

## **CONTRATO ESTATAL - Plazo de ejecución – Incumplimiento - Caducidad**

Las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad-

## **DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Requisito- Ejecución del objeto contratado**

Constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que "la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista..." y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado

El bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica”.

## **COMPETENCIA TEMPORAL PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Vigencia del contrato**

“Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato.

Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo motu proprio, etc., etc.

En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria

El poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer

## **RECURSO DE APELACION- Objetivo - Artículo 320 de la Ley 1564 de 2012**

El inciso primero del artículo 320 de la Ley 1564 de 2012 (CGP) prevé: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (destaca la Sala); como se advierte, el legislador determinó, expresa y puntualmente, que la finalidad del recurso de apelación se circunscribiera a la revisión que hace el superior funcional en relación con los aspectos y reparos específicos esgrimidos por el apelante en contra de la providencia de primera instancia.

## **RECURSO DE APELACION- Intervención del superior**

“Particularmente, si la decisión inicial es correcta, la apelación no debe convertirse en el instrumento a través del cual se pretenda probar suerte ante el juez superior, sino que solo debería acudir a ella en aquellos supuestos en

los que existan elementos sólidos que den cuenta de que el juzgador de primera instancia incurrió en una equivocación. Eso explica por qué se exige que la apelación deba ser sustentada. Porque para controvertir una decisión judicial y provocar la intervención del superior, con lo que eso implica en términos de desgaste del aparato judicial, y en merma de la seguridad jurídica, es preciso mostrar razones serias que generen en el fallador una cierta duda sobre el asunto recurrido, o, al menos, que se planteen de manera clara y argumentada las razones de la discrepancia" (se destaca).

### **RECURSO DE APELACION- Carga procesal**

El artículo 320 del CGP, aplicable en virtud de la remisión normativa expresa contenida en el artículo 306 del CPACA, establece una carga procesal en cabeza de la parte recurrente en el sentido de exigir que se formulen reparos concretos y específicos en contra de la sentencia apelada, sin que la apelación implique resolver, nuevamente, todos los aspectos del litigio -salvo que apelen ambas partes de conformidad con el artículo 328 del CGP-, de modo que el juez de segunda instancia puede resolver sin limitaciones "cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso"

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, once (11) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

**Magistrado ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Expediente:** 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
**Demandante:** MALKÚN ZARUR Y CÍA S EN C Y  
FUNDACIÓN PARA EL MEJORAMIENTO DE  
LA CALIDAD DE VIDA Y DESARROLLO DEL  
POTENCIAL HUMANO (FUNDECAVI)  
**Demandado:** DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**Asunto:** APELACIÓN DE SENTENCIA –  
INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO DE  
ASOCIACIÓN

*Síntesis del caso: la fundación y la sociedad actoras demandan al Departamento del Atlántico para que se declare la nulidad de los actos administrativos que declararon el incumplimiento del convenio de asociación 0108-2010-000011 suscrito entre las partes; el tribunal de primera instancia negó las súplicas de la demanda. Apela la parte demandante, pide que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual formula los mismos argumentos expuestos en la demanda.*

*Temas: medio de control de controversias contractuales / recurso de apelación – finalidad – carga procesal de sustentación – principio de sustentación – deber de indicar y precisar los reparos y reproches frente a la providencia impugnada – ausencia de apelación – reiterar los cargos de nulidad y el concepto de la violación de la demanda configura ausencia de apelación.*

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 20 de octubre de 2023 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en la cual se resolvió lo siguiente:

**“FALLA:**

**PRIMERO. NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO. ABSTENERSE** de condenar en costas a la parte demandada, por las razones expuestas.

**TERCERO.** Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente” (índice 2 SAMAI – archivo ED\_77SENTENCIA1RAINST.pdf - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante escrito del 28 de julio de 2020 (2 SAMAI – archivo ED\_00DEMANDA\_FUNDECAVI.pdf), la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C y la Fundación para el Mejoramiento de la Calidad de Vida y Desarrollo del Potencial Humano (FUNDECAVI) a través de apoderado judicial presentaron demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales para que se acceda a las siguientes pretensiones:

**“PRIMERA.** Se declaren nulas la Resolución No. 001201 del 16 agosto de 2019, expedida por la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Atlántico, por medio de la cual se sancionaron a la FUNDACION PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE VIDA Y EL DESARROLLO DEL POTENCIAL HUMANO – FUNDECAVI a pagar la suma de \$118'811.341, por el presunto incumplimiento del Convenio de Asociación No.0108\*2010\*000011, celebrado con el Departamento el 27 de enero del año 2010, y a la sociedad MALKÚN ZARUR & CIA S. EN C. a la cesión gratuita del lote de mayor extensión de su propiedad distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 040-0005060 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla hoy loteados con matrículas trasladadas a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Soledad para cada lote, por el presunto incumplimiento del acuerdo de Unión Temporal ‘La Primavera’ celebrado el 25 de noviembre de 2009 con el Gobernador del Departamento del Atlántico y así mismo como consecuencia del incumplimiento del convenio de asociación, y la Resolución No. 002440 de septiembre 30 de 2019, también expedida por la Secretaria de Infraestructura del Departamento del Atlántico, que confirmó en su integridad el acto sancionatorio antes descrito.

La señora Secretaria de Infraestructura actúa en ejercicio de funciones delegadas por el señor Gobernador del Departamento del Atlántico, según lo afirma en la parte superior de cada uno de los actos demandados donde invoca los fundamentos normativos de sus actuaciones.

**SEGUNDA.** Que a consecuencia de la declaración anterior se determine que la FUNDACION PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE VIDA Y EL DESARROLLO DEL POTENCIAL HUMANO - FUNDECAVI, no está obligada a pagar al DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO la suma de \$118'811.341.00 ni sus intereses, ni cualquier otro concepto.

**TERCERA.** Que se declare a consecuencia de la primera declaración, igualmente se ordene al DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO la restitución a favor de la sociedad MALKÚN ZARUR & CIA S. EN C., del lote de mayor extensión de su propiedad distinguido con la matrícula inmobiliaria 040-0005060, debidamente desocupado o el equivalente a su valor económico actualizado más intereses de mora.

**CUARTA.** Que a consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO a pagar a la sociedad

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

*Malkum Zarur y compañía S en C, la suma de MIL SEISCIENTOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS, \$1.605.963.887, que corresponde al avalúo del predio objeto de los actos demandados, en el año de 2017, realizado a instancias de la Gobernación del Atlántico.*

*Esta suma se actualizará mediante prueba pericial que se practicará en el curso del proceso.*

**QUINTA.** *Que además de los conceptos anteriores, se condene al Departamento del Atlántico a pagar a favor de las demandantes el valor de los ajustes y actualizaciones de orden financiero de las respectivas condenas, desde la fecha de exigibilidad de los pagos hasta su pago total, para lo cual se tendrán en cuenta los índices de precios señalados en el artículo 187 del C.P.A.C.A., a fin de garantizar una indemnización plena.*

**SEXTA.** *Que las sumas anteriores, causarán intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Ley e indexada de acuerdo con los índices de devaluación, o pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, hasta el momento en que se realice el pago.*

**SÉPTIMA.** *Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho a que hubiere lugar con motivo del proceso” (fls. 1 y 2 índice 2 SAMAI – archivo ED\_00DEMANDA\_FUNDECAVI.pdf – negrillas y mayúsculas sostenidas del original).*

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El 25 de noviembre de 2009, el Departamento del Atlántico, Fundecavi y la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C celebraron un acuerdo de unión temporal el cual denominaron “La Primavera”, con el propósito de presentar una propuesta ante el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para la consecución de recursos para la gestión, diseño, promoción y ejecución de un programa de vivienda de interés social (VIS) para la construcción de doscientas cinco (205) soluciones de vivienda en el municipio de Palmar de Varela (Atlántico) para familias pobres y vulnerables.
- 2) El 27 de enero de 2010, la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Atlántico y Fundecavi celebraron el convenio de asociación no. 0108-2010-000011, cuya finalidad y objeto era actuar de manera conjunta para el desarrollo y construcción de 205 viviendas en el municipio de Palmar Varela (Atlántico).
- 3) Luego, el 17 de junio de 2011 el gobernador del Atlántico, el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda) suscribieron el convenio interadministrativo no. 07 de cooperación,

cuyo objeto consistió en aunar esfuerzos para la ejecución del programa de vivienda de interés social (VIS) urbana dirigido a las familias pobres y vulnerables del Departamento del Atlántico afectadas por la ola invernal (fenómeno de la niña); dentro de las obligaciones del departamento estaban la de gestionar la obtención de recursos adicionales para las obras de urbanismo y construcción de viviendas de interés social.

4) El 6 de diciembre de 2012, los integrantes de la unión temporal firmaron el documento otrosí no. 003 mediante el cual Fundecavi se comprometió a gestionar y obtener, en un plazo de seis (6) meses, la asignación de subsidios para las familias postuladas en el proyecto, so pena de que el departamento diera por terminado el proyecto con la sola comunicación escrita y se procediera a su liquidación, con independencia de que el convenio interadministrativo no. 07 de cooperación celebrado el 17 de junio de 2011 entre el gobernador del Atlántico, el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda) vencía 25 días calendario después, esto es, el 31 de diciembre de 2012; en el mismo documento contractual (otrosí no. 3), el departamento obligó a la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C a constituir una fiducia mercantil sobre el lote de terreno que dicha empresa aportaría al proyecto y trasladarlo al patrimonio autónomo.

5) El mismo 6 de diciembre de 2012, las partes suscribieron el documento otrosí no. 002 para incorporar al convenio de asociación la causal de “*terminación ipso facto*” (cláusula 2), las potestades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales (cláusula 3) y, la de caducidad contractual (cláusula 4) de la Ley 80 de 1993 en favor del Departamento del Atlántico.

6) El proyecto de construcción de las obras de urbanismo para las viviendas de interés social (VIS) fue ejecutado en su totalidad por la Fundecavi y recibido a satisfacción el 18 de mayo de 2017 por la administración departamental; no obstante, el Gobierno Nacional no asignó los recursos correspondiente a los subsidios porque, de conformidad con los informes del interventor y del supervisor del convenio de asociación, el lote de la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C estaba invadido por 205 familias, motivo por el cual se concluyó que Fundecavi incumplió con su obligación de conseguir los subsidios y de escriturar los lotes a los beneficiarios.

*Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)*  
*Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra*  
*Controversias contractuales*  
*Apelación de sentencia*

7) Contrario a lo consignado en el informe de supervisión e interventoría, las 205 familias que supuestamente invadieron las viviendas construidas eran los damnificados por la ola invernal, postulados en el proyecto e incluidos en el censo adelantado por el comité local para la prevención y atención de emergencias y desastres (CLOPAD) del municipio de Palmar de Varela (Atlántico), tal como fue certificado el 29 de septiembre de 2011 por el Subsecretario de Vivienda, Infraestructura y Espacio Público del Departamento del Atlántico.

8) De otra parte, el Departamento del Atlántico incumplió, por circunstancias solo imputables a esa entidad pública, el convenio interadministrativo no. 07 de 17 de junio 2011 suscrito con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo, Territorial, Fonvivienda porque no presentó los proyectos de viviendas de interés social urbano.

9) El 5 de noviembre de 2019, la gobernación del Atlántico notificó personalmente a Fundecavi la Resolución no. 02440 de 30 de septiembre de 2019, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por Fundecavi en contra de la Resolución no. 001201 de 16 de agosto de 2019, mediante la cual se declaró el incumplimiento contractual de Fundecavi; en este acto administrativo se sancionó a Fundecavi a pagar la suma de \$118'811.341 por concepto de incumplimiento contractual, a la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C se le ordenó la cesión gratuita del lote de su propiedad dentro del mismo plazo y, por último, se ordenó la liquidación del convenio de asociación y del acuerdo de constitución de la unión temporal.

