

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CAMBIO DE LAS CONDICIONES DEL
SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA, PRODUCTO DE LA INDUCCIÓN A LA RUPTURA
CONTRACTUAL REGULADA EN LA RELACIÓN DE CONSUMO DONDE SE PACTÓ
UNA CLÁUSULA PENAL**

**Monografía presentada como requisito para optar al título de Maestría en Derecho,
concentración Derecho de Daños y Empresarial**

Presentado por:

MAYERLY AYALA RIVERA

SANDRA MILENA ARBOLEDA MORENO

DANIEL CASTILLO BALCÁZAR

TUTOR

Dr. LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

MAESTRÍA EN DERECHO

CALI (COLOMBIA)

JUNIO 2025

TABLA DE CONTENIDO

Contenido	2
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I.....	6
Cambios normativos del subsidio familiar de vivienda	6
1.1. Antecedentes normativos del subsidio familiar de vivienda	6
1.2. El decreto 490 de 2023. Cambio disruptivo	7
Cambios introducidos:.....	7
CAPÍTULO II.....	8
Acuerdos para la adquisición de inmuebles entre consumidores y constructores.....	8
2.1. La comercialización de inmuebles sobre planos.	8
2.2. La conceptualización de la “Venta de Cosa Futura”.	9
2.3. Distinción con la Venta de 'Cuerpo Ciertamente Inexistente' y 'Emptio Spei' (Venta de Esperanza).....	9
2.4. Naturaleza jurídica y características del contrato de reserva o preventa.....	10
2.5. Características del Contrato de Reserva o Preventa	12
2.6. La promesa de compraventa y su rol en el esquema de ventas sobre Planos	13
CAPÍTULO III.....	17
Cláusulas penales en el derecho del consumidor inmobiliario en Colombia: un análisis explicativo de su abusividad y validez en contratos precontractuales	17
3.1. Definiciones Fundamentales.....	18
3.2. Criterios de validez de las Cláusulas Penales en Contratos Inmobiliarios Precontractuales	18
3.2.1. Proporcionalidad y razonabilidad del monto	19
3.2.2. Claridad y especificidad en la redacción	19
3.2.4. Cláusulas penales en contratos de para de reserva o preventa.	20
CAPÍTULO IV	21
Responsabilidad del estado por cambios normativos.....	21
4.1 Desarrollo jurisprudencial del hecho del legislador	23
4.2 Relación entre las modificaciones del subsidio y la ruptura contractual	26
CONCLUSIONES.....	32
REFERENCIAS	34
Jurisprudencia.....	34

Doctrina.....	35
---------------	----

INTRODUCCIÓN

El derecho a una vivienda digna, consagrado constitucionalmente en Colombia, ha sido promovido mediante instrumentos como el Subsidio Familiar de Vivienda, concebido para permitir que hogares de ingresos medios y bajos puedan acceder a soluciones habitacionales mediante un aporte estatal. Este subsidio, no solo ha sido clave en la política social del país, sino que ha estructurado, en gran medida, el comportamiento contractual y financiero de miles de familias colombianas.

El objetivo general de esta investigación consiste en evaluar si existe responsabilidad del Estado frente a los cambios en las condiciones del subsidio familiar de vivienda, cuando los mismos inducen a la ruptura en contratos de adquisición de bienes inmuebles, regulados bajo la relación de consumo y en los cuales se pactó una cláusula penal. Para el cumplimiento de este objetivo, se desarrollarán los siguientes objetivos específicos: (i) identificar los cambios normativos sobre el subsidio familiar de vivienda, en especial las modificaciones introducidas por el Decreto 490 de 2023; (ii) establecer cuáles son los elementos contractuales relevantes en los acuerdos entre consumidores y constructoras, haciendo énfasis en la cláusula penal por desistimiento; (iii) evaluar la relación causal entre las modificaciones en los requisitos del subsidio familiar de vivienda realizadas por el Estado y la ruptura contractual entre el consumidor y la constructora; y (iv) determinar si los consumidores que fueron penalizados debido a la ruptura contractual inducida por dichos cambios pueden solicitar alguna reparación a título de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado.

Esta monografía sostiene que el Estado puede ser patrimonialmente responsable cuando, mediante cambios normativos abruptos en los requisitos del Subsidio Familiar de Vivienda — como los introducidos por el Decreto 490 de 2023—, induce a los consumidores al incumplimiento de contratos previamente suscritos con constructoras, lo que activa cláusulas penales en su contra. Esta situación configura un daño antijurídico derivado del hecho del legislador, basado en la ruptura de la confianza legítima depositada por los ciudadanos en las políticas públicas de vivienda.

A lo largo de esta investigación, se examinará si los consumidores afectados por la pérdida del subsidio —en condiciones previamente prometidas y confiables— están legitimados para solicitar una reparación patrimonial al Estado. Para ello, se analizarán los fundamentos constitucionales, contractuales y jurisprudenciales de la responsabilidad estatal, en particular desde el artículo 90 de la Constitución Política, que establece la obligación del Estado de reparar los daños antijurídicos imputables a su actuación, incluso si esta ha sido legítima.

Además, este estudio se justifica en la necesidad de evaluar críticamente las consecuencias jurídicas derivadas de estos cambios que, sin prever mecanismos de transición ni protección, afectan la ejecución de contratos de adquisición de vivienda en los que el subsidio estatal constituye un elemento esencial del cierre financiero. La imposición de penalidades por causas estructuradas en decisiones estatales legítimas, pero intempestivas e imprevisibles, plantea serios desafíos a la aplicación efectiva del principio de confianza legítima y al criterio de equidad en la imputación de responsabilidad patrimonial. Este análisis cobra relevancia no solo por el impacto social y económico sobre miles de familias y empresas afectadas, sino también por su potencial para fortalecer la cultura jurídica en torno a la necesidad de coherencia y previsibilidad en la actuación normativa del Estado.

Metodológicamente, este trabajo se desarrollará bajo un enfoque cualitativo, de tipo jurídico-dogmático. Este enfoque se considera el más adecuado para estudiar el derecho positivo aplicable, la evolución normativa del subsidio familiar de vivienda y las implicaciones contractuales de su modificación. El análisis se desarrollará a través de un enfoque descriptivo, analítico y propositivo, que permitirá no solo identificar y describir los cambios normativos y contractuales, sino también proponer una construcción jurídica coherente sobre la responsabilidad estatal en este tipo de escenarios. Para ello, se emplearán herramientas como el análisis normativo de leyes y decretos (Ley 3 de 1991, Ley 1537 de 2012, Decreto 1077 de 2015, Decreto 1247 de 2022 y Decreto 490 de 2023), la revisión de contratos reales entre consumidores y constructoras, y el estudio sistemático de jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Finalmente, se incorporará doctrina especializada sobre el daño antijurídico, el principio de equidad, pérdida de la oportunidad y la confianza legítima, con el fin de enriquecer la argumentación y construir una propuesta jurídica robusta sobre la procedencia de la responsabilidad del Estado en los casos analizados.

Aunado lo anterior, este trabajo se estructura en tres grandes bloques temáticos, en primer lugar, se abordarán los cambios normativos en el Subsidio Familiar de Vivienda, prestando especial atención a la evolución legal desde la Ley 3 de 1991 hasta el Decreto 490 de 2023. Se evidenciará cómo la ausencia de un régimen de transición o de protección adecuada a las situaciones jurídicas consolidadas ha generado consecuencias negativas para los beneficiarios en procesos contractuales vigentes. Luego, se examinarán los acuerdos para la adquisición de inmuebles entre consumidores y constructoras, particularmente en esquemas fiduciarios y comercialización sobre planos. Se profundizará en las cláusulas penales pactadas, su función dentro del contrato y las implicaciones jurídicas de su activación frente a incumplimientos provocados por causas ajenas al consumidor. Finalmente, se desarrollará

un estudio sistemático sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por cambios normativos, analizando las figuras del hecho del legislador, el daño especial, la confianza legítima, y la pérdida de oportunidad. Este apartado permitirá identificar si las condiciones están dadas para imputar al Estado el daño generado y reconocer el derecho a ser indemnizado.

En consecuencia, esta investigación abre la discusión sobre la necesidad de que el Estado implemente medidas compensatorias cuando modifica políticas públicas que inciden directamente sobre la esfera patrimonial de los ciudadanos, y contribuye a la consolidación de un régimen de responsabilidad objetiva más coherente con el principio de equidad en la distribución de las cargas públicas.

CAPÍTULO I

Cambios normativos del subsidio familiar de vivienda

El Subsidio Familiar de Vivienda ha sido uno de los instrumentos más relevantes en la política pública colombiana, orientada a garantizar el derecho a una vivienda digna. No obstante, los cambios normativos que ha sufrido dicho subsidio han tenido impactos negativos en la población beneficiaria, especialmente en quienes, confiando en una normativa vigente, celebraron contratos con constructoras que implican cláusulas penales ante el eventual incumplimiento. Este capítulo examina de manera detallada la evolución normativa del Subsidio Familiar de Vivienda, enfatizando los efectos jurídicos del Decreto 490 de 2023, en el marco de la responsabilidad estatal por la defraudación de la confianza legítima.

1.1. Antecedentes normativos del subsidio familiar de vivienda

El Decreto 1247 de 2022 nos indica que el Subsidio Familiar de Vivienda fue concebido como un aporte estatal en dinero, no reembolsable, destinado a facilitar el acceso a soluciones habitacionales a hogares de bajos ingresos. La estructura legal y reglamentaria que ha soportado el programa incluye:

- Ley 3 de 1991: Introdujo el Subsidio Familiar de Vivienda como un mecanismo para promover el acceso a la vivienda de interés social.
- Ley 1537 de 2012: Reafirmó el compromiso estatal con el acceso a la vivienda como derecho social.
- Decreto 1077 de 2015: Reglamentó el Subsidio Familiar de Vivienda e integró normas dispersas.

Estos marcos normativos establecieron reglas claras, sobre las cuales los ciudadanos organizaron sus decisiones patrimoniales y contractuales, generando expectativas legítimas en torno a la permanencia de dichas condiciones.

1.2. El decreto 490 de 2023. Cambio disruptivo

Este decreto representa un punto de inflexión en la política del Subsidio Familiar de Vivienda. Pues este modificó sustancialmente las condiciones de acceso, cuantía y focalización del subsidio, sin prever un régimen de transición o adaptación para los ciudadanos que ya habían iniciado procesos contractuales bajo la regulación anterior.

Cambios introducidos:

- **Modificación de requisitos de ingreso.**

Con el Decreto 1077 de 2015 se permitía el acceso al subsidio a hogares con ingresos de hasta 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), dependiendo del tipo de programa (VIS o VIP). No se exigía haber terminado previamente el proceso con una entidad financiera.

Ahora, con los cambios introducidos por el Decreto 490 de 2023, el acceso al subsidio se condiciona a hogares con ingresos de hasta 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), restringiendo el universo de potenciales beneficiarios. Además, se introducen nuevos filtros de focalización como el puntaje en Sisbén IV, priorizando a los hogares clasificados en los grupos A y B, limitando así la entrada de familias con mayores ingresos, pero que aún requerían apoyo estatal para el cierre financiero.

Impacto:

Muchos hogares que cumplían con los requisitos previos firmaron contratos bajo condiciones financieras que contemplaban el subsidio como parte esencial del negocio jurídico. Con la modificación, quedaron excluidos o deben iniciar procesos de reclasificación, lo que ha generado incertidumbre y riesgo de incumplimiento contractual.

- **Reducción en el valor del subsidio.**

En el anterior Decreto 1077 de 2015), los valores del subsidio eran más elevados y diferenciados según el tipo de vivienda (VIP o VIS). Por ejemplo, el subsidio podía llegar hasta 30 SMMLV en viviendas de interés prioritario, y alrededor de 20 SMMLV para viviendas de interés social.

Ahora, con el Decreto 490 de 2023, se reduce el monto máximo del subsidio. El valor ahora oscila entre 15 y 20 SMMLV, dependiendo de la modalidad de acceso y del puntaje en Sisbén. Además, se elimina la posibilidad de complementar con subsidios de otras entidades (como cajas de compensación), disminuyendo la capacidad adquisitiva total del hogar.

Impacto:

Esta disminución del valor ha impedido el cierre financiero de muchos proyectos ya iniciados, comprometiendo la ejecución de contratos de compraventa e incrementando el riesgo de imposición de cláusulas penales por incumplimiento del consumidor.

- **Reasignación de prioridades poblacionales.**

Estos cambios impactaron directamente sobre contratos en curso que dependían del subsidio como fuente de pago o cofinanciación.

Anteriormente con el Decreto 1077 de 2015, las prioridades de asignación del subsidio se extendían a varios grupos vulnerables, incluyendo víctimas del conflicto armado, hogares con personas en condición de discapacidad, madres cabeza de hogar y población desplazada, sin una jerarquización excluyente estricta.

El nuevo régimen, enmarcado en el Decreto 490 de 2023, redefine las prioridades y establece una jerarquía que prioriza exclusivamente a los hogares más vulnerables, es decir, aquellos en grupos A1 a B4 del Sisbén IV, y en ciertas zonas geográficas de atención prioritaria. Esto excluye a hogares con condiciones sociales difíciles, pero que no califican en el nuevo esquema de focalización.

Impacto:

Muchos hogares que ya tenían asignado el subsidio bajo el esquema anterior, o que estaban en proceso de postulación, han sido desplazados por la nueva jerarquización, generando ruptura de expectativas legítimas y desprotección frente a los compromisos contractuales asumidos.

CAPÍTULO II

Acuerdos para la adquisición de inmuebles entre consumidores y constructores

2.1. La comercialización de inmuebles sobre planos.

El sector de la construcción en Colombia ha experimentado un crecimiento significativo en las últimas décadas, impulsado en gran medida por la figura de la comercialización de inmuebles

sobre planos y la consolidación del esquema fiduciario inmobiliario. Estas modalidades, aunque ofrecen indudables ventajas para el desarrollo de proyectos y el acceso a vivienda, pero también plantean desafíos jurídicos debido a las relaciones contractuales concatenadas y las formulaciones de esquemas fiduciarios utilizados en esta modalidad de comercialización. Por tanto, se requiere una conceptualización y comprensión de las figuras jurídicas que cimienta este esquema, las cuales decantaremos a continuación.

2.2. La conceptualización de la “Venta de Cosa Futura”.

La comercialización de inmuebles sobre planos se encuadra jurídicamente en la figura de la “venta de cosa futura” (o *emptio rei speratae*), un tipo contractual que, si bien está reconocido en el Código Civil colombiano (Art. 1869), adquiere particular relevancia en el ámbito inmobiliario. Este concepto se refiere a aquellos bienes que no existen al momento de perfeccionarse el contrato, pero se espera que lleguen a existir conforme a las condiciones y expectativas de las partes. En el contexto de la construcción, el inmueble se materializa a partir de un diseño, planos y una promesa de edificación. Así, la esencia de la *emptio rei speratae* reside en que la existencia de la cosa es la condición para que el contrato produzca sus efectos. Es decir, si el inmueble no llega a existir por causas imputables al vendedor (constructor/promotor), el contrato se entiende incumplido, dando lugar a las acciones de responsabilidad civil correspondientes, incluyendo la devolución de los dineros pagados y, eventualmente, la indemnización de perjuicios. Por tanto, la expectativa de existencia de la cosa no es una mera posibilidad remota, sino una alta probabilidad basada en el compromiso de una de las partes de hacerla realidad.

Esta modalidad contractual facilita la financiación de grandes proyectos inmobiliarios, permitiendo a los constructores obtener capital de preventas para la ejecución de la obra, mientras que a los compradores les ofrece la posibilidad de adquirir un inmueble a precios más favorables o con planes de pago ajustados a su capacidad financiera. Sin embargo, es precisamente esta expectativa de existencia futura la que introduce una vulnerabilidad significativa para el consumidor, que deposita su confianza y sus recursos en un bien que aún no es tangible.

2.3. Distinción con la Venta de 'Cuerpo Cierta Inexistente' y 'Emptio Spei' (Venta de Esperanza)

Por lo anterior, es crucial diferenciar la “venta de cosa futura” (o *emptio rei speratae*) de otras figuras jurídicas con las que a menudo se confunde:

1. **Venta de 'Cuerpo Cierto Inexistente':** Esta figura se refiere a un contrato cuyo objeto es un bien que, al momento de la celebración, ya no existe o nunca existió, pero las partes lo suponen presente. En este caso, el contrato adolece de nulidad por falta de objeto (Art. 1870 C.C.). Así, la diferencia fundamental con la venta de cosa futura es que, en esta última, la inexistencia es conocida y esperada por las partes, pero se confía en su futura materialización¹. Pues, en la venta de cuerpo cierto inexistente, hay un error sobre la existencia actual del objeto.
2. **'Emptio Spei' (Venta de Esperanza):** A diferencia de la *emptio rei speratae*, la *emptio spei* es un contrato aleatorio. Aquí, lo que se vende no es la cosa futura en sí, sino la “esperanza” de que exista. El comprador asume el riesgo total de que la cosa no llegue a materializarse, y, aun así, está obligado a pagar el precio. Un ejemplo clásico es la venta de la pesca que se obtendrá en una jornada: el comprador paga un precio fijo, independientemente de la cantidad de peces capturados o incluso si no se pesca nada. En el contexto inmobiliario, esta modalidad es sumamente excepcional y solo podría aplicarse en escenarios de altísimo riesgo donde el comprador, de forma expresa e informada, asuma la eventual inexistencia del bien y la pérdida de su inversión. En la comercialización sobre planos, la regla general es la *emptio rei speratae*, donde la existencia del inmueble es una condición suspensiva implícita o explícita del contrato². Pues, la buena fe, principio rector en el derecho contractual, exige que el promotor haga todo lo razonablemente posible para que la “cosa esperada” se materialice.

2.4. Naturaleza jurídica y características del contrato de reserva o preventa

Antes de la formalización de la promesa de compraventa, e incluso de la constitución del patrimonio autónomo fiduciario, es común que los promotores inmobiliarios celebren con los interesados en adquirir unidades de vivienda contratos de “reserva” o “preventa”, también a menudo denominados “cartas de intención”, “órdenes de separación” o “contratos de adhesión”, poseen una naturaleza jurídica particular y generan obligaciones significativas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha abordado la naturaleza de estos contratos, reconociéndolos como atípicos en el sentido de que no están explícitamente regulados por el Código Civil o el Código de Comercio. Su contenido y efectos se derivan

¹ HURTADO PALOMINO, José Vicente. “La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad *emptio spei* o *emptio rei speratae* en el contrato de compraventa de cosa futura”. *IUSTITIA*, [s.l.], [s.n.], 2015, n. ° 13, p. 35–57.

² HURTADO PALOMINO, José Vicente. “La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad *emptio spei* o *emptio rei speratae* en el contrato de compraventa de cosa futura”. *IUSTITIA*, [s.l.], [s.n.], 2015, n. ° 13, p. 35–57.

principalmente de la autonomía de la voluntad de las partes, pero siempre bajo el marco de los principios generales del derecho y las normas de orden público, especialmente las de protección al consumidor³.

Asimismo, complejos porque, aunque preliminares, suelen contener elementos de diversos tipos contractuales. Pueden implicar un pago inicial a título de “separación”, una manifestación de interés vinculante, y condiciones para la futura celebración de la promesa de compraventa y la vinculación a un negocio fiduciario. Su finalidad última es asegurar un cupo al futuro comprador y, a la vez, permitir al promotor medir la viabilidad comercial del proyecto y asegurar un flujo de caja inicial⁴.

Desde una perspectiva temporal y funcional, son fundamentalmente precontractuales. Esto significa que su objetivo primario es preparar o establecer las bases para la celebración de un contrato posterior de mayor envergadura, como la promesa de compraventa y, consecuentemente, el contrato de compraventa definitivo. Pues estos contratos no transfieren el dominio ni crean un derecho real sobre el inmueble futuro. Sin embargo, su carácter precontractual no los despoja de efectos jurídicos vinculantes, generando obligaciones para ambas partes, especialmente el deber de negociar de buena fe el contrato definitivo y de no frustrar injustificadamente la expectativa de la otra parte⁵.

La relevancia de esta conceptualización radica en que, a pesar de su carácter preliminar, estos contratos de reserva o preventa son el primer punto de contacto entre el consumidor y el proyecto, y es en ellos donde a menudo se establecen cláusulas que pueden resultar desequilibradas o confusas.

La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, ha analizado en sede de tutela casos donde se solicitaba la nulidad de un “contrato comercial de reserva” o la nulidad de cláusulas de una “carta de instrucciones al encargo fiduciario”, evidenciando la importancia de estos documentos en la cadena contractual para la adquisición de vivienda nueva en Colombia⁶,

³ SALCEDO FLÓREZ, Álvaro. “Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación”. *Revista Análisis Internacional (Cesada a Partir de 2015)*, [s.l.], Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2013, n.º 7, p. 20. Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/870>.

⁴ PÉREZ SOLANO, Jimmy Antony. “La comercialización de bienes inmuebles sobre planos o en fase de construcción”. Análisis jurídico de la figura en el derecho colombiano. *Justicia*, [s.l.], Universidad Simón Bolívar, 2019, vol. 24, n.º 36, p. 125–144. DOI: 10.17081/just.24.36.3526

⁵ PÉREZ SOLANO, Jimmy Antony. “La comercialización de bienes inmuebles sobre planos o en fase de construcción. Análisis jurídico de la figura en el derecho colombiano”. *Justicia*, [s.l.], Universidad Simón Bolívar, 2019, vol. 24, n.º 36, p. 125–144. DOI: 10.17081/just.24.36.3526

⁶ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 15 de marzo de 2017, M. P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, exp. STC3562-2017 (Rad. 11001-02-03-000-2017-00629-00).

dando paso a la aplicación de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) inherente a estos contratos, incluso en su fase precontractual⁷. Lo cual implica, para el constructor o promotor, que el cumplimiento de deberes de información, la prohibición de publicidad engañosa y la nulidad de cláusulas abusivas se extienden a esta etapa temprana de la relación. Siendo estos contratos instrumentos para que el constructor para por posicionar información completa sobre el proyecto, sus etapas, los riesgos asociados y las condiciones de su vinculación, para que el consentimiento del consumidor sea libre e informado. (La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano)

2.5. Características del Contrato de Reserva o Preventa

Los contratos de reserva o preventa en el sector inmobiliario, dada su naturaleza atípica y precontractual, presentan una serie de características distintivas:

- **Consensuales o formales flexibles:** Aunque no exigen las solemnidades de la promesa de compraventa o la escritura pública, es recomendable que se realicen por escrito para dar claridad y seguridad jurídica a las partes. En la práctica, muchos de ellos se formalizan mediante documentos simples, “cartas de intención” o formularios de adhesión⁸.
- **Preparatorios o Preliminares:** Su objetivo principal no es transferir el dominio, sino preparar el terreno para la celebración de un contrato posterior (la promesa de compraventa y, finalmente, la escritura pública). Generan una obligación de hacer: celebrar el contrato definitivo si se cumplen las condiciones acordadas.
- **Obligaciones Unilaterales o Bilaterales Incipientes:** Si bien en su fase más sencilla pueden implicar solo una manifestación de interés del potencial comprador y la recepción de un dinero a título de “separación”, en la mayoría de los casos ya imponen obligaciones para ambas partes. Por ejemplo, el comprador se obliga a realizar pagos iniciales, tramitar créditos y a formalizar la promesa si el proyecto avanza, y el promotor se obliga a mantener la reserva y a dar prelación al interesado.
- **Condicionales:** Generalmente, la validez o la ejecución de las obligaciones más importantes de estos contratos están sujetas a condiciones suspensivas. La más común es la consecución del “punto de equilibrio” del proyecto, es decir, un porcentaje mínimo de unidades reservadas o de capital recaudado que asegure la viabilidad

⁷ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral*, Sentencia 3 de mayo de 2017, M.P.: Luis Gabriel Miranda Buelvas, exp. 72285.

⁸ PÉREZ SOLANO, Jimmy Antony. “La comercialización de bienes inmuebles sobre planos o en fase de construcción. Análisis jurídico de la figura en el derecho colombiano”. *Justicia*, [s.l.], Universidad Simón Bolívar, 2019, vol. 24, n.º 36, p. 125–144. DOI: 10.17081/just.24.36.3526

financiera de la construcción. Si esta condición no se cumple, el contrato se disuelve y los dineros entregados deben ser restituidos al adquirente (generalmente con rendimientos financieros).

- **Adhesión o Predisposición:** A menudo son contratos por adhesión, donde el promotor o constructor preestablece las cláusulas y condiciones, y el consumidor simplemente las acepta o rechaza. Esto resalta la importancia de la regulación de cláusulas abusivas bajo la Ley 1480 de 2011, que busca proteger al adherente de condiciones desequilibradas⁹.
- **Generadores de Deberes de Información:** Incluso en esta fase precontractual, el promotor tiene un deber de información amplio y transparente hacia el consumidor. Esto incluye detalles sobre el proyecto, los riesgos, las etapas de desarrollo, el esquema fiduciario, las condiciones para la devolución de dinero si el proyecto no prospera, y la identidad de todos los intervinientes. La publicidad realizada en esta etapa también está sujeta a las normas de veracidad y no engaño del Estatuto del Consumidor¹⁰.
- **Instrumentos de financiación temprana:** Aunque no son explícitamente contratos de financiación, los valores recibidos por concepto de “reserva” o “preventa” son, en la práctica, un capital inicial que contribuye a la viabilidad económica del proyecto antes de que se alcancen las fases de mayor inversión. Por ello, la administración de estos recursos a través de una fiducia es crucial para la seguridad del comprador¹¹.

La correcta comprensión de las características de estos contratos es esencial para el consumidor, que debe ser consciente de las obligaciones que asume y de las condiciones bajo las cuales su dinero está siendo invertido en una etapa tan temprana del proyecto.

2.6. La promesa de compraventa y su rol en el esquema de ventas sobre Planos

Una vez superada la fase de preventa o reserva, el siguiente hito jurídico fundamental en la comercialización de inmuebles sobre planos es la celebración del **contrato de promesa de compraventa**. Este contrato, regulado en el artículo 1611 del Código Civil y el artículo 861

⁹ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 271.

¹⁰ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. “La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad Externado de Colombia, 2017, n.º 32, p. 279–313. DOI: 10.18601/01234366.n32.10

¹¹ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 271.

del Código de Comercio, es un acuerdo preparatorio por excelencia, cuyo objeto es obligar a las partes a celebrar un contrato futuro, en este caso, la escritura pública de compraventa del inmueble. Su importancia en el esquema de venta sobre planos es capital por varias razones:

1. **Carácter solemne:** A diferencia de los contratos de reserva o preventa, la promesa de compraventa de bienes inmuebles es un contrato solemne. El artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que subrogó el artículo 1611 del Código Civil, exige que la promesa de compraventa deba constar por escrito. Además, la jurisprudencia ha precisado que debe contener todos los elementos esenciales del contrato prometido, es decir, la cosa y el precio, y fijar un plazo o condición para la celebración del contrato prometido¹². La ausencia de estos requisitos formales y sustanciales puede acarrear la nulidad absoluta de la promesa, dejando sin efecto las obligaciones pactadas.
2. **Identificación del inmueble:** En la venta sobre planos, la promesa de compraventa es el documento clave para la correcta identificación del inmueble futuro. Aunque el bien no exista físicamente al momento de la promesa, debe estar plenamente determinado en el contrato, al menos en cuanto a su especie y cantidad, y de ser posible, con detalles que permitan su singularización una vez construido (número de apartamento, torre, área, linderos, etc.). La falta de una descripción clara y precisa del predio o de la unidad de vivienda prometida ha sido una causa recurrente de litigios y de declaraciones de nulidad por parte de la Corte Suprema de Justicia¹³. La jurisprudencia ha sostenido que la determinación del bien no se logra con la mera referencia a una matrícula inmobiliaria genérica, sino que exige una individualización del apartamento o local específico prometido.
3. **Establecimiento de Obligaciones y Plazos:** La promesa de compraventa detalla las obligaciones de ambas partes: el promitente comprador se compromete a efectuar los pagos acordados (cuotas iniciales, pagos durante la construcción, financiación) y el promitente vendedor (constructor/promotor) a construir el inmueble y transferir su dominio en un plazo o bajo una condición determinada¹⁴. Es en este contrato donde se suelen establecer cláusulas penales por incumplimiento, que deben ser razonables y no abusivas bajo la luz del Estatuto del Consumidor.

¹² Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 16 de diciembre de 2013, M. P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. 11001-3103-023-1997-04959-01.

¹³ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural*, Sentencia 5 de octubre de 2023, M. P.: Francisco Ternera Barrios, exp. SC313-2023.

¹⁴ HINESTROSA FORERO, Fernando (2006). “Contratos preparatorios. El contrato de promesa”, *Revista de Derecho Privado* n.º 11, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 57

4. **Requisitos de Validez y Efectos:** Para que la promesa de compraventa sea válida y genere una obligación de hacer (celebrar el contrato definitivo), debe cumplir con los requisitos del artículo 1611 del Código Civil: que conste por escrito, que no sea de aquellos contratos que la ley declara ineficaces por no concurrir los requisitos del artículo 1502 del Código Civil (capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos), que contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido, y que determine de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban¹⁵. El incumplimiento de la promesa puede dar lugar a la resolución del contrato, con las restituciones mutuas, arras o las indemnizaciones a que haya lugar.

La promesa de compraventa, por ende, no es un mero formalismo, sino el nexo jurídico fundamental que asegura la materialización de la “cosa futura” y establece los compromisos de las partes en un proceso que, por su naturaleza, se extiende en el tiempo y está sujeto a diversas contingencias. La diligencia en su redacción y la observancia de los requisitos legales son esenciales para la seguridad jurídica de los adquirentes de vivienda sobre planos.

2.7. Rol del esquema fiduciario.

Para mitigar los riesgos inherentes a la venta sobre planos y brindar mayor seguridad a los adquirentes, el esquema fiduciario inmobiliario se ha consolidado como el mecanismo principal en Colombia para el desarrollo de proyectos de construcción. La fiducia inmobiliaria, en sus diversas modalidades (administración, preventas, etc.), implica la constitución de un patrimonio autónomo al que se transfieren los recursos de los compradores y, en ocasiones, el inmueble donde se desarrollará el proyecto.¹⁶

Las sociedades fiduciarias, como administradoras de estos patrimonios autónomos, asumen un papel fundamental en la gestión y ejecución del proyecto. Su función no se limita a la mera administración de recursos, sino que implica un deber de información reforzado hacia los consumidores. Este deber incluye aspectos esenciales como el objeto y finalidad del negocio fiduciario, el monto de los recursos recibidos, el responsable de la construcción, el estado de avance del proyecto, la obtención del punto de equilibrio, y cualquier hecho relevante que

¹⁵ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural*, Sentencia 5 de octubre de 2023, M. P.: Francisco Ternera Barrios, exp. SC313-2023.

¹⁶ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 25.

afecte el desarrollo¹⁷. La Superintendencia Financiera ha emitido conceptos que refuerzan estas obligaciones, buscando transparencia y diligencia por parte de las fiduciarias¹⁸.

Es de recordar que la jurisprudencia y la doctrina han debatido extensamente sobre el alcance de la responsabilidad de las sociedades fiduciarias frente a los adquirentes de unidades inmobiliarias. Inicialmente, se tendía a limitar su responsabilidad a la administración de los recursos, liberándolas de la responsabilidad directa por vicios de construcción o incumplimientos del constructor. Sin embargo, la evolución del derecho del consumo y la interpretación de la Ley 1480 de 2011 han llevado a un cambio de paradigma¹⁹ en el cual la Corte se ha reconocido que los adquirentes de vivienda en proyectos fiduciarios ostentan la calidad de consumidores, lo que les otorga una protección especial. En este sentido, se ha argumentado que las sociedades fiduciarias no pueden ser inmunes a toda responsabilidad, especialmente cuando la vivienda resultante del proyecto presenta vicios que amenazan su ruina o cuando el proyecto resulta fallido²⁰. En casos recientes se evidencian esta tendencia. Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia han analizado la responsabilidad de fiduciarias y aseguradoras en el marco de la protección al consumidor financiero y de vivienda²¹, se ha enfatizado la importancia de que las exclusiones de cobertura en pólizas de seguros ligadas a los proyectos fiduciarios sean claras y contundentes²², para no afectar el derecho del consumidor a una información diáfana sobre los amparos y exclusiones.

Además, la figura de la conexidad contractual cobra relevancia en el esquema fiduciario inmobiliario, donde múltiples contratos (promesa, fiducia, contrato de construcción, etc.) están funcionalmente vinculados. El incumplimiento o las falencias en uno de ellos pueden repercutir

¹⁷ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 25.

¹⁸ RIVERA PINZÓN, Daniela. “La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber de información y a la responsabilidad de las sociedades fiduciarias”. *Precedente*, [s.l.], Universidad Icesi, 2022, vol. 20, p. 123–154. DOI: 10.18046/prec. v20.5160.

¹⁹ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 25.

²⁰ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 25.

²¹ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural*, Sentencia del 21 de noviembre de 2023, M. P.: Francisco Ternera Barrios, exp. SC442-2023.

²² Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 18 de mayo de 2023, M. P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, exp. SC107-2023

en toda la cadena, haciendo que la protección del consumidor no se restrinja a un solo contrato, sino que abarque el proceso global de adquisición de vivienda²³.

La comercialización de inmuebles sobre planos y el esquema fiduciario inmobiliario son herramientas esenciales para el desarrollo de proyectos de vivienda en Colombia. Sin embargo, su correcta implementación y la protección efectiva de los derechos de los consumidores son pilares para la confianza en el sector. Como abogados, es nuestra labor velar por la transparencia, la buena fe y la equidad en estas relaciones contractuales. La evolución jurisprudencial ha marcado un camino hacia una mayor responsabilidad de las fiduciarias y una protección más robusta del consumidor, pero la vigilancia y la adaptación normativa son constantes para garantizar que el sueño de la vivienda propia no se convierta en una pesadilla legal. La consolidación de la Ley 1480 de 2011 y la postura de las Altas Cortes son un claro indicativo de la necesidad de balancear los intereses económicos con la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

CAPÍTULO III

Cláusulas Penales en el Derecho del Consumidor Inmobiliario en Colombia: Un Análisis Explicativo de su Abusividad y Validez en Contratos Precontractuales

Las transacciones inmobiliarias en Colombia, particularmente la adquisición de vivienda, se estructuran comúnmente a través de etapas precontractuales que se formalizan mediante contratos de reserva, separación de inmuebles o promesas de compraventa. Estos acuerdos preliminares son de vital importancia, ya que sientan las bases para el contrato definitivo y, con frecuencia, incorporan cláusulas penales. Estas cláusulas tienen como finalidad principal asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes. No obstante, la inherente asimetría de información y poder entre el constructor/vendedor y el consumidor puede propiciar que estas estipulaciones se conviertan en instrumentos de desequilibrio contractual, lo que suscita la necesidad de un control riguroso para determinar su abusividad.

La cláusula penal, figura jurídica definida en el artículo 1592 del Código Civil colombiano, se concibe como una estipulación accesorio en virtud de la cual una persona, con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación principal, se compromete a una pena consistente

²³ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 25.

en dar o hacer algo en caso de inejecución o retardo de dicha obligación²⁴. Sus funciones primordiales incluyen el apremio o coacción, la garantía y la estimación anticipada de perjuicios.

3.1. Definiciones Fundamentales

Para una comprensión precisa del presente análisis, se establecen las siguientes definiciones fundamentales:

A. Cláusula Penal: La cláusula penal es una estipulación contractual accesorio, de origen convencional, que tiene como propósito asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Según el artículo 1592 del Código Civil colombiano, se define como "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal"²⁵. En la práctica funciona como una autotutela privada de los intereses de las partes y como una valoración anticipada de los daños que se puedan causar por el incumplimiento

B. Cláusula Abusiva: En el derecho colombiano, una cláusula abusiva se refiere a una estipulación contractual que, siendo predispuesta e impuesta por una de las partes (el predisponente) sin posibilidad de discusión o modificación por la otra (el adherente), genera un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor. La Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), en su artículo 42, las define como "aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos"²⁶.

3.2. Criterios de validez de las cláusulas penales en contratos inmobiliarios precontractuales

Una cláusula penal en un contrato inmobiliario precontractual se considera válida si se ajusta a los principios de proporcionalidad, claridad en su redacción y buena fe, evitando generar un desequilibrio injustificado en detrimento del consumidor.

²⁴ ARANGO GRAJALES, Maximiliano. "La causa jurídica de las cláusulas abusivas". *Estudios Socio-Jurídicos*, [s.l.], Universidad del Rosario, 2016, vol. 18, n.º 1, p.241–264. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73343370008>.

²⁵ BERBESSI FERNÁNDEZ, Diego Alexander. "La característica de inmutabilidad de la cláusula penal y sus excepciones en el derecho privado colombiano". *Vniversitas*, [s.l.], Universidad Javeriana, 2024, vol. 73, p. 4 -10. DOI: 10.11144/Javeriana.vj73.cicp.

²⁶ POSADA TORRES, Camilo. "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano". *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad Externado de Colombia, 2015, n.º 29, p. 141–182. DOI: 10.18601/01234366.n29.07

3.2.1. Proporcionalidad y razonabilidad del monto

La proporcionalidad constituye el criterio cardinal para la validez de una cláusula penal. Se considera válida si el monto estipulado es razonable y guarda una relación lógica con los posibles daños que el incumplimiento o el retardo de la obligación principal podrían ocasionar:

- Límites Legales (Cláusula Penal Enorme): La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que una cláusula penal es “enorme” (excesiva) si su valor excede el doble de la obligación principal, siempre que esta última consista en el pago de una cantidad determinada de dinero²⁷. En caso de que la pena exceda este límite, el deudor tiene el derecho de solicitar su reducción hasta el duplo permitido²⁸. Para obligaciones de valor indeterminado, la ley confiere al juez la facultad de moderar la pena si, dadas las circunstancias, esta resulta excesiva
- Cumplimiento parcial: Si el deudor cumple solo una parte de la obligación principal y el acreedor acepta dicho cumplimiento, la pena debe ser rebajada proporcionalmente²⁹.

3.2.2. Claridad y especificidad en la redacción

Una cláusula penal válida debe ser redactada de manera clara, concreta y completa, especificando sin ambigüedades los siguientes aspectos:

- Modalidad: Debe indicar si es compensatoria (destinada a estimar los perjuicios por el incumplimiento total de la obligación principal) o moratoria (cuya finalidad es indemnizar los agravios causados por la simple demora en la ejecución de la prestación debida).³⁰ En ausencia de especificación, se presume que la cláusula es compensatoria.

²⁷ PÉREZ SALAS, Diego Omar. “Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad de los Andes, 2009, n.º 33, p. 1–24. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033199002.pdf>

²⁸ BERBESSI FERNÁNDEZ, Diego Alexander. “La característica de inmutabilidad de la cláusula penal y sus excepciones en el derecho privado colombiano”. *Vniversitas*, [s.l.], Universidad Javeriana, 2024, vol. 73, p. 9 DOI: 10.11144/Javeriana.vj73.cicp.

²⁹ ARANGO GRAJALES, Maximiliano. “La causa jurídica de las cláusulas abusivas”. *Estudios Socio-Jurídicos*, [s.l.], Universidad del Rosario, 2016, vol. 18, n.º 1, p. 241–264. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73343370008>

³⁰ CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. “La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad de los Andes, 2012, n.º 48, p. 1–28. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033219003>.

- Condiciones de exigibilidad: Debe precisar claramente en qué condiciones se activa la pena (ej., incumplimiento de pago, no firma de escritura en la fecha acordada, desistimiento).
- Acumulación: Si las partes desean permitir la acumulación de la pena con la obligación principal o con perjuicios adicionales, esta posibilidad debe pactarse de manera expresa en el contrato³¹.

Asimismo, se debe observar el principio de buena fe, lo que implica que la cláusula no debe tener como objetivo un enriquecimiento sin causa para el predisponente ni imponer una carga excesivamente onerosa al consumidor sin una contrapartida justa.

3.2.4. Cláusulas penales en contratos de para de reserva o preventiva.

Como ya señalamos, en esencia, la cláusula penal funciona como una sanción pecuniaria por el incumplimiento o retraso en el cumplimiento de un contrato³². Su objetivo es proporcionar una garantía adicional para asegurar que las partes cumplan con sus compromisos³³. Cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una obligación accesorio, en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación³⁴; igualmente, constituye una obligación condicional, porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la obligación principal, y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos. En el ámbito de los contratos de adquisición de inmuebles, la cláusula penal se activa cuando los consumidores o el constructor no pueden cumplir con sus compromisos, como los pagos o plazos acordados o el incumplimiento de la reserva.

En este contexto, las modificaciones en el subsidio familiar de vivienda impactan la capacidad de cumplir con el contrato, lo que puede llevar a los consumidores a enfrentar sanciones económicas. Esta situación resalta cómo la modificación de las expectativas legítimas que genera el subsidio no solo socava la confianza de los ciudadanos, sino que también puede acarrear serias consecuencias legales y financieras, como la aplicación de una cláusula penal.

³¹ BERBESSI FERNÁNDEZ, Diego Alexander. “Aspectos problemáticos de la acumulación de la cláusula penal con otras figuras del derecho privado: Análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial del caso colombiano”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [s.l.], Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, vol. 73, n.º 286, p. 591–620. DOI: 10.22201/fder.24488933e.2023.286.86407.

³² CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. “La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad de los Andes, 2012, n.º 48, p. 1–28. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033219003>.

³³ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 7 de febrero de 2018, M. P.: Luis Alonso Rico Puerta, exp. SC3047-2018.

³⁴ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 7 de febrero de 2018, M. P.: Luis Alonso Rico Puerta, exp. SC3047-2018.

Es fundamental recordar que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la inclusión de una cláusula penal en un contrato otorga al acreedor diversas ventajas, ya que lo exime de la complicada tarea de demostrar los daños sufridos. El incumplimiento de la obligación principal implica la presunción de culpa del deudor, lo que a su vez libera al acreedor de la necesidad de probar dicha culpa, además de evitar disputas sobre la magnitud de los daños que ha sufrido.³⁵

CAPÍTULO IV

Responsabilidad del estado por cambios normativos

Antes que nada, debemos indicar que el artículo 90 de la Constitución Política consagra la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos imputables, ya sea que resulten de acciones u omisiones de las autoridades públicas. En lo referente a los elementos que deben concurrir para que se configure la responsabilidad estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante y uniforme al establecer que es necesario demostrar: (i) la existencia de un daño o perjuicio, ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, que sea cierto y determinado —o determinable—, (ii) una conducta activa u omisiva que sea jurídicamente imputable a la administración, y (iii) cuando corresponda, la existencia de una relación o nexo causal entre la conducta de la autoridad pública y el daño, de manera que este último sea una consecuencia directa de la acción u omisión imputada.³⁶ En esa medida, el análisis que aquí se propone se centrará exclusivamente en los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, el daño, la imputabilidad y el nexo causal, y no en los principios rectores del derecho público como la solidaridad o la equidad, los cuales —aunque constitucionalmente relevantes— no constituyen por sí solos títulos jurídicos de imputación.

En nuestra perspectiva, que coincide con la desarrollada por Giraldo Gómez, no resulta jurídicamente admisible que tales principios se utilicen como fundamento autónomo para imponer al Estado la obligación de indemnizar, sin que se configure alguno de los factores de atribución previstos por el ordenamiento jurídico³⁷. Como lo señala dicho autor, recurrir a la

³⁵ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 7 de octubre de 1976, M. P.: Alberto Ospina Botero.

³⁶ Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 2 de mayo de 2016, C. P.: Danilo Rojas Betancourth, exp. 2004-02047.

³⁷ GIRALDO GÓMEZ, LUIS FELIPE. “Los deberes de solidaridad no justifican judicialmente la responsabilidad civil del Estado en Colombia”. En: *Revista Derecho del Estado*, n. 59, 2024, pp. 365–394. DOI: 10.18601/01229893.n59.12.

solidaridad para justificar sentencias de condena, en ausencia de los elementos estructurales del régimen de responsabilidad, implica una indebida mutación del sistema bilateral de compensación de daños y una transgresión del principio de legalidad que rige toda actuación estatal. El fundamento filosófico de la solidaridad puede inspirar medidas asistenciales o políticas públicas de protección, pero no desplazar el análisis jurídico de imputación que exige el artículo 90 de la Constitución Política.

En análisis doctrinal sobre la responsabilidad extracontractual del Estado de María Cecilia M'Causland Sánchez, destaca que la reparación debe estar basada en la existencia de un daño indemnizable, entendiendo no solo como la lesión de un derecho, sino como las consecuencias negativas que dicha lesión genera en la esfera jurídica del afectado³⁸. Esto se corresponde con el marco del artículo 90 constitucional, que protege a los ciudadanos de daños antijurídicos imputables a la administración pública, enfocándose en los efectos reales de la actuación estatal.

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual del Estado, según Giraldo Gómez, se basa en una interpretación amplia del daño antijurídico, fundamentada en el aludido artículo constitucional. El Estado es responsable de reparar los daños que, aunque no sean consecuencia de una acción ilícita, resultan imputables a su actividad y afectan de manera injusta a un particular. La evolución hacia la responsabilidad objetiva y las figuras del daño especial y el riesgo excepcional son claves para entender cómo el Estado debe reparar las consecuencias perjudiciales de su actividad, asegurando una mayor equidad y protección de los derechos de los ciudadanos frente a las cargas públicas³⁹.

Para Naveira Zarra, la responsabilidad extracontractual del Estado se centra en el principio de reparación integral del daño. La autora subraya que el régimen de responsabilidad objetiva es el más adecuado para los casos en los que el Estado, actuando de manera legítima, genera daños que los ciudadanos no están obligados a soportar. Naveira Zarra concluye que la evolución hacia un régimen de responsabilidad objetiva ha permitido una mayor protección de los derechos de los ciudadanos frente a la actividad estatal, asegurando que el Estado cumpla

³⁸ SÁNCHEZ, María Cecilia M.'Causland. "Equidad judicial y responsabilidad extracontractual". U. Externado de Colombia, 2022.

³⁹ GIRALDO GOMEZ, Luis Felipe. "La imputación como elemento estructural de la responsabilidad". En: Revista Responsabilidad civil y del Estado. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. n. 28, 2010, pp. 81-109.

con su obligación de reparar los daños de manera equitativa y justa, sin importar si ha actuado con culpa o dolo⁴⁰.

En este contexto, surge la figura del daño especial, que se enmarca en el régimen objetivo de responsabilidad del Estado. Este título de imputación jurídica se distingue por prescindir del análisis de culpa o dolo, lo cual lo hace aplicable en aquellos casos donde el Estado, actuando de manera legítima, ha producido un desequilibrio en las cargas públicas que ha afectado de manera desigual y anormal a los ciudadanos, vulnerando el principio de igualdad.⁴¹ Así, el daño especial se configura cuando, a pesar de que la acción estatal no es per se ilícita, genera un perjuicio grave que debe ser resarcido por el Estado, dado que el daño se deriva directamente de su actuar, aunque este haya sido legítimo⁴². De acuerdo con la sentencia del 3 de marzo del 2007, el Consejo de Estado definió el daño especial como "el título de imputación que tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado"⁴³.

4.1 Desarrollo jurisprudencial del hecho del legislador

Asimismo, analógicamente la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador ha sido objeto de análisis tanto en el ámbito del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional. Esta figura se ha desarrollado a partir de los principios generales de la responsabilidad patrimonial del Estado, establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que consagra que el Estado debe indemnizar a los ciudadanos por los daños antijurídicos que les sean causados por la acción u omisión de las autoridades públicas⁴⁴. El Consejo de Estado ha determinado en varias sentencias que el legislador puede generar responsabilidad cuando con sus actos o decisiones impone una carga desproporcionada a los ciudadanos, lo que puede materializarse tanto en la expedición de normas contrarias a la Constitución como en las omisiones legislativas absolutas o relativas⁴⁵. En estos casos, lo fundamental es que la

⁴⁰ NAVEIRA ZARRA, Maita María. "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual". 2004, p. 378

⁴¹ LEÓN GARCÍA, M. V. "El debate jurídico entorno a la tensión del principio de confianza legítima y la prevalencia del interés general". *Erg@omnes*. 2016, 8(1), pp. 83–93.

⁴² MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY BRAIBANT, PIERRE DEVOLVÉ Y BRUNO GENEVOIS, "Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa", Madrid, Editions Dalloz, 2019, p. 326.

⁴³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 3 de marzo de 2007, C. P.: Enrique Gil Botero, exp. 16.696.

⁴⁴ ALONSO, M.C. y LEIVA-RAMÍREZ, E., 2011. "La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador". *Estudios Socio-Jurídicos* [en línea], vol. 13, no. 2. p. 71-74

⁴⁵ ALONSO GARCÍA, M.C. y LEIVA RAMÍREZ, E., 2013. "La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia, Francia y España". *Revista de Derecho Uninorte* [en línea], no.2, p.66

acción u omisión del legislador cause un daño que los ciudadanos no estén en la obligación de soportar⁴⁶.

Desde la promulgación de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado ha sostenido que el hecho del legislador puede ser fuente de responsabilidad estatal siempre que se configuren los tres elementos tradicionales: (i) la existencia de un daño cierto, (ii) su carácter antijurídico, y (iii) la imputabilidad del daño al Estado. Lo distintivo de esta forma de responsabilidad radica en que la antijuridicidad no se relaciona con la ilegalidad del acto legislativo, sino con sus efectos materiales sobre los administrados.

En la Sentencia de 3 de mayo de 2007, el Consejo de Estado aceptó que el acto legislativo, aún válido, puede generar una carga desproporcionada a ciertos particulares, configurando así un “daño especial” que hace responsable al Estado. Este razonamiento ha sido reiterado en fallos más recientes, donde se reconoce que el legislador, al modificar abruptamente ciertas condiciones normativas, como en el caso de subsidios, pensiones o beneficios económicos, puede romper el equilibrio de las cargas públicas.⁴⁷ Un ejemplo paradigmático es el cambio en los requisitos del Subsidio Familiar de Vivienda mediante el Decreto 490 de 2023, el cual modificó de forma sustancial y sin transición las condiciones de acceso a este beneficio. La jurisprudencia ha sido clara al señalar que las decisiones administrativas o legislativas que generan una afectación inesperada a situaciones en curso pueden defraudar la confianza legítima, entendida como la expectativa razonable de estabilidad normativa por parte del ciudadano.

La Corte Constitucional también ha participado en el desarrollo de esta doctrina. En la Sentencia SU-360 de 1999⁴⁸ y en otras posteriores como la T-453 de 2018⁴⁹, así como la tesis de maestría “LA DEFRAUDACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA ¿ES UN FUNDAMENTO AUTÓNOMO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO?”, han reconocido que los cambios normativos deben respetar el principio de confianza legítima. Esto implica que, si bien el Estado puede modificar sus políticas públicas, debe hacerlo de manera gradual, previsible y razonable, garantizando que los ciudadanos afectados puedan adaptarse al nuevo régimen sin sufrir un detrimento injustificado.

⁴⁶ LEIVA RAMÍREZ, Eric y ALONSO GARCÍA, María Consuelo. 2012. “La responsabilidad patrimonial del legislador”. *Administración & Desarrollo* 40(55), 33-48.

⁴⁷ Colombia, *Consejo de Estado*, Sentencia de 3 de mayo de 2007, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 25000-23-26-000-2001-01901-01(15396),

⁴⁸ Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia SU-360 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz

⁴⁹ Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia T-453 de 2018, M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo

La Ley 1537 de 2012, así como el artículo 2.1.1.1.1.2 del Decreto 1077 de 2015, demuestran que el Estado también es responsable en los casos en los que un ciudadano firma un contrato con una constructora bajo las condiciones del Subsidio Familiar de Vivienda vigentes, y posteriormente se modifican abruptamente dichas condiciones, impidiendo el cierre financiero y generando la imposición de una cláusula penal por incumplimiento contractual. En este contexto, se configura un caso claro de daño antijurídico derivado del hecho del legislador.

La jurisprudencia ha admitido que, en estos casos, la afectación a derechos patrimoniales puede ser imputada al Estado, aun cuando no exista dolo ni culpa de su parte. Sin embargo, para que dicha imputación jurídica sea procedente, es indispensable agotar el análisis del nexo causal, entendido como el vínculo entre la acción u omisión estatal y el daño sufrido por el particular.

Tal como lo señala la doctrina, el primer paso para atribuir jurídicamente un daño a su autor es el estudio y establecimiento del nexo causal, el cual debe abordarse a través de las teorías de la causalidad. En todo proceso de responsabilidad, una vez determinada la existencia del daño, es necesario establecer si existe un nexo de causalidad entre el hecho —en este caso, la modificación normativa— y el daño producido al ciudadano. Este análisis constituye uno de los aspectos más complejos del derecho de la responsabilidad, dado que implica remitirse a estudios de causalidad ampliamente debatidos por la Filosofía y las Ciencias Naturales, sin que se haya logrado un consenso definitivo al respecto⁵⁰.

Así, en los supuestos en que el Estado modifica de forma intempestiva las reglas aplicables al otorgamiento del subsidio, generando la imposibilidad de cumplir con las condiciones del contrato privado y dando lugar a sanciones económicas para el beneficiario, se hace imprescindible determinar si el cambio normativo fue la causa eficiente y directa del daño patrimonial. Si se acredita tal nexo, procede la imputación del daño al Estado por la ruptura del principio de confianza legítima y por la afectación antijurídica de los derechos del particular.

Este desarrollo jurisprudencial ha sido complementado con conceptos doctrinarios que identifican el hecho del legislador como una manifestación de la responsabilidad objetiva del Estado. Según autores como Felipe Navia Arroyo, el artículo 90 desplazó el análisis del comportamiento estatal hacia la protección del administrado, priorizando los efectos del acto sobre su situación jurídica. Por ende, la carga desproporcionada derivada de un cambio

⁵⁰ GIRALDO GOMEZ, Luis Felipe. “La imputación como elemento estructural de la responsabilidad”. En: Revista responsabilidad civil y del Estado. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. n. 28. pp. 81-109.

normativo puede ser subsumida bajo el concepto de “daño especial” y dar lugar a indemnización⁵¹.

De igual forma, el principio de buena fe y la teoría del acto propio han sido integrados en la valoración judicial para determinar si el cambio normativo contradice los actos previos de la administración. Cuando el Estado ha inducido una conducta en el ciudadano –como iniciar un contrato de compraventa bajo el Subsidio Familiar de Vivienda– y luego cambia intempestivamente las reglas del juego, incumpliendo su propio compromiso tácito, vulnerando principios fundamentales de seguridad jurídica⁵².

La jurisprudencia también ha insistido en que, aunque el Estado no puede garantizar la inmutabilidad normativa, sí tiene el deber de prever mecanismos transitorios o compensatorios cuando las nuevas normas afectan gravemente situaciones jurídicas consolidadas. La omisión de estas medidas constituye una conducta lesiva que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado, no por ilegalidad, sino por romper la equidad en la distribución de las cargas públicas.

Por tanto, el hecho del legislador, en su dimensión objetiva, constituye una fuente autónoma de responsabilidad patrimonial del Estado. Su configuración impone a la administración el deber de valorar, no solo la constitucionalidad formal de sus actos, sino los efectos sustanciales que estos generan sobre los derechos adquiridos o las expectativas legítimas de los ciudadanos. Cuando se omite esta valoración y se desconoce el principio de proporcionalidad, el Estado debe responder por los daños especiales causados, tal como lo establece el marco constitucional y ha sido reiterado por la jurisprudencia nacional.

4.2 Relación entre las modificaciones del subsidio y la ruptura contractual

Ahora bien, el subsidio familiar de vivienda es definido por el D. 1077/2015 como un aporte estatal en dinero entregado por la entidad otorgante que, por regla general se concede por una sola vez al beneficiario conforme a las condiciones de cada modalidad, sin cargo de restitución, que constituye un complemento del ahorro y/o los recursos que le permitan acceder a una solución de vivienda de interés social o a una vivienda diferente cuando se trate de la modalidad de arrendamiento o arrendamiento con opción de compra, y que puede ser cofinanciado con recursos provenientes de entidades territoriales. De manera que,

⁵¹ NAVIA ARROYO, Felipe (2000), “La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la C. P”. *Revista de Derecho Privado*, No 6, julio/diciembre, p. 214.

⁵² LAZARO QUINTERO, Ginna Vanessa (2021), “Tesis La defraudación de la confianza legítima ¿es un fundamento autónomo de responsabilidad del estado?”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p.19

muchos ciudadanos estructuran sus expectativas y proyectos de vida en función de este subsidio, planificando la adquisición de una vivienda.

De la misma forma, en concepto emitido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, en el marco del Subsidio Familiar de Vivienda, a través de la Ley 1537 de 2012, así como por el artículo 2.1.1.1.1.2 del Decreto 1077 de 2015⁵³, establece que el Subsidio Familiar de Vivienda es un aporte realizado por el Estado a través de entidades integrantes del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, siendo responsabilidad del Estado regular su cuantía. No obstante, el Estado también es responsable de las rupturas contractuales entre el ciudadano y la constructora cuando introduce cambios abruptos en las condiciones de otorgamiento del subsidio, como la reducción del monto, la modificación de los requisitos de acceso o la suspensión de programas, lo cual puede impedir que los ciudadanos accedan a una solución de vivienda y causarles un perjuicio debido a las cláusulas penales pactadas con la constructora, afectando, de esta forma, la expectativa razonable de los consumidores de adquirir un inmueble bajo las condiciones previamente establecidas.

En este contexto, la calidad de consumidor ha sido definida en múltiples ocasiones por la jurisprudencia, destacándose que dicha calidad corresponde únicamente a quien actúa como destinatario final del bien o servicio, o, por otro lado, exigen que la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de la actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor⁵⁴.

En este orden de ideas, el principio de confianza legítima cobra relevancia como un derecho fundamental que puede verse afectado por la actuación estatal. La Corte Constitucional ha destacado que este principio protege al administrado frente a cambios repentinos implementados por las autoridades, incluso cuando no posee un derecho adquirido, pero sí una expectativa razonable de estabilidad en la regulación. Si un cambio súbito altera significativamente su situación, el Estado, actuando de buena fe, debe proporcionar tiempo y recursos para que el afectado se ajuste⁵⁵. Aunque este principio no impide que el Legislador modifique normativas por razones de interés general, otorga cierta protección a las expectativas justificadas de los ciudadanos, sin que ello suponga un obstáculo a la derogación de normativas anteriores.

⁵³ Circ. 2021ER0007347/2021, MinVivienda

⁵⁴ Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 18 de diciembre de 2023, M. P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, exp. 2019-51790-01.

⁵⁵ Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia C-478 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

En otra providencia, la misma corporación destacó que el principio en cuestión asegura certeza y previsibilidad en las relaciones jurídicas, evitando que el Estado actúe de manera arbitraria o caprichosa. Esto protege las expectativas de los ciudadanos basadas en las conductas previas del Estado e impide cambios repentinos o inesperados en la normativa o en la actuación de las autoridades⁵⁶. De manera similar, en la Sentencia T-453 de 2018⁵⁷, la Corte reafirma que la confianza legítima no solo es un ideal ético, sino un derecho jurídicamente exigible.

Este derecho obliga a la administración a actuar con coherencia y respetar la estabilidad de las situaciones jurídicas. A su vez, el trabajo de Bernal Fandiño es significativo para nuestra investigación porque introduce una perspectiva innovadora en el análisis de la teoría de la confianza legítima y su aplicabilidad al derecho de los contratos. La autora realiza un análisis detallado de cómo la confianza legítima puede ser integrada en el marco jurídico contractual para garantizar que las expectativas de las partes sean protegidas y respetadas.⁵⁸

Para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual civil y del Estado al tenor de la relación causal, el Consejo de Estado ha acogido la teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría señala que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño, el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que resulte idóneo para su configuración.

En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la causa idónea y eficiente para la producción del daño⁵⁹. En consecuencia, la teoría de la causalidad adecuada descarta la consideración de factores meramente cronológicos o de todas las circunstancias que contribuyeron al resultado, en su lugar, se enfoca en identificar aquella causa que, entre todas, ha tenido el mayor peso determinante en la producción del daño.

Adicionalmente, debemos poner de presente que el Consejo de Estado en reiterada Jurisprudencia⁶⁰ ha establecido que el medio de control de reparación directa es procedente

⁵⁶ Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia C-131 de 2004, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁷ Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia T-453 de 2018, M. P.: Diana Fajardo Rivera.

⁵⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. “¿Una teoría aplicable al derecho de los contratos? La confianza legítima”. *Colombia: Editorial Jurídica*, 2021, p. 269 - 271.

⁵⁹ Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Subsección A*, Sentencia 25 de febrero de 2021, C. P.: Hernando Sánchez Sánchez, exp. 2015-00091-01.

⁶⁰ Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 24 de enero de 2019, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2008-10182., Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 2 de marzo de 2020, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2004-07054., Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo*

para reclamar los perjuicios derivados de un acto administrativo que, pese a ser lícitos, causan perjuicios cuando no se controvierte la legalidad del acto. Este sería el caso del Decreto 490 de 2023, el cual, pese a ser plenamente válido, afecta expectativas legítimas de los consumidores de vivienda al cambiar los requisitos de este.

4.3. Doctrina y jurisprudencia sobre la pérdida de la oportunidad

La pérdida de la oportunidad, también conocida como *perte d'une chance* en el derecho francés o *loss of a chance* en el derecho anglosajón, es una figura jurídica que, si bien no es reciente, ha adquirido especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil, en particular en la responsabilidad médica. Según Luis Felipe Giraldo Gómez, “se trata de una figura que ha sido estudiada desde finales del siglo XIX, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, especialmente europea”⁶¹.

En el contexto colombiano, la Corte Suprema de Justicia reconoció de forma explícita la pérdida de oportunidad como un daño indemnizable en la sentencia de 1º de julio de 2008⁶². Esta decisión sentó un precedente importante que ha sido acogido posteriormente por la jurisprudencia tanto de la jurisdicción ordinaria como de lo contencioso administrativo.

No obstante, pese a su recepción jurisprudencial, subsisten vacíos normativos en torno al contenido de la figura y al método adecuado para establecer su existencia y cuantía. Uno de los aspectos más controvertidos es la determinación del porcentaje de probabilidad perdida, que en algunos casos ha sido fijado arbitrariamente por el juez sin respaldo probatorio suficiente. Al respecto, Giraldo Gómez ha criticado la asignación de un 50% de probabilidad perdida sin pruebas objetivas, lo cual vulnera el artículo 167 del Código General del Proceso. Esta disposición permite al juez distribuir la carga probatoria, pero no modificar arbitrariamente las reglas sustanciales⁶³.

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 2 de junio de 2021, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2011-00799., Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 26 de julio de 2021, C. P.: A. J. B. (E), exp. 2011-01447., Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 30 de noviembre de 2023, C. P.: Fredy Ibarra Martínez, exp. 2014-00302.

⁶¹ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 38.

⁶² Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 1º de julio de 2008, M.P.: César Julio Valencia Copete, exp: SC061

⁶³ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. “El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana”. En: *Revista de Derecho Privado*, n°. 41, julio-diciembre, 2021, p. 234-236. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7205>.

El uso excesivo de la carga dinámica de la prueba y de criterios de equidad ha conducido a la proliferación de presunciones judiciales carentes de soporte normativo sustancial, lo que compromete principios fundamentales como la legalidad, el debido proceso y la seguridad jurídica. El principal desafío, entonces, es la inseguridad jurídica derivada de la ausencia de una doctrina consolidada y uniforme. Como señala Giraldo Gómez, “la falta de claridad sobre su contenido, los cambios de postura a la hora de aplicarla, y los resultados producidos en la práctica [...] han ocasionado una aplicación indiscriminada de la figura” ⁶⁴.

A pesar de ello, es indispensable entender la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, que no busca reparar la ventaja frustrada en sí, sino la pérdida de una posibilidad real y razonable de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. En palabras del mismo autor, no se trata de compensar el resultado final, sino la privación de la oportunidad misma ⁶⁵.

En este contexto, la pérdida de oportunidad como consecuencia de actuaciones normativas del Estado, particularmente frente a modificaciones abruptas en los requisitos para acceder al subsidio familiar de vivienda, se presenta como un ejemplo paradigmático de esta figura. En tales casos, las personas afectadas ven frustrada la posibilidad de perfeccionar contratos de compraventa, lo cual acarrea consecuencias económicas adversas como penalidades contractuales. Aunque el Estado ha intentado justificar tales cambios invocando el principio de solidaridad, como advierte Giraldo Gómez, este principio no genera per se una obligación de reparar desde el punto de vista civil⁶⁶.

En esta línea, el artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. Así, si la modificación normativa es arbitraria, desproporcionada o genera efectos retroactivos que lesionan derechos adquiridos o expectativas legítimas, podría configurarse responsabilidad estatal.

⁶⁴ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 40.

⁶⁵ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 42-43.

⁶⁶ GIRALDO GÓMEZ, LUIS FELIPE. “Los deberes de solidaridad no justifican judicialmente la responsabilidad civil del Estado en Colombia”. En: *Revista Derecho del Estado*, n. 59, mayo-agosto 2024, pp. 365–394. DOI: 10.18601/01229893.n59.12. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/9400>

En consecuencia, para que proceda la indemnización por pérdida de oportunidad en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, deben acreditarse los tres elementos clásicos:

- **Daño:** la pérdida de la oportunidad de acceder al subsidio y, por ende, de cumplir el contrato de compraventa.
- **Nexo causal:** entre el cambio normativo estatal y la imposibilidad de cumplir con los requisitos establecidos inicialmente.
- **Factor de atribución:** comportamiento ilícito del Estado, por violación de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

Bajo este marco, debe insistirse en que la pérdida de oportunidad constituye un daño autónomo que no puede confundirse con el perjuicio final no concretado. El juez no debe recurrir a atajos probatorios, como la asignación arbitraria de porcentajes, ya que ello contraviene principios esenciales del debido proceso.

En el ámbito de la responsabilidad del Estado, los cambios normativos inesperados que afecten expectativas legítimas pueden constituir daños indemnizables, siempre que se acrediten los elementos exigidos por el artículo 90 de la Constitución y el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable.

Finalmente, queda el sinsabor —y la profunda desventaja procesal— para el ciudadano afectado, quien no solo ha visto frustrada su expectativa legítima de acceder a una vivienda mediante el subsidio estatal, sino que además debe enfrentarse a la compleja y desigual tarea de probar judicialmente la existencia, probabilidad y cuantía del daño por pérdida de oportunidad. La dificultad probatoria se agudiza en escenarios donde la carga dinámica de la prueba es manejada con laxitud y sin criterios técnicos rigurosos, lo cual no solo pone en entredicho principios esenciales como el debido proceso y la seguridad jurídica, sino que agrava la ya precaria situación del demandante.

Así, el administrado, víctima de una actuación estatal disruptiva e inesperada, termina sometido a una carga probatoria que muchas veces excede sus capacidades técnicas y económicas, lo que con frecuencia se traduce en la desestimación de sus pretensiones, aun cuando el daño sea evidente y jurídicamente imputable al Estado. En este escenario, la figura de la pérdida de oportunidad —concebida para brindar una protección real frente a daños inciertos pero ciertos en su probabilidad— corre el riesgo de convertirse en un reconocimiento teórico sin eficacia práctica.

Esto evidencia la necesidad urgente de que los jueces y operadores jurídicos apliquen esta figura con mayor coherencia, rigor metodológico y sensibilidad frente a la realidad material del ciudadano afectado. Solo así podrá garantizarse que la pérdida de una oportunidad legítima no se traduzca, también, en la pérdida de acceso a la justicia.

CONCLUSIONES

Las definiciones mencionadas son las más adecuadas para la investigación, ya que se centran en la responsabilidad del Estado frente a los cambios en las condiciones del subsidio familiar de vivienda, que han generado rupturas contractuales entre consumidores y constructoras, donde los consumidores deben asumir penalidades por incumplimiento.

Las modificaciones introducidas por el Decreto 490 de 2023 al Subsidio Familiar de Vivienda han provocado una serie de efectos jurídicos y económicos en las relaciones contractuales que se entablaron bajo el régimen anterior. Estas modificaciones no solo transformaron las condiciones de acceso al subsidio, sino que también generaron una imposibilidad práctica para que muchos ciudadanos cumplieran con los contratos de compraventa de vivienda previamente celebrados. En este subtema se examina la relación directa entre la alteración normativa del Subsidio Familiar de Vivienda y la ruptura contractual por parte de los beneficiarios afectados.

En el marco de las relaciones de consumo, los contratos de compraventa de vivienda suscritos por beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda contienen, de manera recurrente, cláusulas penales que sancionan el incumplimiento contractual. Cuando las condiciones del subsidio cambian de forma abrupta y sin un régimen de transición, impidiendo que el beneficiario cumpla con las condiciones pactadas, se configura una situación en la que la ruptura contractual es inducida por el Estado. Este fenómeno implica una transferencia de la carga del riesgo, desde la administración hacia el consumidor final.

La cláusula penal, aunque es un instrumento legítimo en el derecho privado, adquiere una dimensión problemática cuando su activación es el resultado de decisiones administrativas o legislativas ajenas a la voluntad del deudor. En este contexto, el incumplimiento contractual no proviene de la negligencia del beneficiario, sino de la imposibilidad objetiva de cumplir las condiciones económicas del contrato a causa de una modificación estatal en las reglas de

juego. Esta situación plantea interrogantes sobre la responsabilidad del Estado como tercero generador del incumplimiento.

A lo anterior se suma la configuración de un daño autónomo por pérdida de la oportunidad, en tanto la actuación estatal frustró de manera grave y desproporcionada una posibilidad real, seria y jurídicamente protegida de acceder a una solución habitacional. Esta figura, reconocida tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como por la doctrina especializada, permite identificar que el perjuicio no se limita a la pérdida definitiva del inmueble o del subsidio, sino a la supresión injustificada de la oportunidad de lograr un resultado favorable. La pérdida de oportunidad es, en este caso, consecuencia directa de una alteración normativa intempestiva que desconoce la expectativa legítima del consumidor y desencadena, a su vez, consecuencias económicas adversas como la activación de cláusulas penales contractuales.

En conclusión, la relación entre las modificaciones del subsidio y la ruptura contractual es una expresión clara del impacto que tienen las decisiones estatales sobre los derechos patrimoniales y de consumo de los ciudadanos. El rompimiento del equilibrio contractual inducido por actos normativos configura una **responsabilidad patrimonial del Estado**, que debe ser reconocida y reparada no solo bajo el prisma de la defraudación de la confianza legítima, sino también por la **pérdida de una oportunidad jurídicamente relevante**, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política y el régimen de responsabilidad objetiva aplicable.

REFERENCIAS

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencias

1. Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia C-478 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez
2. Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia C-131 de 2004, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
3. Colombia, *Corte Constitucional*, Sentencia T-453 de 2018, M. P.: Diana Fajardo Rivera.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil

1. Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral*, Sentencia 3 de mayo de 2017, M. P.: Luis Gabriel Miranda Buelvas, exp. 72285.
2. Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 31 de julio de 2018, M. P.: Luis Alonso Rico Puerta, exp. SC3047-2018.
3. Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 16 de diciembre de 2013, M. P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. 11001-3103-023-1997-04959-01.
4. Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 5 de octubre de 2023, M. P.: Francisco Terner Barrios, exp. 68001-31-03-012-2016-00162-01.
5. Colombia, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 18 de diciembre de 2023, M. P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, exp. 2019-51790-01.

Consejo de Estado, Sección Tercera

1. Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera*, Sentencia 3 de marzo de 2007, C. P.: Enrique Gil Botero, exp. 16.696
 2. Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 2 de mayo de 2016, C. P.: Danilo Rojas Betancourth, exp. 2004-02047.
 3. Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 24 de enero de 2019, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2008-10182
- Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo*,

Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 2 de marzo de 2020, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2004-07054.Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 2 de junio de 2021, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2011-00799.Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 26 de julio de 2021, C. P.: A. J. B. (E), exp. 2011-01447.Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B*, Sentencia 30 de noviembre de 2023, C. P.: Fredy Ibarra Martínez, exp. 2014-00302.

Consejo de Estado, Sección Primera

1. Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Subsección A*, Sentencia 25 de febrero de 2021, C. P.: Hernando Sánchez Sánchez, exp. 2015-00091-01.

DOCTRINA

2. ALONSO, M.C. y LEIVA-RAMÍREZ, E., 2011. “La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”. *Estudios Socio-Jurídicos* [en línea], vol. 13, no. 2.
3. ALONSO GARCÍA, M.C. y LEIVA RAMÍREZ, E., 2013. “La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia, Francia y España”. *Revista de Derecho Uninorte* [en línea], no. 39.
4. ARANGO GRAJALES, Maximiliano. “La causa jurídica de las cláusulas abusivas”. *Estudios Socio-Jurídicos*, [s.l.], Universidad del Rosario, 2016, vol. 18, n.º 1, p. 241–264. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73343370008>
5. BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. “Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo”. 1.ª ed., Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017.
6. BERNAL FANDIÑO, Mariana. “¿Una teoría aplicable al derecho de los contratos? La confianza legítima”. *Colombia: Editorial Jurídica*, 2021.
7. BERBESSI FERNÁNDEZ, Diego Alexander. “Aspectos problemáticos de la acumulación de la cláusula penal con otras figuras del derecho privado: Análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial del caso colombiano”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [s.l.], Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, vol. 73, n.º 286, p. 591–620. DOI: 10.22201/fder.24488933e.2023.286.86407

8. BERBESSI FERNÁNDEZ, Diego Alexander. “La característica de inmutabilidad de la cláusula penal y sus excepciones en el derecho privado colombiano”. *Vniversitas*, [s.l.], Universidad Javeriana, 2024, vol. 73, p. 4 -10. DOI: 10.11144/Javeriana.vj73.cicp.
9. Circ. 2021ER0007347/2021, MinVivienda
10. CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. “La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad de los Andes, 2012, n.º 48, p. 1–28. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033219003>
11. GAVIRIA, J.A., 2018. El efecto de las cláusulas penales en las decisiones de incumplimiento. Un análisis bajo la economía conductual. *Revista de derecho privado* [en línea], no. 36, [consulta: 6 octubre 2024].
12. GIRALDO GÓMEZ, LUIS FELIPE. “Los deberes de solidaridad no justifican judicialmente la responsabilidad civil del Estado en Colombia”. En: *Revista Derecho del Estado*, n. 59, mayo-agosto 2024, pp. 365–394. DOI: 10.18601/01229893.n59.12. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/9400>
13. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. “El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana”. En: *Revista de Derecho Privado*, n.º. 41, julio-diciembre, 2021, pp. 223-256. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7205>.
14. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2018.
15. GIRALDO GOMEZ, Luis Felipe. “La imputación como elemento estructural de la responsabilidad”. En: *Revista de responsabilidad civil y del Estado*. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Responsabilidad Civil y del Estado. n. 28,2010, pp. 81-109.
16. HINESTROSA FORERO, Fernando (2006). “Contratos preparatorios. El contrato de promesa”, *Revista de Derecho Privado* n.º 11, Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- HURTADO PALOMINO, José Vicente. “La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad emptio spei o emptio rei speratae en el contrato de compraventa de cosa futura”. *IUSTITIA*, [s.l.], [s.n.], 2015, n.º 13.
- LAZARO QUINTERO, Ginna Vanessa (2021), “Tesis La defraudación de la confianza legítima ¿es un fundamento autónomo de responsabilidad del estado?”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
17. LAZARO QUINTERO, Ginna Vanessa (2021), “Tesis La defraudación de la confianza legítima ¿es un fundamento autónomo de responsabilidad del estado?”

18. LEÓN GARCÍA, M. V. "El debate jurídico entorno a la tensión del principio de confianza legítima y la prevalencia del interés general". *Erg@omnes*. 2016, 8(1), 83–93.
19. LEIVA RAMÍREZ, Eric y ALONSO GARCÍA, María Consuelo. 2012. "La responsabilidad patrimonial del legislador". *Administración & Desarrollo* 40(55), 33-48.
20. MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY BRAIBANT, PIERRE DEVOLVÉ Y BRUNO GENEVOIS, "Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa", Madrid, Editions Dalloz, 2019.
21. NAVEIRA ZARRA, Maita María. "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual". 2004. NAVIA ARROYO, Felipe (2000), "La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la C. P". *Revista de Derecho Privado*, No 6, julio/diciembre
22. PÉREZ SOLANO, Jimmy Antony. "La comercialización de bienes inmuebles sobre planos o en fase de construcción". Análisis jurídico de la figura en el derecho colombiano. *Justicia*, [s.l.], Universidad Simón Bolívar, 2019, vol. 24, n.º 36, p. 125–144
23. PÉREZ SALAS, Diego Omar. "Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano". *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad de los Andes, 2009, n.º 33, p. 1–24. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033199002.pdf>
24. POSADA TORRES, Camilo. "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano". *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], Universidad Externado de Colombia, 2015, n.º 29, p. 141–182. DOI: 10.18601/01234366.n29.07
25. SALCEDO FLÓREZ, Álvaro. "Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación". *Revista Análisis Internacional (Cesada a Partir de 2015)*, [s.l.], Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2013, n.º 7, p. 20. Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/870>.
26. SÁNCHEZ, María Cecilia M.'Causland. "Equidad judicial y responsabilidad extracontractual". U. Externado de Colombia, 2022.
27. VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos, La protección al consumidor inmobiliario, aspectos generales en el derecho colombiano, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 279-313. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.10>. RIVERA PINZÓN, Daniela. "La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber de información y a la responsabilidad de las sociedades fiduciarias". *Precedente*, [s.l.], Universidad Icesi, 2022, vol. 20, p. 123–154. DOI: 10.18046/prec. v20.5160