

## **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Obligación – Incumplimiento – Deber de acreditación – Código civil – Artículo 1609**

La Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda. Esta determinación se adopta porque los demandantes no acreditaron que hubiesen realizado la escrituración de las 27 viviendas respecto de las cuales reclamaron el pago del 20% final del subsidio. Y aunque alegaron que la escrituración no pudo realizarse por problemas relativos al desenglobe de los lotes, lo cierto es que en el convenio no se estipuló que a la Gestora Urbana de Ibagué le correspondiera cumplir tal obligación: no existe ninguna modificación del contrato que se refiera a este aspecto y los demandantes no demostraron ninguna circunstancia que permita deducir que a Radicado: 73001-23-33-000-2014-00230-01 (63537) Demandantes: Diego Andrés Duque Medina y otro 7 la citada entidad le correspondía realizarlo. Le asiste razón a la apelante al afirmar que el contrato debe cumplirse en la forma pactada y que el pago del saldo final no podía realizarse porque los demandantes no cumplieron con la obligación de presentar las escrituras de venta de las viviendas. Para declarar el incumplimiento de la entidad demandada, los demandantes debían acreditar el cumplimiento de sus propias obligaciones, conforme con el artículo 1609 del Código Civil que dispone que <>. [...] En este caso, la parte demandante no acreditó haber cumplido la obligación estipulada en la cláusula séptima del convenio para que se hiciera exigible la obligación a cargo de la Gestora Urbana de Ibagué de pagar el 20% final del valor de los subsidios, es decir, presentar las escrituras de las viviendas. Y, contrario a lo señalado por el tribunal en la sentencia de primera instancia, el trámite incidental no tiene como objeto acreditar el cumplimiento de las obligaciones de la parte demandante para establecer si sus pretensiones deben prosperar, sino determinar el monto de la condena que se imponga en el proceso.



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00230-01 (63537)  
Demandantes: Diego Andrés Duque Medina y otro

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN B**

**Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

**Referencia:** Acción de controversias contractuales  
**Radicación:** 73001-23-33-000-2014-00230-01 (63537)  
**Demandantes:** Diego Andrés Duque Medina y otro  
**Demandados:** Municipio de Ibagué y Gestora Urbana de Ibagué

**Tema:** Se revoca la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en abstracto a la entidad demandada Gestora Urbana de Ibagué. A la parte demandante le incumbía acreditar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el convenio para evidenciar que la demandada incumplió con la realización de los pagos pactados a su cargo. El incidente de liquidación de perjuicios no es el trámite previsto para acreditar lo anterior.

## **SENTENCIA**

---

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Gestora Urbana de Ibagué contra la sentencia proferida el 1° de noviembre de 2018 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las pretensiones de la demanda en lo relativo a declarar el incumplimiento del convenio, así:

“PRIMERO. DECLARAR que la GESTORA URBANA DE IBAGUÉ incumplió parcialmente la forma de pago establecida en el Convenio Asociativo No. 01 del 18 de enero de 2008 suscrito con la parte actora.

SEGUNDO. - CONDENAR a la GESTORA URBANA DE IBAGUÉ a pagar a favor de la parte demandante la suma resultante dentro del incidente de liquidación que se deberá adelantar en oportunidad legal ante este Tribunal, con aplicación de los siguientes criterios:

1. Debe la parte demandante acreditar exactamente cuáles son las 27 unidades de vivienda en las que se adeuda el pago del 20% del subsidio de vivienda familiar.
2. Frente a cada unidad de vivienda debe acreditarse la entrega y recibo de la obra a satisfacción por parte del interventor de la obra o el Acta de recibo del inmueble por parte del beneficiario del subsidio familiar de vivienda.
3. Deben acreditarse los siguientes documentos de cada una de las unidades de vivienda:



- a) Copia de la escritura pública de compraventa a favor del beneficiario del subsidio familiar de vivienda.
  - b) Certificado de libertad y tradición del inmueble objeto del contrato en el cual conste debidamente registrada la correspondiente escritura pública.
  - c) Certificado de existencia de la solución de la vivienda, expedida por quien designe la entidad otorgante.
4. Pese a que la Sala encuentra que el valor del subsidio es de \$9.107.700.00 y que el 20% adeudado al contratista equivale a la suma de \$1.821.540.00. En el incidente de liquidación el valor adeudado se reconocerá en la suma de \$1.776.001,52 por cuanto así lo solicitó el escrito de demanda.
  5. El valor adeudado se reconocerá en un máximo de 27 unidades de vivienda.
  6. En cada una de las unidades de vivienda en las que se acrediten los requisitos exigidos, se reconocer la suma de \$1.776.001,52, debidamente indexados (...)

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda (...)

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación según el artículo 150 del CPACA. El Tribunal Administrativo del Tolima era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón a la cuantía, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 152 del CPACA.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 20 de marzo de 2019<sup>1</sup>. El 24 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no rindió concepto.

## I. ANTECEDENTES

### A.- Posición de la parte demandante

1.- El 28 de abril de 2014 Diego Andrés Duque Medina y Rubén Osorio Santos, miembros de la Unión Temporal VIS (en adelante, “los demandantes”), presentaron demanda de controversias contractuales contra el Municipio de Ibagué y la Gestora Urbana de Ibagué, en la cual solicitaron la declaratoria del desequilibrio económico del convenio y el incumplimiento del mismo. Como en la sentencia de primera instancia el Tribunal Administrativo del Tolima solo declaró el incumplimiento relativo a la falta de pago de la última cuota del subsidio de 27 unidades de vivienda urbana, la Sala únicamente hará referencia a este aspecto de la controversia. La pretensión a la cual accedió el tribunal fue formulada en los siguientes términos en la demanda<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Cuaderno 1, Folio 1144.

<sup>2</sup> Cuaderno No. 1, folios 821 – 867.



<<Se condene y ordene a LA GESTORA URBANA DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ Y AL MUNICIPIO DE IBAGUÉ al reconocimiento y pago de los siguientes valores (...)

2.20.-Saldo final del cobro del 20% de cada subsidio, el cual ha sido reconocido por la Gestora Urbana del Municipio de Ibagué en múltiples oficios como consta en los anexos de la presente demanda sin perjuicio que como aspecto reiterativo en las reuniones preliminares de fecha 17 de octubre de 2012 se dejó consignado el valor adeudado por la Gestora Urbana y al Municipio de Ibagué a favor de mi cliente para el proyecto Nueva Castilla y en la reunión de fecha 18 de octubre de 2012 se dejó consignado el valor adeudado por la Gestora Urbana y el Municipio de Ibagué a favor de mi cliente para el proyecto Nazareth, que por razones ajenas y no imputables a mi mandante no han sido desembolsados, para lo cual se hiciera la respectiva identificación del caso, siendo equivalente a la fecha de la presentación de esta demanda de 27 subsidios, por valor de \$1.776.001,52 cada uno, que arroja la suma de \$47.952.041,04 (...)>>.

2.- La parte demandante basó esta pretensión de incumplimiento en las siguientes afirmaciones:

2.1.- La Gestora Urbana de Ibagué y los demandantes celebraron el convenio de asociación No. 01 del 8 de febrero de 2008. En virtud del convenio, los demandantes debían construir viviendas de interés social de los proyectos denominados “Nueva Castilla” y “Nazareth”.

2.2.- El plazo del convenio, según la cláusula novena, era de dieciocho (18) meses contados a partir del acta de iniciación y la misma cláusula estipulaba que *“la vigencia del convenio se podrá extender o reducir de común acuerdo con la ejecución y desarrollo del mismo y se entenderá vigente hasta la firma del acta de liquidación final y la entrega total de las viviendas a los hogares beneficiados a entera satisfacción”*.

2.3.- Las partes pactaron el valor del convenio en la cláusula séptima. Los demandantes recibirían parte del precio por cada vivienda construida a través de un subsidio familiar de vivienda otorgado por Fonvivienda a cada hogar beneficiario, equivalente a la suma de nueve millones ciento siete mil setecientos pesos (\$9.107.700.00) que se entregarían al constructor en tres pagos: (i) uno inicial por el cuarenta por ciento contra el 20% del avance de la obra, (ii) un segundo pago por el 40% proporcional al avance de la obra; y (iii) el pago final por el 20%, que debía efectuarse contra la escrituración de las viviendas.