10) Debido a las falencias en la notificación, la citación y la contradicción de Funcavi y de la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C en el proceso contractual sancionatorio adelantado, el 11 de diciembre de 2019 las mencionadas promovieron acción de tutela en contra del señor gobernador del Atlántico y la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Atlántico por violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y propiedad privada.

11) Mediante sentencia del 23 de enero de 2020, el juez de tutela concedió el amparo constitucional solicitado por Fundecavi y Malkun Zarur y Cía S en C y ordenó a la Secretaria de Infraestructura del Departamento del Atlántico dejar sin efectos la Resolución no. 001201 de agosto 16 de 2019 debido a la omisión en la

citación lo cual se tradujo en una violación del derecho constitucional fundamental de defensa.

Como fundamentos jurídicos de la demanda, la parte actora invocó los artículos 1, 2, 6, 13, 29, 44, 34, 51, 90, 121; 209 de la Constitución Política y 4, 5, 23, 24.5, 25, 26, 28, 50 y 60 de la Ley 80 de 1993; 1498, 1501, 1602, 1603, 1613, 1740 y 1741 del Código Civil; 3, 9, 37, 11, 86, 103, 104, 141, 179 y 231 del CPACA y 86 de la Ley 1474 de 2011, para lo cual adujo que la entidad demandada profirió los actos demandados con violación del debido proceso por pretermisión de las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho de defensa; agregó que con la actuación adelantada se despojó de la propiedad privada a una sociedad con apoyo en actos sin causa y objeto lícitos; finalmente, alegó la falta de competencia temporal del Departamento del Atlántico, porque para el momento en que se profirieron los actos censurados ya había vencido el plazo de ejecución del convenio de asociación celebrado.

## **2. El trámite de primera instancia**

1) La demanda se admitió por auto del 1º de febrero de 2021 (índice 2 SAMAI – archivo ED\_05AUTOADMITEDE(.pdf) NroActua 2) y se ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

2) El Departamento del Atlántico se opuso a las pretensiones de la demanda (índice 2 SAMAI – archivo ED\_121CONTESTACIONDE(.pdf) NroActua 2), para lo cual indicó que es cierto que el Juzgado 14 Civil Municipal de Barranquilla (Atlántico) concedió el amparo constitucional solicitado por las demandantes; sin embargo, precisó que el Juzgado 9 Civil del Circuito de Barranquilla revocó dicho fallo como resultado del recurso de apelación interpuesto, por manera que no es cierto que se vulneraron los derechos fundamentales del debido proceso y de defensa de Fundecavi y de Malkún Zarur y Cía S en C.

La entidad territorial demandada manifestó, expresamente, que los demandantes pretenden obtener provecho de su propia negligencia y mala fe al restarle validez a las actuaciones surtidas producto de su incumplimiento contractual, con la premisa de una supuesta indebida notificación, cuando lo cierto es que la administración departamental informó de las actuaciones en las

direcciones legamente registradas en los certificados de existencia y representación legal, por lo cual si las demandantes cambiaron de domicilio social era su deber legal registrar dicha modificación en el correspondiente registro mercantil.

En relación con la falta de competencia temporal alegada, la parte demandada puntualizó que las sentencias citadas por los demandantes se refieren a la imposibilidad de declarar la caducidad del contrato después que este haya terminado, pero, ese no es el supuesto aplicable en este caso concreto, pues, la administración departamental se circunscribió a declarar el incumplimiento del convenio celebrado; además, si se partiera del hecho de que el contrato ya hubiere finalizado en su plazo de ejecución, no habría impedimento alguno para que la administración declarara su incumplimiento, por la sencilla razón de que una vez terminado el plazo es que la entidad contratante cuenta con los fundamentos necesarios para determinar si las obligaciones se cumplieron o, por el contrario, se desatendieron.

Finalmente, sostuvo que la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C concurrió con su voluntad a la conformación de la referida unión temporal y adquirió como obligación principal la cesión o aporte al proyecto del bien inmueble de su propiedad en el cual desarrollaría el programa VIS LA PRIMAVERA en el municipio de Palmar de Varela (Atlántico), de allí que es un contrasentido pretender no solo dejar sin efectos tales disposiciones originadas de la autonomía de la voluntad, sino también pedir que se le pague el valor comercial del inmueble, pues, tales declaraciones configurarían un enriquecimiento sin causa en favor de la referida sociedad comercial.

### **3. La sentencia de primera instancia**

El 20 de octubre de 2023, el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió la sentencia de primera instancia, mediante la cual negó las súplicas de la demanda (índice 2 SAMAI – archivo ED\_77SENTENCIA1RAINST.pdf) con los siguientes fundamentos:

1) El cargo de nulidad estructurado en la violación de los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y de defensa por la indebida citación de las

entidades demandantes al proceso contractual sancionatorio, deviene caprichoso debido a que Fundecavi y Malkún Zarur y Cía S en C no autorizaron, expresamente, recibir notificaciones personales a través del correo electrónico, de allí que es válido que las citaciones se hubieren efectuado en las direcciones físicas para notificaciones judiciales registradas en los certificados de existencia y representación de las demandantes, quienes habían renovado su registro mercantil en una fecha cercana a la apertura del proceso sancionatorio adelantado en el año 2019; por consiguiente, las demandantes tuvieron oportunidad de oponerse al señalamiento y a la decisión administrativa adoptada, tal como lo concluyó el juez constitucional de tutela en la sentencia de segunda instancia.

2) El Consejo de Estado ha precisado que el plazo del contrato no necesariamente coincide con la vigencia de este, pues, es posible que para la finalización de la fecha expresamente acordada en el negocio jurídico queden obligaciones pendientes por ejecutar, por lo tanto en este tipo de escenarios es perfectamente posible que la administración adelante el procedimiento administrativo contractual para la declaración de incumplimiento.

Con apoyo en lo acreditado en el proceso es posible establecer que la actuación administrativa que finalizó con los actos administrativos demandados se desarrolló en el ejercicio legítimo de la potestad sancionatoria de la administración, luego del vencimiento del plazo estipulado en el contrato -18 de mayo de 2017 fecha del acta de recibo final del convenio no. 0108\*2010\*000011-, por lo cual queda sin sustento lo afirmado por la parte actora en el sentido de que existe falta de competencia de temporal de la facultad sancionatoria, porque se profirieron los actos demandados con posterioridad al vencimiento del plazo contractual.

3) Del clausulado del convenio no. 0108-2010-000011 y de los documentos otrosí nos. 2 y 3 de 2012 se deduce que la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C se obligó a transferir a título gratuito el lote de terreno en desarrollo del convenio de asociación celebrado entre las partes y los otrosí nos. 2 y 3 del 6 de diciembre de 2012.

#### **4. El recurso de apelación**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la Fundecavi y Malkún Zarur y Cía S en C interpusieron recurso de apelación (índice 2 SAMAI-ED\_79RECURSODEAPELACI.pdf), el cual fue concedido en auto del 12 de

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

diciembre de 2023 (índice 60 SAMAI primera instancia) y admitido por esta Corporación mediante proveído del 23 de febrero de 2024 (índice 6 SAMAI).

Los fundamentos del recurso de apelación son, en síntesis, los siguientes:

1) La sentencia es ilegal porque desconoce que el Departamento del Atlántico estaba impedido para declarar el incumplimiento de las demandantes por el hecho de haber vencido el plazo contractual en tanto que las potestades exorbitantes no pueden ejercerse al infinito, de conformidad con el principio general del derecho que determina que no hay pena que no prescriba.

2) La sentencia es violatoria de la ley, por cuanto desconoce que el Departamento del Atlántico transgredió los derechos constitucionales fundamentales de audiencia y de defensa de Fundecavi y de Malkún Zarur y Cía S en C, pues, el comportamiento de la entidad territorial estuvo encaminado a ocultar la actuación administrativa sancionatoria.

3) La providencia atacada es ilegal, debido a que desconoce que la Gobernación del Atlántico despojó de la propiedad privada a la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C mediante actuaciones “*injurídicas*” sin causa y objeto lícitos.

4) El fallo impugnado es manifiestamente inconstitucional en la medida en que aplica los otrosí nos. 2 y 3 de 2012, acuerdos contractuales que contienen fórmulas de imposible cumplimiento y que desconocen “*el mundo guiado por la lógica y el derecho*” (fl. 16 índice 2 SAMAI - ED\_79RECURSODEAPELACI.pdf).

## II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis del caso concreto, 3) conclusión y, 4) condena en costas.

### 1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Presentada la demanda de manera oportuna<sup>1</sup>, el centro de la controversia planteada consiste en determinar si los actos administrativos demandados son nulos por violación y desconocimiento de normas superiores y/o por haber sido expedidos con falta de competencia temporal o, por el contrario, si las resoluciones demandadas están ajustadas al ordenamiento jurídico, tal como lo concluyó el *a quo*, por no desvirtuarse la presunción de legalidad que las cobija.

La Sala confirmará la sentencia apelada porque, de un lado, la parte actora se limitó a reiterar los argumentos o cargos de nulidad expuestos en el escrito de demanda, sin indicar de manera específica los motivos de inconformidad con la sentencia de primera instancia, al grado tal que no controvertió el análisis ni la argumentación desarrollada por el *a quo*, sino que, se reitera, el apoderado judicial de la fundación y de la sociedad demandantes insistió en los planteamientos contenidos en el libelo petitorio de manera general, sin precisar o identificar objeciones concretas frente al fallo atacado, salvo algunos aspectos específicos que serán analizados por constituir un verdadero reproche frente a la decisión de primera instancia.

## 2. Análisis del caso concreto

1) El inciso primero del artículo 320 de la Ley 1564 de 2012 (CGP) prevé: ***“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*** (destaca la Sala); como se advierte, el legislador determinó, expresa y puntualmente, que la finalidad del recurso de apelación se circunscribiera a la revisión que hace el superior funcional en relación con los aspectos y reparos específicos esgrimidos por el apelante en contra de la providencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, reiterar los argumentos expuestos en la demanda para soportar afirmaciones tales como *“la sentencia de primera instancia es ilegal o la*

---

<sup>1</sup> La Resolución no. 002440 -mediante la cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución no. 00120 que declaró el incumplimiento de las demandantes- fue proferida el 30 de septiembre de 2019, por manera que la demanda se presentó de manera oportuna el 28 de julio de 2020 (2 SAMAI – archivo ED\_00DEMANDA\_FUNDECAVI.pdf), dentro del plazo previsto en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

sentencia de primera instancia es manifiestamente inconstitucional” riñe con la esencia y la finalidad de la mencionada disposición, en tanto que el objetivo fijado por el legislador es establecer una carga procesal<sup>2</sup> para la parte recurrente en el sentido de explicitar qué aspectos de la providencia impugnada son errados o equivocados.

2) Sobre este aspecto, es especialmente relevante advertir que, sobre esta materia, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-418 de 2019 discurrió de la siguiente manera<sup>3</sup>:

**“Particularmente, si la decisión inicial es correcta, la apelación no debe convertirse en el instrumento a través del cual se pretenda probar suerte ante el juez superior, sino que solo debería acudir a ella en aquellos supuestos en los que existan elementos sólidos que den cuenta de que el juzgador de primera instancia incurrió en una equivocación. Eso explica por qué se exige que la apelación deba ser sustentada. Porque para controvertir una decisión judicial y provocar la intervención del superior, con lo que eso implica en términos de desgaste del aparato judicial, y en merma de la seguridad jurídica, es preciso mostrar razones serias que generen en el fallador una cierta duda sobre el asunto recurrido, o, al menos, que se planteen de manera clara y argumentada las razones de la discrepancia”** (se destaca).

En esa precisa perspectiva, la Sala advierte que en este caso objeto de análisis la parte actora no identificó ni precisó los yerros, los argumentos, los razonamientos o al menos los párrafos de la sentencia de primera instancia sobre los cuales recaería el reproche o la censura del recurso; *contrario sensu*, el apoderado judicial de la parte demandante se limitó a afirmar, que la sentencia era ilegal e inconstitucional pero con apoyo en los mismos cargos de nulidad expuestos en la demanda, con lo cual se desconoce la finalidad y el objeto del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 320 del CGP.

La competencia del superior funcional o juez de segunda instancia está limitada a los aspectos y argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deban adoptarse de oficio, en los casos previstos en la ley

---

<sup>2</sup> “Las cargas procesales (...) solo surgen para las partes, nunca para el juez, y su no ejercicio acarrea consecuencias procesales desfavorables que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 46.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-418 de 2019, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

(artículo 328 CGP – v gr caducidad, indebida escogencia del medio de control, falta de legitimación en la causa, etc)<sup>4</sup>, ese es el marco de competencia y de acción del juez de la impugnación.

3) Adicionalmente, esta Corporación ha precisado que la carga de sustentación no se satisface con la simple manifestación genérica de disenso frente a la providencia apelada y, por el contrario, que el recurrente tiene la carga procesal de identificar los argumentos de censura en contra la decisión que se pretende controvertir, pues, por regla general, estos delimitan los temas objeto de control por parte del *ad quem*<sup>5</sup>.

4) De otra parte, si se admite que el apelante reitera, de manera abstracta o genérica, los cargos de nulidad desarrollados en la demanda -sin censura específica en contra del razonamiento contenido en la sentencia de primera instancia- se afecta el principio del efecto útil de las normas, según el cual *“debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias”*<sup>6</sup>.

En consecuencia, la interpretación que favorece el efecto útil del artículo 320 del CGP, así como también la finalidad del legislador (método hermenéutico finalístico) es la que propende porque se exija con el recurso de apelación unos reparos concretos y específicos en contra de la providencia de primera instancia, sin que sea permitido, simplemente, reiterar o insistir en el concepto de violación de la demanda, sin indicar, específicamente, los yerros de hecho, de derecho, procedimentales o de raciocinio en que incurrió el *a quo* al resolver los cargos de nulidad formulados.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 25 de junio de 2014, exp. 2012-00395 (IJ).

<sup>5</sup> Al respecto ver: *i*) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de enero de 2022, exp. 20005-23-26-000-2012-00402-01 (49.319), CP Alberto Montaña Plata; *ii*) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de diciembre de 2022, exp. 23001-23-31-000-2013-00042-02 (61.440), CP José Roberto Sáchica Méndez y, *iii*) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 8 de abril de 2022, exp. 05001-23-33-000-2021-00833-01(68.199), CP Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-569 de 2004, MP Rodrigo Uprimny Yepes (E).

5) Finalmente, es importante destacar que en reciente pronunciamiento del 12 de abril de 2024 esta Sala concluyó lo siguiente sobre el tema objeto de análisis<sup>7</sup>:

**“Así las cosas, la apelación únicamente hizo un recuento probatorio y una reproducción de las imputaciones hechas en la demanda lo cual no se opone a las razones que sustentaron la decisión de negar las pretensiones, pues, no se expuso ni se desarrolló ningún sustento fáctico, precepto normativo o planteamiento lógico que permita controvertir los extremos de ese análisis, la forma en que se hizo o las conclusiones a las que llegó y, la ausencia de contradicción obliga a confirmar el fallo apelado porque la Sala carece de razones para estudiar la decisión impugnada<sup>8</sup>.**

*En efecto, la posición unificada de la Sección Tercera<sup>9</sup> sobre la materia indica que el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión adoptada en primera instancia, razón por la cual no basta con la sola interposición del recurso, por cuanto es necesario señalar las razones que controvierten las conclusiones que sustentan la sentencia impugnada y es por ello que el artículo 320 del Código General del Proceso (CGP) prevé que el superior puede examinar ‘la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante’” (destaca la Sala).*

En síntesis, el artículo 320 del CGP, aplicable en virtud de la remisión normativa expresa contenida en el artículo 306 del CPACA, establece una carga procesal en cabeza de la parte recurrente en el sentido de exigir que se formulen reparos concretos y específicos en contra de la sentencia apelada, sin que la apelación implique resolver, nuevamente, todos los aspectos del litigio -salvo que apelen ambas partes de conformidad con el artículo 328 del CGP-, de modo que el juez de segunda instancia puede resolver sin limitaciones *“cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso”*.

Así las cosas, el hecho de que la parte actora hubiese “reiterado” o “replicado” los cargos de nulidad sin hacer una identificación de los yerros o reparos elevados en contra de la sentencia de primera instancia<sup>10</sup>, salvo la formulación de algunos calificativos o epítetos -sentencia ilegal, sentencia inconstitucional, etc- configura

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de abril de 2024, exp. 65.756.

<sup>8</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de agosto de 2022, exp. 59.465, CP Fredy Ibarra Martínez.

<sup>9</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, CP Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>10</sup> *“Principio de Sustentación. La sustentación exige al recurrente indicar razonadamente los cuestionamientos de índole jurídica o fáctica respecto de la decisión. Tiene por finalidad hacer un cuadro comparativo entre las razones aducidas por el fallador y las del recurrente, para demostrar el agravio, la lesión que esa decisión causa, o el denominado error in iudicando o in procedendo”* RICO Puerta, Luis Alonso *“Teoría General del Proceso”*, Ed. Tirant lo Blanch, Bogotá, 2019, pág. 828.

*Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)*  
*Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra*  
*Controversias contractuales*  
*Apelación de sentencia*

una la ausencia de razones de apelación, lo cual impide concluir algo distinto a lo expuesto y decidido por el *a quo*, dado que la carga argumentativa le correspondía al apelante y la Sala no puede suplirla oficiosamente.

5) No obstante lo anterior, esto es, a pesar de la generalidad y abstracción del recurso de apelación en tanto insistió en los cargos de nulidad de los actos acusados, la Sala advierte que existen algunos específicos reparos en el recurso de apelación respecto de la sentencia de primera instancia, los cuales se analizarán a continuación.

6) En efecto, en primer lugar, se sostiene que no es de recibo la argumentación de la providencia, por cuanto se sugiere que la gobernación del Atlántico se encontraba facultada para ejercer las facultades exorbitantes durante la etapa postcontractual, lo cual desconoce los precedentes jurisprudenciales que rigen la materia, dado que estas facultades no son ilimitadas, sino que están delimitadas por la vigencia del plazo de ejecución del contrato.

Sobre este reproche específico, no le asiste razón al extremo recurrente debido a que el tribunal de primera instancia, contrario a lo precisado en la impugnación, sí analizó ese aspecto de la controversia, tanto así que hizo una distinción entre la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato y la posibilidad que tiene la administración contratante para declarar el incumplimiento del negocio jurídico, pues, respecto de la primera la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera enfática que el límite temporal para su ejercicio es hasta el vencimiento del plazo de ejecución del contrato, mientras que frente a la segunda es perfectamente viable su ejercicio con posterioridad al vencimiento del plazo acordado en negocio jurídico y hasta el límite pactado para la liquidación del contrato, en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Sobre el particular, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación ha razonado de la siguiente manera<sup>11</sup>:

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente no. 15.024.

*“14.8 En ese orden de ideas, la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.*

*14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.*

*14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal<sup>18</sup> –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica”.*

De otra parte, en relación con la competencia temporal para declarar el incumplimiento del contrato, la jurisprudencia de la misma Corporación ha precisado sin ambages lo siguiente<sup>12</sup>:

*“Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato.*

---

<sup>12</sup> Sentencia de 29 de enero de 1988, expediente no. 3615. Criterio reiterado en múltiples decisiones de la Sección. Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 2013, expediente no. 24697, sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente no. 18.017, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente no. 17.031.

Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo motu proprio, etc., etc.

(...)

*Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.”*

(...)

*¿Pero qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo?*

*Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse la Administración que cumplió o se allanó a cumplir, a la decisión del Juez del contrato.*

***Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: en los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.***

*“(...) La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.*

*“Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.*

(...)

*Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.*

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
 Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra  
 Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

*En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste” (se destaca).*

En ese orden de ideas, no le asiste razón al apoderado judicial de la parte actora, pues, el marco normativo y jurisprudencial permite que se declare el incumplimiento del contrato luego del vencimiento del plazo contractual, sin que exista un término indefinido o “*hasta el infinito*” (pág 7 recurso), sino que el límite temporal será hasta antes de la liquidación del respectivo negocio jurídico.

7) Como segundo reproche, la parte actora aduce que la sentencia desconoció y pasó por alto el contenido y alcance del artículo 1602 del Código Civil dado que las partes acordaron que la no obtención del subsidio por parte del Ministerio Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial conllevaba a la terminación de la unión temporal, sin que acarreará incumplimiento para ninguna de las partes contratantes, con lo cual se impusieron consecuencias inconstitucionales, ilegales, ilógicas y de imposible cumplimiento.

En el acuerdo de unión temporal del 25 de noviembre de 2009 celebrado entre el Departamento del Atlántico, Fundecavi y la sociedad Malkún Zarur y Cía S en C, estas dos últimas asumieron las siguientes obligaciones:

**7.2. POR PARTE DE MALKÚN ZARUR Y CIA S. EN C.:**

*7.2.1. Aportar el lote de terreno debidamente saneado y libre de todo embargo, anticresis, cláusulas condicionantes, ninguna limitación al dominio que como propietario ejerce sobre el lote de mayor extensión distinguido con la matrícula inmobiliaria no. 040-0005060 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla (...).*

**7.3. POR PARTE DE FUNDECAVI:**

*7.3.1. Gestionar, recaudar, administrar los recursos aportados para el programa de vivienda de interés social ‘La Primavera’ en el municipio de Palmar de Varela. 7.3.2. Gestionar los subsidios y realizar todos los requerimientos establecidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para el desembolso de los recursos de manera oportuna (...)<sup>13</sup>.*

Ahora bien, el 6 de diciembre de 2012 las partes celebraron el otrosí no. 3 en el cual convinieron lo siguiente:

---

<sup>13</sup> Índice 2 SAMAI- ACUERDO\_UNION TEMPORAL LA PRIMAVERA\_25-11-2009

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)

Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

**“CLÁUSULA PRIMERA. ADICIONAR EL NUMERAL 7 DEL ACUERDO DE UNIÓN TEMPORAL, MODIFICADO MEDIANTE EL NUMERAL 6 DEL OTROSÍ No. 002 LOS PARÁGRAFOS QUE A CONTINUACIÓN SE DESCRIBEN:**

**PARÁGRAFO PRIMERO:** MALKÚN ZARUR Y CIA S. EN C. constituirá un patrimonio autónomo, mediante la suscripción de un contrato de fiducia, al cual esta transferirá el inmueble o lote aportado para la realización del proyecto, estando obligada a escriturar a nombre de cada uno de los beneficiarios el lote de terreno que les corresponda, en caso de cumplirse con el objeto del presente acuerdo de unión temporal.

**PARÁGRAFO CUARTO:** la celebración del contrato de fiducia y la transferencia al patrimonio autónomo del lote destinado para la realización del proyecto, deberá realizarse por MALKÚN ZARUR Y CIA S. EN C. dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la suscripción del presente otrosí.

**PARÁGRAFO QUINTO:** los recursos aportados por EL DEPARTAMENTO, deberán ser invertidos única y exclusivamente en la dotación de los servicios públicos domiciliarios básicos al programa de interés social denominado ‘Urbanización La Primavera’ en el municipio de Palmar de Varela – Atlántico.

**CLÁUSULA SEGUNDA. ADICIONAR AL ACUERDO DE UNIÓN TEMPORAL Y A LOS OTROSÍES Nos. 001 y 002 de 2011, EL SIGUIENTE NUMERAL: LA FUNDACIÓN tendrá un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la firma del presente otrosí para la gestión y obtención de la asignación de los subsidios a las familias que se postularán dentro del proyecto.**

**PARÁGRAFO PRIMERO:** en todo caso, si LA FUNDACIÓN no logra presentar al DEPARTAMENTO dentro del plazo previsto en la cláusula segunda de este documento el acto administrativo y/o el documento expedido por la entidad competente donde se disponga la asignación de los subsidios a las familias que se postularán dentro del proyecto, EL DEPARTAMENTO podrá terminarlo, para lo cual solo será necesario una comunicación por escrito del DEPARTAMENTO dirigida a LA FUNDACIÓN informando lo anterior.

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** en caso de que haya lugar a la terminación del convenio en los términos descritos en el párrafo precedente, las partes procederán a liquidar el presente acuerdo en el estado en que se encuentre, disponiendo para tal efecto del término de treinta (30) días calendario, en caso de que no se llegare a acuerdo alguno, EL DEPARTAMENTO estará facultado para liquidarlo unilateralmente. No obstante lo anterior, MALKÚN ZARUR Y CIA S. EN C. deberá liquidar el contrato de fiducia y procederá a ceder gratuitamente a favor de EL DEPARTAMENTO el lote destinado para la realización del proyecto, para que el mismo sea incorporado al banco de predios del DEPARTAMENTO, para la solución del déficit de vivienda”.

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

De otra parte, en el párrafo segundo de la cláusula cuarta del convenio no. 0108\*2010\*000011 celebrado entre el Departamento del Atlántico y Fundecavi se pactó<sup>14</sup>:

*“EL DEPARTAMENTO hará efectiva la garantía de cumplimiento declarando el siniestro correspondiente, si en un lapso máximo de la vigencia del convenio, LA FUNDACION, no realiza las gestiones conducentes a la obtención de los subsidios como son:...b) Realizar la postulación de los beneficiarios del proyecto, cumpliendo con las normas vigentes en la materia, que los haga acreedores del subsidio familiar de vivienda”.*

En relación con las obligaciones vertidas en los mencionados documentos contractuales, el tribunal de primera instancia concluyó lo siguiente:

*“Las precitadas cláusulas permiten deducir que es a título gratuito que se daría la cesión del lote de terreno al que se comprometió MALKUN ZARUR aportar al contrato administrativo, sin que se deba efectuar reconocimiento alguno como puede mal entenderse, a favor de FUNDECAVI, puesto que esa condición surgía como se revela del Otrosí No. 002 del 06-12-2012 en el evento de materializarse la construcción y ejecución de los subsidios de vivienda de interés social, precisamente para que se invirtieran en estudios, pólizas, derechos de impuestos, licencias y otros documentos, pero no habiéndose alcanzado ese objetivo, queda declinado que el Dpto. Del Atlántico deba hacer reconocimiento a FUNDECAVI o a MALKUN ZARUR Y CIA S. EN C.” (página 66 índice 2 SAMAI – archivo ED\_77SENTENCIA1RAINST.pdf)*

En ese orden de ideas, el tribunal de primera instancia no desconoció el contenido del artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, en tanto que las consecuencias del incumplimiento en la consecución u obtención de los subsidios eran la terminación inmediata del negocio de unión temporal, la posibilidad de declarar el incumplimiento, declarar el siniestro y, finalmente, la transferencia del inmueble cedido al patrimonio autónomo a título gratuito por parte de la sociedad Malkún Zarur y Cia S en C en favor del Departamento del Atlántico, sin que ninguna de estas consecuencias pueda ser catalogada como inconstitucional, ilegal, expropiatoria y mucho menos confiscatoria, debido a que las mismas son producto del principio de la autonomía de la voluntad y no riñen o pugnan con el ordenamiento jurídico superior, por cuanto se derivan del libre consentimiento de las partes, en los precisos términos previstos en el referido artículo 1602 del Código Civil.

---

<sup>14</sup> *Ibidem.*

Las mencionadas consecuencias tampoco riñen con los postulados de la lógica formal ni son de imposible cumplimiento, porque se derivan precisamente del incumplimiento atribuible a Fundecavi y son producto de la autonomía de la voluntad, además son posibles tanto física como jurídicamente, ya que en modo alguno contienen objeto o causa ilícita.

8) Finalmente, sostienen las demandantes que la sentencia es ilegal porque desconoció una realidad incontrastable, por el hecho de que el departamento adelantó la actuación administrativa contractual de manera clandestina.

La Sala advierte que este reproche constituye una simple reiteración de uno de los cargos de nulidad formulados en contra de los actos administrativos demandados, esto es, la violación de los derechos constitucionales del debido proceso y de defensa.

Contrario a lo afirmado por las recurrentes, la sentencia de primera instancia hizo un análisis extenso, juicioso y riguroso frente a la supuesta transgresión de los mencionados derechos constitucionales de la fundación y la sociedad demandantes, para concluir que en modo alguno fueron vulnerados con la actuación adelantada por la entidad territorial demandada.

Además, si bien existió un trámite de acción de tutela, tal como se afirmó en los hechos de la demanda, lo cierto es que, mediante sentencia del 20 de abril de 2020, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla revocó la sentencia de primera instancia y negó el amparo solicitado con apoyo en el siguiente razonamiento<sup>15</sup>:

*“Del análisis del material probatorio presentado por la accionada al momento de la contestación de los hechos de la tutela también observa el Despacho que las accionantes se hicieron parte del trámite administrativo sancionatorio interponiendo recurso de reposición en contra de la Resolución no. 001201 de agosto 26 de 2019 que declaró el incumplimiento del Contrato de Unión Temporal suscrito entre el departamento del Atlántico y (...) y el incumplimiento del Convenio de Asociación no. 0108-2010-000011.*

*Igualmente aportaron la Resolución no. 000865 del 13 de junio de 2019, mediante la cual se resuelve la solicitud de nulidad presentada por la*

---

<sup>15</sup> Índice 2 SAMAI - TUTELA (IMPUGNACION) DEBIDO PROCESO - IGUALDAD – PROPIEDAD PRIVADA Vs GOBERNACION DEL ATLANTICO Y OTROS.

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

*Fundecavi el día 31 de mayo de 2019, declarando la improcedencia de la misma.*

*Con lo anterior queda demostrado que Fundecavi y la sociedad (...) tenían conocimiento del trámite administrativo sancionatorio llevado a cabo por la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Atlántico, y en consecuencia comoquiera que se agotó la vía gubernativa, mal puede acudir a la acción constitucional para ventilar un tema que es del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...).*

Igualmente, el tribunal de primera instancia valoró el material probatorio y las notificaciones realizadas a Fundecavi y Malkún Zarur y Cia S en C, para concluir que el cargo de nulidad no prosperaba por los siguientes motivos:

*“Deviene caprichoso que este cargo haya sido formulado en esta demanda cuando fue vencido dentro de la misma actuación administrativa tras resolverse la solicitud de nulidad deprecada; además, que en sede de tutela proferida el 20-04-2020 como se ilustró; aunado, no pudiendo ser de recibo que se surtieran las notificaciones a los buzones electrónicos de FUNDECAVI y MALKUN ZARUR Y CIA S. EN C. por dejándose válido que las citaciones se hayan efectuado en las direcciones físicas para notificaciones judiciales registradas en los certificados de existencia y representación de las demandantes, quienes a su vez habían renovado su registro de matrícula mercantil con fecha reciente a la apertura del proceso sancionatorio, 2019 para el caso de FUNDECAVI y 2016 para MALKUN ZARUR Y CIA S. EN C.; y, direcciones físicas para efectos de notificación, que como es en el caso de FUNDECAVI, coincide (Cra. 20 No. 68 – 16 PI 2 de Barranquilla) con los memoriales previos – de manifestación de buzones electrónicos para fines de notificación de 06-05-2019 y nueva fecha para celebración de audiencia de 07-05- 2019 - a la celebración de la audiencia de 29 de mayo de 2019, radicados ante la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación del Atlántico, no explicándose esta judicatura cómo entonces a la empresa de correspondencia Servientrega le eran devueltas las guías por presuntamente estar desocupado el inmueble, si iban dirigidas a la misma dirección que reportaba en dichos memoriales la parte demandante, previos a la audiencia del 29-05-2019; debiéndose agregar lo extractado de la audiencia del 29 de mayo de 2019 en que se develó: ‘...y enviado por el servicio de oficios judiciales de SERVIENTREGA, guía No. 995111116 al señor ORLANDO MALKÚN ABUD y con constancia de devolución No. 1254299 donde se deja nota: Dijo ser la persona a notificar pero se negó a recibir” (pág 24 y 25 – índice 2 SAMAI - archivo ED\_77SENTENCIA1RAINST.pdf).*

En esa perspectiva, la Sala advierte que el a quo no avaló una conducta dolosa o clandestina de la entidad demandada; contrario sensu, quedó establecido que las notificaciones se surtieron en las direcciones señaladas en los certificados de existencia y representación legal -recientemente actualizados-, sin que se pudieran adelantar de manera electrónica debido que no se había autorizado ese tipo de notificación por parte de las demandantes, motivo por el cual no es posible sostener que se vulneraron los derechos de contradicción, de defensa y al debido proceso

de las actoras, por cuanto, se insiste, las notificaciones fueron efectuadas de manera válida, tanto así que una persona se “negó a recibir” la correspondiente notificación.

Es especialmente relevante advertir que no existen motivos o razones adicionales que permitan concluir algo distinto a lo puntualizado por el tribunal de primera instancia, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

### **3. Conclusión**

La Sala confirmará la sentencia apelada que negó las súplicas de la demanda, debido a que la parte actora no presentó reparos concretos en contra del fallo de primera instancia y, por el contrario, se limitó a insistir y replantear de manera general en los cargos de nulidad (concepto de la violación) contenidos en el escrito de la demanda, lo cual contraviene el contenido y la finalidad del artículo 320 de la Ley 1564 de 2012 (CGP), aplicable a la controversia.

Adicionalmente, los escasos reparos que elevó en contra de la sentencia de primera instancia no están acreditados o demostrados, por el hecho de que no se estableció que (i) los actos administrativos demandados hubiesen sido proferidos por fuera del límite temporal; (ii) que las consecuencias acordadas en los documentos contractuales fueran inconstitucionales, ilegales, ilógicas o de imposible cumplimiento y, (iii) que la entidad territorial hubiera transgredido los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso, de defensa y de contradicción.

### **4. Condena en costas**

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 3) del CGP, como se desestimó el recurso de apelación de la parte demandante esta asumirá las costas procesales de la segunda instancia en favor del Departamento del Atlántico, las cuales deberán ser liquidadas en forma concentrada por el tribunal de primera instancia en los precisos términos de los artículos 365 y 366 del CGP, incluidas las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Expediente: 08001-23-33-000-2020-00410-01 (70.836)  
Actor: Malkún Zarur y Cía S en C y otra  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

### FALLA:

**1º) Confírmase** la sentencia del 20 de octubre de 2023 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**2º) Condénase** en costas de la segunda instancia a la parte actora -de manera proporcional para cada demandante- en favor del Departamento del Atlántico, **tásense** de manera concentrada por el tribunal de primera instancia.

**3º)** Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
**Magistrado**  
**Presidente de la Sala**

(Firmado electrónicamente)  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**

(Firmado electrónicamente)  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
**Magistrado**  
**Aclara el voto**

*Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*