**CONTRATO ESTATAL -** **Forma - Existencia**

Sobre el particular la Sala no evidencia un acuerdo de voluntades elevado a escrito entre Fonvivienda y Canales Andrade y Cía. S. en C. mediante el cual se definan un objeto y la contraprestación a cargo de la entidad. En ese orden de ideas, de conformidad con el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, las pretensiones de declaratoria de existencia de un contrato estatal y de incumplimiento del mismo no están llamadas a prosperar, por lo que el Tribunal acertó al decidir en ese sentido.

**DAÑO ANTIJURÍDICO - Perjuicios - Conceptos - Diferencias**

Resulta importante recordar la diferencia entre los conceptos de daño y perjuicio, los cuales hacen parte del primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado: el daño antijurídico. Si bien no existe una única definición del concepto de daño, este concepto es entendido por la doctrina y la jurisprudencia como la lesión de un interés jurídico. El perjuicio, en cambio, consiste en la consecuencia o manifestación del daño, el menoscabo patrimonial que sufre el titular del interés jurídico protegido y que comprende, según las voces del artículo 1613 del Código Civil, el daño emergente y lucro cesante. Pese a que en ocasiones se utilizan indistintamente las expresiones daño y perjuicio, como se extrae claramente del artículo en cita, lo que es objeto de indemnización son los perjuicios y no los daños.

**INTERÉS NEGATIVO - Indemnización**

Para resolver, debe precisarse que por ser este un caso en el cual una entidad pública adjudicó un proyecto a un oferente y, posteriormente, se abstuvo de seguir adelante con el proyecto, la indemnización que puede pretender el interesado es la que se ha denominado “interés negativo o de confianza”. Es decir, los gastos, expensas o pérdidas por la no celebración del contrato. Por consiguiente, las pretensiones de reconocimiento de honorarios por gerencia y administración del proyecto, honorarios por la labor de ventas y utilidades por el proyecto serán rechazadas.

**PERJUICIO - Certeza - Declaratoria de responsabilidad**

El perjuicio es la piedra angular de la responsabilidad, motivo por el cual, aunque exista un daño, de no encontrarse acreditados los perjuicios que son consecuencia del mismo, no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad. […] Adicionalmente, el perjuicio, para que sea indemnizable, debe ser cierto. De acuerdo con esto, los gastos denominados “diseño arquitectónico” (No. 1), “ingeniero” (No. 2) y “venta de imagen del proyecto” (No. 11) no corresponden a verdaderos perjuicios, en la medida en que no obra en el plenario prueba que acredite que, con ocasión de los mismos Canales Andrade y Cía. S. en C. realizara erogación alguna.



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente:Alberto Montaña Plata

Bogotá, D.C., 8 de mayo de 2019

**Radicación número:** 25000-23-26-000-2005-01339-01(37.836)

**Actor:** Canales Andrade y Cía. S. en C.

**Demandado:** Fondo Nacional de Vivienda -Fonvivienda

**Referencia:** Controversias contractuales

**Temas:** controversias contractuales – Existencia del contrato – Incumplimiento contractual - reparación directa – Responsabilidad patrimonial del Estado

**Síntesis:** Canales Andrade y Cía. S. en C. presenta demanda en contra de Fonvivienda, solicitando que se declare que entre ellas existe un contrato, con ocasión de una convocatoria para seleccionar anteproyectos de construcción de vivienda de interés social en predios del Estado. Subsidiariamente, que la entidad incurrió en responsabilidad extracontractual. Solicita también que como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual de la entidad, se le indemnicen los gastos en que incurrió para presentar la propuesta y las utilidades dejadas de percibir. El Tribunal declaró la responsabilidad extracontractual de la entidad pero negó las pretensiones de condena.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de agosto de 2009, mediante la cual se decidió (se trascribe):

“*PRIMERO: Se declara no probada la objeción por error grave formulada por el Fondo Nacional de Vivienda –FONVIVIENDA-*

*SEGUNDO: se niegan las pretensiones principales de la demanda conforme a la parte motiva de ésta providencia.*

*TERCERO: Se declara la responsabilidad extracontractual del Fondo Nacional de Vivienda –FONVIVIENDA- conforme a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.*

*CUARTO: Se niegan las pretensiones de condena conforme a la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO: Sin condena en costas.*

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

**1.- ANTECEDENTES**

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite en primera instancia 1.2. El recurso de apelación y su trámite en segunda instancia

**1.1. La demanda y su trámite en primera instancia**

1. El 13 de junio de 2005, actuando por intermedio de apoderado judicial, la sociedad Canales Andrade y Cía. S. en C. presentó demanda en contra del Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda), en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas[[1]](#footnote-1) (se trascribe):

“*PRINCIPALES. Encausadas en el contexto de una acción contractual.*

*PRIMERA. Se declare la existencia de un contrato entre el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA y CANALES ANDRADE Y CIA S. EN C., derivado de la propuesta presentada por esta última en desarrollo de la convocatoria pública nacional ordenada por Resolución número 18 del 10 de septiembre de 2003 y de la adjudicación realizada mediante Resolución número 027 del 31 de octubre de 2003, para la ejecución de los proyectos definitivos de construcción de viviendas de interés social, en orden a obtener la elegibilidad de FINDETER de acuerdo con lo previsto en la Resolución número 1063 de 2002, el mercadeo y el trámite de micro-créditos para completar la financiación de las obras y la ejecución completa de tales proyectos, hasta la terminación y entrega de las viviendas a los beneficiarios.*

*SEGUNDA. Se declare que el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA incumplió las obligaciones derivadas de dicho acuerdo de voluntades y que aparecen descritas en el punto número 8 del pliego de condiciones de la convocatoria pública nacional.*

*TERCERA. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la NACIÓN MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL y al FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA a pagar a CANALES ANDRADE Y CIA S. EN C., en la cuantía que se establezca dentro del proceso, la indemnización por los perjuicios que le causó con su incumplimiento, tanto a título de daño emergente, como de lucro cesante.*

*CUARTA. Se condene a la NACIÓN MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL y al FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA al pago de las costas y de las agencias en derecho causadas.*

*SUBSIDIARIAS*

*En subsidio de las anteriores pretensiones, solicito al Tribunal acoger las siguientes, apoyadas en el ejercicio subsidiario de una acción de reparación directa:*

*PRIMERA. Se declare que entre la NACIÓN MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL y el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA, por una parte, y CANALES ANDRADE Y CIA. S. EN C., por otra, se dieron unos hechos jurídicos derivados de la propuesta presentada por esta última en desarrollo de la convocatoria pública nacional ordenada por Resolución número 18 del 10 de septiembre de 2.003 y de la adjudicación realizada mediante Resolución número 027 del 31 de octubre de 2.003, para la ejecución de los proyectos definitivos del construcción de viviendas de interés social, en orden a obtener la elegibilidad de FINDETER de acuerdo con lo previsto en la Resolución número 1063 de 2.002, el mercadeo y el trámite de micro-créditos para completar la financiación de las obras y la ejecución completa de tales proyectos, hasta la terminación y entrega de las viviendas a los beneficiarios.*