2.4.- El 30 de junio de 2012 la parte demandante entregó el total de las viviendas, pero la Gestora Urbana de Ibagué no canceló el 20% de los subsidios de 27 de las viviendas entregadas, correspondiente al pago final. Uno de los requisitos para el pago era la escrituración de las viviendas, la cual no pudo efectuarse por causas imputables a esa entidad, relacionadas con la realización del desenglobe de los lotes, el cual era necesario para otorgar las escrituras. En la demanda se lee:



*“Se desconoció la forma de pago, puesto que en el convenio asociativo se pactó el pago de un saldo final del 20% del subsidio de vivienda familiar, lo cual se realizaría contra presentación de los siguientes documentos: a) copia de la escritura pública de compraventa, a favor del beneficiario del subsidio familiar de vivienda); b) original del certificado de tradición del inmueble objeto del contrato en el cual se encuentre debidamente registrada; c) copia del acta de entrega del inmueble; d) certificado de existencia de la solución de vivienda. **Situación que no se logró, ya que la GESTORA URBANA DE IBAGUÉ no logró la escrituración para entregar los inmuebles por errores realizados POR LA GESTORA en el desenglobe de los lotes, en los proyectos de NUEVA CASTILLA Y NAZARETH, en donde se realizaron modificaciones en la obra en campo - aumentando- lotes, pero que no se arreglaron en la escritura de desenglobe, por lo que en el momento de la escrituración a los beneficiarios se tuvo inconvenientes teniendo que arreglar esta situación la Gestora. Por su negligencia y al no hacer las cosas bien desde el inicio, lo que conllevó a la mora en el pago y en otros casos al no realizar el pago, circunstancias que obviamente afectó y ocasionó el desequilibrio contractual”.***

2.5.- El 18 de octubre de 2012 la interventoría reconoció que la Gestora Urbana de Ibagué debía a la parte demandante el 20% final de los subsidios de 27 viviendas que habían sido construidas y entregadas por los demandantes<sup>3</sup>.

#### **B.- Posición de la parte demandada**

3.- La Gestora Urbana de Ibagué no contestó la demanda.

4.- El Municipio de Ibagué propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva porque no suscribió el convenio.

#### **C.- Sentencia recurrida**

5.- En la sentencia del 1° de noviembre de 2018 el Tribunal Administrativo del Tolima<sup>4</sup>:

5.1.- Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Ibagué porque esa entidad no suscribió el convenio con los demandantes.

5.2.- Declaró que la Gestora Urbana de Ibagué incumplió parcialmente la forma de pago frente al 20% final del valor de los subsidios que debía entregar a la parte demandante según la cláusula séptima del convenio. El tribunal consideró que la falta de pago estaba probada en los documentos titulados *“Acta de reunión proceso preliminar – Liquidación parcial Convenio”*, uno que se refería a la urbanización Nueva Castilla<sup>5</sup> y otro a la urbanización Nazareth<sup>6</sup>. En dichos documentos, el interventor reconoció que la Gestora Urbana de Ibagué adeudaba a la parte demandante el 20% final sobre 27 unidades de vivienda (25 del

<sup>3</sup> Cuaderno “Antecedentes administrativos”, Folios 43 y 46.

<sup>4</sup> Cuaderno 1, Folios 1087 – 1108.

<sup>5</sup> Este documento obra en el Cuaderno 1, Folio 484.

<sup>6</sup> Este documento obra en el Cuaderno 1, Folio 502.



proyecto Nueva Castilla y 2 de del proyecto Nazareth), lo cual concordaba con el porcentaje y número de subsidios de vivienda solicitados en las pretensiones, sin que la demandada hubiese demostrado el pago de dicha suma.

5.3.- Precisó que, en un caso similar, el Consejo de Estado condenó al pago del 20% del subsidio familiar en favor del constructor porque la Gestora Urbana de Ibagué había reconocido el pago del monto de 89 unidades de vivienda en un comité de conciliación<sup>7</sup>. La condena se impuso <<en abstracto>> en tanto la parte demandante no especificó (i) cuáles eran las unidades de vivienda sobre las cuales solicitaba que le fuera pagado el monto ni que (ii) respecto de dichas unidades de vivienda se hubieran cumplido todos los requisitos estipulados en el convenio para que la Gestora Urbana de Ibagué efectuara el pago. En la sentencia referida, el Consejo de Estado indicó:

*"A la sazón, la Sala encuentra dentro del material probatorio que la Gestora Urbana reconoció la existencia de esta obligación mediante el acta del Comité de Conciliación de fecha 24 de octubre de 2008, donde aceptó y aprobó el pago del 20% del saldo final correspondiente a 89 subsidios, aunque le solicitó al constructor que calificara los subsidios por proyecto para que fueran confrontados por la interventoría y la fiducia para iniciar las autorizaciones de dichos pagos.*

*No obstante el reconocimiento del comité de conciliación, no observa la Sala que esta pretensión haya sido objeto de acuerdo entre las partes ni que el contratista haya dado cumplimiento a la solicitud de especificar las unidades de vivienda a las que corresponden los 89 subsidios cuyo pago se solicita, y tampoco lo hizo en la demanda o mediante el acervo probatorio.*

*Consecuencia de lo anterior, la Sala reconocerá el pago de la prestación debida por la entidad demandada, aunque lo hará en abstracto en atención a que no obra dentro del material probatorio prueba que especifique cuáles son las unidades de vivienda cuyo pago se adeuda y si respecto de ella se cumplieron todos los requisitos contenidos en el contrato suscrito entre las partes (...)"*

5.4.- En consecuencia, el tribunal condenó en abstracto a la Gestora Urbana de Ibagué a pagar a la parte demandante el 20% final del valor de los subsidios en un incidente de liquidación en la forma indicada en la parte resolutive del fallo, anteriormente transcrita.

#### **D.- Recurso de apelación de la parte demandada**

6.- La Gestora Urbana de Ibagué solicita que se revoque la sentencia de primera instancia. Precisa que el convenio suscrito con los demandantes no fue un contrato de obra pública y que ella obró solo como intermediaria para el pago del valor de las viviendas, punto en el cual afirmó textualmente:

*<<Como se ha venido estableciendo, la forma de pago fue acordada entre las partes, pues efectivamente la entidad solo buscó un socio constructor aliado para la ejecución del proyecto y como se puede determinar la entidad no generó*

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Radicación No. 51489. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



*recursos para la financiación del convenio, pues solo ostentó su calidad de operador en nombre del municipio en un proyecto con fundamento en las normas del derecho privado>>.*

6.1.- A partir de lo anterior, la apoderada de la Gestora Urbana de Ibagué precisó que esta entidad no incurrió en incumplimiento porque, según la cláusula séptima del convenio, el 20% final del valor proveniente de los subsidios se pagaría contra la escrituración de cada una de las viviendas y la parte demandante no presentó las referidas escrituras a la entidad, de modo que no cumplió sus obligaciones en la forma en que fueron pactadas en el convenio.

6.2.- Indicó que existieron dificultades en la escrituración por invasiones a las viviendas, pero que esta situación era ajena a la entidad demandada. Señaló textualmente que *<<no se puede inferir ni puede alegarse un incumplimiento de la entidad GESTORA URBANA DE IBAGUÉ, si el señor contratista al momento de firmar el convenio aceptó tal condición supeditada al pago del 20% final a la escrituración de las viviendas>>.*

## II. CONSIDERACIONES

### E.- Caducidad

7.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada dentro del término legal. De acuerdo con la cláusula novena del convenio, este “*se entenderá vigente hasta la firma del acta de liquidación final y la entrega total de las viviendas a los hogares beneficiados a entera satisfacción*”. De esta forma, la vigencia del convenio estaba supeditada a la firma del acta de liquidación y a la entrega total de las viviendas. Como el convenio no fue liquidado, la Sala efectuará el cómputo de la caducidad desde el momento en que la parte demandante entregó las viviendas, es decir, desde el 30 de junio de 2012. De esta manera, la parte demandante tenía hasta el **1° de julio de 2014** para presentar la acción de controversias contractuales y la demanda se presentó el **28 de abril de 2014**.

### F.- Decisión a adoptar

8.- La Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda. Esta determinación se adopta porque los demandantes no acreditaron que hubiesen realizado la escrituración de las 27 viviendas respecto de las cuales reclamaron el pago del 20% final del subsidio. Y aunque alegaron que la escrituración no pudo realizarse por problemas relativos al desenglobe de los lotes, lo cierto es que en el convenio no se estipuló que a la Gestora Urbana de Ibagué le correspondiera cumplir tal obligación: no existe ninguna modificación del contrato que se refiera a este aspecto y los demandantes no demostraron ninguna circunstancia que permita deducir que a



la citada entidad le correspondía realizarlo. Le asiste razón a la apelante al afirmar que el contrato debe cumplirse en la forma pactada y que el pago del saldo final no podía realizarse porque los demandantes no cumplieron con la obligación de presentar las escrituras de venta de las viviendas. Para declarar el incumplimiento de la entidad demandada, los demandantes debían acreditar el cumplimiento de sus propias obligaciones, conforme con el artículo 1609 del Código Civil que dispone que *<<en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos>>*.

