

TOMO
1101

TOMO
311

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

Consejera Ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., trece de (13) de noviembre de dos mil catorce (2014) ✓

Radicación n.º: 2500023260002000029701 (28042) ✓

Actor: INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA Y OTROS

Demandado: FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL FAVIDI

Naturaleza: Acción contractual

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las súplicas de las demanda acumuladas instauradas por la sociedad demandante y la aseguradora Colseguros S.A.

I. ANTECEDENTES

El 16 de diciembre de 1999, la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA¹, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI para que se declare la nulidad de las resoluciones n.º 273 de 7 de julio y 338 del 19 de agosto de 1999, que declararon la caducidad del contrato de transacción suscrito con la demandante, al tiempo para que se

¹ Obra el certificado de existencia y representación de la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA el cual da cuenta que se encuentra en proceso de liquidación obligatoria -folio 3 del cuaderno principal-. Igualmente, el 16 de noviembre de 1999, el señor GERMÁN GONZÁLEZ CAJIAO toma posesión como LIQUIDADOR de la Sociedad demandante -folio 2 del cuaderno principal-.

reconozcan los perjuicios causados con la terminación del contrato -folio 8 del cuaderno principal-.

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1. LA DEMANDA

Conforme al texto de la demanda se pretenden las siguientes declaraciones y condenas:

***PRIMERA.-** Que se declare la nulidad de la Resolución n.º 273 del día 7 de julio de 1999, por medio de la cual el (sic) FAVIDI declaró la caducidad administrativa del Contrato de Transacción celebrado entre dicha entidad y GOMEGA y de la Resolución No. 338 del día 19 de Agosto de 1999, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por GOMEGA contra la mencionada Resolución No. 273 de 1999.*

***SEGUNDA.-** Que a título de restablecimiento del derecho, se disponga, como consecuencia de la anterior declaración, la indemnización de los perjuicios de todo orden, que lo ordenado en las Resoluciones No. 273 y 338 de 1999 le ha causado a mi poderdante.*

***TERCERA.-** Que las anteriores sumas sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.*

***CUARTA.-** Que se condene al (sic) FAVIDI al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.*

***QUINTA.-** Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código de Contenciosos Administrativo.*

***SEXTA.-** Que para el caso en que el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI no diere cumplimiento inmediato a la sentencia que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en los artículos 177 del C.G.A.*

Para el efecto la actora puso de presente los siguientes hechos:

1º. El 16 de octubre de 1998, la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA y el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI suscribieron el contrato de transacción para

PRIMERA.- Que es nula la **resolución No. 273 del 7 de julio de 1999** expedida por el señor Gerente General del **FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI"**, por virtud de la cual se declaró la Caducidad Administrativa de un Contrato de Transacción suscrito el 16 de octubre de 1998 entre esa dependencia y la sociedad **INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.**

SEGUNDA.- Que así mismo es nula la **resolución No. 338 del 19 de Agosto de 1999**, emanada de la misma Gerencia General de **FAVIDI**, que al resolver el recurso de reposición por mi mandante, confirmó en todas sus partes la resolución 273 del 7 de julio de 1999.

TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare que no es exigible la póliza de Cumplimiento No. 724007859 expedida por mi mandante, **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, como garante que fue del contrato de transacción mencionado.

CUARTA: Que en subsidio de lo anterior y para el caso de que, con anterioridad a la sentencia que ponga fin a este proceso **FAVIDI** haya hecho efectiva la garantía, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se condene a esa entidad a devolverle a **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, cualquier suma que esta hubiere sido constreñida a pagar por concepto de la garantía prestada para el contrato de transacción al que se ha hecho mención.

QUINTA.- Que en el evento a que se refiere la petición que antecede, se condene a **FAVIDI** a reconocer y pagar a mi mandante el valor correspondiente a los intereses comerciales que las sumas cobradas por concepto de la póliza habrán producido a **COLSEGUROS S.A.**, desde el momento en que ellas se hayan pagado o paguen a **FAVIDI** y hasta cuando se haga efectiva la restitución o el pago a mi mandante.

Para la prosperidad de sus pretensiones puso de presente los siguientes hechos:

1.- El 18 de octubre de 1995, entre el **FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI** y la sociedad **INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA** se celebró un contrato de obra para la construcción de dos mil soluciones de vivienda de interés social, denominada urbanización "Riviera de Occidente", el cual fue adicionado en otras mil soluciones de vivienda.

2.- Las partes tuvieron diferencias en torno del cumplimiento del contrato, al punto que el contratista solicitó ante la jurisdicción contenciosa declarar el incumplimiento de la entidad pública. El proceso se tramitó en el Tribunal

características y acabados de los inmuebles. Por su parte, FAVIDI apropió los recursos mediante reserva presupuestal, en cada vigencia fiscal, para financiar el proyecto a través de un encargo fiduciario conforme lo previsto en el Decreto 1421 de 1993.

3.5. Es por eso que el 25 de octubre de 1993, FAVIDI suscribió contrato de encargo fiduciario con la sociedad Fiduciaria Tequendama S.A., obligada a suministrar al Constructor los recursos necesarios para atender el flujo de fondos requerido en el programa de vivienda.

3.6. Mediante comunicación de 13 de abril de 1994, el Alcalde Mayor de Bogotá instruyó a FAVIDI para ampliar el convenio en mil (1.000) viviendas más, por lo que el 22 de abril del mismo año, suscribió otro convenio adicional con COMPENSAR y a continuación, el 18 de mayo de 1994 la demandada suscribió el correspondiente contrato con la sociedad Fiduciaria Tequendama S.A., para suministrar los recursos correspondientes a las mil (1.000) viviendas adicionales, por valor de \$4.911'600.000,00.

3.7. FAVIDI incumplió el contrato. Esto fue así porque no promovió la venta de las unidades de vivienda y no giró los recursos respectivos al fondo fiduciario, por lo que la demandante inició la respectiva acción contractual.

3.8. Aunado a lo anterior, mediante resolución n. 273 de 7 de julio de 1999, FAVIDI declaró la caducidad del contrato y a su turno, mantuvo la decisión en los términos de la resolución n.º 338 de 19 de agosto de 1999.

3.9. Los actos demandados le han generado a la sociedad GOMEGA LTDA perjuicios de toda índole, al punto de entrar en proceso de liquidación.

En proceso separado, el 10 de diciembre de 1999, la Aseguradora Colseguros S.A., mediante apoderado judicial, solicitó declarar la nulidad de los actos demandados—folio 6 del cuaderno n.º 2-. La demanda fue corregida para poner de presente que se instauró la acción de controversias contractuales —folio 21 del cuaderno n.º 2-. Se pretende:

PRIMERA.- Que es nula la **resolución No. 273 del 7 de julio de 1999** expedida por el señor Gerente General del **FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI"**, por virtud de la cual se declaró la Caducidad Administrativa de un Contrato de Transacción suscrito el 16 de octubre de 1998 entre esa dependencia y la sociedad **INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.**

SEGUNDA.- Que así mismo es nula la **resolución No. 338 del 19 de Agosto de 1999**, emanada de la misma Gerencia General de **FAVIDI**, que al resolver el recurso de reposición por mí mandante, confirmó en todas sus partes la resolución 273 del 7 de julio de 1999.

TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare que no es exigible la póliza de Cumplimiento No. 724007859 expedida por mí mandante, **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, como garante que fue del contrato de transacción mencionado.

CUARTA: Que en subsidio de lo anterior y para el caso de que, con anterioridad a la sentencia que ponga fin a este proceso **FAVIDI** haya hecho efectiva la garantía, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se condene a esa entidad a devolverle a **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, cualquier suma que esta hubiere sido constreñida a pagar por concepto de la garantía prestada para el contrato de transacción al que se ha hecho mención.

QUINTA.- Que en el evento a que se refiere la petición que antecede, se condene a **FAVIDI** a reconocer y pagar a mí mandante el valor correspondiente a los intereses comerciales que las sumas cobradas por concepto de la póliza habrán producido a **COLSEGUROS S.A.**, desde el momento en que ellas se hayan pagado o paguen a **FAVIDI** y hasta cuando se haga efectiva la restitución o el pago a mí mandante.

Para la prosperidad de sus pretensiones puso de presente los siguientes hechos:

1.- El 18 de octubre de 1995, entre el **FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI** y la sociedad **INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA** se celebró un contrato de obra para la construcción de dos mil soluciones de vivienda de interés social, denominada urbanización "Riveras de Occidente", el cual fue adicionado en otras mil soluciones de vivienda.

2.- Las partes tuvieron diferencias en torno del cumplimiento del contrato, al punto que el contratista solicitó ante la jurisdicción contenciosa declarar el incumplimiento de la entidad pública. El proceso se tramitó en el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca y terminó por transacción. Las partes llegaron al siguiente acuerdo:

FAVIDI se comprometió a pagar a GOMEGA la suma de QUINCE MIL DOSCIENTOS TREINTA MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$15.231'744.000,00), como precio total de 528 unidades de vivienda de interés social, tipo bifamiliar, localizadas en el sitio "Las Riveras de Occidente". En esas condiciones, el precio de cada unidad de vivienda se convino en la cantidad de VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$28'840.000,00).

Por su parte, INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, se comprometió a entregar a FAVIDI las 528 Unidades de Vivienda en "las oportunidades señaladas en el anexo No. 4".

En dicho contrato de transacción no se pactó la de caducidad ni ninguna otra cláusula exorbitante de las que la ley autoriza convenir en los contratos Estatales.

*Para garantizar dicho contrato de transacción mi mandante, **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, expidió el 15 de octubre de 1998 una póliza de Seguro de Cumplimiento que se distinguió con el Número 724007859, y que amparó la buena inversión del anticipo hasta por un valor de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000'000.000,00) y el cumplimiento del contrato hasta por un valor de MIL QUINIENTOS VEINTITRES MILLONES CIANTO SETENTA Y CUATRO MIL CIATROCIENTOS PESOS (1.523'174.400,00).*

3.- Para el mes de julio de 1999, en lo que tiene que ver con la construcción, el contrato se encontraba ejecutado en un 93.13% y en un 92.30% en lo que hacía referencia a la obras de urbanismo, en promedio, el contrato de Transacción se había ejecutado en un 92.95%.

4.- Para FAVIDI el contrato de transacción correspondía a un contrato Estatal atípico que incorporaba uno de obra, por lo que entendió incluida por mandato legal la cláusula de caducidad y procedió a declararla a través de la resolución n.º 273 de 7 de julio de 1999, al tiempo que dispuso hacer exigible la Póliza de cumplimiento n.º 724007859 expedida por ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

5.-La compañía de seguros interpuso recurso de reposición, decidido de manera desfavorable, mediante la resolución 338 del 19 de agosto de 1999.

6.- El 28 de diciembre de 1999, FAVIDI resolvió liquidar unilateralmente el contrato de transacción, mediante la resolución n.º 589, fundada en la declaratoria de caducidad y hacer exigible la póliza de cumplimiento n.º 724007859, expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. por valor de MIL QUINIENTOS VEINTITRES MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS. En ese orden sostuvo:

"Las resoluciones que declararon la caducidad –las cuales está estudiando su validez este tribunal- lo hicieron frente a un contrato de transacción y para este tipo de contratos la Ley 80 de 1993 no prevé que se pueda incluir la caducidad ni encontrarla incorporada por ministerio de la ley. La mencionada cláusula solo puede entenderse incluida en los casos que señala el numeral 2º del artículo 14, en los demás casos debe incluirse expresamente como en el contrato de suministro y el de prestación de servicios como ya se explicó.

La razón aludida por FAVIDI para entender incluida la cláusula de caducidad en el contrato de transacción, estriba en haber considerado que este es un contrato atípico o innominado de la administración y que, en esa condición, es una mezcla de diferentes contratos, incluido el de obra, por lo que en él se deben entender incluidas cláusulas excepcionales a las que se refiere el inciso final del artículo 14 de la Ley 80 de 1993".

(...)

En conclusión al haber declarado la caducidad sin posibilidad de hacerlo, el Gerente General de FAVIDI incurrió en claro abuso de poder que es una de las causales de nulidad de los actos administrativos como la violación directa del artículo 13 y 14 de la Ley 80 de 1993".

1.2. INTERVENCIÓN PASIVA

1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 25 de febrero de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda –folio 29 del cuaderno principal-. Por su parte, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital se opuso a las pretensiones –folio 40 del cuaderno principal-, fundado en que: i) la decisión de declarar la caducidad del contrato no fue sorpresiva, si se considera que mediante comunicación de 25 de junio de 1999, requirió el demandante para que expusiera las razones de su incumplimiento; ii) las explicaciones brindadas no fueron satisfactorias y en este orden no resulta aceptable que el demandante pretenda trasladar a FAVIDI cualquier responsabilidad; iii) la declaratoria de caducidad no

desconoce la cosa juzgada relacionada con la aprobación de la transacción; iv) aunque el 16 de octubre de 1998, las partes suscribieron el contrato de transacción a través del cual pusieron fin a sus diferencias respecto del programa de vivienda "Riveras de Occidente" y el 21 de enero de 1999 fue aprobado por el Tribunal; también lo es que ambos extremos convinieron que "FAVIDI le pagaría a GOMEGA el precio correspondiente a 528 unidades de vivienda de interés social, al tiempo que el mismo número se construiría por el demandante en diez manzanas de terreno donde se adelantaba el programa, viviendas que deberían cumplir con unas características generales y otras específicas solicitadas por la entidad distrital", lo que no fue cumplido por la demandante; v) el acuerdo de 16 de octubre de 1998, además de contener elementos del contrato de transacción, en cuanto las partes dieron por terminado el proceso contencioso administrativo, contiene nuevas obligaciones como que el contratista debía ejecutar obras relacionadas con la construcción de 528 viviendas y, es sobre esta obligación que recayó la caducidad; vi) FAVIDI nunca se comprometió a vender las viviendas bifamiliares, solo a promocionar su venta; vii) la demandada no asumió ninguna obligación de tipo presupuestal y viii) aunque la entidad Distrital suscribió con la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A. un contrato de encargo fiduciario, con el fin de que recursos por la suma de \$7.685'640.000,00 fueran administrados en un portafolio especial independiente, no es cierto que se hubiera comprometido a través de este convenio a suministrar al constructor los recursos necesarios para atender el flujo de fondos requerido en el programa de viviendas mencionado.

En ese orden, concluyó la caducidad recayó sobre las obligaciones adquiridas en el contrato de transacción, que tenían que ver con la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar, al margen de la transacción en si misma considerada. Es de notar que la construcción de las viviendas es un verdadero contrato de obra, como se puso de presenten en la resolución n.º 273 de 1999 y que, en consecuencia la caducidad tuvo que ver con su incumplimiento. Sumado a lo anterior, la declaratoria de caducidad no consideró la incapacidad financiera del

contralista o lo que es lo mismo el trámite concordatario, adelantado por dicha sociedad, sino que se limitó a declarar el incumplimiento grave del GÓMEGA LTDA que amenazó la paralización del contrato.

Igualmente, FAVIDI se opuso a la demanda presentada por la Aseguradora Colseguros S.A. –folio 23 del cuaderno n.º 2-. Aclaró que no corresponde a la verdad de los hechos que, el 25 de octubre de 1993, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital– FAVIDI y la Sociedad Inversiones y Construcciones GÓMEGA LTDA suscribieran el contrato de obra y que este fuera adicionado “el día 22 de abril de 1994”; pues en realidad el convenio lo suscribió con la Caja de Compensación Familiar–COMPENSAR, cuyo objeto tenía que ver con “promover entre los funcionarios del Distrito afiliados a COMPENSAR dos mil (2.000) soluciones de Vivienda de Interés Social y el 22 de abril de 1994 fueron adicionadas mil (1000) viviendas más.

Lo anterior, sin perjuicio de que, el 16 de octubre de 1998, FAVIDI y GÓMEGA LTDA suscribieran un contrato de obra para la construcción de 528 viviendas de interés social que serían pagadas a un precio determinado por la contratante, aunado a que ambos extremos en el mismo convenio transaron sus diferencias.

Ahora, aunque las partes no pactaron la cláusula de caducidad, ello no significa que el uso de la misma estuviese restringido, pues de una parte para el efecto basta que se presenten las circunstancias de que trata el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 14 del mismo estatuto, las cláusulas excepcionales al derecho común “se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente”, como ocurre en el contrato de obra. Es por eso que, mediante resolución n.º 273 de 7 de julio de 1999, FAVIDI señaló que si bien el contrato celebrado entre aquel y GÓMEGA, en principio, correspondía a un contrato de transacción, mediante el cual las partes consiguieron poner fin al litigio existente entre las mismas, no era menos cierto que las estipulaciones contenidas fueron más allá y, por tanto, era clara la celebración de un contrato de obra teniendo en cuenta su naturaleza.

En este panorama, no es cierto que se haya declarado la caducidad del contrato de transacción, como lo afirma el demandante, sino que, únicamente se persiguió dar por terminado, el contrato de obra consistente en la construcción de las 528 unidades de vivienda de interés social a la que se obligó GOMEGA, ante el grave incumplimiento de la contratista que amenazó con paralizar el contrato.

1.3 INTERVENCIÓN DE TERCEROS

1.3.1. COADYUVANTE

Encontrándose el proceso en etapa probatoria, mediante escrito de 12 de octubre de 2000, la Aseguradora Colseguros S.A. coadyuvó a la presentación de la demanda –folio 187 del cuaderno principal-, esto es hizo suyas las pretensiones ya formuladas, al igual que los argumentos de hecho y de derecho invocados en el libelo por la sociedad actora.

Adicionalmente, en escrito separado, la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. describió el traslado de las excepciones –folio 73 del cuaderno principal-. Sostuvo que FAVIDI no podía declarar la caducidad del contrato de transacción, en cuanto este se rige por el derecho privado y no correspondía a un contrato estatal de aquellos que pueda incluirse cláusulas exorbitantes como ocurre en los contratos de suministro y prestación de servicios, de modo que, siendo extrañas las cláusulas exorbitantes en los contratos de derecho privado, la administración no podía imponerlas, en cuanto no está facultada por la Ley.

Las resoluciones que declararon la caducidad –las cuales está estudiando su validez este tribunal– lo hicieron frente a un contrato de transacción y para este tipo de contratos la Ley 80 de 1993 no prevé que se pueda incluir la caducidad ni encontrarla incorporada por ministerio de la ley. La mencionada cláusula solo puede entenderse incluida en los casos que señala el numeral 2º del artículo 14, en los demás casos debe incluirse expresamente como en el contrato de suministro y el de prestación de servicios como ya se explicó.

La razón aludida por FAVIDI para entender incluida la cláusula de caducidad en el contrato de transacción, estriba en haber considerado que éste es un

contrato atípico o innominado de la administración y que, en esa condición, es una mezcla de diferentes contratos, incluido el de obra, por lo que en él, se deben entender incluidas cláusulas excepcionales a las que se refiere el inciso final del artículo 14 de la ley 80 de 1993.

El contrato de transacción se encuentra reglamentado en el artículo 2469 del Código Civil, por esta razón no es uno de los contratos que puedan entenderse como atípico.

A juicio del coadyuvante, la demandada incurrió en abuso de poder, si se considera que declaró la caducidad de un contrato que se rige por el derecho privado.

1.4. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Mediante auto de 15 de noviembre de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la acumulación del proceso 20000091, demandante ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. al 20000297, demandante INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, instaurados contra el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital-FAVIDI –folio 308 del cuaderno principal-, por reunir los presupuestos para ello.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.5.1. PARTE DEMANDANTE

La sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA solicitó acceder a las pretensiones de la demanda –folio 400 del cuaderno principal-. A su juicio la demandada no tenía competencia para declarar la caducidad en el ámbito del contrato de transacción, pues la naturaleza de la relación no permite a las partes ejercer poderes exorbitantes, esto es FAVIDI no podía actuar como si estuviera en presencia de un contrato de obra pública, desconociendo y violando el contrato de transacción, suscrito para poner fin a controversias surgidas por anteriores incumplimientos de su parte. En efecto, en el ámbito de la transacción no tenía cabida la modificación, interpretación o terminación unilateral y mucho menos la declaratoria de caducidad del contrato.

En términos similares, Aseguradora Colseguros S.A. coadyuvó la pretensión –folio 402 del cuaderno principal-, fundada en que no le resultan aplicables las denominadas cláusulas exorbitantes al contrato de transacción, por lo que es claro que la entidad demandada, a través de su representante legal, incurrió en abuso de poder y desconocimiento de los artículos 13 y 14 de la Ley 80 de 1993, en cuanto no se encontraba facultada para sancionarlo y basta revisar el contenido obligacional del contrato para concluir que se limitó a una transacción donde las partes convinieron en no iniciar acción contenciosa alguna. Ahora, en lo que tiene que ver con las obligaciones allí convenidas manifestó:

Dentro de las condiciones recíprocas pactadas por las partes se estipuló que GOMEGA estaría obligado a transmitir el dominio de unas casas a FAVIDI o a las personas que este indicara y no la de construirias, lo que marca una diferencia entre el contrato celebrado y el de construcción de obra en que las obligaciones del contratista son por definición de hacer y no de dar que es a lo cual se obligó GOMEGA.

VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1542 DEL CÓDIGO CIVIL

Tal como se había anunciado en la parte motiva de la demanda y teniendo en cuenta que no se demostró el cumplimiento de la condición de demostrar a la largo del proceso que FAVIDI sufriría perjuicio alguno con el supuesto incumplimiento contractual por parte de GOMEGA, puesto que: 1. La totalidad del anticipo fue invertido por parte de GOMEGA y 2. El patrimonio de FAVIDI no sufrió mengua con el presunto incumplimiento, puede concluirse que en los términos del artículo 1542 "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verifica la condición totalmente".

1.5.2. PARTE DEMANDADA

Por su parte, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital –FAVIDI- insistió en las razones de su defensa –folio 412 del cuaderno principal-. A su parecer, en el contrato se encuentra plasmada la manifestación de voluntad de las partes de dar por terminado el litigio, entonces existente, mediante concesiones mutuas, aspecto este en que la entidad convino, y respecto del cual no declaró la caducidad. No obstante, en la misma oportunidad las partes acordaron que FAVIDI efectuaría un pago a Gomega Ltda por la

construcción de 523 unidades de vivienda de interés social, sobre el terreno donde se ejecutaría el programa de vivienda "las Riveras de Occidente". En suma, en el contrato de transacción se convino:

"CLÁUSULA PRIMERA: FAVIDI pagará a GOMEGA, el precio de 528 unidades de interés social tipo bifamiliar, que se construirán en las manzanas Z, A; B; C; D; X; Q; W; F' y L' donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente". Las características generales de la vivienda son: Casas de dos plantas de 48.11 m², con fachada en ladrillo la vista, muros interiores en bloque a la vista, primer piso en tableta de arcilla, con sal, baño, comedor, cocina con mesón, mueble de madera, puerta al patio y lavadero. En el segundo piso; escalera de gravilla, dos alcobas, una con closet, piso en vinisol y cubierta en concreto para el desarrollo eventual de un tercer piso. Las demás especificaciones técnicas y de acabados se señalan en el anexo 1 de este documento".

De tal forma que el constructor asumió la obligación de construir 528 unidades de vivienda de interés social, de modo que, a la voluntad de dar por terminado el litigio pendiente entre las partes, se unió la de generar nuevas obligaciones que debían ser cumplidas y relativas a una obra pública. En ese orden, FAVIDI en cuanto entidad estatal del orden distrital, se encuentra facultada no solo para suscribir acuerdos de este tipo sino para ejercer las facultades exorbitantes conforme lo prevén los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, de modo que bien podía hacer uso de la caducidad presentado el incumplimiento con grave afectación de la ejecución del contrato, con alcance de paralización.

Sostuvo la demandada que el incumplimiento del contratista fue evidente y que también lo fue la paralización de la obra, por lo que se dieron los presupuestos para decretar la caducidad, de modo que resulta equivocado el argumento de la actora, en cuanto pretende dejar por sentado que la medida tuvo que ver con el contrato de transacción, debidamente aprobado, con efectos de cosa juzgada.

Aunado a lo anterior, puso de presente que la caducidad no tuvo que ver con la incapacidad financiera del contratista, sino con la suspensión de la obra y su incumplimiento, conforme da cuenta la resolución n.º 273 de 1999. En síntesis, destacó que no actuó de manera caprichosa, sino que la decisión estuvo lo suficientemente fundada, al margen que tampoco violó el

debido proceso, pues, previamente a la decisión, mediante comunicación de 25 de junio de 1999, solicitó al contratista rendir sus descargos y las explicaciones correspondientes sobre la suspensión y aunque el 29 de junio siguiente la sociedad respondió el requerimiento, no justificó sus actuaciones.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sala de Descongestión negó las súplicas de la demanda -folio 454 del cuaderno principal-, porque la demandante no demostró los cargos relacionados con la falsa motivación, ni la falta de competencia de la administración para declarar la caducidad del contrato. Para el efecto reflexionó en estos términos:

"El 13 de marzo de 1998, la firma constructora INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, demandó por la vía judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a FAVIDI, aduciendo que esta última había incumplido el negocio jurídico celebrado con aquella, por no haber adelantado, sin causa justificada, la promoción y venta de las unidades de vivienda a las que se había comprometido, según el convenio suscrito con COMPENSAR, Y POR NO HABER GIRADO OPORTUNAMENTE LOS RECURSOS AL FONDO FIDUCIARIO.

El 16 de octubre de 1998, FAVIDI e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., suscribieron un contrato de transacción, con el cual pusieron fin a sus diferencias respecto del programa de vivienda "Riveras de Occidente" y terminaron así de manera anticipada y amigable el proceso contencioso que cursó en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Dicha transacción fue aprobada mediante la providencia del 21 de enero de 1999 con ponencia de la Doctora Myriam Guerrero de Escobar, quien además declaró la terminación anticipada del proceso.

(...)

El 7 de julio de 1999, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI- expidió la resolución No. 273, por medio de la cual declara la caducidad administrativa del contrato celebrado entre FAVIDI e INVERSIONES y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., de fecha 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riberas de Occidente".

(...)

construcción de 528 unidades de vivienda de interés social, sobre el terreno donde se ejecutaría el programa de vivienda "las Riveras de Occidente". En suma, en el contrato de transacción se convino:

"CLÁUSULA PRIMERA: FAVIDI pagará a GOMEGA, el precio de 528 unidades de interés social tipo bifamiliar, que se construirán en las Manzanas Z, A; B; C; D; X; Q; W' F' y L' donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente". Las características generales de la vivienda son: Casas de dos plantas de 48.11 m², con fachada en ladrillo la vista, muros interiores en bloque a la vista, primer piso en tableta de arcilla, con sal, baño, comedor, cocina con mesón, mueble de madera, puerta al patio y lavadero. En el segundo piso; escalera de gravilla, dos alcobas, una con closet, piso en vinisol y cubierta en concreto para el desarrollo eventual de un tercer piso. Las demás especificaciones técnicas y de acabados se señalan en el anexo 1 de este documento".

De tal forma que el constructor asumió la obligación de construir 528 unidades de vivienda de interés social, de modo que, a la voluntad de dar por terminado el litigio pendiente entre las partes, se unió la de generar nuevas obligaciones que debían ser cumplidas y relativas a una obra pública. En ese orden, FAVIDI en cuanto entidad estatal del orden distrital, se encuentra facultada no solo para suscribir acuerdos de este tipo sino para ejercer las facultades exorbitantes conforme lo prevén los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, de modo que bien podía hacer uso de la caducidad presentado el incumplimiento con grave afectación de la ejecución del contrato, con alcance de paralización.

Sostuvo la demandada que el incumplimiento del contratista fue evidente y que también lo fue la paralización de la obra, por lo que se dieron los presupuestos para decretar la caducidad, de modo que resulta equivocado el argumento de la actora, en cuanto pretende dejar por sentado que la incertidumbre tuvo que ver con el contrato de transacción, debidamente aprobado, con efectos de cosa juzgada.

Aunado a lo anterior, puso de presente que la caducidad no tuvo que ver con la incapacidad financiera del contratista, sino con la suspensión de la obra y su incumplimiento, conforme da cuenta la resolución n.º 273 de 1999. En síntesis, destacó que no actuó de manera caprichosa, sino que la decisión estuvo lo suficientemente fundada, al margen que tampoco violó el

debido proceso, pues, previamente a la decisión, mediante comunicación de 25 de junio de 1999, solicitó al contratista rendir sus descargos y las explicaciones correspondientes sobre la suspensión y aunque el 29 de junio siguiente la sociedad respondió el requerimiento, no justificó sus actuaciones.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sala de Descongestión negó las súplicas de la demanda -folio 454 del cuaderno principal-, porque la demandante no demostró los cargos relacionados con la falsa motivación, ni la falta de competencia de la administración para declarar la caducidad del contrato. Para el efecto reflexionó en estos términos:

"El 13 de marzo de 1998, la firma constructora INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, demandó por la vía judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a FAVIDI, aduciendo que esta última había incumplido el negocio jurídico celebrado con aquella, por no haber adelantado, sin causa justificada, la promoción y venta de las unidades de vivienda a las que se había comprometido, según el convenio suscrito con COMPENSAR, Y POR NO HABER GIRADO OPORTUNAMENTE LOS RECURSOS AL FONDO FIDUCIARIO.

El 16 de octubre de 1998, FAVIDI e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., suscribieron un contrato de transacción, con el cual pusieron fin a sus diferencias respecto del programa de vivienda "Riveras de Occidente" y terminaron así de manera anticipada y amigable el proceso contencioso que cursó en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Dicha transacción fue aprobada mediante la providencia del 21 de enero de 1999 con ponencia de la Doctora Myriam Guerrero de Escobar, quien además declaró la terminación anticipada del proceso.

(...)

El 7 de julio de 1999, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI- expidió la resolución No. 273, por medio de la cual declara la caducidad administrativa del contrato celebrado entre FAVIDI e INVERSIONES y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., de fecha 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riberas de Occidente".

(...)

El 19 de agosto de 1998, el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" expidió la resolución No. 338 por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuesta contra la resolución No. 273 de julio 7 de 1999 y mediante la cual confirma la resolución, argumentando lo siguiente:

(...)

Visto el material probatorio se tiene que efectivamente dentro del contrato de transacción se llegó a un acuerdo no sólo de terminar anticipadamente una controversia judicial sino que también se realizó un acuerdo en que Gomega se comprometía a vender a Favidi 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar, que se constituirían (sic) en diez manzanas del proyecto "Las Riveras de Occidente" de Bogotá.

(...)

En el caso concreto, las partes realizaron de mutuo acuerdo una transacción con el fin de dar por terminado una controversia judicial, la cual se perfecciona con un contrato que obliga a las partes en los acuerdos que en él se establecen.

Si bien es cierto, el contrato de transacción suscrito entre las partes sirvió para terminar una controversia judicial, y que para llegar a ese arreglo transaccional las partes se obligaron a suscribir un acuerdo que sirvió para definir la controversia en el sentido de que Gomega se comprometía a vender a Favidi ya no 3000 soluciones de vivienda de interés social sino sólo 528 unidades de vivienda, esta obligación surgió como consecuencia misma del contrato de transacción, que como lo afirma la demandada lleva implícito un contrato de obra.

El primer problema jurídico que plantean los demandantes es que el contrato de transacción no es susceptible de la declaratoria de caducidad administrativa.

A respecto la Sala considera que si bien es cierto la transacción es una forma de terminación anticipada de un proceso o de precaver uno eventual, en el presente caso, de una parte tenemos un acuerdo de voluntades que culminó con la transacción en cuanto a las obligaciones adquiridas de entregar 3000 soluciones de vivienda de interés social a FAVIDI a cambio de un precio que se entregaría a través de un encargo fiduciario. Frente a estas obligaciones se suscribió el acuerdo, el cual hizo tránsito en cosa juzgada. Pero a su vez, en el acuerdo de voluntades –contrato de transacción– se establecieron unas nuevas obligaciones a cargo de las partes en virtud de las cuales FAVIDI efectuaría un pago a GOMEGA por la construcción de 528 Unidades de vivienda de interés social en diez manzanas del terreno donde ésta última desarrollaba el proyecto de vivienda denominado "Las Riveras de Occidente".

(...)

En estos términos podemos concluir que ajeno a que se tratara de un contrato de transacción, del cual se derivaron nuevas obligaciones para las partes, de un lado pagar el precio por parte de FAVIDI y a cargo de GOMEGA la de construir 528 soluciones de vivienda de interés social con los recursos entregados a través del encargo fiduciario constituido con los

dineros públicos entregados por FAVIDI para el efecto, FAVIDI en su calidad de ente estatal, celebró un contrato estatal en el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, numeral 2º, podía, en el evento del incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de GOMEGA LTDA., declarar la caducidad administrativa en aras de proteger el interés general y el patrimonio público.

Fue así como una vez se evidenció el incumplimiento que afectó gravemente la ejecución del contrato, esto es la construcción y entrega de 528 unidades de vivienda, ante la paralización total de la misma a pesar de la entrega oportuna de los dineros a que se había comprometido FAVIDI para el efecto, según consta en el dictamen pericial referido, la Administración resolvió declarar la caducidad administrativa del contrato.

La declaratoria de caducidad se fundó en la incapacidad financiera de GOMEGA LTDA.

Al respecto la Sala estima que el cargo tampoco está llamado a prosperar, pues FAVIDI no motivó la decisión de declarar la caducidad del contrato en el hecho que GOMEGA LTDA., estuviera pasando por dificultades económicas sino en la en la (sic) suspensión intempestiva, sorpresiva y de manera unilateral e inconsulta que hizo la constructora, pues así se lo hizo saber el interventor a FAVIDI y se dejó plasmado en las resoluciones acusadas, al precisar en la resolución que resolvió el recurso de reposición.

(...)

En ninguna de las actuaciones que FAVIDI desarrolló para establecer el estado de ejecución del contrato y verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, se examinó o invocó siquiera el concordato (real o eventual) de GOMEGA LTDA, como causa determinante para la adopción de las decisiones administrativas correspondientes.

(...)

Según consta en el dictamen pericial obrante en el cuaderno 8, el objeto fue el de establecer el estado de ejecución de los trabajos para la fecha en que se expidieron las resoluciones acusadas; las causas de los retrasos en desarrollo del contrato; avance en las obras de urbanismo y construcción de viviendas, porcentaje de incumplimiento del contrato por parte de GOMEGA LTDA; y los perjuicios sufridos por FAVIDI ante la no entrega del proyecto contratado.

Del mismo se puede concluir que el porcentaje ponderado de terminación del programa de vivienda es de 62.42% a la fecha de expedición de las resoluciones impugnadas; del programa de urbanismo es de 79.82%; la causa del retraso "es la suspensión en forma unilateral de la ejecución de la obras por parte de la constructora a partir del día 27 de mayo de 1999. Los soportes del dictamen permiten concluir que el proyecto fue suspendido sin causa aparente, por cuanto la fiduciaria se encontraba ya día en los desembolsos, donde el último por valor de 1520 millones de pesos no se invirtió dada la paralización previa de la obra".

Dentro de este contexto si existió un incumplimiento por parte de GOMEGA LTDA, frente a las obligaciones pactadas dentro del plazo otorgado y de

acuerdo con las sumas de dinero suministradas para el efecto. No es cierto como la afirma la parte actora que la causa de la declaratoria de caducidad haya sido la falta de liquidez puesto que lo que generó la declaratoria de caducidad fue el haber parado la obras sin causa aparente y a pesar de haber recibido los anticipos correspondientes en forma oportuna.

Violación del debido proceso

Al respecto obra en el proceso copia del oficio del interventor del Fidecomiso Riveras de Occidente, Lote 3, en el cual comunica a la Fiduciaria Tequendama que los trabajos en obra fueron suspendidos a partir de la fecha (27 de mayo de 1999), lo cual le sorprende puesto que hasta la noche anterior se venía trabajando normalmente y solicita instrucciones.

Además es clara la Administración en señalar en la Resolución 273 de julio 7 de 1999, en el numeral 20 que titula "Solicitud de explicación al contratista GOMEGA y posibilidad de controvertir las pruebas recaudadas", que con miras a verificar el reporte de interventoría de la obra y para garantizar el derecho fundamental al debido proceso, FAVIDI, mediante comunicación del 25 de junio de 1999, solicitó explicación al contratista y adjuntó para el efecto los informes de interventoría.

En el numeral 21 se refiere a las explicaciones dadas por el contratista en oficio GG 791 de junio 29 de 1999, en el cual reitera la información verbal de haber solicitado concordato en razón a su difícil situación financiera agravada por la presión de las entidades financieras, altos intereses pagados y crisis del sector de la construcción.

En el numeral 22 hace el análisis de las explicaciones rendidas por el contratista, destacando la preocupación de FAVIDI, en razón del interés general que envuelve la ejecución del contrato, razón por la cual solicitó información acerca del trámite concordatorio y constató que si bien la solicitud fue presentada, el concordato no fue admitido.

(...)

Así las cosas no puede admitirse que hubo violación al debido proceso al expedir las resoluciones acusadas porque no sólo en la actuación administrativa se dio oportunidad a GOMEGA LTDA., para que rindiera sus descargos antes de expedir la resolución de caducidad administrativa sino que además se le pusieron de presente los informes de interventoría para que si tenía a bien los desvirtuara u objetara sin que tampoco los desvirtuara en el recurso.

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 RECURSO DE APELACIÓN

2.1.1 EL DEMANDANTE

La sociedad INVERISIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA. interpone recurso de apelación –folio 492 del cuaderno principal-, para que se revoque la decisión y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda. Sin embargo, en auto de 12 de marzo de 2005, se acepta el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por esta demandante –folio 503 del cuaderno principal-.

Ai tiempo, la Aseguradora COLSEGUROS S.A. interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión –folio 493 del cuaderno principal- y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda. A su parecer, resulta equivocada la apreciación el tribunal, en cuanto sostuvo que el contrato de transacción tenía implícito un contrato de obra, pues ello desnaturaliza por completo la transacción, pues se convertiría en una renuncia de derechos especialmente de la parte actora, en cuanto no obtendría beneficios de ninguna índole, pues se limitaría a dar por terminado un proceso y ni siquiera tendría acción judicial en contra del demandado.

Puso de presente que ni si quiera el tribunal está convencido que el convenio comportara un contrato de obra, pues reiteradamente afirma que corresponde a un contrato de venta, en virtud del cual "GOMEGA se comprometió a ENTREGAR 528 unidades de vivienda de interés social y no las tres mil soluciones inicialmente pactadas, sin perjuicio de que el único contrato existente es la transacción.

En gracia de discusión, de existir un nuevo contrato, autónomo e independiente este no sería de obra sino de compraventa, pues las obligaciones adquiridas por GOMEGA tenían que ver con la entrega de las obras construidas en un proyecto de su propiedad, pues el contrato de transacción se fundó en el primer convenio celebrado entre COMPENSAR y FAVIDI, en virtud de la oferta de venta presentada por GOMEGA el 25 de octubre de 1993, por lo que no era posible que surgiera un contrato de obra el cual requiere principalmente obligaciones de hacer. En ese orden de ideas, para los contratos de compraventa no procede la cláusula caducidad,

Los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el cual determina en que contratos se presume y en cuales se puede pactar, excluyendo por completo la compraventa. En suma, no se entiende como el tribunal privilegia a la administración, desconociendo la igualdad de las partes en la relación contractual, salvo en lo que tiene que ver con los poderes exorbitantes, sin perjuicio que no se entiende cómo declara la caducidad en un contrato de transacción. Aunado a lo anterior, dado que el siniestro no fue probado, pretender que la Aseguradora indemnice fuente de enriquecimiento para el asegurado.

2.2. INTERVENCIONES FINALES

2.2.1. PARTE ACTORA

La Aseguradora Colseguros insistió en la revocatoria de la sentencia -
del caso del cuaderno principal-. A su parecer, el acto administrativo
demandado estableció que al momento de la declaratoria de caducidad
el porcentaje de cumplimiento de INVERSIONES Y
CONSTRUCCIONES GOMEGA era del 92.95%, por lo que el
incumplimiento en dicho momento fue de tan solo el 7.5%, en ese
orden FAVIDI no puede pretender que se le pague la totalidad de la
suma asegurada, como si el incumplimiento hubiera sido del 100%. En
resumen sostuvo:

*"De la misma forma, al hacer un resumen del desarrollo del contrato de
transacción, encontramos que éste se celebró el 16 de octubre de 1998 y se
inició la ejecución de la obras el 26 del mismo mes y año.*

*Al observar los informes de interventoría que se dieron durante toda la
ejecución del contrato, se tiene que desde el principio el contratista avanzó
en un porcentaje mayor al esperado.*

*(...)
Finalmente llegamos al 27 de mayo de 1999, día en que supuestamente se
dio la paralización de las obras y frente a lo cual de todas maneras el informe
de interventoría No. 7, reconocía:*

*"Este estudio arroja un resultado que demuestra que el costo de las obras es
mayor al previsto en el flujo de fondos.*

"Si se toman los montos programados al mes de abril de 1999 indicados en el cronograma de inversión y desembolso (FLUJO DE FONDOS COMPARATIVO), último período de ejecución de obra, incluyendo el valor de las obras, los reajustes y los imprevistos, **se observa que el valor que se debería haber invertido está cubierto por la ejecución de obra y los inventarios de almacén.**

"Finalmente, la diferencia de presupuestos totales y de ejecución nos indica que el valor actual de las obras faltantes es de \$2.408'553.911,85." (Negrillas fuera de texto) (Informe de Interventoría No. 7 Cuaderno 4 Folios 109 - 127).

De igual manera, en los dictámenes periciales practicados en el proceso se determinó:

1) "De conformidad con los trabajos que hemos realizado y los análisis efectuados por al comisión, se determinó".

"Avance Ponderado de Ejecución de Viviendas.....	69.57%
"Avance Ponderado de Urbanismo.....	82.01%
Avance Ponderado total.....	71.10%

"Como hemos ajustado el Presupuesto en Obras de Urbanismo, por las razones expuestas en los análisis, los avances quedarían así."

"Avance Ponderado de Ejecución de Viviendas.....	69.57%
"Avance Ponderado de Urbanismo.....	52.04%
Avance Ponderado total.....	68.39%

Pericial presentado por los ingenieros Carlos Emilio Torres Arias y José Luis Mejía Ocampo.
(Cuaderno 3 Folio 3 - 67).

2) "Dentro del Capítulo denominado URBANIZACIÓN RIVERAS DE OCCIDENTE EJECUCIÓN PROGRAMA DE VIVIENDA, se establece que el porcentaje ponderado de terminación del **programa de vivienda** es de 62,42% a la fecha en que se expidieron las resoluciones impugnadas".

"Dentro del capítulo denominado URBANIZACIÓN RIBERAS DE OCCIDENTE EJECUCIÓN PROGRAMA DE URBANISMO, se establece que el porcentaje ponderado de terminación del **programa de urbanismo** es de 79,82% a la fecha en que se expidieron las resoluciones impugnadas". (Dictamen Pericial de septiembre de 2001 Cuaderno 8 Folios 1 - 73).

Hay que tener en cuenta que los dictámenes anteriores, fueron hechos dos años después de la declaratoria de caducidad, por lo que establecieron el incumplimiento para la fecha en la que se debían entregar la totalidad de las obras, época en la cual el contratista no podía cumplir porque FAVIDI el 7 de julio declaró la caducidad del contrato de transacción, por lo que es en esta fecha en que se debe evaluar el cumplimiento del contrato.

(...)

El cumplimiento del contrato también se prueba con el hecho de que mensualmente la INTERVENTORÍA verificó el avance de obra pactado para cada mes, por lo que FAVIDI aprobó que se hicieran los giros por medio de la FIDUCIARIA TEQUENDAMA. (Informes de Interventoría).

Por ello, las obras ejecutadas son una realidad palpable y verificable que no se puede desconocer, o de lo contrario se estaría vulnerando principios de justicia y equidad.

Todo lo anterior, está demostrado como INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA cumplió con la gran mayoría de las obras contratadas, con mayores porcentajes a los pactados, y que tan solo por un incumplimiento del 7.5% y como consecuencia de las actuaciones arbitrarias de FAVIDI, la entidad administrativa declaró la caducidad del contrato.

La otra obligación del contratista, consistía en invertir la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS (2.000'000.000) que recibió a título de anticipo, de acuerdo con la Cláusula Cuarta del Contrato de Transacción.

CLAUSULA CUARTA: El FAVIDI se compromete a efectuar un primer giro por conducto de la Fiduciaria Tequendama S.a., por la suma de \$2.000'000.000, oo m/cte., siendo requisito para su desembolso la aprobación de la garantía de manejo e inversión del anticipo a que se hace referencia en el numeral 6.1. de la Cláusula Sexta de este Acuerdo. El saldo, es decir, la suma de \$10.111'639.109, oo m/cte, será girado por el FAVIDI a GOMEGA por conducto de la Fiduciaria Tequendama S.A., **según el avance de inversión y de ejecución de la obra certificados por el interventor de acuerdo con el cronograma de inversión y desembolsos que hace parte de este documento como Anexo No 2.** (Negrillas fuera de texto) (Folios 67 - 74 Cuaderno 2).

Con el anticipo GOMEGA debía hacer lo que se hace siempre con ésta suma de dinero, es decir, iniciar las primeras obras del contrato y sufragar sus primeros gastos, garantizando ésta obligación, dada la calidad de recursos públicos del anticipo.

Así, la obligación de GOMEGA era invertir la totalidad del anticipo en la iniciación de las obras y esto es lo que garantizó la póliza No. 724007859 expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS, a diferencia de lo que pretende FAVIDI quien consideró que con el anticipo debían entregar las obras terminadas, lo que es imposible dado que esto se logra es con el pago del contrato, figura totalmente diferente, puesto que éste último entra al patrimonio del contratista y se da como contraprestación por la labor contratada.

Por ello INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA, invirtió adecuadamente el anticipo, dado que las obras se iniciaron y se llevaron a cabo en un porcentaje superior a la mitad, y aceptando en gracia de discusión el porcentaje de cumplimiento establecido en el acervo probatorio, está demostrado que las obras se iniciaron en su totalidad y se adelantaron en más de la mitad del proyecto, el cual llevaba siete meses de ejecución al momento de la declaratoria de caducidad.

Además, el anticipo representa tan solo el 13% del valor total del contrato (15.231'774.000, 00). Por lo que al compararlo con el porcentaje de cumplimiento del 69.9% (Resolución 589 de 1999 y 079 de 2000) queda demostrado plenamente que el anticipo fue invertido en su totalidad en las obras contratadas y ni que decir si se compara con el porcentaje de cumplimiento establecido en la Resolución 273 de 1999.

(...)

Por todos los argumentos expuestos anteriormente, al darse el cumplimiento del contrato de transacción tanto en la ejecución de las viviendas como en materia de urbanismo, en primer lugar se tiene que **NO HUBO SINIESTRO** respecto al amparo de cumplimiento del contrato, dado que FAVIDI no sufrió perjuicio alguno, porque al momento de la declaratoria de caducidad el porcentaje de cumplimiento era del 92.95%, por lo que en gracia de discusión, ahí acaso habría una pérdida parcial del 7.5%.

2.2.1 PARTE DEMANDADA

La entidad demandada reitera los argumentos de su defensa –folio 507 del cuaderno principal-. Insiste, especialmente, en que la administración no incurrió en ninguna de las causales que podrían dar lugar a la nulidad de las resoluciones demandadas. Esto porque i) no es cierto que el tribunal considerara que el contrato de transacción en realidad comportara un contrato de venta; ii) el contrato de transacción envuelve implícitamente la suscripción de un contrato de obra tal y como se desprende de su contenido, iii) en este caso no se declaró la caducidad del contrato de transacción, sino del contrato de obra sobre el que se entiende incorporada la cláusula de caducidad por mandato legal en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; iv) cuando FAVIDI fue informado del incumplimiento de GÓMEGA, que amenazaba con paralizar el contrato, sin hesitación alguna tomo las medidas necesarias para procurar la correcta ejecución del contrato y v) el contratista incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones, al margen del porcentaje de ejecución, aunado a que el anticipo no se invirtió en su totalidad en la ejecución de la obra, como se indica a continuación:

Opción 1

Afectación de dineros entregados al contratista	\$2.304'811.114
---	-----------------

Proyección de Imprevistos por obra abandonada	\$ 162.068.030
Índices de Caracolí menos la suma Girada por Favidi	\$ 726.577.022
TOTAL	\$3.193'456.166

Opción 2

Afectación de dineros entregados al contratista	\$2.304'811.114
Proyección de Imprevistos por obra abandonada	\$ 162.068.030
Índices de Caracolí menos la suma Girada por Favidi	\$1.077'415.717
TOTAL	\$3.544'294.861

En ese orden, solicitó mantener la decisión del Tribunal.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, dado que su cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto Ley 597 de 1988, para que esta Corporación conozca en segunda instancia².

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala resolver sobre la nulidad de las resoluciones n.º 273 de 7 de julio y 338 del 19 de agosto de 1999, mediante las cuales EL FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI declaró la caducidad del contrato de transacción suscrito con INVERSIONES GOMEGA LTDA o si en realidad el convenio, en cuanto generador de

² La cuantía exigida para que la acción contractual tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación era de \$ 18.850.000,00 y el monto de la pretensión por el 6 de diciembre de 1999, cuando se presentó la demanda superaba la suma de \$ \$15.231'744.000,00

nuevas obligaciones comportaba un contrato de obra pública, a cuyo tenor no le resulta extraña la mentada cláusula exorbitante.

3. HECHOS PROBADOS

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, se pueden dar por ciertos los siguientes hechos:

3.1 Mediante convenio sin fecha de 1993, suscrito entre la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR "COMPENSAR y el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" -folio 146 cuaderno de pruebas número dos-, las partes acordaron promover planes de vivienda para los funcionarios del Distrito afiliados a la caja de compensación. Así:

"Cláusula Primera: "COMPENSAR y FAVIDI a través de sus Divisiones de Vivienda y Adjudicaciones respectivamente, promoverán entre los funcionarios del Distrito que sean afiliados a COMPENSAR y que tengan sus cesantías en FAVIDI, dos mil (2.000) Soluciones de Vivienda de Interés Social de la Urbanización Conjunto Residencial "LAS RIVERAS DEL OCCIDENTE, programa que cumplirá con el requisito de ser declarado elegible por el Inurbe (...) CLÁUSULA TERCERA: FAVIDI se obliga a otorgar financiación para la compra de los inmuebles a los compradores que lo requieran de acuerdo a su política interna de crédito para vivienda (...)"

3.2. Consta que el 26 de octubre de 1994, ambos extremos contractuales ampliaron el convenio en lo que toca con el número de viviendas -folio 142 Cuaderno de pruebas número dos-,

"CLÁUSULA PRIMERA.- Adicionar en mil (1000) viviendas el Convenio inicial cuyo objeto de acuerdo a la Cláusula Primera, consistió en la promoción de dos mil (2000) soluciones de vivienda de interés social, de la Urbanización RIVERAS DE OCCIDENTE, programa que cumple con el requisito de ser declarado elegible por el INURBE. CLÁUSULA SEGUNDA: Se determina como precio de las viviendas, el inicialmente ofrecido, es decir cien (100) salarios mínimos por tratarse de vivienda de interés social. (...) CLÁUSULA CUARTA: Que de acuerdo a la cláusula quinta del convenio COMPENSAR no se responsabiliza por las características y acabados de los inmuebles, lo cual es responsabilidad del constructor y que para las nuevas 1000 viviendas deben haber sido presentadas las características del proyecto al INURBE".

3.3. El 25 de octubre de 1993, la FIDUCIARIA TEQUENDAMA y el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI suscribieron en contrato de encargo fiduciario -folio 146 del cuaderno de pruebas número dos-, para la administración de unos recursos destinados al programa de vivienda de interés social denominado "RIVERAS DE OCCIDENTE" en el marco del convenio suscrito con COMPENSAR

"Cláusula Primera: Objeto del Contrato.- El presente contrato tienen por objeto la entrega que EL CONSTITUYENTE, hace al FIDUCIARIO, a título de encargo Fiduciario, por la suma de SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (7.685'640.000,00) MONEDA CORRIENTE., suma que el FAVIDI se obliga a consignar así: (...) Los dineros se entregaran al constructor de la siguiente manera: 50% una vez recibida la aprobación de las garantías exigidas al constructor y el otro 50% de acuerdo al avance de obra o la firma de las respectivas promesas de compraventa (...)
PARÁGRAFO CUARTO: Queda entendido que los totales en pesos establecidos en el presente contratos son aproximados, en consideración que a la fecha de la firma de este contrato se desconoce el monto en pesos del salario mínimo para los años 1994, 1995 y 1996. En todo caso la liquidación de los valores definitivos se hará con base en el valor del salario mínimo que corresponda a cada vigencia. **SEGUNDA:** Los recursos provendrán del CONSTITUYENTE y están representados por la suma de SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 7.685.640.000,00) m/cte. Estos serán invertido por el FIDUCIARIO en el Fondo Común Ordinario que este administra y/o en un portafolio especial independiente, mientras so utilizados para la finalidad específica (...) **TERCERA:**
OBLIGACIONES DEL CONSTRUCTOR: 1. Sucribir la promesa de compraventa entre el afiliado beneficiario y el constructor (...) 2. EL CONSTRUCTOR deberá entregar a los adjudicatarios las viviendas terminadas, en las siguientes fechas: Antes de diciembre de 1994, antes de diciembre de 1995 y antes de diciembre de 1996 (...)"

3.4. Consta que mediante escritura pública n.º 3702 de 10 de mayo de 1994, otorgada ante la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA y la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A. protocolizaron del desenglobe del inmueble de propiedad de la primera, en una extensión de catorce hectáreas, denominado en adelante "Las Riveras de Occidente" destinado al proyecto urbanístico de vivienda de interés social; al tiempo que la sociedad GOMEGA LTDA actuando en calidad de fideicomitente y la Fiduciaria TEQUENDAMA S.A. en calidad de fiduciario convinieron en celebrar un contrato de Fiducia Mercantil, mediante el cual el fideicomitente se obligó a

transferir a la fiduciaria el derecho real que le corresponde en el mentado previo de su propiedad -folio 173 del cuaderno de pruebas número dos-.

PRIMERA: EL FIDEICOMITENTE transfiere a la FIDUCIARIA TENQUENDAMA S.A. (...) la totalidad de los derechos reales, el dominio y la plena posesión que tiene y ejerce sobre el predio denominado RIVERAS DE OCCIDENTE LOTE NÚMERO III junto con sus construcciones, mejoras y anexidades (...) PARÁGRAFO SEGUNDO. Con este bien se conformará un patrimonio autónomo (...) el cual se denominará fideicomiso las riberas de occidente. (...) CUARTA FINALIDAD: El objeto del presente contrato es que con el fin de dotar (ilegible) de algunas obligaciones a cargo de FIDEICOMITENTE, cuando se den las condiciones establecidas en este contrato EL FIDUCIARIO proceda a la venta del bien.

3.5. El 18 de mayo de 1994, FIDUCIARIA TENQUENDAMA S.A. Y EL Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI adicionaron el contrato en cuanto al objeto y el valor del fideicomiso -folio 20 del cuaderno de pruebas n.º 1-.

3.6. Obra el convenio de gestión de 26 de octubre de 1994, suscrito entre la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital-FAVIDI - folio 144 del cuaderno de pruebas n.º 2- cuyo objeto era promover el programa de vivienda **"PRIMERA.-Con el fin de dar cumplimiento al citado Acuerdo, la Administración Distrital a través de FAVIDI, ofrecerá en el programa de Vivienda LAS RIVERAS DE OCCIDENTE, un número total de UN MIL (1.000) soluciones de vivienda, a los agentes y suboficiales de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, que forma parte del programa de seguridad Distrital...."**.

3.7. Consta que en el curso de la acción contractual interpuesta por la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA contra FAVIDI, el 16 de octubre de 1998, las partes transaron las diferencias suscitadas con ocasión de la ejecución del programa de vivienda "Las Riveras de Occidente" a cargo del demandante. Se destaca lo siguiente - folio 114 del cuaderno de pruebas n.º 2-.

ANTECEDENTES

1.- FAVIDI suscribió un Contrato de Encargo Fiduciario con la sociedad Fiduciaria Tequendamá S.A., que tenía por finalidad administrar los recursos destinados a la construcción por parte de GOMEGA de unas viviendas en el programa Riveras de Occidente, el cual fue objeto de una Adición el 18 de mayo de 1994 y de cuatro modificaciones, el 5 de julio, el 2 de septiembre, el 14 de septiembre y el 16 de diciembre de 1994.

2.- El desarrollo del citado encargo fiduciario tuvo dificultades que llevaron a GOMEGA a instaurar ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca una demanda contra FAVIDI, al cual fue oportunamente contestada por esta entidad, quien igualmente presentó demanda de reconvencción en contra de GOMEGA.

3.- FAVIDI y GOMEGA han convenido transigir sus diferencias respecto del negocio jurídico existente entre estas partes para la ejecución del proyecto de construcción de vivienda en la urbanización Riberas de Occidente en Santafé de Bogotá, en virtud de lo cual:

ACUERDAN

CLÁUSULA PRIMERA: FAVIDI pagará a GOMEGA el precio de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar, que se construirán en las siguientes manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente".

MANZANA	UBICACIÓN (Plano No K. 29/4-0 Aprobado por el D.A.P.D.)	VIVIENDAS
Z	Ubicada entre la calle 33 C Sur (peatonal) y la carrera 106 A, entre la calle 33 B Sur y la zona verde No 5 de la urbanización y entre la calle 33 B Sur y la carrera 106 A.	56
A'	Ubicada entre la calle 33 B Sur y la carrera 106 A, entre la calle 33 A Sur (peatonal) y la manzana B' y entre la calle 33 A Sur (peatonal) y la zona verde No 5.	56
B'	Ubicada entre la calle 33 A Sur (peatonal) y la carrera 106 A, entre la calle 33 Sur y la manzana C' y entre la calle 33 Sur y la zona verde No 5 de la urbanización	56
C'	Ubicada entre la calle 33 Sur y la carrera 106 A, entre la calle 24 Sur y la carrera 106 A y entre la calle 24 Sur y la zona verde No 5 de la urbanización	56
D'	Ubicada entre la calle 33 Sur y la carrera 104 B, entre la calle 33 D Sur y la manzana E' y entre la calle 33 D Sur y la zona verde No 5 de la urbanización.	48
X	Ubicada entre la calle 33 E Sur y la carrera 106 A, entre la calle 33 D Sur y	56

	la manzana Y, y entre la calle 33 E Sur y la zona verde No 5 de la urbanización.	
Q	Ubicada entre la calle 35 Sur y la carrera 104 B, entre la calle 35 Sur y la zona verde No 3 de la urbanización y entre la calle 35 A Sur y la manzana P.	50
W	Ubicada entre la calle 35 Sur y la carrera 106 A, entre la calle 35 A y la manzana U y entre calle 35 A Sur y la zona verde No 3 de la urbanización.	56
F	Ubicada entre la calle 34 Sur y la carrera 103 A, entre la calle 35 Sur y manzana E y entre la calle 34 sur y la zona verde No 2 de la urbanización.	60
L	Ubicada entre la calle 34 Sur y la zona verde No 8 de la urbanización, entre la calle 35 Sur y la manzana K y entre la calle 34 Sur y la zona verde No 2 de la urbanización.	28
TOTAL 10		528

Las características generales de las viviendas son: Casa de dos plantas, de 48,11 m², con fachada en ladrillo a la vista, muros interiores en bloque a la vista; primer piso en tableta de arcilla, con sala, baño, comedor, cocina con mesón, mueble de madera, puerta al patio y lavadero. En el segundo piso, escalera en gravilla, dos alcobas, una con closet, piso en vinisol y cubierta en placa en concreto para desarrollo eventual de un tercer piso. Las demás especificaciones técnicas y de acabados se señalan en el Anexo No. 1 de este documento.

CLÁUSULA SEGUNDA: El Precio de cada unidad de vivienda será de \$28'848.000,00 m/cte, para un total de \$15.231'744.000,00 m/cte. El FAVIDI adjudicará las 528 unidades de vivienda a sus afiliados y funcionarios del Distrito que seleccione. El precio de las viviendas, así como las fechas de entrega de las mismas establecidas en el Anexo No. 3, no podrán modificarse siempre y cuando el FAVIDI cumpla con el cronograma de desembolsos mensuales previsto en el Anexo No. 2.

CLÁUSULA TERCERA: De los \$15.231'744.000,00 m/cte que FAVIDI se compromete a girar a la Fiduciaria Tequendama S.A., por concepto del pago del precio de las viviendas, se descontará por FAVIDI, en los instalamentos y en las oportunidades indicadas en el Anexo No. 2, la suma de \$3.120'104.891,00 m/cte, resultante de la conciliación y cruce de cuentas entre la Fiduciaria Tequendama S.A., FAVIDI y GOMEGA respecto del encargo fiduciario a que hace referencia el numeral 1º de los "Antecedentes".