*SEGUNDA. Se declare que por culpa imputable a la NACIÓN MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL y al FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA se frustró el objetivo perseguido con la apertura del citado proceso y su adjudicación, es decir, la realización de los proyectos de construcción de vivienda en los términos establecidos en tales operaciones.*

*TERCERA. En virtud de que con su conducta la NACIÓN MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL y el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA le causaron perjuicios a CANALES ANDRADE Y CIA. S. EN C., que esta ultima no tiene porque soportar, se las condene a indemnizarlos, tanto en lo que corresponde a daño emergente, como a lucro cesante, de conformidad con la cuantía que de los mismos se acredite en el proceso.*

*CUARTA. Se condene a la NACIÓN MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL y al FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA al pago de las costas y, dentro de ellas, las agencias en derecho causadas”.*

2. En el escrito de **demanda,** la parte actora narró los siguientes **hechos:**

3. Mediante Resolución No. 18 de 10 de septiembre de 2003 Fonvivienda ordenó la apertura de la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie, con el propósito de seleccionar a los oferentes que, en virtud de la presentación del mejor anteproyecto, se encargaran de la ejecución de los proyectos definitivos mediante:

1) El trámite y la obtención de la elegibilidad ante la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – Findeter S.A. de acuerdo con lo previsto en la Resolución No. 1063 de 2002

2) La gestión del mercadeo y el trámite de los micro-créditos para complementar la financiación de las obras.

3) La ejecución del proyecto hasta la terminación y entrega de las viviendas a los beneficiarios.

4. En desarrollo de la Resolución No. 18 de 10 de septiembre de 2003, se publicaron los pliegos de condiciones de la convocatoria para la presentación de propuestas de desarrollo de programas de vivienda urbana ubicados en diferentes municipios del país, sobre lotes de terreno que aportaría el Estado como subsidio en especie a las familias postulantes, los cuales se canalizarían a través de Fonvivienda.

5. El 10 de octubre de 2003, Canales Andrade y Cía. S. en C. presentó su propuesta denominada proyecto “Timiza”, para el desarrollo de un lote ubicado en la carrera 74 No. 42 B/97 Sur de Bogotá.

6. Mediante Resolución No. 27 de 31 de octubre de 2003, Fonvivienda adjudicó la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, en cuyo punto tercero se indicó (se trascribe):

“*3. CUNDINAMARCA: BOGOTÁ, PREDIO TIMIZA, PROPIETARIO INURBE EN LIQUIDACIÓN. Area 23.712.10 M2.*

*(…)*

*SE SELECCIONA EL ANTEPROYECTO PRESENTADO POR CANALES ANDRADE Y COMPAÑÍA”.*

7. El Coordinador del Área Técnica de Fonvivienda envió una comunicación a Canales Andrade y Cía. S. en C. el 31 de octubre de 2003, a través de la cual presentó algunas observaciones técnicas tendientes a aportar ideas complementarias para una mejor conceptualización espacial de las viviendas que se plantearon en el diseño arquitectónico del anteproyecto de vivienda de interés social a desarrollarse en el lote de Timiza.

8. El 1 de noviembre de 2003 Canales Andrade y Cía. S. en C. informó a la comunidad y a las autoridades que autorizaba a la firma Espinosa & Restrepo para efectuar los sondeos en el predio Timiza.

9. El 5 de noviembre de 2003 el Coordinador del Área Técnica de Fonvivienda invitó a Canales Andrade y Cía. S. en C. a una reunión del comité técnico a realizarse el 7 de noviembre de 2003, con el fin de tratar temas específicos de Mercadeo Inmobiliario de Vivienda de Interés Social, referente a las estrategias que debían adelantar los oferentes para publicitar los proyectos.

10. En desarrollo de la adjudicación, Fonvivienda envió a los adjudicatarios, entre ellos Canales Andrade y Cía. S. en C., una carta a través de la cual solicitó que a la mayor brevedad posible se le indicara “*a) Nombre de la curaduría ante la cual van a tramitar la respectiva licencia de urbanismo y construcción; b) Nombre de la Entidad ante la que tramitarán el permiso de promoción y venta de vivienda; c) Nombre de la Entidad Prestadora de Servicios Públicos ante la cual se solicitarán la disponibilidad de servicios”.*

11. El 14 de noviembre de 2003 Canales Andrade y Cía. S. en C. dio respuesta a la solicitud anterior, y además manifestó que: “*Es importante obtener por parte del INURBE la carta de autorización para adelantar las gestiones antes enumeradas e iniciar los estudios de suelos en el lote y el montaje del apartamento. Nos permitimos informar que no se ha podido adelantar ninguno de los pasos del cronograma de la convocatoria, puesto que la autorización del dueño del inmueble es requisito fundamental”.*

12. El 21 de noviembre de 2003, ante el hecho de que no recibía las autorizaciones necesarias para iniciar la ejecución de lo pactado, Canales Andrade y Cía. S. en C. envió una comunicación a Fonvivienda, en cuya parte final expresó (se trascribe):

“*Los funcionarios del ministerio manifestaron que se debía proceder con la mayor rapidez, para cumplir con el cronograma de la convocatoria, y señalaron que el lunes 10 de Noviembre entregarían los permisos correspondientes.*

*A la fecha no se ha recibido la comunicación otorgando los permisos por parte del dueño del lote, impidiendo iniciar los trámites ante Planeación Distrital, Curaduría Urbana, cartografía, plan vial y catastro y permiso de ventas ante la oficina de Control de Vivienda Distrital, requisitos sin los cuales no es posible siquiera colocar un aviso publicitario”.*

13. El 23 de marzo de 2004, Canales Andrade y Cía. S. en C. se dirigió nuevamente a Fonvivienda, requiriendo a la entidad el cumplimiento de sus obligaciones para el desarrollo del objeto del contrato que se concretó con la expedición de la Resolución No. 27 de 2003.

14. El 7 de junio de 2004 Canales Andrade y Cía. S. en C. recibió de Fonvivienda una comunicación a la cual se anexaba en 9 hojas un concepto jurídico emitido por la Jefe del Área Asesora Jurídica y por el Asesor Jurídico de la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el cual se fijaba la posición oficial de la entidad en relación con la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado.

15. En dicho concepto, señaló la parte demandante que, se había determinado que el procedimiento de selección estaba viciado de ilegalidad, de tal manera que el acto de adjudicación no obligaba a la entidad y hacía necesario iniciar la acción de lesividad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior, en virtud de que Fonvivienda no contaba con las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales, pues los predios aún eran de propiedad del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana –Inurbe; el objeto de la convocatoria adolecía de falta de claridad, la ejecución del contrato dependía de la voluntad de un tercero Findeter S.A-; la convocatoria no se publicó en debida forma y; de la convocatoria se derivaban obligaciones que Fonvivienda no podía asumir.

16. El 18 de junio de 2004, ante “*la sorpresiva e ilegítima actitud”* del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de desconocer los compromisos contraídos en virtud del proceso antes relatado, Canales Andrade y Cía. S. en C. les dirigió una nueva comunicación en la cual formuló un derecho de petición enderezado a obtener que se ejecutaran las obligaciones contenidas en los términos de referencia y que competían a Fonvivienda, indispensables para poder desarrollar el objeto de la convocatoria.

17. El derecho de petición fue contestado por Fonvivienda el 9 de agosto de 2004, en los siguientes términos (se trascribe):

“*En respuesta a la solicitud de la referencia, me permito reiterar lo expresado en la comunicación 3200 E2 36977 del 26 de mayo de 2004 y sus anexos, documentos en los que se recoge la posición del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial sobre este particular.*

*Lo anterior, en virtud a que los fundamentos de hecho que sirven de soporte a su petición y que sirvieron de base a la posición que ha asumido el Ministerio sobre este asunto son los mismos y se mantienen”.*

18. Para presentar la propuesta que culminó con la adjudicación realizada en su favor, Canales Andrade y Cía. S. en C. realizó gastos en cuantía superior a los $100.000.000,oo de pesos, para la elaboración del diseño arquitectónico, la preparación de la oferta, el análisis financiero y demás inherentes a dicho trámite.

19. De acuerdo con el presupuesto total del proyecto de vivienda que se debía ejecutar en el inmueble sobre el cual se realizó la adjudicación, Canales Andrade y Cía. S. en C. iba a recibir honorarios por gerencia y administración del proyecto en cuantía de $712.500.000,oo de pesos, honorarios de $110.000.000,oo de pesos por la labor de ventas, y utilidades por la suma de $459.973.568,oo de pesos.

20. Finalmente, después de “*la lacónica respuesta”* al derecho de petición que elevó Canales Andrade y Cía. S. en C. como último intento para lograr la ejecución de lo contratado, ni el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ni Fonvivienda se volvieron a pronunciar al respecto en ningún sentido.

21. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió la demanda** mediante Auto de 14 de julio de 2005[[2]](#footnote-2).

22. El 8 de noviembre de 2005 Fonvivienda, actuando por intermedio de apoderada judicial, **contestó la demanda[[3]](#footnote-3).** La entidad propuso la **excepción** que denominó “*IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL”.*

23. En desarrollo de la excepción propuesta, la entidad manifestó que:

1. La convocatoria pública para la construcción de proyectos de vivienda de interés social se adelantó solamente para escoger lo mejores anteproyectos, los cuales deberían tramitar su elegibilidad ante Findeter S.A. Señaló además, que se trataba de un tipo de vivienda contenido en la Ley 812 de 2003 y que no se encontraba reglamentado, de lo que no se deriva ningún derecho cierto e indiscutible acerca de la construcción de los proyectos, pues bien podía ocurrir que Findeter S.A. no declarara elegibles los mismos.

2. Luego de recordar el concepto de elegibilidad contenido en la Resolución 1063 de 2002, manifestó que al haber sido un anteproyecto seleccionado por parte de Fonvivienda, esto no le daba al interesado el derecho automático a la construcción del proyecto, pues aún faltaba el requisito consistente en el concepto favorable por parte de Findeter S.A. En ese sentido, señaló que los oferentes seleccionados mediante la Resolución 27 de 2003 contaban solo con la mera expectativa de construir el proyecto.

3. Precisó que en el pliego de condiciones de la convocatoria pública estaba establecido que entre Fonvivienda y el interesado no se establecería una relación contractual. Que la relación contractual se configuraría entre los oferentes ganadores y los beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda.

4. Señaló que, al no haberse celebrado contrato alguno entre Fonvivienda y Canales Andrade y Cía. S. en C., la acción contractual no estaba llamada a prosperar.

5. Sostuvo que de las pruebas aportadas con la demanda no se observaba que Canales Andrade y Cía. S. en C. hubiera adelantado gestión alguna con ocasión de la adjudicación del anteproyecto, razón por la cual no aparecerían demostrados los perjuicios presuntamente sufridos. Manifestó que la parte demandante se limitó a establecer una cuantía sin aportar facturas, comprobantes de egresos o contratos realizados.

6. Finalizó su defensa al indicar que la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial concluyó que la entidad incurrió en varias irregularidades en el proceso de convocatoria pública. Así mismo, puso de presente que las Resoluciones 27 de 31 de octubre de 2003 –por la cual se adjudican los anteproyectos- y 34 de 19 de noviembre de 2003 –por la cual se aclaró la Resolución 27 de 2003-, se encontraban demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, razón por la cual, ninguna acción que pretendiera declarar la existencia de un contrato estatal estaba llamada a prosperar.

24. En el mismo escrito de contestación de demanda se realizó un **llamamiento en garantía** a Jair Sepúlveda García, quien se desempañaba como Director Ejecutivo Encargado de Fonvivienda para la fecha en que se profirieron las Resoluciones de apertura y adjudicación de la convocatoria pública.

25. El llamamiento en garantía fue aceptado mediante Auto de 7 de septiembre de 2006[[4]](#footnote-4), sin embargo, en vista de que Fonvivienda no consignó a órdenes del Tribunal los gastos de notificación, mediante Auto de 3 de mayo de 2007, el Tribunal ordenó seguir adelante el proceso sin la comparecencia del llamado en garantía[[5]](#footnote-5).

26. El 3 de abril de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca **decretó las pruebas** a ser tenidas en cuenta en el proceso[[6]](#footnote-6). Se tuvieron en cuenta los siguientes medios probatorios:

- Pliegos de la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie.

- Adendo No. 1 a la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie.

- Adendo No. 2 a la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie.

- Adendo No. 3 a la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie.

- Adendo No. 4 a la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie.

- Oferta a la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie para el proyecto Timiza, presentada por Canales Andrade y Cía. S. en C.

- Resolución No. 27 de 31 de octubre de 2003, mediante la cual se adjudicó la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie.

- Comunicación de octubre de 2003 dirigida por Fonvivienda a Canales Andrade y Cía. S. en C., mediante la cual se realizan observaciones al anteproyecto a desarrollarse en el predio Timiza.

- Comunicación de 1 de noviembre de 2003, dirigida por Canales Andrade y Cía. S. en C. a las autoridades y la comunidad del barrio Timiza, autorizando a la sociedad Espinosa & Restrepo ara realizar los sondeos en el predio Timiza.

- Comunicación F.N.V. 004233 de 5 de noviembre de 2003, dirigida por Fonvivienda a Canales Andrade y Cía. S. en C., mediante la cual citó a la sociedad a una reunión el 7 de noviembre de 2003 a las 3:00 p.m., para discutir las estrategias de mercadeo inmobiliario para publicitar los proyectos de interés social.

- Comunicación de 12 de noviembre de 2003, dirigida por Fonvivienda a Canales Andrade y Cía. S. en C., mediante la cual solicitó a la sociedad remitir información.

- Comunicación SG-1102 de 14 de noviembre de 2003, dirigida por Canales Andrade y Cía. S. en C. a Fonvivienda, remitiendo la información solicitada, y solicitando autorización del Inurbe para iniciar estudios de suelos y el montaje del apartamento modelo.

- Comunicación SG-1118 de 21 de noviembre de 2003, dirigida por Canales Andrade y Cía. S. en C. a Fonvivienda, informando que a la fecha no se habían recibido los permisos del dueño del lote para iniciar “*los trámites ante Planeación Distrital, Curaduría Distrital, plan vial y catastro y permiso de ventas ante la oficina de Control de Vivienda Distrital, requisitos sin los cuales no es posible siquiera colocar un aviso publicitario*”.

- Comunicación G-238 de 23 de marzo de 2004, dirigida por Canales Andrade y Cía. S. en C. a Fonvivienda, indicando que no había recibido respuesta a sus solicitudes de autorización del Inurbe para iniciar los estudios de suelos y el montaje del apartamento modelo.

- Comunicación 3200-E2-36977 de 26 de mayo de 2004, dirigida por Fonvivienda a Canales Andrade y Cía. S. en C., mediante la cual se le remitió a la sociedad el concepto jurídico sobre la Convocatoria Pública elaborado por el Área Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

- Derecho de petición con fines de cumplimiento G-0457 de 18 de junio de 2004, dirigida por Canales Andrade y Cía. S. en C. a Fonvivienda, solicitando a la entidad “*que se ejecuten las obligaciones, contenidas en los términos de referencia, que le corresponden a FONVIVIENDA y que son necesarias para poder desarrollar el objeto de la convocatoria pública nacional”.*

- Comunicación 3200-E2-50644 de 9 de agosto de 2004, dirigida por Fonvivienda a Canales Andrade y Cía. S. en C., mediante la cual se reiteró lo expuesto en la comunicación 3200-E2-36977 de 26 de mayo de 2004.

- Dictamen pericial[[7]](#footnote-7) rendido por el economista Edwin Paz García, cuaderno dictamen pericial, posesionado el 19 de julio de 2007[[8]](#footnote-8).

27. Mediante escrito radicado el 2 de noviembre de 2007, el apoderado de Fonvivienda presentó objeción por error grave del dictamen rendido por Edwin Paz García[[9]](#footnote-9).

28. Una vez vencido el periodo probatorio, mediante Auto de 17 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión[[10]](#footnote-10).

29. Por medio de escritos radicados en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca los días 1 y 5 de agosto de 2008, Fonvivienda y Canales y Cía. S. en C., respectivamente, presentaron **alegatos de conclusión**, reiterando los argumentos expuestos en los escritos de demanda y contestación[[11]](#footnote-11).

30. En la **Sentencia** proferida el 27 de agosto de 2009[[12]](#footnote-12), el Tribunal se pronunció en primera medida sobre las pretensiones principales de la demanda, tendientes a que se declarara la existencia de un contrato celebrado entre Fonvivienda y Canales Andrade y Cía. S. en C., y que el mismo había sido incumplido por la entidad. Luego de hacer una breve mención al concepto de responsabilidad precontractual del Estado, el Tribunal analizó la finalidad del proceso de adjudicación adelantado por Fonvivienda, para concluir (se trascribe):

“*En conclusión, el procedimiento administrativo de selección de oferentes por parte de FONVIVIENDA no tenía como objeto la adjudicación de un contrato estatal, sino por el contrario su finalidad será seleccionar los anteproyectos para que los oferentes seleccionados posteriormente ejecutaran el proyecto definitivo, previo el trámite y obtención de elegibilidad por parte de FINDETER.*

*Por consiguiente, desde ese punto vista, en el sentido que los pliegos de condiciones no tenía como finalidad la adjudicación de un contrato estatal, la Sala negará las pretensiones principales de declaratoria de existencia del contrato y declaratoria de responsabilidad precontractual de FONVIVIENDA”.*

31. Negadas las pretensiones principales de la demanda el Tribunal procedió a estudiar si se había configurado responsabilidad extracontractual en cabeza de Fonvivienda, con ocasión de la actuación administrativa que inició para la selección de anteproyectos para la construcción de vivienda de interés social. Para tal efecto, el Tribunal recordó las obligaciones adquiridas por Fonvivienda en el procedimiento administrativo e indicó que el incumplimiento de dichas obligaciones produjo, a la postre, un daño antijurídico a Canales Andrade y Cía. S. en C. (se trascribe):

“*Así las cosas, las actuaciones administrativas desplegadas por parte de FONVIVIENDA, se enmarcan en una responsabilidad extracontractual en materia de selección de proponentes, toda vez que se encuentra demostrado el daño antijurídico consistente en que, el oferente no pudo continuar con el procedimiento administrativo a efectos de continuar con los trámites ante FINDETER con la finalidad de ser avalado y posteriormente obtener el certificado de elegibilidad del proyecto de vivienda de interés social”.*

32. Posteriormente, para determinar los perjuicios ocasionados al contratista, el Tribunal manifestó en primer lugar que, habida cuenta de que el procedimiento administrativo adelantado por Fonvivienda se dirigía a seleccionar anteproyectos y no generaba un derecho a ejecutar la obra, los conceptos denominados (1) monto de honorarios por gerencia y administración del proyecto, (2) monto de los honorarios por venta del proyecto y (3) monto de utilidades del proyecto, no serían objeto de indemnización.

33. Finalmente, negó la indemnización por los conceptos que el demandante denominó “*gastos y erogaciones para la preparación, elaboración y presentación de la propuesta”*, pues, o bien no se demostró que se causaron, o bien no estaban previstos como obligaciones posteriores a la adjudicación del anteproyecto.

**1.2. El recurso de apelación y su trámite en segunda instancia**

34. El 15 de septiembre de 2009, el apoderado de Canales Andrade y Cía. S. en C. presentó **recurso de apelación** contra la sentencia[[13]](#footnote-13), el cual fue debidamente sustentado el 15 de enero de 2010[[14]](#footnote-14).

35. En primer lugar, el recurrente sostuvo que la “*licitación*” adelantada por Fonvivienda tenía como finalidad la ejecución de un contrato de colaboración o asociación entre el Estado y los particulares, con el propósito de llevar adelante proyectos de vivienda de interés social mediante la asignación de subsidios en especie, a través de la entrega de lotes de propiedad del Estado para ser desarrollados por los adjudicatarios. En ese sentido, argumentó que surgieron obligaciones de naturaleza contractual para las partes.

36. Luego de trascribir las obligaciones de Fonvivienda establecidas en el pliego de condiciones de la convocatoria pública, indicó (se trascribe):

“*Tan evidente resulta el alcance de estas obligaciones, que el mismo Tribunal, al desatar las pretensiones subsidiarias, concluye, en clara contradicción frente a sus conclusiones, que la entidad demandada debe responder extracontractualmente, por cuanto ‘se abstuvo de cumplir sus obligaciones adquiridas por los pliegos de condiciones, y por el contrario, con fundamento en un concepto jurídico proferido por los asesores del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, adoptó la decisión de no suscribir los contratos y el inicio de la denominada Acción de Lesividad ante la jurisdicción contencioso administrativa’”.*

37. Añadió que del hecho de que a partir de la adjudicación del anteproyecto fuera preciso adelantar otras gestiones y trámites ante entidades distintas como Findeter S.A., para poder acceder a la “*finalidad última de la colaboración”*, no era óbice para reconocer que la “*licitación”* estaba llamada a generar una relación contractual entre las partes.

38. De otra parte, sobre la forma como el Tribunal despachó las pretensiones subsidiarias de la demanda, el recurrente manifestó que el Tribunal erró al considerar que la parte demandante no acreditó el monto del perjuicio sufrido. Adicionalmente, sostuvo que debía incluirse, en los daños a indemnizar, el lucro cesante derivado de la pérdida de la oportunidad derivada de la frustración de Canales Andrade y Cía. S. en C. de haber desarrollado el proyecto. Al respecto, agregó (se trascribe):

“*(…) el Tribunal, no obstante que rechazó la objeción que por error grave hizo del dictamen la parte contraria, por considerar que el pretendido error nunca fue probado y que la argumentación del objetante no pasaba de una simple inconformidad con las conclusiones del perito, y a pesar de que el Tribunal reconoció que el perito utilizo una metodología adecuada para realizar su tarea, y soportó sus conclusiones con facturas y soportes contables, a renglón seguido pase a desestimar esta prueba técnica, para concluir, contra toda evidencia, que el daño causado a mi patrocinada no fue acreditado en debida forma”.*

39. Agregó que era inaceptable que el Tribunal exigiera a la parte demandante, para acreditar sus daños, que “*las erogaciones aducidas hayan salido efectivamente del patrimonio de la sociedad”.* En ese sentido, indicó que “*el pago efectivo de las erogaciones cuya prueba echó de menos el Tribunal, resultaba absolutamente intrascendente para los fines que se perseguían con este medio probatorio, pues las facturas y soportes presentados por el perito para sustentar el dictamen y que fueron tomados de la contabilidad de mi prohijada, bien podían corresponder a un pasivo a su cargo pendiente por pagar, y no por ello dejaban de ser un medio idóneo para acreditar el daño causado con la conducta de la entidad demandada”.* Añadió que, en todo caso, si la prueba pericial no era suficiente, el Tribunal estaba en la obligación de decretar de oficio las pruebas necesarias para verificar los perjuicios causados.

40. De igual manera, argumentó que también es inaceptable el hecho de que el Tribunal realizara “*inferencias y suposiciones no soportadas”*, como que el costo de elaboración del anteproyecto, tarea para la cual fue contratado un arquitecto, no era un daño indemnizable pues, como su valor se pagaría con los recursos que se generaran una vez se desarrollara el proyecto, ese era un riesgo no indemnizable.

41. De otro lado, consideró que el haber excluido de la indemnización los gastos derivados del estudio de suelos, promoción y publicidad del proyecto, topografía, descapote, proyectistas y fotocopiado, no resiste el menor análisis pues, si bien no corresponden a obra alguna, son actividades preliminares inherentes y naturales al desarrollo de un proyecto de construcción.

42. Finalizó indicando que no era cierto que la sociedad demandante hubiera asumido el riesgo de perder una oportunidad de generar unos ingresos por el desarrollo del proyecto de vivienda de interés social. Como fundamento de lo anterior, señaló que de las pruebas arrimadas al proceso se evidenciaba que, para que se perdiera esa oportunidad, fue determinante el incumplimiento de las obligaciones contraídas por Fonvivienda, ya que solo era posible culminar el procedimiento para el desarrollo del proyecto, si se contaba con la colaboración de la entidad en lo referente a la propiedad del lote.

43. Por medio de escrito radicado ante esta Corporación el 18 de febrero de 2010[[15]](#footnote-15), Canales Andrade y Cía. S. en C. presentó **alegatos de conclusión en segunda instancia,** en los que reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación. Por su parte, Fonvivienda guardó silencio.

44. El 11 de abril de 2019, el consejero Martín Bermúdez Muñoz manifestó su impedimento para conocer de este asunto, dada la amistad íntima que tiene desde hace años con el apoderado de Canales Andrade y Cía. S. en C[[16]](#footnote-16). El impedimento fue aceptado mediante Auto de 25 de abril de 2019[[17]](#footnote-17).

**2.- CONSIDERACIONES**

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Hechos probados – 2.3. El problema jurídico – 2.4. El caso concreto – 2.5. Sobre la condena en costas

**2.1. Jurisdicción y competencia**

45. De acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA): *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley”*.

46. Por consiguiente, en vista de que, en la demanda presentada por Canales Andrade y Cía. S. en C., se elevan pretensiones de declaratoria responsabilidad contractual y extracontractual en contra de una entidad pública, el presente asunto debe ser tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

47. Adicionalmente, el Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del CCA[[18]](#footnote-18), en la medida en que la cuantía de las pretensiones se estimó en $1.300.000.000,oo de pesos para la fecha de presentación de la demanda, valor superior a los 500 salarios mínimos de aquella época.

**2.2. Hechos probados**

48. Mediante Resolución No. 18 de 10 de septiembre de 2003, el Fondo Nacional de Vivienda –Fonvivienda realizó una convocatoria pública para la construcción de proyectos de vivienda de interés social en predios del Estado[[19]](#footnote-19), los cuales debían ser transferidos por el Inurbe a Fonvivienda.

49. El objeto de la Convocatoria Pública era “*recibir las propuestas de anteproyectos presentadas por los oferentes interesados[[20]](#footnote-20)”.*

50. Como objeto general[[21]](#footnote-21) de la Convocatoria Pública se estableció (se trascribe):

“*El Gobierno Nacional, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y, en su nombre, el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, están interesados en convocar para seleccionar los constructores interesados en desarrollar programas de vivienda de interés social tipos 1, 2, 3 y 4 en predios de estrato 1 a 4 de propiedad del Estado, para hogares con ingresos hasta de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, SISBEN abierto y de acuerdo con la definición que para los tipos de vivienda contiene la Ley 812 de 2003 y con lo reglamentado al respecto en un Decreto que en la actualidad prepara el Gobierno Nacional coordinado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y que será expedido en todo caso antes del final de la presente convocatoria.*

*Los predios serán entregados como subsidios en especie a familias de escasos recursos, seleccionadas a través de un proceso de postulación y calificación que busca focalizar los recursos en especie disponibles, en un segmento de población distribuido en diferentes regiones del país que cumpla con unos requisitos mínimos”.*

51. De igual manera, se definieron las condiciones generales[[22]](#footnote-22) de la Convocatoria Pública en los siguientes términos (se trascribe):

“*El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Fondo Nacional de Vivienda, requieren que las propuestas cumplan con las normas ambientales urbanísticas y de construcción vigentes en cada Municipio en los que se desarrollarán los proyectos. Para la ejecución de los proyectos, la relación contractual será entre los beneficiarios y los proponentes ganadores, mediante las respectivas promesas de compraventa que se suscribirán una vez hayan sido asignados los subsidios en especie por parte del Gobierno Nacional y previas a la autorización para movilización de los fondos del ahorro programado a los encargos fiduciarios constituidos por los oferentes constructores, de acuerdo con lo establecido en la Ley 812 de 2003”.*

52. En el contenido de los Pliegos de Condiciones de la Convocatoria Pública, se estableció la siguiente obligación en cabeza de los oferentes interesados[[23]](#footnote-23) (se trascribe):

“*Una vez seleccionado el anteproyecto para cada uno de los predios de la convocatoria, los Oferentes iniciarán de inmediato, con autorización del Fondo Nacional de Vivienda, la promoción de una estrategia de mercadeo para preventa del anteproyecto, mediante el suministro e instalación, a cargo de cada Oferente, de una valla publicitaria con dimensiones mínimas de 8\*4 en donde se identifiquen las características principales del proyecto, su estructura de costos, aportes del Estado y de los Entes Territoriales, las posibilidades de financiación y cualquier otra información o mensaje que motive el proceso de ventas. Esta campaña será iniciada y desarrollada durante el período del proyecto definitivo, con el objeto de asegurar condiciones de iniciación de obras con posibilidades de obtención de punto de equilibrio del proyecto. Adicionalmente, el Oferente promocionará su anteproyecto ante las Organizaciones Privadas, o ante los Entes Territoriales, que deseen vincularse con algún aporte complementario de subsidio en dinero”.*

53. En el Pliego de Condiciones de la Convocatoria Pública, Fonvivienda adquirió las siguientes obligaciones[[24]](#footnote-24) (se trascribe):

“*8. OBLIGACIONES DEL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA*

*El Fondo Nacional de Vivienda será responsable de recibir la postulación de los hogares aspirantes al subsidio, a través de la Unión Temporal de Cajas de Compensación y posteriormente llevar a cabo el proceso de validación, calificación y asignación de los subsidios en especie para aquellos hogares que cumplan todos los requisitos de acuerdo con la normatividad vigente. Posteriormente el Fondo será responsable de trasladar el dominio de los predios mediante Resolución Administrativa, a los hogares beneficiarios. Además será responsabilidad del Fondo:*

*\* Tener el lote libre, tanto física como jurídicamente para el momento en el cual se asignen los subsidios en especie a cada una de las familias seleccionadas.*

*\* Autorizar al constructor designado, a través de su representante legal, para hacer los trámites correspondientes de las licencias de urbanismo, construcción y los trámites necesarios ante las empresas de servicios.*

*\* Entregar al constructor designado los planos y documentos que eventualmente posea de cada lote que ayuden a la formulación del proyecto. El constructor designado hará los trámites correspondientes de licencias de urbanismo, construcción y los trámites necesarios ante las empresas de servicios. Dichos trámites serán firmados por el Representante Legal del Fondo Nacional de Vivienda como propietario del lote.*

*\* Entregar al constructor designado, en caso de que existan y estén a disposición del Fondo, los planos, licencias anteriores y demás documentos que sean necesarios para dar viabilidad al comienzo de las obras.*

*\* Autorizar directamente o a través de su delegado el traslado de los recursos que las familias beneficiarias de los subsidios tengan en las cuentas de ahorro, al constructor designado.*

*\* Apoyo y acompañamiento al oferente en la gestión del microcrédito a cargo de éste, mediante la constitución de un encargo fiduciario con patrimonio autónomo para el aporte del lote en garantía ante la entidad financiera. Una vez aprobado el crédito, El Fondo autorizará a la entidad financiera el traslado del lote al beneficiario en calidad de subsidio en especie, quedando la hipoteca a su favor como prenda del crédito aprobado”.*

54. En el cronograma[[25]](#footnote-25) de la Convocatoria Pública se estableció (se trascribe):

“*10. CRONOGRAMA DE LA CONVOCATORIA*

*Para la presente convocatoria se tendrán en cuenta los siguientes plazos:*

*(…)*

*\* Una vez escogido el mejor anteproyecto de cada predio, los proponentes seleccionados de acuerdo con el cronograma anexo, elaborarán los proyectos definitivos, obtendrán las elegibilidades por parte de FINDETER y tramitarán las licencias correspondientes.*

*\* A partir del 7 de octubre, los Oferentes seleccionados tendrán 5 días calendario de plazo para iniciar el plan de mercadeo y preventas, mediante el suministro e instalación de la valla antes mencionada y del plan de gestión con las Organizaciones privadas y con los Entes Territoriales. Para el efecto, los oferentes deberán adelantar durante la preparación de sus propuestas, los contactos y precotizaciones correspondientes que les permitan un ágil diseño y suministro de la valla para cumplir con el plazo estipulado. Adicionalmente, con la propuesta, los Oferentes deberán presentar una descripción resumida del plan de gestión de mercadeo que se proponen adelantar con las Organizaciones Privadas y con los Entes Territoriales (…)”.*

55. Sobre el trámite de elegibilidad de soluciones de vivienda, en los Pliegos de Condiciones de la Convocatoria Pública se dispuso (se trascribe):

“*13. ELEGIBILIDAD DE PROYECTOS*

*Los proponentes elegidos u oferentes, presentarán los proyectos definitivos ante FINDETER hasta el día 11 de noviembre de 2003, de acuerdo con las condiciones de presentación de proyectos consignadas en la Resolución No 1053 de 2002 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico (…)”.*

56. El 10 de octubre de 2003, Canales Andrade y Cía. S. en C. presentó ante Fonvivienda una propuesta para la construcción de vivienda de interés social en el “lote Timiza”, ubicado en la Carrera 74 # 42B – 97 de la ciudad de Bogotá[[26]](#footnote-26). La propuesta consistía en “*La construcción de 380 apartamentos, en 19 torres de 5 pisos, de 20 apartamentos cada una, con área por unidad de vivienda de 45 metros cuadrados, ofreciendo la siguiente distribución 3 habitaciones, baño, sala-comedor y cocina”.*

57. Mediante Resolución 027 de 31 de octubre de 2003[[27]](#footnote-27), Fonvivienda adjudicó el anteproyecto del predio Timiza a Canales Andrade y Cía. S. en C.

58. Canales Andrade y Cía. S. en C. se dirigió en varias ocasiones a Fonvivienda, solicitando que el Inurbe autorizara los estudios de suelos y el montaje de apartamento modelo, entre otras actividades[[28]](#footnote-28).

59. El 7 de junio de 2004, mediante oficio 3200-E2-36977, el Director Ejecutivo de Fonvivienda, remitió a Canales Andrade y Cía. S. en C. un concepto emitido por el área jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el cual se hizo un análisis legal de la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social[[29]](#footnote-29).

60. En el concepto se realizó un análisis jurídico de la Convocatoria Pública, indicando que se habían desconocido los principios de economía, transparencia, la estructura de los procesos de licitación, las leyes 3 de 1991 y 708 de 2001 y el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, Ley 812 de 2003. Del análisis, el Área Asesora Jurídica concluyó (se trascribe):

“*De conformidad con lo expuesto, se tiene que la Convocatoria Pública Nacional para Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social – VIS -, de fecha 10 se septiembre de 2003 realizada por FONVIVIENDA, que culminó con la Resolución de Adjudicación No. 027 de 2003, incumplió, en nuestro sentir, varias normas de la Ley 80 de 1993, sus Decretos reglamentarios, la Ley 812 de 2003 y los Decretos 2882 de 2001 y 555 de 2003.*

*Ahora, si bien de acuerdo con el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el acto de adjudicación es irrevocable y obliga tanto a la entidad como al adjudicatario, el mismo debe entenderse bajo el supuesto, de que el proceso de convocatoria se realizó cumpliendo a cabalidad la totalidad de las normas que exige el mismo Estatuto de Contratación y también bajo los parámetros legales, y de otro lado habría que tener en cuenta, que mal haría la Administración en celebrar un contrato cuando el proceso de selección violó, como se expuso anteriormente, gran parte de las normas que regulan la Contratación Estatal.*

*Así las cosas, y toda vez que la Resolución de adjudicación se encuentra viciada, se recomienda la no suscripción de los contratos y el inicio de la denominada Acción de Lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”*

**2.3. El problema jurídico**

61. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por los demandantes, deberá la Sala establecer (1) si entre Fonvivienda y Canales Andrade y Cía. S. en C. existe un contrato estatal, como consecuencia de la apertura y posterior adjudicación de la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, a través del sistema de subsidio en especie. En segundo lugar, corresponde a la Sala establecer (2) si el Tribunal erró al entender no acreditados los perjuicios reclamados por la actora para, finalmente, definir si en el caso bajo estudio se configuran los elementos de la responsabilidad patrimonial de la entidad.

**2.4. El caso concreto**

62. El primer motivo de inconformidad de Canales Andrade y Cía. S. en C. respecto de la Sentencia de 29 de agosto de 2009 consiste en que, a su juicio, el Tribunal erró al negar las pretensiones principales de la demanda, en la medida en que, con ocasión de la Convocatoria Pública adelantada por Fonvivienda, surgieron obligaciones de naturaleza contractual para las partes.

63. El Tribunal entendió que, como el procedimiento administrativo adelantado por Fonvivienda no tenía como objeto la adjudicación y celebración de un contrato estatal, sino la selección de anteproyectos para ejecutar un proyecto definitivo, las pretensiones principales de la demanda no tenían vocación de prosperidad.

64. Sobre el particular la Sala no evidencia un acuerdo de voluntades elevado a escrito entre Fonvivienda y Canales Andrade y Cía. S. en C. mediante el cual se definan un objeto y la contraprestación a cargo de la entidad. En ese orden de ideas, de conformidad con el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, las pretensiones de declaratoria de existencia de un contrato estatal y de incumplimiento del mismo no están llamadas a prosperar, por lo que el Tribunal acertó al decidir en ese sentido.

65. En segundo lugar, Canales Andrade y Cía. S. en C. compartió el hecho de que el Tribunal declarara la responsabilidad extracontractual de Fonvivienda, pero consideró que el Tribunal erró al encontrar no acreditados los perjuicios reclamados y al excluir de indemnización el lucro cesante. Como se indicó anteriormente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que, si bien se encontraba acreditado que Fonvivienda había causado un daño antijurídico a Canales Andrade y Cía. S. en C. y por ende, había incurrido en responsabilidad extracontractual, la actora no acreditó los perjuicios que le fueron ocasionados, motivo por el cual las pretensiones de condena de la demanda no estaban llamadas a prosperar.

66. En vista de que tanto el Tribunal como Canales Andrade y Cía. S. en C. están de acuerdo en que a la sociedad demandante se le ocasionó un daño, pero discrepan en punto de la acreditación de los perjuicios, resulta importante recordar la diferencia entre los conceptos de daño y perjuicio, los cuales hacen parte del primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado: el daño antijurídico.

67. Si bien no existe una única definición del concepto de daño, este concepto es entendido por la doctrina y la jurisprudencia como la lesión de un interés jurídico. El perjuicio, en cambio, consiste en la consecuencia o manifestación del daño, el menoscabo patrimonial que sufre el titular del interés jurídico protegido y que comprende, según las voces del artículo 1613 del Código Civil, el daño emergente y lucro cesante. Pese a que en ocasiones se utilizan indistintamente las expresiones daño y perjuicio, como se extrae claramente del artículo en cita, lo que es objeto de indemnización son los perjuicios y no los daños.

68. Explicado lo anterior, se advierte que la Sentencia de 27 de agosto de 2009 necesariamente será objeto de modificación. En efecto, no es posible, como lo hizo el Tribunal, concluir que se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado pero que no se acreditaron los perjuicios reclamados. El perjuicio es la piedra angular de la responsabilidad, motivo por el cual, aunque exista un daño, de no encontrarse acreditados los perjuicios que son consecuencia del mismo, no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad.

69. En la demanda, Canales Andrade y Cía. S. en C. reclamó una indemnización de perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante, con ocasión de la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado. Los conceptos específicos que pretendía le fueran indemnizados son los siguientes: (1) gastos para la elaboración de la propuesta; (2) honorarios por gerencia y administración del proyecto; (3) honorarios por la labor de ventas y (4) utilidades por el proyecto.

70. Con el fin de acreditar los mencionados perjuicios, Canales Andrade y Cía. S. en C. solicitó la práctica de un dictamen pericial, tarea que fue encomendada al economista Edwin Paz García. En la experticia rendida el perito concluyó que Canales Andrade y Cía. S. en C. incurrió en los siguientes gastos por la elaboración de la propuesta y las “obras ejecutadas en desarrollo de la licitación ganada”:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| No. | Concepto | Valor | Fecha de pago |
| 1 | Diseño arquitectónico | $90.000.000,oo | - |
| 2 | Ingeniero | $13.120.000,oo | - |
| 3 | Fotocopias | $278.134,oo | 31 de octubre de 2003 |
| 4 | Promoción y publicidad en revista | $2.764.644,oo | 30 de noviembre de 2003, 31 de diciembre de 2003 y 15 de enero de 2004 |
| 5 | Impresión de 18000 volantes | $1.170.000,oo | 31 de diciembre de 2003 |
| 6 | Alquiler equipos de topografía | $2.500.000,oo | 30 de enero de 2004 |
| 7 | Diseño estructural | $26.680.000,oo | 30 de abril de 2004 |
| 8 | Estudio de suelos | $6.673.480,oo | 31 de mayo de 2004 |
| 9 | Contrato para el descapote del terreno | $4.564.794 | 18 de junio de 2004 |
| 10 | Elaboración e instalación de una valla 12x4, 6 pasacalles y 5 mini vallas 2x1 | $6.032.000,oo | 30 de junio de 2004 |
| 11 | Venta de imagen del proyecto | $1.485.000,oo | - |
| Total sin actualizar | $155.268.052,oo |
| Tota actualizado a 2007 | $187.595.497,93 |
| Intereses | $49.209.505,44 |
| TOTAL | $236.805.003,37 |

71. Sobre los demás conceptos reclamados, es decir, los honorarios por gerencia y administración del proyecto, los honorarios por la labor de ventas y las utilidades por el proyecto, el economista concluyó que correspondían, actualizados a 2007 y con intereses, a:

|  |  |
| --- | --- |
| Concepto | Valor |
| Honorarios por gerencia y administración | $1.096.809.754,28 |
| Honorarios por ventas | $169.332.032,72 |
| Utilidades | $697.299.407,99 |
| TOTAL | $1.963.441.194,99 |

72. Para resolver, debe precisarse que por ser este un caso en el cual una entidad pública adjudicó un proyecto a un oferente y, posteriormente, se abstuvo de seguir adelante con el proyecto, la indemnización que puede pretender el interesado es la que se ha denominado “interés negativo o de confianza”. Es decir, los gastos, expensas o pérdidas por la no celebración del contrato. Por consiguiente, las pretensiones de reconocimiento de honorarios por gerencia y administración del proyecto, honorarios por la labor de ventas y utilidades por el proyecto serán rechazadas.

73. Adicionalmente, el perjuicio, para que sea indemnizable, debe ser cierto. De acuerdo con esto, los gastos denominados “diseño arquitectónico” (No. 1), “ingeniero” (No. 2) y “venta de imagen del proyecto” (No. 11) no corresponden a verdaderos perjuicios, en la medida en que no obra en el plenario prueba que acredite que, con ocasión de los mismos Canales Andrade y Cía. S. en C. realizara erogación alguna.

74. De otra parte, en lo que tiene que ver con los gastos No. 1 a 10, la Sala considera lo que a continuación se expone:

75. Los gastos de promoción y publicidad en una revista y los generados por impresión de volantes, por no estar estas actividades contempladas en la Convocatoria Pública Nacional para la Construcción de Proyectos de Vivienda de Interés Social en predios de propiedad del Estado, no son objeto de indemnización.

76. Los gastos No. 5 a 10, pese a que guardan una relación con la obtención de los documentos necesarios para solicitar la licencia de construcción y luego realizar el trámite de elegibilidad ante Findeter S.A. (alquiler de equipos topográficos, descapote del terreno, estudio de suelos, diseño estructural), ocurre que para poder adelantar estas actuaciones, Canales Andrade y Cía. S. en C. debía contar con la autorización de Fonvivienda, la cual nunca obtuvo.

77. Precisamente, obran en el plenario las comunicaciones SG-1102 de 14 de noviembre de 2003, SG-1118 de 21 de noviembre de 2003 y G-0238 de 23 de marzo de 2004, mediante las cuales la actora puso de presente que no había recibido las autorizaciones de la entidad para realizar los estudios de suelos y trámites de licencia de construcción y permisos. Ahora bien, pese a no contar con la debida autorización para ello, la sociedad demandante realizó los mencionados gastos.

78. Esta situación debe resolverse en aplicación del principio “*Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans[[30]](#footnote-30)”*, pues Canales Andrade y Cía. S. en C. no puede pretender el reconocimiento de gastos en los que incurrió sin contar con la autorización de la entidad. Lo anterior cobra aún mayor relevancia respecto de los gastos No. 9 y 10, pues estos se produjeron incluso con posterioridad a la fecha en que Fonvivienda informó a la actora su intención de no seguir adelante con la convocatoria pública.

79. En cambio, los gastos de fotocopias que realizó Canales Andrade y Cía. S. en C. para la presentación de la propuesta por valor de $278.134,oo de pesos, al ser los únicos que si fueron debidamente acreditados, sí serán objeto de indemnización. Ahora bien, dado que este gasto se produjo en el 2003, corresponde a la Sala actualizar este valor, para la cual aplicará la siguiente fórmula:

VA = VH x (IPC final/IPC inicial)

Donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

278.134 x 101,61572/52,56389 = $537.684,46

80. Sería del caso reconocer otros gastos generados con ocasión de la presentación de la propuesta, como por ejemplo el valor pagado por Canales Andrade y Cía. S. en C. por los pliegos de condiciones. Sin embargo, la Sala carece de elementos probatorios en este sentido.

81. Por último, resulta importante hacer una especial referencia al argumento esbozado por Canales Andrade y Cía. S. en C. en el recurso de apelación, según el cual el Tribunal tenía el deber de decretar pruebas de oficio. Al respecto, ha manifestado esta Corporación en sede de tutela que el decreto de pruebas de oficio es una facultad excepcional del juez, que en ningún caso puede suplir la inactividad probatoria del demandante[[31]](#footnote-31).

82. En tales condiciones, no se acreditó perjuicio alguno del que pueda predicarse la responsabilidad patrimonial de Fonvivienda y en tal sentido se decidirá.

**2.5. Sobre la condena en costas**

83. La Sala se abstendrá de condenar en costas porque no se dan los supuestos del artículo 171 del CCA requeridos.

**3. DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**REVOCAR** la Sentencia apelada proferida el 27 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, y en su lugar, resolver lo siguiente:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones principales de la demanda.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** al Fondo Nacional de Vivienda –Fonvivienda a pagar a la sociedad Canales Andrade y Cía. S. en C., la suma de $537.684,46, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** sin condena en costas.

**QUINTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

Por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  **ALBERTO MONTAÑA PLATA**

1. Folios 1-16 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 19-20 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 23-32 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 83-84 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 89 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 90-91 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cuaderno dictamen pericial. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 102 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 108-111 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 122 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 123-130 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 132-146 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 148 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 156-161 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 166 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 575 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 576-577 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 5-29 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 5 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 8 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 8 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 20 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 24 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 26 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 38-418 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 419-423 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 428-432 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 433-442 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Sentencia de 12 de agosto de 2014. Exp. 25.052. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 5 de julio de 2018. Exp. 08001-23-31-000-2010-00177-01. [↑](#footnote-ref-31)