9.- En este caso, la parte demandante no acreditó haber cumplido la obligación estipulada en la cláusula séptima del convenio para que se hiciera exigible la obligación a cargo de la Gestora Urbana de Ibagué de pagar el 20% final del valor de los subsidios, es decir, presentar las escrituras de las viviendas. Y, contrario a lo señalado por el tribunal en la sentencia de primera instancia, el trámite incidental no tiene como objeto acreditar el cumplimiento de las obligaciones de la parte demandante para establecer si sus pretensiones deben prosperar, sino determinar el monto de la condena que se imponga en el proceso.

10.- La cláusula séptima del convenio estipulaba los requisitos para que la Gestora Urbana de Ibagué pagara el 20% final correspondiente a los subsidios a los que tenía derecho la parte demandante, así:

*"SÉPTIMA. VALOR Y FORMA DE PAGO (...)*

*B) Una suma equivalente a NUEVE MILLONES CIENTO SIETE MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$9.107.700.) por concepto del subsidio familiar de vivienda otorgado a cada hogar beneficiario, recursos que serán desembolsados por FONVIVIENDA al encargo fiduciario que para tal efecto debe constituir el oferente, dichos dineros serán entregados al constructor de la siguiente manera:*

- 1. Un primer 40% contra el 20% del avance de obra (...)*
- 2. Un segundo 40% proporcional al avance de obra (...)*
- 3. El 20% restante contraprestación de los siguientes documentos: a) copia de la escritura pública de compraventa, a favor del beneficiario del subsidio familiar de vivienda. b) Original del certificado de libertad y tradición del inmueble objeto del contrato en el cual conste debidamente registrada la escritura mencionada. c) Copia auténtica del acta de recibo del inmueble que le fue vendido, de acuerdo a las condiciones que sirvieron de base a la declaratoria de elegibilidad del proyecto y a la adjudicación de la convocatoria, suscrita por parte del beneficiario del subsidio familiar de vivienda; y d) certificado de existencia de la solución de la vivienda, expedida por quien designe la entidad otorgante".*

11.- Esta cláusula fue objeto de modificación por las partes, quienes pactaron que el 20% final de los subsidios se pagaría contra escrituración de las viviendas:

*"2. FORMA DE PAGO: El 20% final se cancelará contra escrituración de cada una de las viviendas de interés social".*



12.- De acuerdo con lo anterior, el pago del saldo pago solo procedía cuando se acreditara la escrituración de las viviendas y los demandantes no probaron el cumplimiento de dicha obligación. En consecuencia, no era procedente declarar el incumplimiento de la obligación de pago de la demandada como se hizo en la sentencia de primera instancia.

13.- En la sentencia de primera instancia el tribunal dio por probada la obligación de pago de la entidad demandada con los documentos titulados “*Acta de reunión proceso preliminar – Liquidación parcial Convenio*”, en los que el interventor reconoció que la Gestora Urbana de Ibagué adeudaba a la parte demandante el 20% final sobre 27 unidades de vivienda (25 del proyecto Nueva Castilla y 2 del proyecto Nazareth), que corresponde a lo reclamado en el presente proceso.

14.- La Sala advierte que con estos documentos no se acredita el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte demandante de su obligación de presentar las escrituras de venta como requisito para el pago del saldo final del subsidio. Por el contrario, en el encabezado de los dos documentos se lee que, aunque a la fecha estaban construidas las viviendas, ellas eran para cobrar <<*contra escritura*>>.

#### **G.- Condena en costas**

15.- Teniendo en cuenta que el recurso prosperó, la Sala condenará en costas a la parte demandante, vencida en segunda instancia, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. La condena se establece de acuerdo con los criterios y tarifas señaladas por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, por concepto de agencias en derecho, se reconocerán seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de la parte demandante y a favor de la Gestora Urbana de Ibagué.

### **III. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVÓCASE** la sentencia proferida el 1° de noviembre de 2018 por el Tribunal Administrativo del Tolima. En su lugar,



Radicado: 73001-23-33-000-2014-00230-01 (63537)  
Demandantes: Diego Andrés Duque Medina y otro

**SEGUNDO: NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO: CONDÉNASE** en costas a la parte demandante. Por Secretaría, líquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia a favor de la Gestora Urbana de Ibagué.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Con firma electrónica*  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Presidente

*Con firma electrónica*  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
Magistrado

*Con firma electrónica*  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado