demandantes adicionales e integración al grupo.

Revisado el expediente se advierte que, a la fecha de radicación del escrito -4 de agosto de 2017- no se había dispuesto aún sobre el decreto de pruebas, la que sólo se hizo el 19 de octubre de 2017, fecha posterior a la solicitud de inclusión de nuevos demandantes.

En ese orden, la petición de adherir nuevos demandantes al grupo resulta procedente por lo que se admitirá la integración de los precitados al trámite de acción de grupo, en ese mismo sentido, se tendrá al abogado Mauricio Herrera Castro, como su apoderado.

3.4. Problema Jurídico

Para establecer si hay lugar, o no, a declarar la responsabilidad de las accionadas y, en efecto, acceder o denegar, según sea el caso, las pretensiones del grupo demandante, el suscrito estima que el problema que surge de la litis propuesta se contrae a determinar si hay o no lugar a

atribuir, fáctica y jurídicamente, la ocurrencia de los daños alegados por el grupo demandante al municipio de Nocaima y a A&A Ingenieros Ltda. por la falta de ejecución del proyecto de vivienda Altos de Payanda y la no devolución de los dineros entregados.

Tesis del Despacho

Se sostendrá que, en el presente asunto, se encuentra probado que, con la inejecución del objeto del Acuerdo de Unión Temporal, esto es, el Proyecto de Vivienda Altos de Payanda, se generaron daños y perjuicios a las personas que conforman el grupo demandante, sobre los cuales solicitan les sea reconocida la indemnización reclamada; en consecuencia, habrá lugar a la declaratoria de responsabilidad contra el extremo pasivo del presente asunto.

Esquema metodológico para respaldar la tesis y resolver el problema jurídico

En efecto, para responder al problema jurídico formulado y sustentar la tesis planteada, se desarrollarán las siguientes premisas: **(i)** la acción de grupo y su propósito, **(ii)** proyectos de vivienda de interés social, cuando se realizan con la participación del Estado, **(iii)** uniones temporales y su responsabilidad, **(iv)** régimen de responsabilidad / el título de imputación –elementos de la responsabilidad- **(v)** responsabilidad del Estado por falla en el servicio por omisión, **(vi)** deberes de la administración en materia de contratación –deber de supervisión de contratos y constitución de garantías- con el cúmulo de premisas se estudiará el **(vii)** caso concreto, veamos:

a. La acción de grupo y su naturaleza indemnizatoria

Si bien, la acción de grupo se encuentra contemplada en la Constitución Política-CP (art. 88¹⁰), su definición conceptual y su desarrollo adjetivo se ubica en la ley, en efecto, la L.472/1998 señala, en su artículo 3°, que:

Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

Además, debe tenerse en cuenta que la L.1437/2011 erigió el mecanismo como medio de control (Cfr. art. 145).

¹⁰ ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. (subrayado del Despacho)

En cualquier caso, siguiendo al profesor Pedro Pablo Camargo¹¹, puede decirse que las acciones de grupo constituyen un mecanismo de defensa jurídica de derechos, mediante el cual, un conjunto de personas (al menos 20), que se han visto perjudicadas por la violación a un derecho colectivo, procuran el pago de una indemnización de los perjuicios que, individualmente, les fueron causados.

Claro es, entonces, que la naturaleza de la acción, o mejor, de la pretensión detrás de la acción de grupo es, justamente, la indemnizatoria, puesto que “*su finalidad es siempre una compensación monetaria*”¹², sin que, en criterio del suscrito, aquella sea exclusiva o excluya otro tipo de compensaciones, habida cuenta de la integralidad de la reparación.

La naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo no es una cuestión irrelevante en la medida en que aquella permite ligar el ejercicio de la acción, como derecho subjetivo, al deber del Estado fijado en el artículo 90 de la CP, según el cual:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
(...).

Como puede verse, no es accidental que el constituyente del 91 haya consagrado en un mismo capítulo las normas precitadas (arts. 88 y 90), puesto que, vinculadas, dan vigor a “la protección y aplicación de los derechos” (cap. IV -CP).

Bajo ese marco, es claro que, para determinar la admisibilidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, la atribución de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública, durante el trámite de la acción de grupo, es necesario delimitar el régimen de responsabilidad aplicable, puesto que, con base en el título de imputación y en la constatación de sus elementos, podrá definirse la exigibilidad del deber a cargo del Estado.

Ahora bien, resulta de particular interés la relación causal entre la afectación a un derecho colectivo y el daño individual derivado de aquella, en el marco de las acciones de grupo; en efecto, al transliterar la motivación del proyecto de ley que dio origen a la L.472/1998, el profesor Camargo¹³, recuerda que:

“Con base en el artículo 88 de la Constitución, podemos precisar las características de estas acciones así: a) derechos que amparan: las acciones de grupo, que se regulan en este proyecto, hacen referencia a la vulneración de derechos subjetivos derivados de la violación a derechos colectivos. (...)”

¹¹ Camargo, Pedro Pablo. Las Acciones Populares y de Grupo. Ed. Leyer. 2012. Págs. 85 y ss.

¹² Op. Cit. Págs. 85 y 91.

¹³ Op.. Cit. Pg. 85.

Ello quiere decir que el daño individual del que se reclama su resarcimiento debe guardar relación con el derecho colectivo que, viéndose afectado, causó el perjuicio subjetivo e individual.

b. Proyectos de vivienda con la participación del Estado.

El ordenamiento jurídico ha regulado sustancialmente los proyectos de vivienda con la participación del Estado atendiendo al derecho que le asiste a “*todos los colombianos*” de tener una vivienda digna (ar. 51 CP)

Como puede verse, el derecho a la vivienda tiene como contracara la carga impuesta al Estado para que asegure, de manera eficiente, su materialización; conviene entonces establecer el marco normativo que rodea el asunto, en ese orden, aquel se establece a partir de la Ley 3ª de 1991¹⁴, seguidamente, con la Ley 388 de 1997¹⁵ -art. 36-, normas con las que el legislador ha dispuesto la regulación e instrumentos, así como todo el entramado administrativo para que los Gobiernos Nacional, Departamental o Municipal, lideren programas que lleven a la concreción del derecho a la vivienda, máxime, cuando se trata de personas que por su situación económica o social, se ven ante la dificultad de alcanzarlo de manera autónoma.

Frente a este punto, que reviste importancia en el asunto que acá se debate, debe precisarse que la CP, con el fin de materializar el derecho a la igualdad, definió líneas tendientes a cerrar la brecha que crea el factor económico en la sociedad y, frente al tópico que se aborda –vivienda-, una de las herramientas con las que se procura aquello son las denominadas viviendas de interés prioritario y los subsidios para la adquisición de las mismas, destinados a personas que no tienen medios económicos suficientes.

En torno al subsidio familiar de vivienda, aquel está regulado en el artículo 6 de la L.3/1991¹⁶, plasmado, nuevamente, en el numeral 2.3. del artículo 2º del D.2190/2009¹⁷.

Respecto del tema que acaba de abordarse, el Consejo de Estado¹⁸, ha precisado que:

“Por otra parte, el artículo 7º de la Ley 3º de 1991 determinó que los beneficiarios de los Subsidios de Vivienda Familiar, serían los postulados que carezcan de los recursos suficientes para obtener una vivienda, mejorarla o habilitarla legalmente. Señala dicha normativa que a “las postulaciones aceptables se les definirá un orden secuencial para recibir la asignación del subsidio de acuerdo con la calificación de los aportes del beneficiario a la solución de vivienda, tales como ahorro previo, cuota

¹⁴ Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones

¹⁷ Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3ª de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 1151 de 2007 en relación con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social en dinero para áreas urbanas.

¹⁸ CE 1, 30 May. 2013, e 66001-23-31-000-2010-00204-01(AP), M. Rojas Lasso

inicial, materiales, trabajo o su vinculación a una organización popular de vivienda”.

Por su parte, el artículo 9° idem establece que los subsidios tienen por finalidad “facilitar las soluciones de vivienda propuestas por el beneficiario, pero si ella forma parte de un conjunto o de un plan de soluciones éstas deberán cumplir las condiciones y especificaciones que señale la autoridad competente, después de evaluar sus características sanitarias, técnicas y económicas.”

De manera concreta, quien quiera ser un potencial beneficiario de un subsidio familiar de vivienda, en virtud del principio de libertad de escogencia podrá elegir la solución respecto de la cual pretenda aplicar, dentro de las condiciones establecidas en los procedimientos de acceso definidos en las normas que rigen la materia, como lo define el artículo 5° el Decreto 2190 de 2009”.

Con todo, es claro que la adquisición de vivienda, en favor de las personas que carecen de recursos necesarios, debe ser un asunto de interés estatal relevante, por tanto, es necesario que los gobiernos del nivel nacional, departamental o municipal se ocupen de proveerla o de proveer, al menos, las condiciones mínimas para ello.

Ahora bien, del artículo 36 de la L.388/1997, ya citado, pueden extraerse tres herramientas para facilitar la concreción de acceso a la vivienda de los sectores vulnerables o de bajos recursos; estas opciones, para la intervención del Estado, son: (i) la celebración de contratos de fiducia; (ii) la constitución de entidades de carácter mixto y, (iii) las formas asociativas.

c. Uniones temporales y su responsabilidad

En primer término, y atado a lo que viene desarrollándose, las uniones temporales, al igual que los consorcios, son una modalidad de asociación que permiten, en un inicio, unir esfuerzos con el fin de alcanzar un fin común, bien en temas de experiencia, financieros, entre otros; de otro lado, su conformación, también implica compartir riesgos entre las personas - naturales o jurídicas- que los conforman y que, naturalmente, poseen capacidad para contratar con las entidades públicas (artículo 6 de la L.80/1993)¹⁹.

En ese orden, los consorcios y uniones temporales, tienen la finalidad de presentar propuestas en procesos licitatorios para lograr su adjudicación, y posterior celebración y ejecución de contratos estatales (art 7 L.80/1993)

Ahora bien, la doctrina²⁰, refiriéndose conceptualmente a las uniones temporales y consorcios, ha señalado que:

“Las uniones temporales y consorcios constituyen una evolución, hoy regulada parcialmente en la ley, de los contratos de “joint – venture” que constituyen contratos privados a riesgo compartido que se celebran usualmente entre particulares para la ejecución de proyectos privados.

(...) El E.C. no establece una formalidad especial para la constitución o conformación de una Unión Temporal o un consorcio. No podría asimilarse, bajo ningún punto de vista, a un contrato estatal porque, como se ha dicho, constituye un acuerdo de voluntades particulares, salvo que

¹⁹ CE SCSC, Concepto 1513 de 9 de octubre de 2003 CP. G. Aponte

²⁰ Pino Ricci, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pg.91, 93

participe una entidad estatal como integrante, circunstancia que obligaría a la suscripción de un contrato estatal con los requisitos previstos en nuestro ordenamiento jurídico”.

Es oportuno resaltar la independencia y autonomía con que continúan los miembros del consorcio y la Unión Temporal, puesto que no hay lugar a la creación de una persona jurídica distinta, sino únicamente una unión para presentar una propuesta; los acuerdos consorcial y de Unión Temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación²¹, su objeto, es la regla general, es participar en una licitación a través de una propuesta conjunta, por lo que no tienen vocación de permanencia para realizar otro tipo de negocios diferentes para los que fue constituida, guardando este aspecto estricta relación con el tiempo fijado en el contrato estatal que pretende le sea adjudicado, para su celebración y ejecución.

Si bien, por su presentación, estas formas de asociación parecieran semejantes, lo cierto es que tienen aspectos que las hacen disimiles.

Palmario es que, en ambas figuras, dos o más personas presentan, de manera conjunta, una propuesta persiguiendo la adjudicación de un contrato, junto con todo lo que se viene después; así mismo, comparten la característica de que esa unión o colaboración que se conforma no constituye una entidad jurídica, pues mantienen su autonomía e independencia y facultad de decisión; entonces, los rasgos distintivos entre una y otra figura recaen sobre el grado de responsabilidad por el incumplimiento y por las sanciones que ello traiga.

Al respecto, el Consejo de Estado²² precisó que:

El consorcio y la Unión Temporal participan de la misma naturaleza jurídica; la diferencia se encuentra en la extensión de la sanción en caso de incumplimiento del contrato que les da origen, mientras en el primero afecta a todos los integrantes de manera solidaria, en la segunda se imponen las sanciones en proporción a su participación en la propuesta y ejecución.

Así, nótese cómo, en la Unión Temporal las sanciones que pudieran acarrear el incumplimiento del contrato se atribuirán según la participación de cada miembro en el negocio, conforme como haya quedado estipulado en su conformación, si se está debatiendo el asunto contractualmente; mientras que, en el consorcio, todos los consorciados responderán solidariamente por los incumplimientos, incluso por los perjuicios que llegaren a irrogarse a terceros con la inejecución del contrato.

Dicho lo anterior, debe precisarse que tanto los miembros del consorcio como los de la Unión Temporal responden solidariamente por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta presentada para la licitación y de aquellas que se fije en el contrato que les haya sido adjudicado y que llegaren a incumplir; sin embargo, dicha solidaridad no se extiende a las sanciones derivadas del incumplimiento cuando se está frente a una Unión Temporal, por cuanto en ésta, dichas consecuencias o débitos secundarios, deben imponerse con estricta atención al grado de participación asignada a cada miembro en el

²¹ Op Cit, 11

²² CE 3, 13 May. 2004, e 15321, R. Hoyos.

escrito de conformación, si se está en sede contractual o mejor, de controversias contractuales.

Se destaca que el Estado tiene la facultad para asociarse con particulares con el fin de concretar proyectos de vivienda, para lo cual deberá determinarse claramente el objeto de la Unión Temporal y la participación de cada uno de los miembros, atendiendo a las solemnidades que dispone el Estatuto General de Contratación.

Respecto a lo expuesto debe dejarse claro que la relación entre los miembros de la Unión Temporal es de carácter contractual, puesto que se deriva de las estipulaciones que el contrato establece; por otro lado, la responsabilidad de la Unión Temporal, frente a terceros, puede ser contractual o extracontractual atendiendo a la circunstancia en la que medie o no un contrato entre aquella y el tercero.

d. El régimen de responsabilidad / el título de imputación – elementos de la responsabilidad-, en materia de daños derivados de la ejecución de obras

Como es sabido, en el sistema normativo colombiano se han implementado dos regímenes de responsabilidad estatal extracontractual, **(i)** el subjetivo o de la falla en el servicio y **(ii)** el objetivo, cada uno de ellos, por supuesto, dotado de elementos propios y particularidades esenciales, que los distinguen²³.

Brevemente, puede decirse que **(i)** el régimen de la falla en el servicio – presunta o probada²⁴-, como sistema de imputación de responsabilidad, supone la culpa como elemento esencial para la configuración de la imputación de la responsabilidad al Estado; por su parte, **(ii)** en el denominado régimen objetivo, cuyo origen normativo se ha atado al artículo 90 de la CP²⁵, no se analiza, ni se requiere, como componente esencial en la configuración de la responsabilidad, del elemento *culpa*, pues, pese a la

²³ Cfr. Coleman, Jules y Mendlow, Gabe. Justicia Correctiva y Responsabilidad Extracontractual. Teoría del Derecho de Daños. Ed. Universidad Libre. 2013. Pg. 116; para quienes: “Podemos distinguir, en general, dos clases de esos deberes: deberes absolutos de no causar daños, y deberes de no causar daños mediante negligencia, imprudencia o conducta intencional. Quienes se involucran en lo que la responsabilidad civil llama actividades ultrarriesgosas (...) se encuentran bajo deberes del primer tipo – deberes absolutos de no dañar-, mientras que quienes se involucran en actividades riesgosas ordinarias (...) están típicamente sujetos a deberes de no dañar del segundo tipo –deberes de no dañar mediante negligencia, imprudencia o conducta intencional-. Una conducta se encuentra sometida a “responsabilidad por culpa” cuando obedece un deber de no causar daños, a través del descuido, la imprudencia o la conducta intencional. Una conducta se encuentra sometida a “responsabilidad objetiva” cuando desobedece un deber absoluto de no dañar.”

²⁴ El profesor Ciro Nolberto Güechá Medina propone, además, la falla anónima y la falla relativa. En: “La Falla en el servicio, una imputación tradicional de responsabilidad del Estado.” consultar en: <file:///C:/Users/CSJ15072/Downloads/Dialnet-LaFallaEnElServicio-4278453.pdf>

²⁵ No obstante, la doctrina especializada remonta el origen de la responsabilidad objetiva a etapas previas a la CP, al respecto ver: Arenas Mendoza, Hugo Andrés. El Régimen de Responsabilidad Objetiva. Ed. Legis. 2013. Págs. 10 y ss. Y, más contundente: Ruiz Orejuela, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Ed. ECOE. 3ª Edición. 2016. Págs. 12 y ss.

corrección²⁶, normalidad y legitimidad de la actuación estatal, es admisible la imputación de responsabilidad derivada del daño antijurídico, entendido este último como aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar²⁷.

A partir de esas distinciones se concluye, sin duda, que **(i)** la responsabilidad derivada de la falla en el servicio se encuentra estructurada sobre: (a) el daño (b) la imputación, por supuesto, derivada de la conducta y la culpa y (c) el nexo de causalidad. En cuanto a **(ii)** la responsabilidad objetiva, sus elementos son: (a) el daño antijurídico y (b) la imputabilidad – esto es, que la causa sea asignable a la conducta activa u omisiva de la autoridad pública-.

Para lo que nos interesa, téngase en cuenta que la distinción esencial entre los dos regímenes de responsabilidad radica, precisamente, en el objeto de valoración, en la medida en que, por una parte, en la responsabilidad por falla se evalúa la antijuridicidad del **hecho** –conducta o acción-; en cambio, en la objetiva, el supuesto sobre el que se elabora el juicio de valor lo constituye el **daño** en sí.

Hecha esa breve distinción, salta a la vista la necesidad, y así corresponde, de determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable al caso propuesto, el que, recuérdese, tiene como hecho relevante la falta de ejecución de una obra -Proyecto de Vivienda de Interés Social- y los daños que se causaron con dicha omisión, asunto que el suscrito abordará al analizar el caso concreto.

Por el momento, permítase señalar que, en sentencia de unificación²⁸ el Tribunal de cierre de lo contencioso administrativo aclaró que, pese al precepto del artículo 90 de la CP, no puede considerarse que el constituyente haya privilegiado un régimen de responsabilidad en particular (objetivo), sino que lo que debe entenderse es que le corresponde al Juez la definición de aquel, tarea que no puede pender del arbitrio exclusivo del Juez, sino del análisis objetivo que de los hechos y los elementos de prueba efectúe²⁹.

e. Responsabilidad del Estado por falla en el servicio por omisión

Este título de atribución corresponde a aquel en que la atribución jurídica del daño antijurídico se da por falla en el servicio, pero con ocasión del incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales y, en ciertos casos, del bloque ampliado de constitucionalidad, lo que incluiría, al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos.

²⁶ Entendida en la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

²⁷ Gil Botero, Enrique. Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Jurisprudencia 2012-2014. V Vol. 1. Ed. Temis. 2015. Págs. 9-10.

²⁸ CE S3. Sent. 19 abril 2012. Exp. 190012331000199900815 01 (21515). MP. H. Andrade.

²⁹ Ibidem. Pg. 31: “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado (...).”

En ese orden, cuando se trata de la pretermisión de deberes a cargo de la autoridad pública, el Consejo de Estado³⁰ explica que: “*Esta omisión, sin embargo, debe evaluarse de manera coherente con el principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas, es decir, debe contar con un referente normativo, del que se deriven obligaciones de este tipo, en cabeza del Distrito Capital, y la consecuente posibilidad de éste de adoptar las acciones correspondientes.*”

En ese marco, previo al examen de la omisión endilgada a la administración pública debe, primero, establecerse la existencia del deber jurídico en cabeza de la entidad, su obligación legal o constitucional, para luego proceder a realizar la confrontación entre lo que debía hacer y lo que hizo, o dejó de hacer.

Ahora, es imprescindible que el deber que se estima omitido por la administración no se encuentre en la abstracción de la norma, sino que, atendiendo a las circunstancias, aquel se concrete, de suerte que se pueda determinar y, claro, acreditar la pretermisión alegada; no es pues suficiente que el deber se encuentre como una aspiración de la administración, sino que se requiere que sobre aquel se haya creado una expectativa de tal entidad que permita concluir que, al omitirse, se ha causado un perjuicio, un *daño antijurídico*.

f. Deberes de la administración en materia de contratación –deber de supervisión de contratos y constitución de garantías

El Estatuto General de Contratación³¹ dispuso un listado de deberes en cabeza de las entidades estatales, tendientes a lograr “...*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”³².

Así, no puede perderse de vista que la contratación debe ser un medio eficaz para satisfacer las necesidades colectivas o puntuales que requiere la administración para su funcionamiento.

Al respecto, el artículo, 4 de la L.80/1993, establece, entre otros, el deber de dirección del Estado sobre la ejecución del contrato estatal que haya celebrado, de tal manera que en cabeza de la administración está el de verificar, no solo la ejecución idónea y oportuna, sino que, para ello, debe también adelantar revisiones periódicas de las obras ejecutadas conforme las condiciones técnicas fijadas en el proceso correspondiente, por disposición legal.

A ello se suma lo dispuesto en el artículo 26, del mismo estatuto, que consagra la responsabilidad como principio y deber a cargo de la administración³³.

³⁰ Op Cit, 3

³¹ Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

³² Artículo 3 L. 80/1993

³³ Cfr. CE 3, 28 May. 2012, e 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), R. Correa.

Con todo, es claro que en materia de contratación estatal, se ha impuesto una carga adicional a la entidad que celebra el contrato, aparte de atender las formalidades propias de la contratación, la que se contrae a velar por su debido cumplimiento y perfeccionamiento, lo que implica, de paso, tomar medidas efectivas para superar los inconvenientes que se presenten – *v.gr.* supervisión constante y juiciosa a la luz del objeto contractual pactado, constitución de garantías o pólizas de cumplimiento³⁴, imposición de sanciones o procesos que aseguren el cumplimiento del contrato, la protección del patrimonio público y la protección a la moralidad administrativa, ejerciendo las cláusulas exorbitantes, entre otras-.

Por ello, un primer deber de la administración, previo a la adjudicación del contrato, es estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles que pueden desprenderse de la actividad contractual, lo que debe quedar estipulado en los documentos pre contractuales, tal como lo prevé el artículo 4 de la L.1150/2007, los que, una vez fijados, deben ampararse a través de garantías que debe exigir la administración al contratista.

Ahora, si bien, quien debe constituir las garantías es el contratista, lo cierto es que es deber legal de la administración exigir las mismas, fijar el riesgo que debe ampararse y la calidad de la garantía necesaria.

g. El caso concreto

A manera de contexto y tal como quedó propuesto en el problema jurídico, corresponde determinar si el municipio de Nocaima y la sociedad A&A Ingenieros Ltda., son responsables de los daños que el grupo demandante pretende le sean reparados, con ocasión de la inejecución del Proyecto de Vivienda de Interés Prioritario y Social Altos de Payanda en el mismo municipio y el recaudo de dineros a los usuarios para tal fin.

Ahora, el caso puesto en juicio lleva consigo la atribución de responsabilidad en la causación de los daños causados a los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de los accionantes, los que, en criterio del grupo, se derivan del incumplimiento del objeto de la Unión Temporal conformada por el municipio de Nocaima y la sociedad Ingeniería A&A Ltda., que consistía en la realización del proyecto de vivienda Altos de Payanda y la exigencia de dineros a quienes se presentaron como beneficiarios de aquel y que no fueron devueltos a los aportantes.

Tal como se señaló en precedencia³⁵, resulta indispensable determinar, para el caso concreto y, por supuesto, con base en sus particularidades, cual es el régimen de responsabilidad a él aplicable y, a partir de ello revisar si los elementos probatorios acopiados permiten tener por demostrados, o no, los elementos constitutivos del título de imputación.

En criterio del suscrito, las circunstancias que suponen la causa del daño, en el caso que se estudia, responden a una falla en el servicio, en la medida en que el grupo demandante propone que:

Hechos que se atribuyen a la administración Municipal de Nocaima Cundinamarca, que debido a la desorganización o posiblemente mala fe de

³⁴ CE 3, 22 Oct. 2012, 25000-23-26-000-1997-04167- 01 (20967), O. Valle

³⁵ Ut supra págs. 19 y ss.

sus gobernantes o de quienes hayan dispuesto de los recursos económicos cuyo destino era la construcción del proyecto de vivienda ALTOS DE PAYANDA de Nocaima, (...) [sic] (fl. 7 c.1)

Más adelante, en la demanda, señala que:

De los hechos aquí relatados, surge a la vida jurídica la responsabilidad que les asiste a la Alcaldía Municipal de Nocaima Cundinamarca por no haber actuado de acuerdo a lo prometido en las promesas de compraventa y los daños materiales y morales causados por el incumplimiento de los contratos suscritos y cuya responsabilidad recae en ente público Municipio de Nocaima siendo el Estado garante en la protección de los derechos de sus ciudadano y que por el contrario terminó siendo su directo vulnerador

Es decir, partiendo de las afirmaciones que se hacen en la demanda, el grupo atribuye la causa de los perjuicios causados a un actuar negligente de la entidad territorial y el particular demandado, al desatender el objeto fijado en la Unión Temporal conformada mediante acuerdo del 14 de agosto de 2009, descartándose los títulos de imputación objetiva –daño especial o riesgo excepcional-; así, lo que resalta e interesa es que, en el caso planteado, se cuestiona, por un lado, (i) la inactividad de la administración, por considerarse precaria o negligente, lo que llevó a que las personas que conformaran el grupo sufrieran perjuicios y (ii) la actividad defectuosa de la administración, puesto que no solo omitió su deber de vigilancia, sino que permitió que, en el escenario, los usuarios del proyecto incurrieran en errores derivados de su actuar basado en la buena fe y en la confianza legítima que en ellos inspiró la intervención de la administración municipal -a través de sus funcionarios- en el proyecto.

Tras esa primera conclusión y teniendo como régimen rector del caso el de la responsabilidad subjetiva- falla en el servicio-, es procedente determinar si, con los elementos de prueba acopiados durante el trámite de la acción de grupo, pueden tenerse por configurados los elementos de la responsabilidad, esto es, (a) el daño (b) la imputación, por supuesto, derivada de la culpa y (c) el nexo de causalidad³⁶.

El daño, común al grupo demandante, según la demanda, radica en primer lugar, en ver frustrado la obtención de su vivienda, junto con la pérdida de los múltiples abonos o pagos parciales que realizaron las personas beneficiadas con el proyecto de vivienda de interés social, unos de manera anticipada antes de la firma las promesas de compraventa y acuerdos de negociación, y otros posteriores a ello, como pasa a señalarse.

En primer lugar, todos los usuarios demandantes, efectuaron un primer pago que se enuncia así en la demanda³⁷:

“NOVENO: Hecho lo anterior y con toda la confianza que el proyecto sería una realidad el señor alcalde en una reunión de beneficiarios del proyecto de vivienda les manifestó a los potenciales usuarios que en el lote existían unas mejoras que habían que pagarlas y como tal cada usuario debería pagar la suma de \$500.000

DECIMO: Posteriormente acordaron que la suma de dinero debía pagar cada usuario por las mejoras plantadas en terreno donde se adelantaría el

³⁶ Ut supra. Pg. 19

³⁷ Folio 3 C.1

proyecto de vivienda, se consignaría en la cuenta No. 4-31490001193-6 del Banco Agrario sucursal Nocaima a nombre del profesor JOSE MANUEL REYES” (sic)

En segundo lugar, se anuncia que, previo a la iniciación del proyecto, los interesados debían realizar un segundo pago, con el fin de que les tramitaran los subsidios, señalado lo siguiente³⁸:

“DECIMO PRIMERO: Igualmente se acordó que el señor ALVARO BOHORQUEZ, funcionario de la Alcaldía de Nocaima colaboraría en la tramitación de los subsidios y cada usuario le pagaría la suma de \$200.000, hecho este que consta su pago en los acuerdos de negociación”

Finalmente, los usuarios o beneficiarios del proyecto, pagaron una serie de dineros por concepto de cuota inicial o “separación”, según se advierte en los documentos denominados “ACUERDO DE NEGOCIACIÓN”, recibos de caja y comprobantes bancarios (fl. 2 y ss. c.1), lo que en la demanda se expuso de la siguiente forma³⁹:

“DECIMO CUARTO: Igualmente, quedo establecido en las promesas de compraventa el precio de las viviendas en la suma de \$34.700.000 y otras en \$36.050.000, las cuales una parte la aportaba el usuario y la otra se proeycto completar con el subsidio y/o crédito según el caso

DECIMO QUINTO: Confiados en la buena fe en que la entidad territorial, Municipio de Nocaima lideraba el proyecto, los usuarios del proyecto ALTOS DE PAYANDA, al ver que el Municipio les había destinado el terreno para la construcción de sus viviendas comenzaron a consignar las cuotas tal y como se habían acordado en el acuerdo de negociación”

Respecto a la legitimidad derivada de la afectación, los demandantes aportaron copia de las promesas de compraventa (fls. 45 -182 C. 1/84-87, 112-119 C.2), suscritas entre los beneficiarios del proyecto y Álvaro Adrián Aponte Romero, en Representación de la Unión Temporal Para el Desarrollo de Programa de Vivienda de Interés Social Proyecto Altos de Payanda, Municipio de Nocaima, que fijaban como objeto contractual la promesa de transferir a título de venta los apartamentos que formaban el Proyecto Altos de Payanda.

Así mismo, se anexaron con la demanda los Acuerdos de Negociación suscritos por los demandantes, con los asesores del Proyecto Altos de Payanda, en los que se identifica el nombre de los compradores y la forma de pago del inmueble, señalando el valor total de apartamento y la forma en que se pagaría, teniendo en cuenta el subsidio de vivienda, costos de separación, ahorro programado, cesantías y, finalmente, el crédito hipotecario; junto con ello se aportaron copias de consignaciones bancarias, recibos de caja emitidos por la oficina del proyecto, que dan cuenta de los desembolsos realizados por cada uno de los demandantes con el fin de cumplir con el acuerdo suscrito (fls. 212-373 C1 / 17-120 C3).

Se reitera, que el daño alegado se estructura, primeramente, en un daño patrimonial: una parte, consistente en un **daño emergente**, que corresponde a los aportes o abonos que hicieron los beneficiarios del proyecto, para cumplir el Acuerdo de Negociación suscrito, con los cuales

³⁸ Op. Cit.

³⁹ Op. Cit.

se perseguía lograr la adquisición de vivienda, lo que se catalogó en la demanda como daño emergente, y que dan cuenta del mismo, las documentales señaladas en precedencia, que acreditan los pagos periódicos efectuados por los demandantes; ahora, su cuantificación y liquidación, se hará en el acápite correspondiente, de ser declarada la responsabilidad demandada.

Seguidamente, se fijó el **lucro cesante**, al señalar que corresponden a los dineros dejados de percibir, por la reducción del patrimonio, sin que respecto de ello se allegue prueba alguna; incluso, la demanda es insuficiente para entender la causación de dicho daño material y solo se dejó en una simple mención, sin sustento probatorio.

Frente al **daño moral**, se indicó en la demanda que se sustenta en la frustración común, sufrida por el grupo demandante, quienes apoyados en la confianza legítima en la administración municipal decidieron entregar sus ahorros con el fin de alcanzar el propósito; asimismo, en el sufrimiento y la zozobra de no ver realizado, pese al transcurrir del tiempo, el proyecto de vivienda, además de perder toda la inversión inicial.

La lectura integral de los medios de prueba precitados permite concluir que, en efecto, el daño, como primer elemento en la configuración de la responsabilidad, se encuentra probado.

La imputación al municipio de Nocaima.

Como segundo elemento en la estructuración de la responsabilidad, en el caso bajo estudio, se encuentra la negligencia del municipio de Nocaima, al elegir al contratista con quien conformaría la Unión Temporal, sin que este tuviese la idoneidad para atender el proyecto; igualmente, se le endilga su desatención en el cumplimiento del contrato y la falta de vigilancia sobre el mismo, pues al desatender sus obligaciones legales no procuró la culminación, con éxito, del Proyecto de Vivienda Altos de Payanda.

Sumado a ello, se le señala de generar, en los beneficiarios del proyecto, la confianza legítima que llevó a que comenzaran a cumplir las obligaciones adquiridas con la Unión Temporal, en el acuerdo de negociación, en cuanto al pago del precio de las unidades habitacionales, dinero que no fue restituido.

Ahora bien, para estudiar la imputación realizada al municipio de Nocaima, por falla en el servicio por omisión, es necesario verificar los trámites adelantados en torno al proceso de contratación.

En primer término, conforme la certificación expedida por el Jefe de la Oficina de Planeación y Desarrollo Municipal de Nocaima (fl. 1C.2) se tiene que quien para ese entonces se desempeñaba como alcalde municipal de Nocaima -William Guillermo Ospina Delgado-, en su Plan de Desarrollo Municipal, denominado “Nocaima Visible 2008-2011”, fijó:

“Eje 2. Una acción de inclusión social y de dignificación del ser humano, Sector 2.3 Vivienda, Programa 2.3.3.-Vivienda para la dignificación, Subprograma 2.3.3.3.1. – Vivienda nueva y digna, Meta Producto 2.3.3.331.1.1. Construcción 200 unidades de vivienda en los sectores

urbano y rural, se encuentra contemplado el proyecto de Vivienda de interés social”

Allí se plasmó la intención firme, del dirigente de la época, de remediar una necesidad de vivienda en la entidad territorial.

Mediante Acuerdo n.º 036 del 6 de octubre de 2008 (medio magnético), el Concejo Municipal de Nocaima, concedió facultades *pro tempore* al Alcalde Municipal para la celebración de contratos de Unión Temporal con la intención de cumplir el Plan de Desarrollo propuesto y, atendiendo a que el municipio no contaba con los recursos económicos necesarios para lograr el proyecto de vivienda se determinó la necesidad de asociación, para presentarse ante entidades como la Financiera de Desarrollo Territorial – FINDETER- y lograr la elegibilidad del proyecto, así como la obtención de subsidios ante la Caja de Compensación.

Para cumplir dicho fin, mediante Acuerdo n.º 013 de 2009⁴⁰, el Concejo Municipal de Nocaima, destinó, entre otras, el lote de terreno que hacía parte del predio identificado con cedula catastral n.º 01000250008000, en extensión de 10.840 m², con exclusividad, para el proyecto de vivienda de interés social, cuyos linderos se encuentran especificados en el acuerdo (fl. 4 C2).

Obtenido el predio para el desarrollo del proyecto, mediante la Resolución del 16 de julio de 2009 (expediente administrativo medio magnético), se dispuso la apertura de un proceso de selección, con el fin de hallar un inversionista –constructor asociado que integre una Unión Temporal para la ejecución del proyecto Altos de Payanda y, posterior a ello, se celebró la audiencia de adjudicación de la licitación pública n.º 002-2009 (fls. 5-7 C.2) que tenía por objeto:

“OBJETO: El Municipio de NOCAIMA, en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por el Artículo 209 de la Constitución Nacional, Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, Art. 36 de la Ley 388 de 1.997, está interesado en Seleccionar un inversionista –constructor asociado que integre una Unión Temporal para la ejecución del proyecto de vivienda de interés prioritario y social ALTOS DE PAYANDA en el Municipio de Nocaima Cundinamarca.”

En el acta de audiencia celebrada el 11 de julio de 2009, luego de revisar el informe remitido por el comité de evaluación (fls. 12-14 C.2), la decisión de la entidad fue la de adjudicar el proceso licitatorio n.º 002 de 2009, a la firma A&A Ingenieros Ltda., para desarrollar el objeto contractual de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones.

Lo anterior, se plasmó en la Resolución n.º 143 del 11 de agosto de 2009 (fl. 15 C.2), estableciéndose la adjudicación del proceso licitatorio que tenía por finalidad la selección de un inversionista para asociarse en Unión Temporal con el municipio de Nocaima

Realizado lo anterior, se elaboró el Acuerdo de Unión Temporal para el Desarrollo de Programa de Vivienda de Interés Social Proyecto Altos Payanda, municipio de Nocaima, el mismo fue suscrito por Wilson Eliecer

⁴⁰ Por medio del cual se destinan dos lotes de terreno de propiedad del municipio de Nocaima para un programa de vivienda de interés social y para el cementerio municipal

Rojas Bohórquez, en su calidad de Alcalde del municipio de Nocaima y representante Legal del mismo, con autorización del concejo municipal; y de otro lado, por Álvaro Adrián Aponte, como representante Legal de A & A ingenieros.

Documento que merece un estudio a profundidad, teniendo en cuenta, que se aduce su incumplimiento.

En primer lugar, en el acuerdo suscrito, se fijó como objeto el siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: El objeto de la Unión Temporal será la obtención de recursos o subsidios y la ejecución del proyecto de vivienda nueva de interés social, localizado en el caso urbano del Municipio de NOCAIMA, denominado PROYECTO DE VIVIENDA ALTOS DE PAYANDA MUNICIPIO DE NOCAIMA (...)”

Revisado este punto, se observa que el objeto para el cual se había destinado el terreno y se autorizó al Alcalde para contratar, no se cumplió, pues de lo que puede leerse, fácil se advierte que tenían fijados varios propósitos con el acuerdo de Unión Temporal.

Nótese que, en primer lugar, con el contratista, se buscarían los recursos necesarios para la financiación del proyecto, mediante la obtención de subsidios ante las cajas de compensación, créditos hipotecarios y ahorro o aportes de los usuarios; frente al tema de los subsidios, que debían obtener los usuarios del proyecto de Altos de Payanda, no se observa en los documentos allegados por parte del municipio, que se haya hecho gestión alguna para su obtención.

Debe tenerse en cuenta que conforme la L.3ª/1991, el subsidio es un aporte estatal que tiene como finalidad facilitar una solución de vivienda; sin embargo, para su obtención deben atenderse unas exigencias, la primera de ellas, que los proyectos de vivienda tengan asegurada la financiación de la totalidad de las obras de urbanismo (Cfr. art,2 numeral 2.6.1 literal b) Decreto 2190 de 2009), gestión a cargo de la Unión Temporal, pero que no se encuentra acreditada.

Así mismo, para la obtención de los subsidios encaminados a financiar el proyecto y completar el costo de los apartamentos, el proyecto Altos de Payanda debía ser elegido por la entidad evaluadora quien, luego de revisar los documentos requeridos y que debían ser allegados por el oferente, emite concepto favorable de viabilidad a los planes de soluciones de vivienda, en los que los beneficiarios del proyecto invertirán el subsidio que les sea otorgado, no obstante, nuevamente, con las pruebas no es posible ver que el municipio de Nocaima, quien se daba por oferente, haya desplegado los trámites administrativos necesarios para que el proyecto fuera elegido por FINDETER, teniendo en cuenta la época del proyecto.

Si bien, en el pliego de condiciones⁴¹, dicho trámite se endilgó al contratista (lit. h del num. 5.3 del pliego –medio magnético-), lo cierto es que el municipio debía vigilar, como se verá más adelante, el cumplimiento de las obligaciones de A&A Ingenieros Ltda. y la ejecución del contrato en general.

⁴¹ Carpeta 1, Parte 3 y 4 – Expediente del proceso contractual -medio magnético-

Con lo expuesto es razonable concluir que, si ni siquiera se hizo el trámite para la elegibilidad del proyecto, mucho menos podía conseguirse los demás aportes para la financiación, pese a lo cual, se seguían recaudando dineros de los beneficiarios, pese a tener graves omisiones en la obtención de recursos.

Ello, por cuanto se había fijado la necesidad de adquirir un crédito hipotecario, lo que se incluyó dentro del acuerdo de negociación celebrado por las oficinas de Altos de Payanda con el fin de alcanzar el valor total los bienes que oscilaban entre los \$34.700.000 y otras por \$36.050.000; en tanto, los beneficiarios debían obtener un crédito de una entidad financiera, con el fin de cubrir el costo total; sin considerar que, para ello, la entidad que prestará el dinero sobre una garantía real, al finalizar el proceso, debe realizar un avalúo del bien dado en garantía, lo que en este caso resultaría en una imposibilidad fáctica, ante la ausencia de obras, como pasará a estudiarse, lo cual permite advertir que el objeto del contrato relativo a obtener recursos, claramente, no se cumplió.

Continuando con el estudio del objeto fijado en el Acuerdo de Unión Temporal, con lo citado se encuentra que, aparte de buscar recursos, tenía fijado la ejecución del proyecto de vivienda nueva de interés social.

Tal como se afirmó en la demanda, y se aceptó en la contestación de la misma presentada por el municipio de Nocaima, al referirse al hecho vigésimo segundo, a la fecha no se han realizado obras encaminadas a la construcción de las viviendas prometidas a los demandantes.

Con ello, se cierra el tema del objeto fijado en el acuerdo de conformación de la Unión Temporal, para decir que el mismo no se cumplió por parte de los asociados: municipio de Nocaima y A&A Ingenieros.

Ahora bien, pese a que en el pliego de condiciones elaborado por la entidad territorial y publicado en julio 2016 se establecieron como únicas obligaciones a cargo del municipio de Nocaima las siguientes: (i) “...*entregar: Un lote de terreno el cual será aportado como subsidio Municipal de vivienda dejando en claro de antemano que el valor de dicho predio no podrá ser inferior al cálculo catastral y/o al 5% del valor del proyecto (...). El predio anteriormente mencionado está determinado con cedula catastral No 01000250008000 , área 10.840 m2 y se destina exclusivamente para el programa de vivienda de interés social (...)*”; (ii) “*Establecer la infraestructura necesaria de servicios públicos y todo lo relacionado para llevar a cabo la ejecución de las obras de urbanismo de acuerdo con los parámetros establecidos por la ley*”; (iii) “*b) Expedir todos los documentos necesarios para anexar al proyecto tales como licencia de construcción, licencia de urbanismo y enajenación del predio a los beneficiarios del proyecto, previo cumplimiento de las exigencias legales, (iii) “Realizar y conformar la veeduría ciudadana para que esta ejerza su derecho y control sobre las obras públicas a ejecutar*”; no puede pasarse por alto que, en cabeza del municipio, existían otras obligaciones de orden legal, que pese a no estar especificadas en el documento contentivo de la Unión Temporal ya estaban señaladas por el legislador en cabeza de quien lidere un proceso contractual.

Si bien, plantea el municipio de Nocaima que procedió a atender las obligaciones a su cargo, destinando el bien ubicado en la calle 5 n.º 9-110 con cedula catastral n.º 01000-250008000, para la construcción del

proyecto, lo cierto es que ahí no se agotaban los deberes asignados por la ley.

En primer lugar, al invertir recursos públicos –lote de terreno- en el proyecto de vivienda, era deber del municipio de Nocaima vigilar la correcta ejecución del objeto fijado en el acuerdo de Unión Temporal, obligación legal que claramente abandonó.

Recuérdese que, conforme el art. 4º de la L.80/1993, a cargo de la entidad estaba la de exigir al contratista la realización eficiente del objeto pactado; así, revisado el expediente administrativo contentivo de los documentos del proceso contractual, no se advierte que tal obligación haya sido atendida de manera eficiente; si bien es cierto que al culminar el periodo del alcalde que lideró el proyecto, la nueva mandataria intentó conocer el estado del arte del Proyecto Altos de Payanda, lo cierto es que dicha intervención llegó de manera tardía, cuando ya se habían generado perjuicios a las familias que habían confiado sus dineros al proyecto, sumado a que tal intervención tampoco obtuvo ningún resultado favorable.

En la propuesta presentada por A&A Ingenieros Ltda., ante el municipio de Nocaima, se señalaba, dentro de su “Plan de Ventas y condiciones de pago Proyecto Altos de Payanda” (página 8 de la Carpeta 1-parte 8 Medio Magnético), que contrataría un fideicomiso o servicio de encargo fiduciario de administración e inversión, para que ofreciera garantía del proyecto para el manejo de recursos, lo que era apenas básico si se tiene en cuenta que tal como se ha venido señalando, para completar la totalidad del precio del inmueble, se usarían recursos provenientes del subsidio de vivienda y de créditos hipotecarios, además recursos provenientes de los beneficiarios, como el costo de separación, pago para la firma de promesas de compraventa, lo que en los acuerdos de negociación se denominó “ahorro programado y cesantías”.

Lo señalado por el contratista se dio en cumplimiento de lo indicado por el municipio de Nocaima en el Pliego de Condiciones, en el acápite **5.3 OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA**, que contempló: “1) Prestar las garantías respectivas, tales como las pólizas, y otras que determine la ley.” (CARPETA 1-PARTE 4 Pág. 1 Medio magnético)

Sin embargo, y pese a la exigencia en el pliego de condiciones, y a la propuesta presentada por el contratista para que le fuera adjudicado el contrato, A&A Ingenieros Ltda., no constituyó el encargo fiduciario; contrario a ello, el contratista comenzó a captar dinero de los beneficiarios, quienes, de manera confiada, depositaron paulatinamente recursos con el fin de cumplir con la parte del precio que debía ser aportada por ellos; y, de nuevo, la administración municipal de Nocaima se mantuvo pasiva y silente, pese a que era su deber exigir el cumplimiento de la propuesta y proteger a los administrados, máxime si se tiene en cuenta que la administración participó activamente de las actividades enmarcadas en el proyecto lo que, sin duda, generó la confianza en los pretensos beneficiarios; de nuevo, no se evidencia, en las actuaciones del municipio, un actuar apegado a la normatividad que regula la contratación estatal.

Lo dicho anteriormente, sin perjuicio de que es claro para el suscrito que, de manera tardía y morosa, el municipio de Nocaima exigiera la constitución de un patrimonio autónomo del que sólo se dio apertura el 3 de febrero de

2011 (fl. 325 C. 3) con el Banco Colpatria, firmando contrato de fiducia inmobiliaria, el 20 de enero de 2011 (CARPETA 2-PARTE 2 Pág. 28-42 – medio magnético); sin embargo, para esa fecha, ya muchos de los usuarios habían depositado sumas de dinero importantes a órdenes del contratista; circunstancia tardía que dista con lo esperado puesto que la Unión temporal se constituyó desde el 14 de agosto de 2009, fecha a partir de la cual empezaron a realizarse acuerdos de negociación y con ello los depósitos sucesivos por parte de los interesados en el proyecto; es por ello que el número de personas que quedaron amparadas por este patrimonio autónomo fue ínfimo, en comparación con quienes se vieron afectadas.

Lo dicho anteriormente sirve para descartar la defensa del municipio en torno a la entrega de dineros de los beneficiarios al contratista la que, además, resulta reprochable pues prácticamente culpa a los ciudadanos del resultado fatal que los perjudica; es evidente que lo dicho por el municipio de Nocaima, en sus alegatos, no corresponde con la verdad al sugerir que es culpa de los demandantes haber entregado dineros al contratista pese a existir un encargo fiduciario; pues, como se dijo, el mismo se constituyó de manera tardía -2 años después- sin que se exigiera al contratista el traslado de los recursos ya captados a las cuentas del patrimonio autónomo; además, que el municipio de Nocaima fue quien, en la cláusula 3ª del Acuerdo de Unión Temporal, designó a la sociedad A&A Ingenieros Ltda., como representante legal de la Unión Temporal, por lo que era de esperarse que las personas consignaran a nombre de dicha sociedad los dineros a los que se habían comprometido.

En ese orden, es claro que el municipio abandonó su deber de supervisión y vigilancia en el cumplimiento del contrato y su actitud omisiva, claramente, se ve materializada al estudiar el desarrollo cuestionable del contrato, pues, pese a que debió pactarse la intervención que se encargara de realizar un seguimiento técnico, administrativo y financiero del contrato, no se hizo, sin que se haya presentado justificación alguna.

Así, las funciones de supervisión e interventoría, hubiesen servido para ejercer con eficacia y oportunidad debida la vigilancia sobre el contrato, pero al no pactarse, se dejó al contrato estatal desprovisto de cualquier vigilancia, la que bien hubiese podido delegarse en algún funcionario de su administración, pero que tampoco se realizó; adviértase que de la revisión del pliego de condiciones y del acuerdo de Unión Temporal, los mismos no mencionan nada frente a este punto, el que resulta de vital importancia y que, de haberse contemplado, habría permitido un desenlace distinto.

Sumado a lo que viene de decirse, el legislador previó una obligación adicional en cabeza de la administración, también encaminada a vigilar el cumplimiento del objeto contractual y es la obligación de realizar “...revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes siniestrados” (num.4 ib.); en el caso, el municipio de Nocaima, de manera negligente, desatendió aquel deber, el que de haberse atendido habría contribuido a verificar el estado de abandono de las obras, su inejecución y la carencia de trabajos sobre el terreno donde debía erigirse el proyecto de vivienda para familias vulnerables. Ello se concluye, por cuanto no existe evidencia de una sola visita por parte de la entidad territorial, en desarrollo de la obligación legal de vigilancia; contrario a ello, se mantuvo pasiva ante el incumplimiento sucesivo del contratista, siendo espectador del mismo.

El municipio de Nocaima perdió de vista que los deberes de la administración en la contratación estatal persiguen la materialización de los fines de la contratación, que no son otros que los fines estatales y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, a quienes abandonó pese a haber sido el municipio de Nocaima quien lideró y promocionó proyecto en el marco de su Plan de Desarrollo Municipal.

Ahora bien, como si fuera poco lo hasta aquí relatado, existe otra omisión que se encuentra debidamente probada; debe resaltarse que, un primer deber de la administración, anterior a la adjudicación del contrato, es estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles que pueden desprenderse de la actividad contractual, lo que debe quedar estipulado en los documentos pre contractuales, entiéndase, pliego de condiciones.

Al revisar el pliego de condiciones, los mismos fueron dispuestos de la siguiente manera (CARPETA 1 PARTE 4, pág. 33 y 34):

“RIESGOS PREVISIBLES INVULOCRADOS EN LA CONTRATACIÓN

4.1 SON RIESGOS DEL CONTRATISTA

a) Las condiciones geográficas y climáticas del sitio o región donde se ejecutará el proyecto, en especial las consecuencias que se generen por las suspensiones que se presenten y que sean motivadas en estas razones.

Los costos que se generen en razón a estas circunstancias tales como: gastos de personal, gastos de transporte, gastos de administración, gastos por la paralización de equipos, herramientas y personal etc., serán asumidos por el Contratista. Siempre y cuando no superen un 3% del valor del Contrato.

Las condiciones, permisos y licencias que se exijan y requieran para la extracción y disposición de materiales. Siempre y cuando no superen un 3% del valor del Contrato.

b) Errores y omisiones cometidos por el PROPONENTE en las cantidades, valores unitarios y en la descripción de los ítems, así como Las omisiones o errores en el cálculo de la mano de obra, materiales, rendimientos de maquinarias y, en general, cualquier otro componente de los precios unitarios.

Estos errores y omisiones serán asumidos en un 100% por el CONTRATISTA.

c) Las consecuencias de los paros y suspensiones de los trabajadores vinculados por incumplimientos de proveedores y en general subcontratistas.

Estas consecuencias serán asumidas en su totalidad por los Contratistas.

d) Los daños a redes y en general a la propiedad de terceros. Los gastos que se requieran para las reparaciones e indemnizaciones a terceros y los necesarios para atender las suspensiones que por estos motivos se generen, serán asumidos por el MUNICIPIO CONTRATISTA.

e) Los riesgos relacionados con el robo o pérdida de materiales, herramientas, equipos y maquinaria que el Contratista deba utilizar.

El anterior riesgo será asumido en su totalidad por el Contratista”

Y luego procedió a fijar los del municipio de Nocaima en el siguiente sentido:

“A) Retardo en el inicio de la ejecución del Contrato o suspensiones por razones imputables a EL MUNICIPIO.”

Ahora, luego de fijados los riesgos y establecido quien asumiría su ocurrencia, el municipio de Nocaima, éstos deben ser amparados a través de garantías que debe exigir la administración al contratista, las que

constituyen respaldos, que por las razones que se expusieron, exige inexcusablemente la L.80/1993 en la mayoría de contratos estatales.

Al respecto, en el pliego de condiciones, múltiples veces citado, se fijó, entre las obligaciones del contratista “**5.3 OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA**” “ (...) l) *Prestar las garantías respectivas, tales como las pólizas, y otras que determine la ley.*” (CARPETA 1-PARTE 4 Pág. 1 Medio magnético). No obstante, al revisar nuevamente el Acuerdo de Unión temporal suscrito por el municipio de Nocaima y la sociedad A&A Ingenieros Ltda., reiteradamente se echa de menos la obligación fijada por el estatuto contractual, por el contrario, nada se menciona en torno a la constitución de garantías que pudieran amparar los riesgos que durante la ejecución o, incluso, ante la inejecución del objeto contractual pudieran causarse.

Lo anterior, constituye una omisión legal atribuible a la entidad territorial, por cuanto, proteger la entidad, sus recursos y a terceros que pueden llegar a verse afectados con la ejecución o inejecución del contrato es una obligación impuesta por el legislador.

Lo dicho, porque conforme D.4828/2008, vigente para la época, la cobertura de esa garantía, que debe ser exigida por la entidad y asumida por el contratista, pretende amparar el “4.2.3 *Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato*”.

En tanto, la omisión de exigir póliza alguna, que bien pudo constituirse ante una aseguradora o entidad bancaria autorizadas, hubiesen protegido no solo al municipio de Nocaima, ante el detrimento patrimonial que deviene con ocasión de todas las obligaciones desatendidas por A&A Ingenieros Ltda., con proveedores y trabajadores, sino también frente a todas las personas que, como terceros ajenos a la relación contractual, se vieron afectados por la inejecución del objeto pactado en la Unión Temporal, pues, confiados en la elección idónea del contratista, en la labor responsable del municipio, por ser éste quien lideró la propuesta, hicieron aportes con el fin de alcanzar el ideal de una casa propia.

Así, debido a la omisión, en que incurrió el municipio de Nocaima, es que no pudo declararse el siniestro y lograr el resarcimiento del daño causado.

Con todo lo señalado, el municipio, fue negligente al no vigilar y supervisar el cumplimiento del contrato, ni exigir a A&A Ingenieros Ltda. La constitución de garantías, a lo que se agrega que, pese a que venían incumplándose, sistemáticamente, las obligaciones a cargo del contratista, lo que era evidente, a solicitud del contratista, el municipio de Nocaima, decide plantear otro si al Acuerdo de Unión Temporal, con el que se dispone:

“**CLAUSULA PRIMERA:** Adicionar la vigencia prevista en la cláusula cuarta del acuerdo de UNION TEMPORAL ALTOS DE PAYANDA; el término de un (1) año contado a partir del día siguiente al vencimiento inicial para el cumplimiento total del proyecto y un año más”

Lo que realizó la administración municipal, sin una previa y necesaria revisión del estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin exigir la constitución de garantías al contratista y sin que, por lo menos, en ese otro si, se fijara por fin una supervisión o interventoría del contrato

estatal, sino que, sin más, se concedió un plazo al contratista, sin ningún tipo de amparo.

Por lo anterior, no puede admitirse la defensa del municipio, encaminada a sugerir, sin probar, que cumplió su parte en el Acuerdo de Unión temporal, que, a su juicio, se limitaba a la entrega del inmueble, pues admitir tal planteamiento vaciaría los principios generales de la administraron desligando a las entidades públicas de sus fines y de las obligaciones que le corresponden para con los administrados, sumado a que sería desconocer las obligaciones legales que se imponen a las entidades públicas y someter el proceso de contratación, únicamente, a la voluntad de las mismas expresadas en los contratos estatales.

En ese orden, puede concluirse, que hay lugar a considerar probada la imputación como adjudicación de la conducta –omisión– a la administración.

Imputación a A&A ingenieros Ltda.

Como en el presente asunto, aparte de interponer la demanda contra el municipio de Nocaima, también se demandó al contratista por su responsabilidad en los daños causados, es del caso ahora estudiar la responsabilidad de A&A Ingenieros Ltda.

Frente al contratista, su responsabilidad, solo puede estudiarse desde la propuesta y el Acuerdo de Unión Temporal.

En primer lugar, se itera, el objeto de la conformación de la Unión Temporal era el de *“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: El objeto de la Unión Temporal será la obtención de recursos o subsidios y la ejecución del proyecto de vivienda nueva de interés social, localizado en el caso urbano del Municipio de NOCAIMA, denominado PROYECTO DE VIVIENDA ALTOS DE PAYANDA MUNICIPIO DE NOCAIMA (...)”*

Conforme el acuerdo de Unión Temporal, suscrito por el contratista, sus obligaciones eran:

“CLAUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE LA FIRMA A & A ingenieros Ltda., Nit. 900160206-0 representado legalmente por el ALVARO ADRIAN APONTE, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.136.880.338 de Bogotá: Representar en forma de total a la Unión Temporal, ante los organismos Nacionales, y privados, sean personas naturales o jurídicas, suscribir los actos y acciones tendientes al buen desarrollo del programa. b) Participar en la selección y evaluación de los beneficiarios, al igual que en la publicidad y promoción del proyecto, conjuntamente con las partes intervinientes en esta UNION TEMPORAL. c) La elaboración del estudio y diseño del programa actualizado, de acuerdo a las necesidades actuales de los postulantes. d) Dirección del programa. e) Aportar la accesoria técnica para la ejecución del programa, lo mismo que designar el revisor fiscal si fuere el caso. f) Asistir a los comités operativos y demás reuniones que se lleguen a celebrar con ocasión del desarrollo del correspondiente programa en representación del mismo como gerente de la UNION TEMPORAL y/o representante legal. g) La elaboración del proyecto, diseño de planos urbanísticos y arquitectónicos. h) Presentar el proyecto ante el FINDETER, FONVIVIENDA y/o cualquier otra entidad a que hubiese lugar, para su evaluación y trámite correspondiente y de esta forma posteriormente

obtener su elegibilidad. i) Colaborar en la elaboración y presentación de los respectivos formularios de postulantes ante las cajas de compensación familiar. j) Diligenciar y tramitar una vez obtenidos los subsidios, el cobro de los mismos ante las entidades correspondientes, y posteriormente ejecutar la construcción de las viviendas. K) El total diligenciamiento de las escrituras de las soluciones de vivienda que sean adjudicadas y su reglamento de propiedad horizontal de acuerdo con la Ley 675 de 2001. l) Prestar las garantías respectivas, tales como las pólizas, y otras que determine la ley.”

Ahora bien, frente a la elaboración del estudio y diseño del proyecto, elaboración del proyecto, diseño de planos urbanísticos y arquitectónicos, como quiera que mediante Resolución n.º 028 del 24 de junio de 2010, aclarada y modificada por resoluciones posteriores – Resolución n.º 055 de 2010 y Resolución n.º 008 de 2011 (CARPETA 8 medio magnético), la Alcaldía de Nocaima concedió la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, resulta admisible que se deduzca que tales documentos, que eran necesarios para la expedición de la licencia, fueron allegados.

Respecto a su participación en la selección y evaluación de los beneficiarios, al igual que en la publicidad y promoción del proyecto, de los anexos allegados, se advierte que fue el contratista quien se encargó de divulgar el proyecto y de acoger y atender a los beneficiarios del mismo, tal como se fijó en el plan de ventas (CARPETA 1 PARTE 8 –medio magnético) en nombre y representación de la Unión Temporal pues, conforme con los acuerdos de negociación (fls. 215-340) allegados por el grupo demandante y promesas de compraventa (fls. 74-211 C.1/40-47, 100-106 C. 3), dicha tarea se adelantó.

Sin embargo, en torno a la colaboración para obtener los subsidios en favor de los postulantes ante las cajas de compensación familiar o demás entidades, así como el cobro de los mismos, tal obligación contractual no fue realizada, pues no se allegó prueba alguna de las diligencias que debieron adelantarse ante las entidades u organizaciones correspondientes, por lo que no se acreditó que se hubiese realizado esa gestión, orientada a la obtención de recursos para la financiación del proyecto.

En ese orden, A&A Ingenieros Ltda., también se obligó a presentar el proyecto ante el FINDETER, FONVIVIENDA y/o cualquier otra entidad a que hubiese lugar, con el fin de lograr su elegibilidad; sin embargo, Findeter, mediante comunicación del 16 de diciembre de 2011, señaló que, revisado el sistema de información “SIVIS” no se encontró ningún proyecto del municipio de Nocaima radicado ante dicha entidad para elegibilidad (carpeta 2, parte 3 pagina 24-medio magnético), por lo que se concluye que el contratista también desatendió la carga contractual asumida.

Así mismo, lo que tenía que ver con “l) *Prestar las garantías respectivas, tales como las pólizas, y otras que determine la ley*”, tal como se expuso para el municipio de Nocaima y así como lo señaló el municipio al contestar la demanda, no se constituyó una póliza que garantizara el cumplimiento del contrato, ni los perjuicios derivados de su incumplimiento.

Finalmente, frente al objeto principal de la Unión Temporal, el contratista, debía, claramente, ejecutar la construcción de las viviendas, resultado que era el esperado por cada una de las familias que depositaron su confianza en el proyecto; frente a este punto, sin mayores consideraciones, por ser

palmaria la conclusión, es claro, tal como lo aceptó la parte demandada, que la construcción no se llevó a cabo, el objeto contractual fracasó sin justificación conocida; sumado a ello, el abandono de la obra, se dio desde el 16 de junio de 2011, según afirmó el almacenista Edgar Alejo Páez, al presentar su renuncia ante el gerente del proyecto, lo que vino a ser corroborado por el municipio de Nocaima (carpeta 2, parte 3 pagina 18-medio magnético); sin embargo y pese a su incumplimiento, el contratista no reembolsó a los beneficiarios del proyecto, las sumas entregadas en pro de cumplir con la cuota inicial de los apartamentos, como debió hacerlo.

Con todo, se advierte que el contratista incurrió en una serie de incumplimientos constantes y sucesivos de todo lo pactado en la Unión Temporal, que tenía por objeto la realización de un proyecto de vivienda de interés social, para las familias más vulnerables, lo que llevó al fracaso total del programa fijado por el alcalde de la época en el Plan de Desarrollo Municipal.

Finalmente, en cuanto al **nexo de causalidad**, que debe hallarse entre el daño y los hechos que se imputan a la administración y al contratista, se encuentra que los elementos de prueba destinados a su verificación logran la suficiencia para tener por demostrado el vínculo causal entre el daño y las omisiones que se endilga al municipio de Nocaima, así como los incumplimientos evidenciados del contratista, veamos:

La desatención a obligaciones legales impuestas al municipio de Nocaima, en materia de contratación estatal, que fueron analizadas una a una en el acápite correspondiente, sin duda alguna, contribuyeron en la causación de los daños irrogados al grupo demandante; al no fijar una interventoría, o una supervisión al contrato, ni adelantar las actuaciones que por ley tenía el deber de ejecutar ante el evidente incumplimiento contractual, constatado desde el comienzo y que se extendiera por más de 3 años, agravando aún más la situación de los promitentes compradores, y generando gastos mayores en un proyecto que desde el inicio no tuvo viabilidad financiera.

A ellos se suma, la actitud irresponsable y desconsiderada del contratista en acatar los instalamentos fijados en el Acuerdo de Unión temporal, lo que llevo al desenlace y frustración del objeto fijado, trayendo consigo un daño claro a los usuarios del proyecto quienes, luego de haber realizado una serie de aportes, vieron el fracaso del proyecto.

Así mismo, la ausencia de una póliza de cumplimiento no exigida por el municipio y no prestada por el contratista, pese a estar fijada en la ley como obligatoria, llevó a que los perjuicios que pudieran causarse a terceros, con la inejecución del contrato, quedaran desamparados, lo que claramente sucedió.

Con todo, es evidente, que la inejecución del contrato y el abandono de las obligaciones legales de los demandados, llevó a la acusación del daño que hoy se reclama, por lo que el nexo causal resulta indudable en el caso que se estudia, entre los hechos y omisiones imputados a los demandados, y los perjuicios que acá se reclaman.

Por todo lo explicado, y teniendo en cuenta que procede la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, a través del título de

imputación de falla de servicio, se constata i) la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública; ii) la falta de atención o la atención irregular o inoportuna de dicha obligación por parte de la Administración en el caso concreto y iii) la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño⁴²; y como todas ellas se hayan cumplidas, es claro que se declarará al municipio de Nocaíma responsable, de los daños y perjuicios conculcados al grupo demandante.

Igualmente, se declarará responsable a la sociedad A&A Ingenieros Ltda., por los mismos daños y perjuicios, cuya cuantificación se hará a renglón seguido, por hallarse también cumplidos los requisitos para consolidar su responsabilidad, esto son, daño, hecho dañino y nexo causal.

Responsabilidad solidaria

Concluido el estudio de los elementos de la responsabilidad por falla en el servicio, en este caso por omisión, frente al municipio de Nocaíma y analizada también la responsabilidad de la sociedad A&A Ingenieros Ltda., quienes conformaron una Unión Temporal y, habiendo lugar a declararlos patrimonialmente responsables de los daños causados a los integrantes del grupo, es necesario determinar el alcance de la atribución de responsabilidad entre los demandados.

Al respecto, el municipio de Nocaíma manifestó que, de declarársele responsable, se tuviera en cuenta la participación fijada en el Acuerdo de Unión Temporal, suscrito con A&A Ingenieros, la que correspondía a 5%.

Vale precisar que no es jurídicamente admisible acoger la postura del municipio pues, claramente, la entidad pierde de vista que no estamos frente a un proceso de controversias contractuales, donde puede dividirse la responsabilidad, conforme lo pactado en el contrato, sino que, contrario a ello, se está ante un perjuicio causado a un grupo de personas, en consecuencia, el medio de control tiene carácter indemnizatorio, en tanto, la pretensión no se orienta a declarar el incumplimiento de contratos estatales, sino que lo que aquí se verifica es el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad que se le atribuye a una entidad pública y, en este caso, por el factor de conexión, también a un particular.

A lo dicho, también debe sumarse que los demandantes no forman parte de la relación contractual, es decir, a ellos no puede imponérseles un contrato del que no fueron parte; habida cuenta de que no están solicitando su cumplimiento o la declaratoria de incumplimiento contractual.

En ese orden, la responsabilidad por los daños causados al grupo demandante debe ser solidaria entre los demandados, atendiendo a lo dispuesto en el art. 2344 del Código Civil, si en la producción de un daño concurre la actuación de varios sujetos, la obligación indemnizatoria proveniente de la misma causa es solidaria; a partir de ese criterio, el Consejo de Estado ha fijado que: *“[C]uando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas (los sujetos son la causa eficiente) no se produce una división de la responsabilidad, como si una llevara apenas una*

⁴² Cfr. CE3, 15 Ago. 2007, 190012331000200300385-01, M. Fajardo.

parte de la culpa, sino que por mandato legal surge una obligación solidaria de responder⁴³.

Bajo ese marco, se declararán solidariamente responsables al municipio de Nocaima y A&A Ingenieros Ltda., de los daños causados al grupo demandante.

Cuantificación o liquidación de los perjuicios

1. Perjuicios materiales

En la demanda se solicitó condenar al pago de los perjuicios materiales causados al grupo demandante; en el capítulo correspondiente a la estimación razonada de la cuantía, desafortunadamente, no se hizo una relación, por cada demandante, de la reparación individual que se perseguía, en tanto, se limitó a establecer un valor total, sin que pueda extraerse los conceptos a los que corresponde, por lo que se analizarán uno a uno, con el fin de determinar las indemnizaciones para cada una de las personas que integran el grupo.

Daño emergente

Frente al **daño emergente**, en la demanda, se señaló que corresponde a “...los desembolsos, gastos efectuados, subsidios dejados de percibir por el fracaso del proyecto”, fijando como monto del mismo, la suma de \$709.424.500 (fls. 9 C.1).

Al respecto, partiendo de que el daño emergente debe ser real y verificable y que apunta a indemnizar el valor de la cosa o bien jurídico que ha sufrido el daño o perjuicio, o ese detrimento patrimonial directo que trae consigo la causación del daño, de entrada debe desestimarse el monto que pudiera corresponder, por la reparación de los subsidios dejados de percibir.

Lo anterior, porque, tal como se explicó en líneas anteriores, el subsidio de vivienda es una ayuda estatal, pero para que el mismo concluya con el desembolso, tanto el proyecto de vivienda como el beneficiario del mismo, deben agotar un trámite interno fijado por la caja de compensación, de ser el caso; así, como se acreditó que el proyecto Altos de Payanda no obtuvo la aprobación de elegibilidad por parte de FINDETER, menos pudieron tramitarse la obtención de los subsidios ante las entidades correspondientes; es decir que con lo aportado en el expediente, no se acreditó el desembolso de los mismos y, menos, la pérdida de dichos rubros, con ocasión de la inejecución del proyecto.

En ese orden, el subsidio familiar, que en la demanda se indica como “dejado de percibir” constituye una mera expectativa ligada a la eventualidad por lo que no puede constituir un daño cierto o, al menos, comprobable, pues ni siquiera se enmarcaría como un lucro cesante, en tanto, no se probó que el mismo hubiese sido otorgado y se hubiese perdido por la falta de elegibilidad del proyecto; en consecuencia, los rubros que pudieran corresponder por este concepto no serán reconocidos.

⁴³ CE 3, 11 abr. 1994., e (78956), C. Betancour Jaramillo.

La misma suerte correrá la pretensión frente a los dineros pagados por el grupo demandante al señor ALVARO BOHÓRQUEZ con el fin de que éste ayudara en la tramitación de los subsidios ante las cajas de compensación; pago que asciende a la suma de \$200.000 por cada uno de los beneficiarios, según el relato efectuado en la demanda, por cuanto, tal como lo advirtió también la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso n.º 2010-55-292051 (fls.172-230 C. 3), la función que iba a desarrollar quien entonces fungía como Asesor de Recreación y Deporte del municipio de Nocaima, no fue delegada ni otorgada por el municipio o su representante.

Si bien, en la demanda se afirma -hecho decimoprimer-, que se efectuó un acuerdo para pagar al señor Bohórquez dicha suma, no existe prueba de esa situación; asimismo, se presenta ausencia de material probatorio que permita afirmar que, dentro de las funciones del señalado funcionario de la Alcaldía, estaba la de tramitar la solicitud y reconocimiento de subsidios para vivienda o que lo hubiese hecho en nombre del municipio de Nocaima, por lo que no puede atribuirse dicho comportamiento a la entidad territorial, por serle claramente ajeno; en ese orden, la suma de dinero -\$200.000- pagada por los miembros del grupo demandante no será indemnizada en el presente asunto, salvo que la misma haya sido reconocida por la Unión Temporal o la empresa contratista, al expedir los correspondientes recibos, o las anotaciones efectuadas en los acuerdos de negociación.

Por esos mismos motivos, tampoco habrá de reconocerse, a título de indemnización por el daño causado, la suma de **\$500.000**, que se dice, fue consignada a nombre del señor José Manuel Reyes, quien presuntamente ocupaba el lote de terreno, lo que se anuncia como mejoras del predio, siendo necesario hacer la misma salvedad que en líneas anteriores, frente a que solo podrá ser reconocida, si la misma fue admitida por la Unión Temporal del Proyecto Altos de Payanda, a través de recibo de caja o documento equivalente o en las observaciones del Acuerdo de Negociación, como ocurrió en algunos casos, por lo que ello dependerá de las pruebas arrimadas por el grupo demandante, respecto de los desembolsos individuales realizados.

Dicho lo anterior, por daño emergente, solo se reconocerá lo que cada uno de los demandantes pagó efectivamente a la Unión Temporal del Proyecto Altos de Payanda y que se halle debidamente acreditado en el expediente, con documentos idóneos.

En ese orden, se procederá a individualizar los pagos que deberán efectuarse en favor de los demandantes, a título de daño emergente al grupo demandante.

n.º	NOMBRE	PAGOS EFECTUADOS AL PROYECTO	CONSTANCIAS DE PAGO	TOTAL INDEMNIZACIÓN
1	Sirley Odilia Méndez Hernández	\$ 2.870.000 100.000 500.000	fl. 212 C. 1 184 C.1 216 (vto)C.1	\$3.470.000
2	Carlos Arturo Torres Forero	1.000.000 604.000	216 C.1 218 C.1	\$1.604.000
3	Carmen Alicia Navarro de Olave	1.500.000 781.500 790.500 790.500 1.500.000	220 C.1 221 C.1 222 C.1 223 C.1 224 C.1	\$8.443.500

		1.500.000	225 C.1	
		790.500	226 C.1	
		790.500	227 C.1	
4	Isauro Zabala Espinosa	3.400.000	228 C.1	\$4.100.000
		700.000	230 C.1	
5	Gloria Elsa Muñoz Ávila	1.500.000	232 C.1	\$3.000.000
		1.500.000	233 C.1	
6	Jesús Elias Quezada	3.200.000	234 C.1	\$3.810.000
		110.000	235 C.1	
		500.000	238 (vto)C.1	
7	Nery Aidee Castañeda Flórez	1.563.000	239 C.1	\$6.126.000
		1.500.000	240 C.1	
		1.500.000	241 C.1	
		1.563.000	242 C.1	
8	Ruby Lucero Pinzón Toro	2.870.000	243 C.1	\$3.070.000
		100.000	244 C.1	
		100.000	248 (vto) C.1	
9	Orlando Algecira Guzmán	1.500.000	249 C.1	\$3.270.000
		300.000	250 C.1	
		970.000	251 C.1	
		500.000	254 (vto) C.1	
10	Edgar Guerrero Moreno	300.000	255 C.1	\$2.000.000
		200.000	255 C.1	
		500.000	256 C.1	
		300.000	256 C.1	
		200.000	257 C.1	
		500.000	258, 259, 260 C.1	
11	Luz LLamile Ramírez Chimbi	120.000	261 C.1	\$620.000
		500.000	265 (vto) C.1	
12	Nidia Francly Matiz de Mordes	781.500	266 C.1	\$11.815.000
		781.500	267 C.1	
		781.500	268 C.1	
		781.500	269 C.1	
		781.500	270 C.1	
		781.500	271 C.1	
		781.500	272 C.1	
		781.500	273 C.1	
		1.500.000	274 C.1	
		1.500.000	275 C.1	
		781.500	276 C.1	
		781.500	277 C.1	
		1.000.000	278 C.1	
13	Teodoro Olarte Olarte	600.000	279 C.1	\$2.470.000
		1.870.000	280 C.1	
14	Fernando Prada Torres	1.000.000	281 C.1	\$6.063.000
		1.500.000	282 C.1	
		781.500	283 C.1	
		781.500	284 C.1	
		1.500.000	287 C.1	
		500.000	288 C.1	
15	Aneida Prada Torres	781.500	289 C.1	\$6.063.000
		1.000.000	290 C.1	
		1.500.000	291 C.1	
		1.500.000	292 C.1	
		500.000	293 C.1	
		781.500	294 C.1	
16	María de Jesús García González	5.750.000	297 C.1	\$13.000.000
		1.500.000	298 C.1	
		5.750.000	299 C.1	
17	Mariela Benavides Vanegas	500.000	300 C.1	\$4.020.000
		2.470.000	301 C.1	
		400.000	302 C.1	
		150.000	303 C.1	
		500.000	304 C.1	

18	Jorge Ulloa Urriaga	100.000 100.000 200.000 100.000	305 C.1 306-307 C.1 306-307 C.1 306-307 C.1	\$500.000
19	Ana Silvia Pinzón de Hernández	500.000 1.000.000 1.000.000 1.241.000 700.000 5.969.000	308 C.1 308 C.1 309 C.1 309 C.1 310 C.1 310 C.1	\$10.410.000
20	Jorge Bernal Delgado	2.820.000 150.000 500.000	311 C.1 312 C.1 314 C.1	\$3.470.000
21	Gloria Janeth González Rojas	2.970.000 200.000 300.000 500.000	315 C.1 316 C.1 317 C.1 318-319 (vto) C.1	\$3.970.000
22	María Nubia Cifuentes	500.000	320 C.1	\$1.400.000
23	José Valentín Quijano Triana	400.000 500.000	239 C.1 322-323 (vto) C.1	
24	Luz Ángela Torres Casas Buenas	100.000 100.000 100.000 100.000 200.000 500.000	324 C.1 325 C.1 325 C.1 325 C.1 326 C.1 326-327 (vto) C.1	\$1.100.000
25	Emilse Escucha Hernández	100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 200.000 100.000	328 C.1 329 C.1 329 C.1 329 C.1 330 C.1 330 C.1 331 C.1 331 C.1 331 C.1 332 C.1 332 C.1 332 C.1	\$1.300.000
26	Héctor Hernán Pinzón Urriaga	3.000.000 100.000 100.000 100.000 200.000	328 C.1 335 C.1 335-336 (vto)C.1 335-336 (vto)C.1 335-336 (vto)C.1	\$3.500.000
27	Elsa Milena Flórez	2.870.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000	331 C.1 338 C.1 339-341 (vto)C.1 339-341 (vto)C.1 340-341 (vto)C.1 340-341 (vto)C.1	\$3.470.000

			340-341 (vto)C.1	
28	Carolina Delgado Hernández	100.000 300.000 100.000 2.500.000	345-347 (vto)C.1 345-347 (vto)C.1 345-347 (vto)C.1 346 C.1	\$3.000.000
29	Lina María Hernández	2.500.000 500.000	346 C.1 347 (vto C.1)	\$3.000.000
30	Flora Parada de Mora	781.500 781.500 3.000.000	348 C.1 348 C.1 349 C.1	\$4.563.000
31	Marcela Torres Sánchez	2.870.000 600.000	350 C.1 350 C.1	\$3.470.000
32	Jaime Arley Hernández Pinzón	781.500 781.500 781.500 781.500 781.500 2.500.00	322 C.1 323 C.1 324 C.1 325 C.1 326 C.1 327 C.1	\$6.407.500
33	Ana Julia Bautista	500.000 600.000 500.000 600.000 600.000 600.000 600.000 600.000 3.650.000 600.000	368 C.1 368 C.1 369 C.1 369 C.1 370 C.1 370 C.1 371 C.1 372 C.1 373 C.1	\$8.250.000
34	Gilberto Andrés Molano Rojas	1.500.000 1.500.000 781.500 781.500 781.500 781.500 781.500 781.500 781.500 781.500	88 C.2 88 C.2 89 C.2 89 C.2 90 C.2 90 C.2 91 C.2 91 C.2 92 C.2 92 C.2	\$9.252.000
35	Arley Ramírez Cardona	500.000 500.000 2.500.000 7.500.000	94 C.2 95 C.2 96 C.2 97 C.2	\$11.000.000
36	Jaime Alberto Cifuentes Correa	100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000 100.000	99 C.2 99 C.2 99 C.2 100 C.2 100 C.2 101 C.2 101 C.2 101 C.2 102 C.2 102 C.2	\$1.000.000
37	Luis Carlos Arce Perlaza	1.500.000 230.000 270.000 1.000.000 2.000.000 500.000	104 C.2 105 C.2 105 C.2 106 C.2 106 C.2 203 C.2	\$5.500.000

38	Rosa María Sánchez Bermúdez	100.000 100.000 200.000 100.000 200.000	110-109 (vto)C.2 110-109 (vto)C.2 110-109 (vto)C.2 110-109 (vto)C.2 111 C.2	\$700.000
39	Gimena Marcela Leal Urriaga	100.000 2.870.000 500.000	121 C.2 122 C.2 120 (vto)C.2	3.470.000
40	Aura Patricia Fajardo Murcia	500.000 1.970.000 1.000.000	124 C.2 125 C.2 125 C.2	\$3.470.000
41	Leonor Cardona de Ramírez	500.000 500.000 500.000 7.500.000	128 C.2 129 C.2 129 C.2 130 C.2	\$9.000.000
42	Myriam Sofía García Corredor	500.000 500.000 105.000 8.000.000 2.000.000	133 C.2 134 C.2 136 C.2 136 C.2 138 C.2	\$11.105.000
43 44	Jaime Esteban Sepúlveda Orozco y Luz Ángela Orozco Jiménez	500.000 200.000 781.500 250.000 781.500 250.000 250.000 781.500	141 C.1 141 C.1 142 C.2 142 C.2 142 C.2 143 C.2 143 C.2 143 C.2	\$3.794.500
45	José Reinel Álzate	1.500.000 1.500.000 200.000 180.000 180.000 180.000 180.000 180.000 180.000	31 C.3 31 C.3 35 C.3 35 C.3 36 C.3 36 C.3 36 C.3 37 C.3 37 C.3	\$4.100.000
46	Sandra Patricia Supelano	1.500.000 200.000 782.000 180.000 782.000 180.000 1.500.000 782.000 180.000 180.000 782.000 180.000 782.000 180.000 782.000 180.000 782.000 180.000 782.000 180.000	17 y (vto) C.3 17 y (vto) C.3 18 y (vto) C.3 18 y (vto) C.3 19 y (vto) C.3 19 y (vto) C.3 19 y (vto) C.3 20 y (vto) C.3 20 y (vto) C.3 20 y (vto) C.3 21 y (vto) C.3 21 y (vto) C.3 22 y (vto) C.3 22 y (vto) C.3 22 y (vto) C.3 22 y (vto) C.3 13 y (vto) C.3 23 y (vto) C.3	\$8.972.500
47	José Darío Merchán	2.870.000 2.870.000 600.000	50 C.3 51 C.3 53 C.3	\$6.340.000
48	Francisco Marmolejo Millán	2.500.000 500.000 2.500.000 500.000	60 C.3 60 C.3 61 C.3 61 C.3	\$6.000.000

49	Diana Patricia Matiz Sánchez	100.000 100.000 300.000 100.000	70 C.3 71 C.3 72 C.3 73 C.3	\$600.000
50	José Florentino Hernández Hernández	500.000	70 C.3	\$500.000
51	María José Santa Cruz	6.426.300 3.200.000 300.000	78 C.3 79 C.3 79 C.3	\$9.926.300
52	Liliana Cristina Santa Cruz	3.200.000 6.426.300 300.000	85 C.3 86 C.3 87 C.3	\$9.926.300
53	Zulma Nayibe Laverde Rodríguez	2.470.000 500.000 500.000	91 C.3 92 C.3 93 C.3	\$3.470.000
54	Elsa Mariela Ayala Alvarez	500.000 6.932.449	96 C.3 97 C.3	\$7.432.449
55	José Bernardo Martínez Rodríguez	500.000 1.000.000	113-115 (vto)C.3 119 C.3	\$1.500.000
56	Iovanni Contento Moncada	500.000 1.000.000 500.000	122 C.3 122 C.3 124-125 (vto)C.3	\$2.000.000
57	Luz Marina Hernández de Olaya	500.000 100.000	130 (vto)-131 C.3 133 C.3	\$600.000

TOTAL, DAÑO EMERGENTE	\$260.414.049
------------------------------	----------------------

Las anteriores sumas, reconocidas de manera individual a cada demandante, y que fueron discriminadas por cada pago, deberán ser indexadas⁴⁴ de manera individual, en favor de cada demandante y por cada pago realizado, para traerlas a valor presente, sin que pueda actualizarse en bloque el total reconocido por daño emergente, lo anterior aplicando la siguiente formula⁴⁵:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Índice inicial

Aspectos a tener en cuenta en la liquidación del daño emergente

En lo que respecta al demandado Gilberto Molano Bernal, quien aportó, para acreditar la cuantía de su perjuicio, los recibos visibles a folios 357-357C1 y José Reinel Alzate Alzate, recibos vistos a folios 32 y 38 C.3; vale decir que los mismos no son prueba suficiente para acreditar los rubros que allí se señalan. En primer lugar, porque la prueba en sí misma, no menciona quien realizó el pago, tampoco señalan por cuenta de que apartamento o parqueadero pues, si bien, le escribieron a mano dichos datos, esas

⁴⁴ Cfr. CE S 2, providencia de 4 de febrero de 2021. Rad. 76001-23-33-000-2016-01411-01(5479-19), CP. S. Ibarra

⁴⁵ R (valor presente) es el resultado de multiplicar Rh (valor histórico), que corresponde a la suma adeudada, por el resultado de dividir el índice de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE (índice final), por el índice de precios al consumidor vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente (índice inicial).

escrituras son ajenas a la prueba documental misma; así, es imposible para este fallador, tener certeza de la realización de dichos pagos, y más, sobre quién efectuó los depósitos por lo que, ante la ausencia de prueba adicional que dé cuenta de las consignaciones, lo allegado se torna insuficiente.

Igual situación con la constancia de pago aportada en copia, vista a folio 108C.2, con la que no puede establecerse quien la realizó, por lo que no puede ser considerada en favor de ninguno de los demandantes.

Tampoco será tenido en cuenta el recibo aportado por la demandante Luz Marina Hernández, visto a folio 132, por valor de \$200.000, puesto que no es posible establecer relación alguna con los demandados.

Ahora bien, respecto al señor Jaime Alberto Cifuentes y las consignaciones vistas a folios 99, 100, y la primera vista a folio 101; Aura Patricia Fajardo y la consignación que reposa a folio 125 (inferior), José Darío Merchán y las consignaciones vistas a folios 250-53C.3, Francisco Marmolejo Millán y las consignaciones que aparecen en los folios 61-61, debe precisarse que, si bien, las mismas fueron tenidas en cuenta, pese a haber sido presentadas en copia simple, ello se debe a que se atendió al criterio jurisprudencial reafirmado con la expedición del Código General del Proceso⁴⁶, según el cual las copias tienen el mismo valor probatorio que el original, ello porque se ha dado prevalencia al principio de buena fe y lealtad procesal que se espera de las partes y apoderados; así mismo, porque cuando el Juez realiza la valoración de los medios probatorios, se da por sentado, *so pena* de nulidad, que las pruebas fueron debidamente solicitadas, decretadas, practicadas y controvertidas, siendo en esta última fase de la construcción de la prueba en la que la parte contra quien se aduce podría tacharla de falsa o desconocerla, o de estar en copia, solicitar su cotejo con el original conforme lo preceptúa el art. 246 de la L.1564/2012.

Ahora bien, las consignaciones bancarias o los soportes de las mismas, que carecían de expedición, a manera de dupla, del recibo de caja por parte de la oficina de Altos de Payanda, como en muchos casos, fueron tenidas en cuenta como prueba suficiente del pago; la razón que soporta esa determinación es que en las cuentas bancarias que son comunes a los depósitos: Banco Agrario de Colombia cuentas n.º 43149001615-6 y 43149001193-6 y Banco Davivienda cuenta n.º 007669999281 fueron, en decenas de pagos, reconocidas por la constructora expidiendo el recibo de caja correspondiente, lo que permite presumir que eran productos bancarios admitidos para el pago y abono a las obligaciones asumidas en el acuerdo de negociación, por lo que esos pagos, de los que solo se aportó la consignación sin allegar el recibo de caja, serán aceptadas como prueba suficiente.

Lucro cesante

⁴⁶ ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

Ahora bien, frente a los daños materiales por **lucro cesante**, del que demandan su reparación, vale decir lo siguiente: el lucro cesante corresponde al provecho o utilidad dejada de percibir con ocasión del hecho dañino, es decir, la privación de un aumento futuro, daño indemnizable a voces del Consejo de Estado⁴⁷, al considerar el acrecimiento como un principio general del derecho; sin embargo, debe tenerse presente que para su estructuración “...debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.”⁴⁸.

Tal como se dijo en líneas anteriores, al abordar el daño como elemento de la responsabilidad, en el caso bajo estudio, no se acreditó la cuantía señalada en la demanda, ni se aportaron pruebas que permitieran establecer plenamente su causación y, menos, la cuantía que se señala.

Fijado lo anterior, debe reiterarse que el planteamiento expuesto en la demanda se torna insuficiente para establecer la base del reconocimiento del lucro cesante o provecho frustrado del grupo demandante, pues nótese que, en ninguno de los hechos de la demanda o sus apartes, ni de las pruebas, es posible extraer el motivo de la acusación de ese perjuicio; así, dicho ya que el mismo debe ser cierto o verificable, es decir, existir y sustentarse en hechos comprobables que permita edificar su cuantificación, la simple afirmación de haberse causado, fenece por exigua.

Al revisarse el acápite denominado “ESTIMACION RAZONADA Y PROVISIONAL DE LA CUANTÍA” donde se cuantificó el daño por lucro cesante, simplemente se mencionó: “son los dineros dejados de percibir por los usuarios que disminuyen su patrimonio” fijando los mismos en la suma de \$650.575.500, lo que claramente nada aporta al proceso en torno a los hechos que pudieron causarlos pues, no obstante que se habla de una disminución del patrimonio, dicho concepto forma parte del daño emergente y no puede tenerse en cuenta como una causación automática de una utilidad dejada de percibir.

Sin embargo, es claro que se produjo una carencia del uso de ese capital, es decir, se despojó a los demandantes de la disposición de ese dinero, durante el lapso transcurrido entre la entrega y hasta la fecha de esta sentencia; en efecto, el Consejo de Estado⁴⁹ ha precisado:

“que si bien el actor va a recibir el valor equivalente al valor comercial del terreno a la fecha de 28 de octubre de 1996 debidamente actualizado para la fecha de expedición de la presente sentencia, con el propósito de que se le repare integralmente el daño sufrido, tiene derecho, también a título de lucro cesante, a que se le reconozcan los intereses que pudo percibir sobre ese capital desde el 28 de octubre de 1996, fecha en la cual empezó el vertimiento de aguas negras sobre sus predios, hasta la fecha de la providencia que liquide el incidente de liquidación de perjuicios.

“Con este reconocimiento se reitera la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que el interés puro legal se reconoce a título de lucro cesante,

⁴⁷ Cfr. CE3, 22 Abr. 2015, 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146), S. Conto

⁴⁸ CE3, 13 Nov. 2018, 68001-23-31-000-2006-02670-01 (42966), M. Marín.

⁴⁹ CE3, 12 Nov. 2014 expediente 28.858

porque busca compensar el perjuicio sufrido **por la privación temporal del uso del capital y, en consecuencia, hace parte de la indemnización integral y es compatible con la indexación**” (negrilla fuera de texto)

En ese orden, sólo se reconocerá, por lucro cesante, los intereses legales (puros) –no comerciales o bancarios corrientes-, que se generen sobre cada uno de los rubros desembolsados por el grupo demandante de manera individual, debiendo liquidarse, desde la fecha de la consignación o entrega, hasta la fecha en que se efectúe el pago, sin que pueda entenderse que esta determinación riñe con la de corrección de capital o indexación que procede legalmente sobre el daño emergente, en tanto que no puede perderse de vista que la corrección de capital emerge como compensación por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda bajo el principio de equidad, por lo que resultan compensatorios; en cambio, los intereses contenidos en el código civil, conocidos como legales o “puros”, tienen la intención de reparar el daño sufrido siendo de naturaleza indemnizatoria; se precisa señalar que su tasa fija es el 6% E.A -1617⁵⁰ C.C.- y habrán de liquidarse con la siguiente formula:

$$i = \frac{0.5 \times \text{valor histórico}}{100} \times (\text{n.º de meses})$$

Donde:

i = interés técnico

Valor histórico = El valor pagado

Número de meses = liquidados desde el pago hasta la fecha de esta sentencia.

Dicho lo anterior, se reconocerá por daños materiales, (i) lo que efectivamente cada uno de los demandantes pagó al proyecto Altos de Payanda y que se señaló específicamente en esta sentencia para cada uno de los demandantes bajo el concepto de daño emergente; y, (ii) por lucro cesante, únicamente los intereses legales, sobre los dineros reconocidos desde la fecha en que fueron consignados y hasta la fecha de la sentencia.

Daños morales

Este tipo de daño, inmaterial nace del principio que se funda en que aun cuando el daño no resulte avaluable en dinero, por proteger intereses jurídicos de ese mismo tipo, debe ser indemnizado, por lo que su tasación queda al criterio del Juez, con los marcos o topes que haya venido fijando la jurisprudencia; así, el Consejo de Estado, ha admitido que se reconozca indemnización al perjuicio moral, incluso cuando el daño causado impactó cosas materiales, precisando que es necesario que su afectación –moral o emocional- pueda ser verificada por haber sido probada suficientemente; la

⁵⁰ Artículo 1617: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual. (...)

razón de tal carga probatoria, es porque en sede de daños causados a bienes materiales, no se presume el daño moral⁵¹.

En criterio del Consejo de Estado⁵²:

“El desarrollo del tema en la jurisprudencial nacional ha ido en evolución, al punto que hoy se admite inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume”

Dicho esto, en el presente asunto no se acreditaron los perjuicios morales reclamados en favor del grupo demandante, pues lo cierto es que no obra prueba alguna en el plenario que demuestre el dolor, la congoja o el sufrimiento padecido por los afectados, como ocasión de la frustración del Proyecto de Vivienda Altos de Payanda, de que trata el presente asunto.

Así, huérfano de prueba como se encuentra el proceso frente a los daños morales, los mismos no serán reconocidos.

Indemnización de los beneficiarios del fallo que no formaron parte del proceso.

Conforme lo disponen los num. 2, 3 del lit. b del art. 65 de la L.472 de 1998, la sentencia que se dicte dentro de la acción de grupo debe ocuparse de las indemnizaciones de los beneficiarios de la sentencia que no formaron parte del proceso judicial, señalando cómo se determinará su monto y los requisitos que deben cumplir para poder reclamar la reparación.

En ese orden, existe evidencia de que el proyecto inicial de vivienda cobijaría a 220 familias, o por lo menos se construirían igual número de unidades habitaciones bajo el Proyecto de Vivienda Altos de Payanda, conforme se desprende de la propuesta elegida por el municipio de Nocaima; en el documento denominado “PLAN DE RECAUDO Y FLUJO DE GASTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE 220 APTOS” se fijó la cantidad de apartamentos por etapa; sin embargo, no existe certeza para del número de personas que, siendo también afectadas, no concurren al proceso, aun y pese a estar legitimadas para beneficiarse de los efectos de la presente sentencia.

En ese orden, se realizará un estimativo acerca de los potenciales integrantes con el fin de calcular un monto aproximado de la suma que la parte demandada deberá entregar al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos para garantizar el pago de la indemnización que pueda surgir con posterioridad al fallo.

No obstante, el número que se fije, partiendo del resultado que arroje restar los que comparecieron al proceso -58-, al número total de apartamentos a construir -220-, no implica que el número aproximado de personas que acá se fije sea un límite máximo que llegue a impedir que los individuos pertenecientes al grupo, que sobrepasen ese estimativo no tengan la posibilidad de acudir para obtener el pago de la indemnización.

⁵¹ Cfr. CE 3 21 Feb. 2007 (AG-0153101), A. Hernández

⁵² CE 3, 13 Abr. 2000, expediente: 11.892.

Dicho lo anterior, y sentado ya que el grupo está conformado por las personas que resultaron perjudicadas con los hechos y omisiones antes acreditados, que se desprenden del fracaso del proyecto denominado Altos de Payanda, que se engendró a través de la Unión Temporal entre el municipio de Nocaima y A&A ingenieros, se estima que los integrantes del grupo que no concurrieron al proceso, pero que resultan beneficiarios de las decisiones que se adopten mediante la presente sentencia, bien podrían equivaler a una cantidad igual a la de las unidades habitacionales que prometieron construirse, sustrayendo a los que comparecieron, en tanto, fijado que comparecieron 58 demandantes, de los 220 apartamentos fijados en el proyecto, las personas que no formaron parte del asunto, pero que se vieron igualmente afectadas, puede ascender a 162 personas.

Dicho esto, con el fin de cubrir las indemnizaciones individuales de tales integrantes del grupo, la parte demandada deberá entregar al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, la suma equivalente al doble de lo reconocido, para los integrantes que si comparecieron, siendo necesario aclarar que no tendrán derecho a más de lo pagado o consignado en el marco y en razón del fallido proyecto y, estrictamente, conforme con lo que se acredite válidamente con las pruebas que los demandantes trajeron para probar los múltiples pagos.

En consecuencia, si después de realizar los pagos de las indemnizaciones individuales resultare algún excedente o saldo a favor, dicho excedente deberá devolverse a la parte demandada, de conformidad con los dictados del inc. final del num. 3 del art. 65 de la L.472/1998.

La entidad demandada deberá entregar al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos las sumas que aquí se determinan dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con lo establecido en el num. 3 del art. 65 de la L. 472/1998

En todo caso, una vez se paguen las correspondientes indemnizaciones, tanto a favor de los integrantes del grupo que concurrió al proceso como de los demás miembros del grupo que no se vincularon pero que resultan ser beneficiarios del fallo, el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos habrá de rendir las respectivas cuentas a la entidad demandada, dando cumplimiento a lo dispuesto en el inc. final del num. 3 del art. 65 de la L.472/1998.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el num. 2 del art. 65 de la pluricitada ley, para hacer efectivo el pago del reconocimiento que aquí se ordena a favor de los integrantes del grupo afectado que no comparecieron al proceso, deben presentarse ante este Juzgado, dentro del término establecido para el efecto en el num. 4 del art. 65 de la L. 472/1998, esto es, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación del correspondiente extracto de la sentencia y, además, deben acreditar, de manera fehaciente y concurrente, ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, las siguientes condiciones: (i) haber suscrito con el Proyecto Altos de Payanda Acuerdo negociación o promesa de compraventa y (ii) acreditar debidamente los pagos o consignaciones efectuadas en el marco del proyecto, en las mismas condiciones que los demandantes lo hicieron, bien con recibos de caja expedidos por el proyecto, o con las consignaciones efectuadas a las cuentas bancarias reseñadas en

esta sentencia; requisitos que no serán exigidos al grupo demandante por cuanto, respecto de esas personas, aquellos ya fueron verificados.

4. CONCLUSIONES

Con todo lo anterior, para el suscrito Juez, se encuentran cumplidos los presupuestos de la responsabilidad, pues se acreditó el daño causado al grupo, que tenía una causa común, la falla en el servicio atribuida al municipio de Nocaima y la responsabilidad del contratista, así como el nexo causal, entre éstos y la omisión endilgada a la entidad; en consecuencia, hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual y a condenar a la indemnización de aquel a cargo de las demandadas.

5. COSTAS

Conforme a lo previsto en el num. 5° del art. 65 de la L.472/1998, se condenará en costas a la parte demandada, por cuanto (i) fue vencida en el proceso y (ii) se encuentran acreditados gastos sufragados durante el proceso; para su liquidación y cobro, atiéndase a lo regulado por los arts. 365 y ss. del CGP.

Así mismo, se fijarán como honorarios, a favor del abogado que ha representado al grupo, de conformidad con lo establecido en el num. 6 del art. 65 de la L.472/1998, el diez por ciento (10%) de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que haya representado judicialmente.

6. DECISIÓN JUDICIAL

Este Juzgado procederá a acceder, de manera parcial, a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones esbozadas a lo largo de la presente sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR al municipio de Nocaima y a A&A Ingenieros Ltda., solidaria, administrativa y patrimonialmente responsables por los daños y perjuicios ocasionados a las personas integrantes del grupo identificado en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR solidariamente, al municipio de Nocaima y a A&A Ingenieros Ltda., a título de daño emergente, al pago de la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES, CUATROCIENTOS CATORCE MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS (**\$260.414.049**) en favor del grupo demandante; que serán distribuidos, teniendo en cuenta las sumas reconocidas de manera individual a cada demandante y que fueron discriminadas por cada pago, las que deberán ser indexadas de manera individual, en favor de cada demandante y por cada pago realizado, para traerlas a valor presente, sin que pueda actualizarse en bloque el total

reconocido por daño emergente, atendiendo al criterio señalado en la parte motiva precedente.

TERCERO: CONDENAR solidariamente, al municipio de Nocaima y a A&A Ingenieros Ltda., a título de lucro cesante y en favor del grupo demandante, previamente individualizado, a reconocer y pagar los intereses legales o civiles –art. 1617 del Código Civil-, liquidados sobre las sumas reconocidas por daño emergente, desde la fecha de consignación y hasta la presente sentencia.

CUARTO: DISPONER que, quienes hayan estado ausentes en este proceso y tengan interés en acogerse al presente fallo, deberán acreditar: **(i)** haber suscrito con el Proyecto Altos de Payanda Acuerdo negociación o promesa de compraventa y **(ii)** acreditar debidamente los pagos o consignaciones efectuadas en el marco del proyecto, en las mismas condiciones que los demandantes lo hicieron, bien con recibos de caja expedidos por el proyecto, o con las consignaciones efectuadas a las cuentas bancarias reseñadas en esta sentencia y **(iii)** la no configuración de la caducidad del medio de control; tal interés deberá ser expresado por escrito, para lo cual tendrán como plazo el término de veinte (20) días siguientes a la publicación de la presente sentencia.

QUINTO: CONDENAR solidariamente, al municipio de Nocaima y a A&A Ingenieros Ltda., a título de daño emergente, al pago de la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES, CUATROCIENTOS CATORCE MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS (**\$260.414.049**); como suma estimada en favor de los beneficiarios que no concurrieron al proceso pero que, de manera oportuna y debida, se acojan a los efectos del presente fallo. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos a favor, exclusivamente, en favor de quienes acrediten, de manera fehaciente y concurrente, los requisitos señalados en la parte considerativa de esta sentencia.

SEXTO: CONDENAR solidariamente, al municipio de Nocaima y a A&A Ingenieros Ltda., a título de lucro cesante y en favor del grupo que no concurrió al proceso pero que, de manera oportuna y debida, se acojan a los efectos del presente fallo, a los intereses legales o civiles –art. 1617 del Código Civil-, liquidados sobre las sumas reconocidas por daño emergente, desde la fecha de consignación y hasta la presente sentencia. Pago que también deberá ser realizado por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos a favor, exclusivamente, de quienes acrediten, de manera fehaciente y concurrente, los requisitos señalados en la parte considerativa de esta sentencia.

SÉPTIMO: ORDENAR que las sumas anteriormente establecidas sean entregadas, en su totalidad, por la parte demandada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las que serán administradas por el Defensor del Pueblo, o por el funcionario defensorial que él delegue, con el fin de que, con cargo a las mismas, se realicen los pagos de las indemnizaciones individuales de conformidad con las directrices establecidas para el efecto en la parte motiva del presente fallo.

OCTAVO: ORDENAR que los dineros restantes, después de haberse pagado todas las indemnizaciones ordenadas y las que se soliciten posteriormente

de manera oportuna, sean devueltos a la entidad demandada por parte del Fondo para la Defensa de los Derecho e Intereses Colectivos, el cual deberá rendirle, para el efecto, las respectivas cuentas.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO: ORDENAR al municipio de Nocaima publicar, por una sola vez, un extracto de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional y en su página *web* oficial; la publicación debe incluir, como mínimo, una síntesis de los hechos que dieron origen al proceso y el texto completo de su parte resolutive; además, deberá contener la prevención a los interesados en acogerse al fallo y que no concurrieron al proceso, para que se presenten ante este Juzgado dentro de los veinte (20) días siguientes al de la publicación, conforme el num. 4 del art. 65 de la L.472/1998.

DECIMOPRIMERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, por haber sido vencida en juicio; liquídense por Secretaría.

DECIMOSEGUNDO: fijar, como honorarios en favor del apoderado del grupo actor, la suma equivalente al 10% del monto de la indemnización dispuesta en favor de cada uno de los demandantes que haya sido representado judicialmente por aquel.

DECIMOTERCERO: por Secretaría, dispóngase el envío de copia íntegra de la presente sentencia, con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo, de la Defensoría del Pueblo, previsto en el art. 80 de la L.472/1998.

DECIMOCUARTO: notifíquese la presente sentencia a los interesados, atendiendo para ello las reglas del Código General del Proceso-CGP; la cual puede ser apelada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los términos del art. 322 del CGP.

DECIMOQUINTO: de no impugnarse el presente fallo, archívese el expediente, previas las anotaciones del caso.

Déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

- Firmado electrónicamente -
MAURICIO LEGARDA NARVAEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Mauricio Legarda Narvaez

Acción: Grupo
Radicado: 25269-33-33-001-2013-00558-00
Accionante (S): SIRLEY ODILIA MÉNDEZ HERNÁNDEZ Y OTROS
Accionado (S): MUNICIPIO DE NOCAIMA y A&A Ingenieros Ltda.

**Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 001 Administrativa
Facatativa - Cundinamarca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**bda2d509549a208632353a2a8e7ee0444e6225c1700e9fda4fceb63913
349606**

Documento generado en 15/10/2021 01:28:41 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**