CLÁUSULA CUARTA: El FAVIDI se compromete a efectuar un primer giro por conducto de la Fiduciaria Tequendama S.a., por la suma de \$2.000'000.000, 00 m/cte., siendo requisito para su desembolso la aprobación de la garantía de manejo e inversión del anticipo a que se hace referencia en el numeral 6.1 de la Cláusula Sexta de este Acuerdo. El saldo,

es decir, la suma de \$10.111'639.109, oo m/cte, será girado por el FAVIDI a GOMEGA por conducto de la Fiduciaria Tequendama S.A., según el avance de inversión y de ejecución de la obra certificados por el interventor de acuerdo con el cronograma de inversión y desembolsos que hace parte de este documento como Anexo No 2.

CLÁUSULA QUINTA: GOMEGA cede a FAVIDI por medio de este instrumento los beneficios a los que tienen derecho en su calidad de fideicomitente en el contrato de fiducia mercantil contenido en la Escritura Pública No 3702 otorgada en la Notaria Primera de Santafé de Bogotá el 10 de mayo de 1994. En caso de que el FAVIDI no cumpla los términos del presente Acuerdo de Transacción o al momento en que GOMEGA cumpla con la construcción de las viviendas del Programa "Las Riveras de Occidente", esta cesión quedará sin efecto. La Fiduciaria Tequendama S.A., con los recursos del encargo fiduciario Las Riveras de Occidente, realizará abonos a los acreedores garantizados con el fideicomiso Las Riveras de Occidente Lote III, de conformidad con el cronograma de inversión y desembolso previsto en el Anexo No. 2 de este documento contra la liberación en igual proporción de las garantías fiduciarias otorgadas,....

CLÁUSULA SEXTA: GOMEGA se compromete a constituir a favor del FAVIDI las siguientes garantías en una compañía de seguros legalmente establecida en el país: **6.1. De buen manejo e inversión del anticipo:** GOMEGA se compromete a constituir una garantía para respaldar el manejo de los 2.000'000.000,00 m/cte de que trata la anterior Cláusula Cuarta, por el ciento por ciento (100%) de dicha cantidad, y con una vigencia igual a trece meses, contados a partir de la fecha de suscripción del presente documento. **6.2. De cumplimiento:** Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante el presente Acuerdo de Transacción, GOMEGA se obliga a constituir a favor del FAVIDI una garantía de cumplimiento cuyo valor asegurado será del diez por ciento (10%) de la cantidad de \$15.231'744.000,00 m/cte, con una vigencia de trece (13) meses contados a partir de la fecha de suscripción del presente documento. Esta garantía será constituida dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de suscripción del presente documento. **6.3. De estabilidad:** GOMEGA responderá por la estabilidad y calidad de las viviendas construidas mediante la constitución de una garantía de estabilidad de la obra, en cuantía equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del grupo de viviendas que se entreguen, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del acta de entrega del respectivo grupo de viviendas.

PARÁGRAFO: Las anteriores garantías deberán prorrogarse siempre que se produzca modificación en los plazos y/o valores establecidos en el presente Acuerdo de Transacción.

CLÁUSULA SÉPTIMA: En el evento de que el FAVIDI no llegue a efectuar los desembolsos en las oportunidades y por los montos indicados en el Anexo No. 2, GOMEGA tendrá derecho a que se le reconozca por parte de la mencionada entidad intereses de mora sobre las sumas debidas, a una tasa igual al doble del interés bancario corriente,....

CLÁUSULA OCTAVA: Las unidades de vivienda serán entregadas en las oportunidades establecidas en el Anexo No. 3. Terminadas las viviendas, las mismas deberán ser recibidas por el FAVIDI por conducto del Interventor, mediante acta de entrega que se suscribirá para el efecto, aun cuando el

FAVIDI no las haya adjudicado. A partir del momento en que GOMEGA haga entrega de las viviendas al Interventor, éstas se consideran recibidas a entera satisfacción por el FAVIDI. Sin perjuicio de lo anterior, y como máximo hasta la fecha en que termine el programa de entrega de viviendas conforme a lo previsto en el Anexo No. 3, GOMEGA custodiará gratuitamente las viviendas que haya entregado al Interventor y que el FAVIDI no haya adjudicado.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: *FAVIDI y OMEGA LTDA darán las instrucciones a sus respectivos abogados para que proyecten las modificaciones necesarias a los contratos de encargo y fiducia mercantil celebrados con la Fiduciaria Tenquendama S.A. y presenten ante la Sección Tercera del Tribunal la solicitud de terminación del proceso n.º 980982. Por su parte, el FAVIDI se compromete a retirar los procesos que a la fecha haya instaurado en contra de Inversiones y Construcciones GOMEGA Ltda.*

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: *Tanto FAVIDI como GOMEGA reconocen y aceptan que el presente documento tiene el efecto de una transacción, razón por la cual declaran que no existe ningún perjuicio, daño, costo, sobrecosto o motivo de reclamación derivado de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del negocio jurídico existente entre las dos entidades para la construcción de 3000 unidades de vivienda en el proyecto de urbanización Riberas de Occidente. En consecuencia, FAVIDI y GOMEGA se comprometen a no iniciar o proseguir acción judicial o de cualquier otra naturaleza en relación con hechos ocurridos con anterioridad a la suscripción del presente documento."*

3.8. Mediante auto de 21 de enero de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera aceptó la transacción lograda entre las partes y declaró terminado el proceso, acompañado a la actuación, en cuanto encontró que la petición reunía los requisitos de forma – cuaderno de pruebas n.º 5 y folio 202 del cuaderno de pruebas n.º 1-.

3.9. En cumplimiento de la cláusula décima séptima del contrato de transacción, obra la reforma al encargo fiduciario suscrito inicialmente entre la Fiduciaria Tequendama S.A., en calidad de fiduciario y el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, fideicomitente. En esta oportunidad, intervinieron además de las entidades mencionadas la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA. Constructor y contratista del constituyente –folio 2 del cuaderno xx-. En ese orden se destaca:

CLAÚSULA PRIMERA, *Objeto del contrato: El presente contrato tiene por objeto la administración por parte del FIDUCIARIO de las sumas de dinero*

es decir, la suma de \$10.111'639.109, oo m/cte, será girado por el FAVIDI a GOMEGA por conducto de la Fiduciaria Tequendama S.A., según el avance de inversión y de ejecución de la obra certificados por el interventor de acuerdo con el cronograma de inversión y desembolsos que hace parte de este documento como Anexo No 2.

CLÁUSULA QUINTA: GOMEGA cede a FAVIDI por medio de este instrumento los beneficios a los que tienen derecho en su calidad de fideicomitente en el contrato de fiducia mercantil contenido en la Escritura Pública No 3702 otorgada en la Notaría Primera de Santafé de Bogotá el 10 de mayo de 1994. En caso de que el FAVIDI no cumpla los términos del presente Acuerdo de Transacción o al momento en que GOMEGA cumpla con la construcción de las viviendas del Programa "Las Riveras de Occidente", esta cesión quedará sin efecto. La Fiduciaria Tequendama S.A., con los recursos del encargo fiduciario Las Riveras de Occidente, realizará abonos a los acreedores garantizados con el fideicomiso Las Riveras de Occidente Lote III, de conformidad con el cronograma de inversión y desembolso previsto en el Anexo No. 2 de este documento contra la liberación en igual proporción de las garantías fiduciarias otorgadas,....

CLÁUSULA SEXTA: GOMEGA se compromete a constituir a favor del FAVIDI las siguientes garantías en una compañía de seguros legalmente establecida en el país: **6.1.** De buen manejo e inversión del anticipo: GOMEGA se compromete a constituir una garantía para respaldar el manejo de los 2.000'000.000,00 m/cte de que trata la anterior Cláusula Cuarta, por el ciento por ciento (100%) de dicha cantidad, y con una vigencia igual a trece meses, contados a partir de la fecha de suscripción del presente documento. **6.2.** De cumplimiento: Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante el presente Acuerdo de Transacción, GOMEGA se obliga a constituir a favor del FAVIDI una garantía de cumplimiento cuyo valor asegurado será del diez por ciento (10%) de la cantidad de \$15.231'744.000,00 m/cte, con una vigencia de trece (13) meses contados a partir de la fecha de suscripción del presente documento. Esta garantía será constituida dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de suscripción del presente documento. **6.3.** De estabilidad: GOMEGA responderá por la estabilidad y calidad de las viviendas construidas mediante la constitución de una garantía de estabilidad de la obra, en cuantía equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del grupo de viviendas que se entreguen, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del acta de entrega del respectivo grupo de viviendas.

PARÁGRAFO: Las anteriores garantías deberán prorrogarse siempre que se produzca modificación en los plazos y/o valores establecidos en el presente Acuerdo de Transacción.

CLÁUSULA SÉPTIMA: En el evento de que el FAVIDI no llegue a efectuar los desembolsos en las oportunidades y por los montos indicados en el Anexo No. 2, GOMEGA tendrá derecho a que se le reconozca por parte de la mencionada entidad intereses de mora sobre las sumas debidas, a una tasa igual al doble del interés bancario corriente,....

CLÁUSULA OCTAVA: Las unidades de vivienda serán entregadas en las oportunidades establecidas en el Anexo No. 3. Terminadas las viviendas, las mismas deberán ser recibidas por el FAVIDI por conducto del Interventor, mediante acta de entrega que se suscribirá para el efecto, aun cuando el

FAVIDI no las haya adjudicado. A partir del momento en que GOMEGA haga entrega de las viviendas al Interventor, éstas se consideran recibidas a entera satisfacción por el FAVIDI. Sin perjuicio de lo anterior, y como máximo hasta la fecha en que termine el programa de entrega de viviendas conforme a lo previsto en el Anexo No. 3, GOMEGA custodiará gratuitamente las viviendas que haya entregado al Interventor y que el FAVIDI no haya adjudicado.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: *FAVIDI y OMEGA LTDA darán las instrucciones a sus respectivos abogados para que proyecten las modificaciones necesarias a los contratos de encargo y fiducia mercantil celebrados con la Fiduciaria Tenquendama S.A. y presenten ante la Sección Tercera del Tribunal la solicitud de terminación del proceso n.º 980982. Por su parte, el FAVIDI se compromete a retirar los procesos que a la fecha haya instaurado en contra de Inversiones y Construcciones GOMEGA Ltda.*

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: *Tanto FAVIDI como GOMEGA reconocen y aceptan que el presente documento tiene el efecto de una transacción, razón por la cual declaran que no existe ningún perjuicio, daño, costo, sobrecosto o motivo de reclamación derivado de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del negocio jurídico existente entre las dos entidades para la construcción de 3000 unidades de vivienda en el proyecto de urbanización Riberas de Occidente. En consecuencia, FAVIDI y GOMEGA se comprometen a no iniciar o proseguir acción judicial o de cualquier otra naturaleza en relación con hechos ocurridos con anterioridad a la suscripción del presente documento."*

3.8. Mediante auto de 21 de enero de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera aceptó la transacción lograda entre las partes y declaró terminado el proceso, acompañado a la actuación, en cuanto encontró que la petición reunía los requisitos de forma – cuaderno de pruebas n.º 5 y folio 202 del cuaderno de pruebas n.º 1-.

3.9. En cumplimiento de la cláusula décima séptima del contrato de transacción, obra la reforma al encargo fiduciario suscrito inicialmente entre la Fiduciaria Tequendama S.A., en calidad de fiduciario y el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, fideicomitente. En esta oportunidad, intervinieron además de las entidades mencionadas la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA. Constructor y contratista del constituyente –folio 2 del cuaderno xx-. En ese orden se destaca:

CLAÚSULA PRIMERA, Objeto del contrato: *El presente contrato tiene por objeto la administración por parte del FIDUCIARIO de las sumas de dinero*

que EL CONSTITUYENTE se obligó a pagar en favor de GOMEGA en virtud del acuerdo transaccional citado en el tercer considerando, como contraprestación de las 528 unidades que este debe construir para EL CONSTITUYENTE

CLÁUSULA SEGUNDA. Recurso Fideicomitidos. EL CONSTITUYENTE se obliga a consignar en la cuenta que indique EL FIDUCIARIO la suma correspondiente al anticipo pactado en el acuerdo transaccional, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la firma del presente documento, y diez (10) días calendario antes de la fecha prevista para entrega de los recursos a GOMEGA, las sumas necesarias para cumplir con el resto de la programación de pagos establecida en el acuerdo transaccional y que se resume en el cuadro que se presenta a continuación:

(...)

Parágrafo Primero. Los meses señalados en el cuadro anterior se entenderán meses contractuales, es decir que se contarán como mensualidades a partir de la fecha de entrega del anticipo a GOMEGA³

CLÁUSULA CUARTA: Desarrollo de la construcción y obligaciones del constructor. GOMEGA se obliga a construir 528 unidades en los términos y condiciones establecidos en el acuerdo de transacción y en el negocio fiduciario suscrito para el efecto con EL FIDUCIARIO. En este sentido y en forma particular se obliga a: 1. Cumplir con las especificaciones acordadas y reseñadas en el acuerdo de transacción y en el anexo n.º 1 del mismo. 2. Entregarle al interventor las unidades construidas en las fechas programadas libres de todo gravamen, para que el FIDUCIARIO proceda a escriturarlas a EL CONSTITUYENTE o la persona que este le indique. 3. Presentarle al interventor y al EL CONSTITUYENTE los informes que estos requieran para controlar la inversión y destinación de los recursos entregados.

3.10 Mediante oficio de 27 de mayo de 1999 el interventor del contrato informó a la Fiduciaria Tequendama que la obra fue suspendida, sin justificación alguna por parte del contratista –folio 3 de la carpeta n.º 3-.

3.11 Obra acta de reunión del Fideicomiso "Riveras de Occidente" celebrada el 31 de mayo de 1999, donde se echó de menos la presencia del representante de GOMEGA LTDA y se puso de manifiesto por parte del interventor lo relativo a la suspensión de la obra, al igual que la comunicación suscrita por el contratista el 26 de mayo anterior, donde informa a la Fiduciaria Tequendama su petición formal sobre la apertura del

³ Aunque el contrato no señala el plazo, para dicho término se remite al anexo n.º 3 que se echó de menos en el plenario, sin perjuicio que los desembolsos se harían en un periodo de once meses que corresponde a la ejecución del contrato, conforme el cuadro que se relaciona en el contrato de transacción y en el encargo fiduciario, contados a partir de la entrega del anticipo, como lo pactaron las partes en el encargo fiduciario.

proceso concordatario a la Superintendencia de Sociedades. A su vez puso de presente el bajo rendimiento de la obra por el contratista -folio 5 carpeta n.º 3-.

3.12. Consta que mediante resolución n.º 273 de 7 de julio de 1999, el Gerente General del Fondo de Ahorro y vivienda del Distrito-FAVIDI declaró la caducidad del contrato de obra suscrito con la sociedad INVERISIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA. en el marco de la transacción celebrada el 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente" -folio 8 del cuaderno de pruebas n.º 2-. Así:

ARTÍCULO PRIMERO: *Declarar la caducidad administrativa del contrato celebrado entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" e INVERISIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., de fecha 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente".*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Declarar la exigibilidad de la Póliza de cumplimiento No. 724007859 expedida por la "Aseguradora Colseguros S.A.", la cual garantiza el buen manejo, la correcta inversión del anticipo y el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, por la ocurrencia de incumplimiento.*

ARTÍCULO TERCERO: *De la presente Resolución notifíquese personalmente tanto al representante legal del contratista INVERISIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, como al representante legal de su garante, la compañía de seguros ASEGURADORA COLSEGUROS.*

Igualmente, por los efectos que directa o indirectamente esta resolución pudiere llegar a tener sobre el contrato de encargo fiduciario celebrado como mecanismo para asegurar el cumplimiento del contrato cuya caducidad se declara, notifíquese personalmente de la misma al representante legal de FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A.

ARTÍCULO CUARTO: *Contra la presente resolución procede el recurso de reposición que deberá intentarse directamente ante la Gerencia General del FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50, 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.*

Las razones que tuvo en cuenta la entidad demandada para declarar la caducidad son del siguiente orden:

"Explicaciones del contratista"

Mediante oficio G.G. 791 de junio 29 de 1999, el Gerente General de INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA, dio respuesta al requerimiento de explicaciones formulado por FAVIDI y en síntesis manifestó lo siguiente:

- De una parte manifiesta que procede a reafirmar la información suministrada verbalmente en el sentido de que esa compañía presentó, para ante la Superintendencia de Sociedades, solicitud de concordato en razón de la difícil situación financiera a que se vio abocada por razones que, según manifiesta, se expresaron en la solicitud del referido concordato.
 - Agrega que la difícil situación financiera de la compañía constructora se vio agravada por la presión de las entidades financieras con procesos judiciales, los altos intereses pagados y la grave situación del sector de la construcción.
 - También señala que las 56 viviendas de la manzana "A", están listas para ser entregadas a la interventoría desde la fecha de solicitud del concordato y que la liberación de la hipoteca por parte de la Corporación de Ahorro y Vivienda AHORRAMAS ha sido solicitada mediante 4 oficios, liberación a la cual consideran tener derecho por cuanto, en su opinión, han cancelado a dicha Corporación las prorratas de esa manzana
 - En relación con la situación de la obra manifiesta que "ante la imposibilidad de Gomega en hacerlo", ha planteado a la Fiduciaria que conjuntamente con FAVIDI se busque una solución que permita preservar la integridad de los bienes a fin de evitar el deterioro y la pérdida de los materiales
 - En ese sentido agrega que han planteado a la Fiduciaria, a los acreedores y a FAVIDI, un acuerdo preconcordatario que permita encontrar soluciones acorde con los intereses de las partes involucradas
- Cabe advertir que la sociedad constructora no presenta acervo probatorio alguno.

Análisis de las explicaciones rendidas por el contratista

Al efectuar el análisis de las explicaciones y de los argumentos suministrados por la contratista constructora INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA, en su referida comunicación de junio 29 de 1999, se encuentra la siguiente:

En primer lugar debe destacarse lo preocupante que para "FAVIDI" y para el futuro inmediato y la ejecución misma del contrato en estudio, representa el hecho de que INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA, como su representante lo manifiesta, se encuentre en una difícil situación financiera.

Al respecto debe señalarse que, para corroborar la veracidad de la información suministrada y para determinar los efectos legales que ello pudiera representar frente a la condición que "FAVIDI" tiene de Entidad Contratante, sus obligaciones, sus deberes, sus derechos y, especialmente, el interés general que envuelve la ejecución del contrato en estudio, "FAVIDI"

solicito oficialmente a la Superintendencia de Sociedades información acerca de la existencia del trámite concordatario respecto de la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA.

Sobre el particular, se pudo constatar que la solicitud de concordato presentada por INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, en mayo 28 de 1999 fue inadmitida mediante auto 470 - 7116 del nueve (9) de junio de 1999, a la fecha, no se ha admitido y, por ende, no se ha iniciado formalmente Concordato alguno en relación con dicha sociedad, por lo cual no es posible hacer referencia a la existencia formal de dicho procedimiento no a los efectos jurídicos que se derivan directamente del mismo.

De otra parte, la manifestación que realizó el representante legal de INVERISIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, acerca de la presión que se encuentra afrontando por razón de los procesos judiciales iniciados por entidades financieras, lejos de justificar sus retrasos e incumplimientos para con "FAVIDI" y para la futura ejecución del contrato en estudio, aunque no se considerará como elemento para adoptar la decisión que corresponde a través de la presente Resolución, si constituirían elementos de mayor preocupación como quiera que la sola existencia de tales procesos judiciales en contra de INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, pondrían de presente el eventual incumplimiento en que esa firma ha incurrido frente a sus obligaciones de carácter bancario y financiero, cuestión que, a su vez, pondría en riesgo la posibilidad de cumplir oportuna y adecuadamente con otros compromisos y obligaciones contractuales, como los que se derivan del contrato celebrado con "FAVIDI".

De otra parte, en lo que corresponde a la entrega de las 56 viviendas de la manzana A' t las 56 viviendas de la manzana B', lo cierto es que esa obligación no se ha cumplido en los términos contractuales estipulados para el efecto.

Naturalmente "FAVIDI" está y ha estado dispuesto a colaborar en los procedimientos y trámites necesarios para obtener el levantamiento del gravamen hipotecario que impide la recepción de las viviendas, sin embargo es claro que no es ni puede serle trasladada a "FAVIDI" la responsabilidad correspondiente al levantamiento del referido gravamen hipotecario así como no puede asumir los efectos de dicha situación, no generada por su culpa ni imputable a la entidad a ningún título, máxime cuando "FAVIDI" ha girado los recursos suficientes para que esta liberación se haya efectuado, ya que hasta el mes de mayo de 1999 se giró la suma de TRECE MIL TRECE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN (\$13.013'308.891,00) PESOS MCTE.

Ahora bien, independientemente de que se produzca la entrega de las 56 viviendas referidas, así sea extemporáneamente, lo más grave y preocupante es que en relación con la situación de retraso y de suspensión que registra el avance de las obras, lo cual configura un gravísimo incumplimiento contractual que, sin duda, conducirá a la paralización del contrato, el contratista se limite a señalar que él ha planteado a la Fiduciaria que conjuntamente con "FAVIDI" se busque una solución que permita preservar la integridad de los bienes a fin de evitar el deterioro o pérdida de los materiales.

Igualmente resulta en extremo grave que frente a una situación tan crítica, constitutiva –se repite–, de incumplimiento grave del contrato, que naturalmente ha de conducir a su paralización, el contratista simplemente señale que ha planteado a la Fiduciaria, a los acreedores y a "FAVIDI" que se procure un acuerdo preconcordatorio que permita encontrar soluciones al problema.

Como quedo visto, estas manifestaciones del contratista en relación con la situación de incumplimiento, de retraso y de suspensión unilateral de las obras, no pueden considerarse ni aceptarse, en modo alguno, como justificaciones para exonerar su responsabilidad contractual, así como no puede admitirse, de ninguna manera, que pretenda trasladarse a "FAVIDI" la responsabilidad –junto con la Fiduciaria y otros acreedores–, de solucionar el problema de incumplimiento contractual grave en que ha incurrido únicamente INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.

(...)

"Al respecto debe precisarse que si bien es cierto que el contrato celebrado entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., en principio corresponde a un contrato de transacción, mediante el cual las partes procuraron y consiguieron poner fin a los litigios existentes entre ellas, no es menos cierto que las estipulaciones contenidas en dicho contrato fueron más allá y, por lo tanto, al estudiar su alcance y el de las obligaciones resultantes para las partes, se tiene clara la celebración de un CONTRATO DE OBRA, cuyos términos sirvieron, precisamente, para dirimir las diferencias que en ese momento existían entre los contratantes.

(...)

Dicho de otra manera, el contrato de transacción sirvió de marco para que dentro de su seno se estipulara o se incluyera un CONTRATO DE OBRA que, en últimas, recogió la voluntad de las partes y dio lugar a la definición y existencia de una relación contractual clara y precisa, eliminando la ambigüedad que en el pasado había afectado la incierta relación contractual entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA FAVIDI e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTA.

(...)

Ahora bien, ante la posibilidad de identificar la existencia simultánea, a través de un solo acto, tanto de un CONTRATO DE TRANSACCIÓN como de un CONTRATO DE OBRA, dando lugar así a la existencia de un contrato atípico, por no responder a un molde específico y previsto en la ley, es importante examinar tanto la procedencia de que las Entidades estatales celebran esta clase de contratos como, más importante aún, definir el régimen legal que debe aplicarse.

(...)

Lo importante de esta conclusión es que, según las orientaciones transcritas, hay lugar, en consecuencia, a aplicar conjuntamente los textos legales de ambas clases de convenciones, en este caso las consagradas para el

CONTRATO DE TRANSACCIÓN y las establecidas para el CONTRATO DE OBRA.

Así las cosas, bien que el contrato en estudio se mire como un típico CONTRATO DE OBRA, al cual se le agregaron las estipulaciones y los efectos necesarios para extinguir los litigios existentes entre esas mismas partes con anterioridad a su celebración; bien que se identifique como un típico CONTRATO DE OBRA con el ropaje puramente formal de un CONTRATO DE TRANSACCIÓN o bien que se catalogue como un contrato atípico, en tal evento, correspondería a los de doble tipo, esto comprendido tanto CONTRATO DE TRANSACCIÓN como CONTRATO DE OBRA, lo cierto es que en todas esas hipótesis las aplicables a las estipulaciones correspondientes con la ejecución de las obras deben ser, necesariamente, las normas legales que regulan el CONTRATO DE OBRA.

Con base en todo lo expuesto y desarrollo, a propósito de los retrasos, incumplimientos y la suspensión misma de las obras, este despacho considera y acoge como aplicables al contrato celebrado entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., las normas de la ley 80 de 1993, correspondientes, exactamente, a los CONTRATOS DE OBRA.

Según los dictados del numeral 2º del artículo 14 de la ley 80 de 1993, en los CONTRATOS DE OBRA es obligatorio pactar las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

Así mismo, la norma legal en cita establece que en casos como en el contrato de obra, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consiguen expresamente.

(...)

Por su parte el artículo 18 de la misma ley 80 de 1993, al regular la aplicación de la cláusula excepcional de caducidad, determina que a su aplicación debe procederse cuando se presenta "alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede concluir a su paralización".

En el asunto que ahora se examina, dado que las explicaciones brindadas por INVERISIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA, no son satisfactorias para el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" por las razones antes expuestas y en la medida que la interventoría del contrato ha verificado y el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" así lo ha constatado, la existencia y configuración de retrasos significativos e importantes en la ejecución de las obras, además de la suspensión unilateral y total de las obras a cargo del contratista, retrasos y suspensión que constituyen incumplimientos que han afectado de manera grave la ejecución del contrato, todo lo que evidencia también la inminente paralización del contrato, dado que INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA, además de que en sus explicaciones no logró justificar sus incumplimientos, ninguna muestra de manifestación siquiera ha realizado acerca de la forma en que podría reanudar, cumplir y culminar adecuada y

oportunamente la ejecución de la sobras a su cargo, por tanto, en el presente caso todos los elementos (sic) y requisitos exigidos en el citado artículo 18 de la ley 80 de 1993 para que el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" proceda a decretar la caducidad administrativa del contrato respectivo.

Bueno es precisar que con la declaratoria de caducidad que se ha de adoptar no se pretende desconocer ni desconocerá el efecto de cosa juzgada que la ley reconoce y que las partes persiguieron en relación con la transacción por medio de la cual se dieron por terminadas las diferencias existentes con anterioridad a su celebración, efecto en cuya virtud, se dio por terminado el proceso judicial que cursaba ante la Sección Tercera del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sino que, únicamente se persigue y esos serán sus efectos, dar por terminada, anticipadamente, la relación contractual correspondiente al contrato de obra consistente en la construcción de las unidades de vivienda que INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., se obligó para con el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" a ejecutar y a entregarle, todo por cuanto en el presente caso se han configurado los supuestos fácticos consagrados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para que sea procedente la mencionada declaratoria de caducidad administrativa del contrato.

3.13. Mediante resolución n.º 338 de 19 de agosto de 1999, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital-FAVIDI confirmó la decisión anterior –folio 46 del expediente de pruebas n.º 2-, bajo las siguientes consideraciones:

"En cuanto corresponde al argumento en cuya virtud el recurrente sostiene que el contrato cuya caducidad se ha declarado es un contrato de transacción, en el cual, por su naturaleza, no tiene cabida el ejercicio de la cláusula excepcional de caducidad, es preciso aclarar que la caducidad en cuestión no se declaró, en relación con los efectos ya consolidados de la transacción, efectos que, naturalmente la fuerza propia de cosa juzgada, sino que, como claramente lo recoge el artículo primero de la impugnada Resolución 273 de julio 7 de 1999, la caducidad se declaró en relación con lo que corresponde a la ejecución de la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente", ejecución que corresponde a la obligación contractual que asumió el recurrente y que, por tanto, corresponde a un vínculo contractual cuyo objeto necesariamente, es de obra.

Así pues, en la medida en que las únicas obligaciones que se encuentran vigentes y cuya terminación anticipada y unilateral se dispone a través de la impugnada declaratoria de caducidad, son aquellas obligaciones contractuales que corresponden a la ejecución de las obras convenidas entre FAVIDI y GOMEGA LTDA, es obvio que sólo en relación con dichas obligaciones contractuales de construcción de obra está llamada a producir efectos la referida declaratoria de caducidad, tal como lo precisó el citado artículo primero de la resolución No. 273 de 1999, efectos que consisten, primordialmente, en dar por terminadas tales obligaciones contractuales y el vínculo que las soporta, de manera anticipada".

La argumentación que presenta el recurrente al desarrollar el primer argumento al que se acaba de hacer referencia, con el fin de demostrar que el contrato materia de la impugnada declaratoria de caducidad "no tienen ni puede tener el carácter de contrato de obra pública", en modo alguno alcanza su objetivo, tal como pasa desarrollarse:

El hecho de que entre los antecedentes del contrato de obra, sobre el cual ha recaído la impugnada declaratoria de caducidad, se encontrasen "sendos convenios de derecho privado; uno entre el FAVIDI y COMPENSAR y otro entre COMPENSAR y GOMEGA", en nada impide, ni afecta, ni altera, ni incide acerca de la naturaleza del contrato que con posterioridad a las dificultades que se presentaron en la ejecución de los aludidos contratos, fue celebrado entre FAVIDI y GOMEGA LTDA.

(...)

En este sentido, debe hacerse énfasis en que FAVIDI jamás ha desconocido ni pretende desconocer que el contrato de TRANSACCIÓN, genéricamente considerado, evidentemente es un contrato típico y nominado, como quiera que tanto su definición como su denominación se encuentren consagradas expresamente en el transcrito artículo del Código Civil.

Otra cosa muy distinta es la que corresponde al examen y la revisión del específico contrato celebrada entre FAVIDI y GOMEGA LTDA, fechado en octubre 16 de 1998, puesto que en su contenido, como ya se ha explicado ampliamente, se encuentran elementos que, de una parte, corresponden claramente al tipo contractual de la TRANSACCIÓN, en cuanto las partes decidieron voluntariamente dar por terminado, de manera anticipada, el litigio entre ellas existente y, de otra parte, también en ese mismo contrato se encuentran elementos que corresponden a la tipificación del CONTRATO ESTATAL DE OBRA, según ya se analizó con detalle, mixtura o combinación esta que es, precisamente, la que da lugar a la configuración de un contrato mixto o atípico, en cuanto el contrato resultante contiene elementos de uno y de otro tipo contractual.

(...)

En ninguna de las actuaciones que FAVIDI ha desarrollado para determinar el estado de ejecución del contrato; para verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, en los informes solicitados al interventor y de los cuales se dio traslado a GOMEGA LTDA, y en la propia Resolución de Caducidad No 273 de 1999, en ninguna de esas actuaciones – se repite –, se ha examinado o se ha invocado o mencionado, siquiera, el concordato (real o eventual) de GOMEGA LTDA, como causa determinante para la adopción de las decisiones administrativas correspondientes.

Solo el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales de GOMEGA LTDA., -se quiere insistir en ello-, ha determinado, fundamentado y originado la declaratoria de caducidad en la decisión cuyo recurso se desata a través del presente acto.

(...)

Por último, en cuanto toca con la argumentación dirigida a sostener que el contrato en estudio habría generado obligaciones de dar y que por ello sus prestaciones no corresponderían a las propias de los contratos estatales de obra, hay que comentar que FICUCIARIA TEQUENDAMA S.A., agrega que a esa conclusión se arriba al verificar que los riesgos sobre la pérdida de materiales u otros elementos antes de la entrega de las viviendas, fueron asumidos por GOMEGA LTDA.

Sobre el particular basta con reiterar que las tantas veces citado numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al definir el contrato estatal de obra fue expreso en indicar que se trataría de un contrato de ese tipo cualquiera que fuese la modalidad de pago que escogieren las partes contratantes.

3.14. Mediante Resolución 589 de 28 de diciembre de 1999, el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI" liquidó unilateralmente el contrato suscrito con la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA hoy en liquidación –folio 209 del cuaderno n.º 13- Se destaca:

ARTICULO PRIMERO: Adoptar unilateralmente la liquidación del contrato celebrado entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA hoy en liquidación de fecha 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción fr 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolló el programa de vivienda "La Riveras de Occidente".

(...)

Valor del contrato	\$ 15.231.744.000,00
Giros efectuados por FAVIDI	\$ 13.013.308.891,00
Valor de las 56 viviendas entregadas por el contratista	\$ 1.615.488.000,00
Valor obras 472 viviendas inconclusas	\$ 7.811.017.000,00
Cuenta por cobrar al contratista por el proyecto	\$ 3.586.803.891,00
Mas pasivos del proyecto	
(...)	
Cuenta total por cobrar al contratista	\$ 5.439.779.553,00

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, EN LIQUIDACIÓN, adeuda al FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI" la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS MONEDA LEGAL (5.439.779.553,00), a partir del día treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), fecha en la cual se generó el incumplimiento de la sociedad contratista.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar a la compañía de seguros ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. el pago de la póliza n.º 724007859, por la ocurrencia de los siniestros ocasionados por el incumplimiento de la sociedad contratista

Inversiones y Construcciones Gomega Ltda, por el 100% del valor asegurado, esto es la suma de UN MIL QUINIENTOS VEINTITRES MILLONES CIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/L (\$ 1.523.174.400,00) y el ocasionado por la no inversión del anticipo girado al contratista, por un valor de UN MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTISEIS PESOS M/L (1.787.886.426,00)

3.15 Para amparar los riesgos del contrato, INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA constituyó la póliza única de cumplimiento n.º 724007859 de 16 de octubre de 1998, entre el mismo día y el 16 de noviembre del año siguiente, expedida por la Aseguradora Coaseguros S.A. -folio 12 del cuaderno de pruebas n.º 4-.

TOMADOR – INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.
ASEGURADO – FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI".

"VIGENCIA: 16/10/98–16/11/99 OBJETO DEL SEGURO: Garantizar el buen manejo la correcta inversión del anticipo y el cumplimiento en virtud del acuerdo de transacción del 16 de octubre de 1993, relacionado con la construcción de 528 Unidades de Vivienda de Interés Social, Tipo Bifamiliar en la urbanización "Las Riveras de Occidente", ubicada en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. **AMPAROS CONTRATADOS:** Anticipo y Cumplimiento. **VALOR ASEGURADO:** \$2.000'000.000 y \$1.523'174.000 respectivamente. **VIGENCIA: 16 / Octubre / 98 – 16 / Noviembre / 99 respectivamente."**

CONDICIONES GENERALES: PRIMERA-AMPARO- La aseguradora ampara al asegurado por el riesgo de incumplimiento ocurrido durante la vigencia del seguro, de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales (Leyes, Decretos, Reglamentos, Etc.) señaladas en la carátula de la presente Póliza, imputable a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal....".

3.16 Obra dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia que da cuenta sobre el porcentaje de ejecución del contrato para la fecha de expedición de las resoluciones –cuaderno de pruebas n.º 6-.

Dentro del Capítulo denominado URBANIZACIÓN RIVERAS DE OCCIDENTE EJECUCIÓN PROGRAMA DE VIVIENDA, se establece que el porcentaje ponderado de terminación del programa de vivienda es de 62.42 a la fecha en que se expedieron las resoluciones impugnadas.

Dentro del Capítulo denominado URBANIZACIÓN RIVERAS DE OCCIDENTE EJECUCIÓN PROGRAMA DE URBANISMO, se establece que

el porcentaje ponderado de terminación del **programa de urbanismo** es de 79.82% a la fecha en que se expidieron las resoluciones impugnadas.

Según el estudio efectuado y los documentos soportes así como los informes de inventoría, la causa del retraso en el desarrollo del contrato es la suspensión en forma unilateral de la ejecución de las obras por parte de la constructora a partir del día 27 de mayo de 1999. Los soportes del Dictamen permiten concluir que el proyecto fue suspendido sin causa aparente, por cuanto la Fiduciaria se encontraba al día en los desembolsos, donde el último por valor de 1.520 millones de pesos no se invirtió dada la paralización previa de la obra.

(...)

Teniendo en cuenta que el porcentaje asignado a la ejecución de obras de vivienda dentro del proyecto es de 85.88%, su cumplimiento ponderado equivale al 53.10%, siendo este el avance de construcción de viviendas.

Así mismo, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado a la ejecución de obras de urbanismo dentro del proyecto es de 14.12, su cumplimiento ponderado equivale al 11.12%, siendo este el avance de urbanismo.

Entonces el ponderado total de cumplimiento equivale al 64.23, siendo este el avance de obra total.

De conformidad con los cuadros, resultantes del estudio pericial adelantado, el porcentaje de incumplimiento por parte de Gomega en la ejecución del **programa de vivienda** es al mes de junio de 1999 el 17.6% frente al porcentaje programado; y el porcentaje de incumplimiento por parte de Gomega en la ejecución del **programa de urbanismo** es al mes de junio de 1999 el 10.18% frente al porcentaje programado.

Porcentaje total de incumplimiento por parte de Gomega en la ejecución del programa de vivienda es del 37.58%.

Porcentaje total de incumplimiento por parte de Gomega en la ejecución del programa de urbanismo es del 20.18%.

Teniendo en cuenta el porcentaje obtenido, es decir el 64.23% el incumplimiento total por parte del constructor es del 35.77%

(...)

3.17 Obra copia del concepto rendido por la firma RODRÍGUEZ AZUERO a la Aseguradora COLSEGUROS el 9 de diciembre de 1999, donde se recomienda no realizar pagos, en cuanto, revisado el avance de la obra por un lado la demandada no sufrió perjuicio y por otro la garantía el monto asegurado está comprendido en el porcentaje ejecutado -folio 205 del cuaderno n.º 2-.

"... En relación con la garantía de Buen Manejo y Correcta inversión del Anticipo, desde la primera reunión sostenida con Favidí se acordó que no podía afectarse la póliza, pues habiéndose ejecutado obra por un valor de \$11.527'908.000 y habiendo sido el monto entregado a título de anticipo la suma de \$2.000'000.000, es evidente que dicho valor fue totalmente invertido en la obra por parte del contratista...."

3.18 Aunque obran 7 informes del interventor del contrato – Ingeniero Carlos Eduardo González García, se destacan por su importancia el n.º 6 de 20 de mayo de 1999, correspondiente a la suspensión del contrato de obra, con ocasión de la construcción de las 528 unidades de vivienda –cuaderno de pruebas n.o 4-

A continuación se relacionan los trabajos en cada costado de las manzanas que se deberán entregar a FAVIDI:

MANZANA	OBRA EJECUTADA
Z	Se terminaron las labores.
A'	Se trabaja en instalación de carpintería en madera, vinisol y aseo.
B'	Se trabaja en remates, instalación de vidrios, primera mano de pintura, refinado de piso y aseo. En cubierta se trabaja en impermeabilización.
C'	Se trabaja en placa de cubierta, prolongaciones hidráulicas y eléctricas, pañetes, carpintería metálica y escaleras.
D'	Se trabaja en colocación de viguetería, plaquetas, desagües y mampostería en interiores y en vigas de cimentación de patios.
X	Se trabaja en mampostería y columnas de primer piso así como en placa y mampostería de segundo piso.
Q	Se trabaja en colocación de viguetería, plaquetas y mampostería de primer piso en interiores y en vigas y muros de sobre cimientos de patios.
W	En el primer piso se trabaja en instalaciones hidráulicas, pañetes, carpintería metálica, escaleras y resanes. En el segundo piso en mampostería, columnas y placas de cubierta. En cubierta se trabaja en bordillo y placa de tanque.
F	Se trabaja en mampostería y columnas de primer piso y en placas de segundo piso. Se inició la mampostería de segundo piso.
L	Se trabaja en colocación de viguetería, plaquetas, desagües y mampostería en interiores y en vigas de amarre y sobre cimientos de patios.

RESUMEN EJECUCIÓN DE OBRA – INFORME No. 6

DESCRIPCIÓN		NOV	DIC	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP
		4	9	13	17	22	26	30	35	39	43	46
VIVIENDA	P	5%	8%	13%	21%	32%	41%	59%	74%	88%	96%	100%
	E	8%	16%	19%	27%	40%	49%	59%				
URBANISMO	P	57%	64%	65%	68%	72%	75%	78%	86%	96%	98%	100%
	E	57%	66%	67%	70%	74%	76%	77%				
EJECUCIÓN TOTAL	P	13%	17%	21%	28%	38%	47%	61%	76%	89%	95%	100%
	E	15%	23%	26%	34%	45%	53%	62%				

33A

CUMPLIMIENTO TOTAL	114%	138%	123%	119%	120%	114%	100%				
-----------------------	------	------	------	------	------	------	------	--	--	--	--

3.19 Por su parte la interventoría, el 18 de junio de 1999, en lo que tiene que ver con la forma en que se ejecutó el contrato y el avance de la obra, informó lo siguiente:

La constructora inició oficialmente labores el 26 de octubre de 1998, día en el cual también comenzó labor de coordinación y control la Interventoría, según instrucción verbal recibida de la Fiduciaria Tequendama.

La Interventoría ha venido presentando informes mensuales realizando corte el día 26 de cada mes, pero en la Junta de Fideicomiso del día 23 de febrero de 1.999, se solicitó presentar los informes a mitad de mes, a partir de marzo de 1.999. El presente informe tiene fecha de corte el 18 de junio de 1.999.

OBRA EJECUTADA

En el período comprendido entre el 16 de mayo y el 18 de junio de 1.999, la obra adelantada fue mínima, ya que la Constructora paralizó sus labores el 27 de mayo. A partir de esta fecha únicamente se realizaron algunos trabajos en el remate de las viviendas de la manzana A'. Los demás frentes de trabajo se suspendieron y el personal de administración dedicó su tiempo al almacenamiento de los materiales y equipos que se encontraban dispersos por la obra.

En los cuadros EJECUCIÓN PROGRAMA DE VIVIENDA, EJECUCIÓN PROGRAMA DE URBANISMO y RESUMEN EJECUCIÓN OBRA se describe el estado actual de cada uno de los ítems que conforman la totalidad de los trabajos del proyecto.

Es de tener en cuenta que para la manzana A' se describen los trabajos hidráulicos como terminados, pero los aparatos hidrosanitarios se encuentran en almacén sin haberse instalado buscando evitar su deterioro, según se ha acordado en Junta de Fideicomiso.

En cuanto a urbanismo, en vías vehiculares se tienen completos los rellenos en recebo y en base granular falta terminar la calle 24 sur y la calle 33 sur. La capa de asfalto no se ha colocado de la calle 35 sur hacia el norte.

En cuanto a alcantarillado, hace falta la construcción y conexión de un sumidero en la calle 33 E sur y el empate de las domiciliarias de las manzanas F, L, Q, y W, costado sur (1.000 MT por vivienda). El resto de la red está completa, al igual que la de acueducto y la de teléfonos.

ANÁLISIS FINANCIERO

(...)

Hemos ajustado el presupuesto a la fecha, incluyendo los valores comerciales actuales de materiales, mano de obra y equipo, en costos directos, es decir sin administración de obra, imprevistos, utilidades, costos

de terreno, gastos financieros, etc., y se incluyen en el presente informe en el cuadro PRESUPUESTO ACTUAL DE OBRA, costos junio de 1.999. El resultado es de \$7.722'300.177,90, precio comercial de la totalidad del proyecto en el momento.

(...)

Así mismo, se ha evaluado la obra ejecutada, en el cuadro PRESUPUESTO ACTUAL OBRA EJECUTADA, costos junio 1.999, con un resultado de \$5.313'746.266,05.

(...)

Finalmente, la diferencia de presupuestos totales y de ejecución nos indican que el valor actual de las obras faltantes es de \$2.408'553.911,85.

RESUMEN EJECUCIÓN DE OBRA - INFORME No. 7

DESCRIPCIÓN	MES		NOV	DIC	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP
	SEMANA		4	9	13	17	22	26	30	35	39	43	46
	% ASG.												
VIVIENDA	85.88%	P	7%	9%	15%	24%	35%	46%	64%	60%	89%	98%	100%
		E	11%	19%	24%	32%	45%	54%	64%	67%			
URBANISMO	14.12%	P	54%	61%	65%	69%	74%	78%	82%	90%	96%	98%	100%
		E	55%	66%	66%	70%	77%	80%	80%	80%			
EJECUCIÓN TOTAL	100.00%	P	14%	17%	22%	30%	41%	50%	66%	61%	90%	98%	100%
		E	17%	25%	30%	37%	50%	58%	66%	69%			
CUMPLIMIENTO TOTAL			122	153	134	123	122	114	100	85%			

4. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

La Aseguradora Colseguros acusa de nulidad las resoluciones n.º 273 de 7 de julio y 338 del 19 de agosto de 1999, mediante las cuales EL FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI declaró la caducidad del convenio suscrito el 16 de octubre de 1998. Esto porque el acuerdo que las sustenta corresponde a una transacción, sometida al derecho privado, al que le resultan extrañas las facultades exorbitantes propias de los contratos estatales, lo que de suyo acarrea la nulidad de los actos demandados, por falta de competencia material, en cuanto lo contrario desnaturaliza la transacción que puso fin al proceso.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2469 del Código Civil, la transacción es un contrato mediante el cual las partes deciden terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, de modo que se trata de un acuerdo para liberar obligaciones pendientes de resolución, con base en concesiones entre las partes, con capacidad para resolver sobre lo suyo, susceptible de disposición o respecto de los derechos o intereses negociables de otro, esto último con poder u autorización legal para actuar en consecuencia. En ese orden, al tiempo que la transacción libera de una declaratoria de incumplimiento y de sus consecuencias en los términos del convenio, extingue las obligaciones pendientes a cargo de ambas partes, todo ello sobre prestaciones disponibles. De suerte que da lugar a solicitar la terminación anormal de los procesos en curso.

En este punto, vale recordar que los terceros que pagan extinguen las obligaciones ajenas⁴ y que lo propio ocurre con mayor entidad cuando quienes así proceden participaron activamente en la generación de las obligaciones sin solventar y podrían así mismo resultar comprometidos, como ocurre con los obligados en solidaridad cuando uno de ellos pagó la deuda o extinguió por otro medio la obligación, quedando subrogado en la acción del acreedor⁵.

⁴ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. ARTICULO 1630. <PAGO POR TERCEROS>. Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor.
Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor.

ARTICULO 1631. <PAGO SIN CONSENTIMIENTO DEL DEUDOR>. El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue.

⁵ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. ARTICULO 1569. IDENTIDAD DE LA COSA DEBIDA>. La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros.

ARTICULO 1571. <SOLIDARIDAD PASIVA>. El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.

Aunque en principio la transacción tiene el poder de liberar obligaciones, ello no impide que surjan nuevas prestaciones, conforme el poder de disposición de las partes, esto último sometido al contenido obligacional y al escrutinio del juez en orden a preservar los derechos de las partes, la efectividad de las prestaciones y los requisitos legales de estricta observación en los casos de las entidades estatales.

Ahora, el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil dispone que las partes, en cualquier estado del proceso, podrán transigir la litis. Mecanismo éste que también puede ser utilizado para solventar las diferencias surgidas con ocasión del cumplimiento de una providencia judicial.

Para que la transacción produzca efectos procesales deberá suscribirse por los directamente obligados y la solicitud de terminación del litigio dirigirse al Juez o Tribunal que conozca del proceso o de la actuación posterior a éste, como se dispone para la demanda.

La solicitud podrá presentarse por cualquiera de los extremos de la litis, acompañada del escrito en el que consta el acuerdo, del que se dará traslado a quienes no intervinieron para que se pronuncien al respecto. En ese orden, la transacción deberá realizarse por las partes directamente o mediante apoderado, con facultad expresa para el efecto –artículo 340 del C. de P.C.-.

ARTICULO 1572. <DEMANDA CONTRA DEUDOR SOLIDARIO>. La demanda intentada por el acreedor contra algunos de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado.

ARTICULO 1579. <SUBROGACION DE DEUDOR SOLIDARIO>. El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.

En el caso concreto, INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA y FAVIDI, en el curso de la acción contractual instaurada por la primera, convinieron en transar sus diferencias, el 16 de octubre de 1998, surgidas con ocasión de la ejecución del programa de vivienda "Las Riveras de Occidente", conforme da cuenta la cláusula décima octava. Se trató de poner fin a la controversia originada i) en el convenio sin fecha de 1993, suscrito entre la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR "COMPENSAR y el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDFI" para promover un plan de vivienda dirigido a los funcionarios del Distrito afiliados a la caja de compensación; ii) en el contrato de encargo fiduciario suscrito el 25 de octubre de 1993, entre la FIDUCIARIA TEQUENDAMA y el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI, para la administración de los recursos destinados al mencionado programa de vivienda de interés social y iii) en el contrato fiducia mercantil suscrito entre INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA con la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A., el 10 de mayo de 1994, para administrar y disponer de los recursos destinados a la construcción de tres mil viviendas de interés social, a cargo de la sociedad demandante el marco del programa mencionado, sin que el convenio de cuenta de las especificaciones técnicas relacionadas con la ejecución de la obra o la construcción de las viviendas, sin perjuicio de la existencia del convenio general para ser ejecutado por parte de la constructora.

Aunque la constructora y FAVIDI acordaron poner fin a las diferencias suscitadas en el ámbito de los acuerdos mencionados, relacionados con la construcción de 3000 viviendas de interés social, lo cierto es que la transacción dio origen a nuevas obligaciones no previstas en los contratos anteriores, en cuanto que i) el 16 de octubre de 1998, la sociedad GOMEGA LTDA y el Fondo de Ahorro y Vivienda del Distrito-FAVIDI suscribieron el contrato de transacción directamente; ii) aunque no hay duda que la transacción se hizo al amparo del **contrato de fiducia mercantil** suscrito con la FIDUCIARIA TEQUENDAMA, lo cierto es que FAVIDI no intervino en dicho convenio, aunque otorgó el contrato de encargo fiduciario y iii) el

objeto del nuevo contrato fue la construcción de 528 viviendas de interés social en el marco del plan de vivienda denominado Riveras de Occidente. En esta oportunidad, las partes establecieron las especificaciones del contrato –objeto, precio y plazo-, para que fuera ejecutado por GOMEGA LTDA en calidad de contratista así: "Casa de dos plantas, de 48,11 m², con fachada en ladrillo a la vista, muros interiores en bloque a la vista; primer piso en tableta de arcilla, con sala, baño, comedor, cocina con mesón, mueble de madera, puerta al patio y lavadero. En el segundo piso, escalera en gravilla, dos alcobas, una con closet, piso en virisol y cubierta en placa en concreto para desarrollo eventual de un tercer piso. Las demás especificaciones técnicas y de acabados se señalan en el Anexo No. 1 de este documento.

CLÁUSULA SEGUNDA: El Precio de cada unidad de vivienda será de \$28'848.000,00 m/cte, para un total de \$15.231'744.000,00 m/cte. El FAVIDI adjudicará las 528 unidades de vivienda a sus afiliados y funcionarios del Distrito que seleccione. El precio de las viviendas, así como las fechas de entrega de las mismas establecidas en el Anexo No. 3, no podrán modificarse siempre y cuando el FAVIDI cumpla con el cronograma de desembolsos mensuales previsto en el Anexo No. 2.

CLÁUSULA TERCERA: De los \$15.231'744.000,00 m/cte que FAVIDI se compromete a girar a la Fiduciaria Tequendama S.A., por concepto del pago del precio de las viviendas, se descontará por FAVIDI, en los instalamentos y en las oportunidades indicadas en el Anexo No. 2, la suma de \$3.120'104.891,00 m/cte, resultante de la conciliación y cruce de cuentas entre la Fiduciaria Tequendama S.A., FAVIDI y GOMEGA respecto del encargo fiduciario a que hace referencia el numeral 1º de los "Antecedentes".

CLAUSULA CUARTA: El FAVIDI se compromete a efectuar un primer giro por conducto de la Fiduciaria Tequendama S.a., por la suma de \$2.000'000.000, oo m/cte., siendo requisito para su desembolso la aprobación de la garantía de manejo e inversión del anticipo a que se hace referencia en el numeral 6.1 de la Cláusula Sexta de esta Acuerdo. El saldo, es decir, la suma de \$10.111'639.109, oo m/cte, será girado por el FAVIDI a GOMEGA por conducto de la Fiduciaria Tequendama S.A., según el avance de inversión y de ejecución de la obra certificados por el interventor de acuerdo con el cronograma de inversión y desembolsos que hace parte de este documento como Anexo No 2.

CLÁUSULA OCTAVA: Las unidades de vivienda serán entregadas en las oportunidades establecidas en el Anexo No. 3. Terminadas las viviendas, las mismas deberán ser recibidas por el FAVIDI por conducto del Interventor, mediante acta de entrega que se suscribirá para el efecto, aun cuando el FAVIDI no las haya adjudicado. A partir del momento en que GOMEA haga entrega de las viviendas al Interventor, éstas se consideran recibidas a entera satisfacción por el FAVIDI. Sin perjuicio de lo anterior, y como máximo hasta la fecha en que termine el programa de entrega de viviendas conforme

a lo previsto en el Anexo No. 3, GOMEGA custodiará gratuitamente las viviendas que haya entregado al Interventor y que el FAVIDI no haya adjudicado.

Inclusive en el convenio de 16 de octubre de 1998, en los términos de la cláusula décima séptima, las partes acordaron dar instrucciones para que se incluyeran las modificaciones necesarias a los contratos de encargo fiduciario y fiducia mercantil, de modo que las partes no pusieron fin a la relación, pues contrario a liberar las obligaciones contraídas, formalizaron entre GOMEGA LTDA y FAVIDI un contrato de obra, este sí estatal. Esto si se considera que, en esta oportunidad, se dejaron a salvo los términos del contrato, las partes intervinientes, el objeto, el precio, el plazo y las garantías legales.

5. LA RELACIÓN JURÍDICA ORIGINADA EN LA TRANSACCIÓN

Aunque las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se limitaron a denominar al convenio celebrado el 16 de octubre de 1998, contrato de transacción, lo cierto es que independientemente de su titulación, el contenido de las obligaciones contraídas y la naturaleza de las prestaciones que el contratista debía realizar, dan lugar a la Sala a concluir que finalizaron una controversia surgida en razón de una vinculación jurídica previa y más que eso, pues convinieron en un nuevo contrato, cuya prestación principal tuvo que ver con la construcción de 528 viviendas de interés social en el barrio Riveras de Occidente.

En ese orden, el acuerdo no condujo solamente a la terminación simple de una controversia, si se considera que la sociedad se comprometió a construir viviendas de interés social que entregaría a la entidad pública, sin que para el efecto cuente que se daría continuación a una actividad de construcción inacabada, frente a la cual FAVIDI no fungió como contratista; razón por la que el convenio de 16 de octubre de 1998, en lo que tiene que ver con la construcción de las viviendas, se encuentra sometido al estatuto contractual, de modo que en lo relativo a las normas sobre formación, celebración, efectos, responsabilidades, terminación y cláusulas

exorbitantes, se gobernó por la Ley 80 de 1993, en tanto comprensivo de un contrato de obra de índole estatal.

6. LA CADUCIDAD Y LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

En los términos de la cláusula primera del contrato, suscrito el 16 de octubre de 1998 entre FAVIDI y GOMEGA LTDA las partes convinieron que el contratista construiría 528 unidades de vivienda de interés social, tipo bifamiliar, en manzanas de terreno donde se adelantaba el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente": De suerte que en los términos del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la cláusula de caducidad resultaba de obligatoria inclusión o implícitamente pactada, si no fue consignada expresamente,⁶ tal y como ocurrió en el caso concreto.

⁶ **Artículo 14º.-** *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

En efecto, la cláusula de caducidad resultaba obligatoria en el contrato para la construcción de las 528 unidades de vivienda de interés social, por manera que la administración bien podía, por encontrarse facultada para ello, declarar la caducidad como efectivamente aconteció.

Esto es así porque las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales y legales dirigidas al cumplimiento de sus funciones, para el caso, declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general, comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual. A lo anterior se suma que la declaratoria de caducidad encuentra justificación, siempre que el incumplimiento endilgado al contratista afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Lo anterior, sin perjuicio que para proceder en consecuencia la entidad deberá garantizar el derecho de defensa y contradicción al contratista, aunado a que la declaratoria solo procede dentro del plazo o término de ejecución.⁷

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

7 ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. *La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá 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, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se

Es así, como la Sala, en sentencia de 20 de noviembre de 2008⁸, resolvió señalar que la declaratoria de caducidad sólo procede durante el plazo o término de ejecución del contrato y fundamentada, exclusivamente, en el incumplimiento que incide de manera grave en la ejecución del contrato.

Al respecto, en dicho pronunciamiento se adujo:

(..)

La declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte "la ejecución del contrato" y se presente su "paralización" cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida⁹.

Criterio que posteriormente retomó la Sala en sentencia de unificación de 12 de julio de 2012¹⁰ y que permite concluir que, vencido el plazo de ejecución, la administración no puede declarar la caducidad en cuanto la potestad le ha sido conferida para la realización de los intereses generales que el cumplimiento del objeto contractual comprende y no para hacer uso de un poder sancionatorio. Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto

hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

⁸ Sentencia de 20 de noviembre de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 17031.

⁹ En tales casos no puede hablarse de caducidad cuyo funcionamiento o ejercicio presupone, entonces, un contrato vigente; por lo que, mal podría declararse la 'caducidad' de un contrato ya terminado o finalizado por otra causa legal; si "...el contrato ya concluyó o finalizó por cumplimiento de su objeto o por vencimiento de su término, sería insensato pretender dejarle sin efecto por 'caducidad'..." MARIENHOFF, Miguel S. Ob cit. Págs. 591 y ss.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, expediente 15024. Magistrado Ponente Dr. Danilo Rojas Betancourth

contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado, en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual. Se dijo:

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.

En síntesis, las facultades expresas dadas por la norma en mención permiten inferir que la administración procedió acorde con sus facultades en cuanto declaró la caducidad del contrato, una vez sustentado el incumplimiento del contratista, debidamente comprobado, que le impedía garantizar satisfactoriamente la labor contratada, si se considera que para la fecha en que la entidad declaró la caducidad del contrato, es decir cuando habían transcurrido ocho meses de los once del plazo de ejecución, el porcentaje de la obra ejecutada correspondía al 64.23% siendo el incumplimiento del 35.77%, sumado a que la obra fue suspendida y la contratista no probó en el trámite administrativo las razones aducidas para su interrupción ni justificó su proceder. Esto es así porque si bien alegó una situación financiera grave que la avocó a un proceso concursal, la

Superintendencia de Sociedades no corroboró las afirmaciones, en cuanto para entonces la solicitud de concordato había sido inadmitida -auto de 28 de mayo de 1999-, sin perjuicio que, de haberse tramitado el proceso concordatario, ello no le impedía a la administración evaluar el comportamiento del contratista y hacer uso de la facultad extraordinaria.

En ese orden, suspendidas las obras desde el 25 de mayo de 1999, el 7 de julio siguiente, la entidad pública estaba facultada para declarar la caducidad por incumplimiento grave de sus obligaciones, como ocurrió, además de afectar la garantía y ordenar a la Aseguradora proceder acorde con lo convenido.

Ahora, la Aseguradora ejerció la acción contractual respecto del acto de la misma naturaleza contenido de la declaratoria del siniestro en tiempo y con interés para enjuiciarlo, sin que el esfuerzo agotado resultara positivo, en tanto no logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados contenidos en las resoluciones n.º (s) 273 de 7 de julio y 338 del 19 de agosto de 1999, que declararon la caducidad del contrato suscrito entre la sociedad GOMEGA LTDA y el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI el 16 de octubre de 1998, pues la conducta del contratista no solo puso al descubierto su incumplimiento sino que amenazó la ejecución de la obra, para entonces injustificadamente paralizada. En consecuencia la aseguradora COLSEGUROS S.A. deberá satisfacer la póliza de cumplimiento acorde con el monto del valor asegurado

Por último, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de la Resolución 589 de 28 de diciembre de 1999, mediante la cual el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI" liquidó unilateralmente el contrato y dejó a salvo la suma \$ 5.439.779.553,00 a cargo del contratista y a favor de la contratante, en cuanto no fue impugnada por los demandantes en ninguno de los procesos acumulados.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

340

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

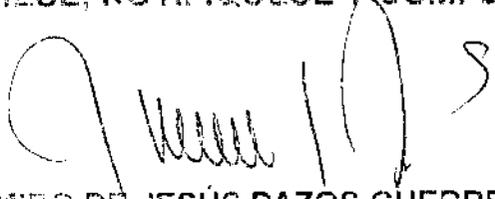
FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 12 de mayo de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva

SEGUNDO: SIN COSTAS por no aparecer causadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO
Presidente



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado