



Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio
Fondo Nacional de Vivienda
República de Colombia

RESOLUCIÓN NÚMERO

(1 3 2 6)

23 JUL 2018

"Por medio de la cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017"

EL DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA

En uso de las facultades legales que le confieren el artículo 8 del Decreto 555 de 2003 y el Decreto 1077 de 2015, la Resolución de 019 de 2011, la Ley 1437 de 2011, el Protocolo de Incumplimiento, y

CONSIDERANDO

Que el Decreto 555 de 2003, que creó EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA - FONVIVIENDA, con el objetivo de que ejecutara y administrara todo lo concerniente al SISTEMA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL, le otorgó, entre otras, la función de garantizar y diseñar políticas de control financiero y físico de los proyectos a los cuales se les asignan subsidios familiares de vivienda y además las de imponer sanciones por incumplimiento a las condiciones de inversión de los recursos de vivienda de interés social.

Que el Protocolo de Incumplimiento, aprobado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA, mediante acta No. 40 del 24 de agosto de 2012, señala "que el oferente en un término de diez (10) días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ley 1437 de 2011, interpondrá Recurso de Reposición contra la Resolución que declara el incumplimiento, aportando las pruebas o allanándose a él; cumpliendo con los requisitos dispuestos en el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ley 1437 de 2011".

Que mediante Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017, la Dirección Ejecutiva del Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA, resolvió declarar el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el MUNICIPIO DE MAPIRIPAN, en su calidad de oferente, para el proyecto denominado **PROYECTO DE VIVIENDA SALUDABLE MAPIRIPAN**, ubicado en el Municipio De Mapiripan, departamento del Meta, al cual se le asignaron veintinueve (29) subsidios, destinados al mejoramiento de vivienda en la modalidad saludable y como consecuencia de lo

11

11

"Por medio de la cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017"

anterior hacer efectiva la garantía constituida a favor del Fondo Nacional de Vivienda - FONVIVIENDA.

Que de conformidad con el artículo 26 de la Resolución No 1604 de 2009, Expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Resolución No. 019 de 2011, expedida por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, se realizó el giro de los recursos asignados al proyecto para veinticinco (25) subsidios familiares de vivienda a la cuenta única del proyecto, siendo legalizados catorce (14) subsidios por el Oferente municipio de Mapiripán, quedando pendiente la legalización de once (11) subsidios familiares de vivienda, los cuales fueron objeto de la medida de incumplimiento.

Que para este acto administrativo se procedió a realizar notificación por correo electrónico a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA el 02 de febrero de 2018, quien por intermedio del Doctor CARLOS EDUARDO VALENCIA CARDONA, actuando como representante legal de la Aseguradora, interpuso recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017 según escrito radicado con el No. 2018ER0013328 del 15 de febrero de 2018, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 77 de la ley 1437 de 2011 y el Protocolo de Incumplimiento.

ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

La empresa ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, ENTIDAD COOPERATIVA, interpone recurso de reposición contra de la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017, en los siguientes términos:

Que para el caso de la póliza No 820-47-994000009685 ha operado la prescripción, la cual no es ajena al contrato de seguro, de conformidad con lo establecido en los artículos 2512 y 2513 del Código Civil, y del artículo 1081 del Código de Comercio del cual concluye que:

- *"En la prescripción ordinaria, el termino de dos años comienza a contarse desde el momento en que se tuvo o debió tenerse conocimiento del hecho que da base a la acción; es decir, el derecho a reclamarle a la aseguradora reconocimiento de la indemnización nace desde el momento en que ocurre el siniestro y a partir de ese momento comienza el termino para la prescripción.*
- *En la prescripción extraordinaria, el computo de los cinco (5) años principia desde el momento en que nace el derecho a ser indemnizados; es decir, cuando vence el plazo legal que tiene la aseguradora para objeto ro pagar la reclamación se consolida el derecha a la exigibilidad de la obligación, y es a partir de ese momento comienza a contarse el termino señalado para la prescripción,*
- *Estas dos clases de prescripción son independientes y no alternativas, dado que no se puede elegir entre una y otra. O se produce la prescripción ordinaria, o se establece la extraordinaria, pero no las dos para que el interesado pueda escoger a una de ellas".*

"Por medio de la cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017"

Por lo tanto, "el Fondo Nacional de Vivienda - FONVIVIENDA, de conformidad con los términos de cobertura de la póliza, ha debido tener conocimiento del presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 2.1.1.1.3.1.5.3 del Decreto 1077 de 2015 y a cargo de la Alcaldía Municipal de Mapiripán a más tardar el último día de cobertura de la póliza; es decir, el 01 de enero de 2013 (...) "Por consiguiente, es a partir de esta fecha (01 de enero de 2013) es que se comienza a contabilizar los dos (2) años para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, término que se cumplió el 01 de enero de 2015, pero el Fondo Nacional de Vivienda - FONVIVIENDA notifica a la Aseguradora Solidaria de Colombia la Resolución No 2773 declarativa del siniestro el pasado 2 de febrero de 2018, después de haber transcurrido tres (3) años y un (1) mes y un (1) día de ocurrida la prescripción".

Con los argumentos expuestos anteriormente se solicita la revocatoria parcial de la Resolución No 2773 del 20 de diciembre de 2017 ordenando la desvinculación de la Aseguradora Solidaria de Colombia.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Decreto 555 de 2003, que creó EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA - FONVIVIENDA, con el objetivo de que ejecutara y administrara todo lo concerniente al SISTEMA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL, le otorgó, entre otras, la función de garantizar y diseñar políticas de control financiero y físico de los proyectos a los cuales se les asignan subsidios familiares de vivienda y además las de imponer sanciones por incumplimiento a las condiciones de inversión de los recursos de vivienda de interés social.

Las pólizas que amparan los recursos que asigna EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA, protegen el patrimonio de la entidad ante los posibles incumplimientos de los oferentes elegidos para desarrollar los planes de vivienda, a quienes se les ha otorgado subsidios de vivienda de un grupo determinado de beneficiarios de los mismos, esto de conformidad, con el artículo 6 de la Resolución 1922 de 2009, los artículos 24, 25 y 26, de la Resolución 1604 de 2009 y la Resolución No. 019 de 2011.

En el artículo 4º de la Resolución No. 019 de 2011, expedida por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, se determina la facultad que tiene la entidad otorgante de los subsidios de vivienda para declarar el siniestro y por consiguiente el incumplimiento del oferente.

En el artículo 6 de la Resolución 019 de 2011, se determina que "la garantía se hará efectiva cuando el representante legal de la entidad otorgante del subsidio familiar de vivienda expida el acto administrativo correspondiente, en el cual se establezca el incumplimiento del oferente".

Y en el artículo 7 de la Resolución 019 de 2011, se establece el procedimiento a seguir para la declaratoria del incumplimiento y obliga, a la entidad que otorga los subsidios de vivienda, a notificar a la compañía aseguradora, el acto administrativo del incumplimiento y la entidad aseguradora está obligada a efectuar el pago de la indemnización en los términos del artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio.

"Por medio de la cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017"

Es de anotar que la resolución impugnada tiene su sustento en los informes presentados por EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE como entidad supervisora, donde se demuestra el incumplimiento por parte del oferente en el proceso constructivo de las viviendas.

Es la entidad supervisora - FONADE - la que a través de sus informes hace el seguimiento técnico de los proyectos y quien manifiesta si el grado de cumplimiento o avances del proyecto es el adecuado o corresponde con lo desembolsado financieramente con respecto a la ejecución física.

Una vez realizadas las precisiones anteriores, a continuación se procede a desarrollar las observaciones presentadas por la Compañía Aseguradora en los siguientes términos:

Manifiesta el recurrente que la acción para solicitar la indemnización se encuentra prescrita, en aplicación del artículo 1981 del Código de Comercio en razón a que la fecha de vencimiento de la póliza era el 01 de enero de 2013, por lo tanto el término de prescripción fue hasta el 01 de enero de 2015, que la notificación de la resolución de incumplimiento se realizó el 02 de febrero de 2018, es decir tres (3) años y un (1) mes y un (1) día de haber operado el fenómeno de la prescripción.

El artículo 1080 del Código de Comercio establece que: *"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes"*.

No obstante lo señalado, nos distanciamos de los argumentos expuestos por la Compañía Aseguradora por cuanto el artículo precedente es claro en afirmar que la prescripción ordinaria comenzará a partir del momento en que el interesado *"haya tenido o debido tener conocimiento del hecho"* para proceder a la declaratoria del incumplimiento y por consiguiente hacer efectiva la garantía.

Por su parte, el artículo 6 de la Resolución 019 de 2011 determina que la garantía se hará efectiva cuando la entidad otorgante de los subsidios familiares de vivienda emita el correspondiente acto administrativo y este se expide cuando la entidad supervisora FONADE, en aplicación del Protocolo de Incumplimiento, evidencia que el oferente no ha cumplido con los términos de la oferta presentada para su elegibilidad y envía el proyecto para ser declarado en incumplimiento; es a partir de este momento que el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA - FONVIVIENDA tiene conocimiento del hecho, por lo tanto, desde este momento comienza a correr el término prescriptivo y no con la fecha de expiración de la vigencia de la póliza como lo afirma el recurrente.

En este sentido se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera en sentencia del 29 de septiembre de 2011, radicación 2002-00905-01, Consejero Ponente, MARCO ANTONIO VELILLA MORENO:

"(...) el término de prescripción, corre a partir del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la

"Por medio de la cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017"

acción, tal como lo dispone el artículo 1081 del Código de Comercio. En el presente caso, la Administración tuvo conocimiento del hecho, aproximadamente en el año 1999, debido a las quejas presentadas por los propietarios de las viviendas de la Urbanización Parques del Sol II. Además, aparece el oficio SPM-0963-99 de 16 de marzo de 1999 (folio 96 del Cuaderno del Tribunal) en el que, el Secretario de Planeación y el Director de Planeación Físico y Urbanístico de Soacha manifestó al representante legal de la Constructora Sudema S.A. sobre las diferentes anomalías que se estaban presentando en la urbanización ya mencionada, con el fin de que se adoptaran las medidas necesarias para la realización de las reparaciones locativas a que hubieran lugar; así mismo, se encuentra el oficio SPM-322 (folio 98 del Cuaderno del Tribunal) de 9 de agosto de 1999 enviado por la Secretaría de Planeación Municipal de Soacha a la Constructora Sudema, con el fin de requerirlo por segunda vez, para que informara a esa dependencia los arreglos que se hubieran realizado a las viviendas de Parques del Sol II, tal como se indica en la sentencia de primera instancia.

Por lo cual, debe concluirse que la administración municipal actuó en forma oportuna en la expedición de la Resolución No. 001 de 2 de junio de 2000 en menos de un año de tener conocimiento de la ocurrencia de los riesgos asegurados, cuyo acto administrativo, que declara los siniestros y hace efectiva las pólizas, es el principal y no el que resuelve el recurso de reposición de la vía gubernativa, ya que este último corresponde a una instancia posterior que sólo permite a la Administración poder revisar su propia decisión. Así, lo ha sostenido esta Corporación en sentencia de 29 de septiembre de 2009 de la Sala Plena, citada en la providencia de 7 de abril de 2011 proferida por esta Sección¹. En consecuencia, este cargo no tiene vocación de prosperar (...)."

En igual sentido se pronunció el Honorable Consejo de Estado en Sentencia de 21 de septiembre del 2000, Exp. No. 2000-N5796, M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, a propósito del estudio de legalidad del Concepto 000015 de 27 de enero de 1999, expedido por la División de Doctrina, Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN:

"(...) el actor parte de una premisa errada cuando asevera que se está extendiendo la responsabilidad de la aseguradora, pues es claro que ésta se concreta a la ocurrencia del siniestro, que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada; y que tal eventualidad está garantizada dentro del término de vigencia de la garantía,

(...) Debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de duración del contrato de seguro y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección cuarta del 31 de octubre de 1994 M.P. Dr., Guillermo Chaín Lizcano, indicó lo siguiente:...la póliza de garantía... tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia, ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de

"Por medio de la cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017"

vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que puede ser coetáneo o posterior a la de la vigencia de la póliza..."

(...) el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de agosto de 1998...hace referencia nuevamente al momento en el cual debe expedirse el acto administrativo que se declare el incumplimiento de la obligación asegurada mediante seguro de cumplimiento manifestando lo siguiente:"...Es preciso dentro de una elemental lógica que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro no solamente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado, o si no dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio".

De conformidad con las jurisprudencias anteriormente transcritas se evidencia que el Consejo de Estado ha establecido mediante interpretación que el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada a través de seguro de cumplimiento, debe expedirse dentro de la vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado; lo anterior con el fin de evitar que proceda la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio" (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, en Sentencia de 28 de agosto de 2003, Exp. No. 8031, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se confirma este criterio...:

Conforme se precisó por la Sala en la sentencia de 11 de julio de 2002, Exp. 7255, C.P. Manuel S. Urueta Ayola, que ahora se reitera, "... La vigencia de la póliza es ni más ni menos que la del contrato de seguro, consagrada como uno de los contenidos del mismo en el artículo 1047, numeral 6, del Código de Comercio, y se entiende que es el tiempo dentro del cual surte sus efectos y, por ende, en el que los riesgos corren por cuenta del asegurador, por consiguiente, una vez vencido el período de vigencia antes de que acontezca el siniestro, desaparece el correspondiente amparo respecto del mismo, luego no cabe pretenderlo en relación con un evento ocurrido cuando no hay contrato de seguro vigente...". Lo anterior pone en evidencia que la vigencia de la garantía está íntimamente relacionada con la ocurrencia del siniestro, lo que es independiente de la época o plazo dentro del cual la Administración ordena su efectividad, pues esta decisión se limita simplemente a declarar una situación fáctica anterior..."

Por lo anterior El FONDO NACIONAL DE VIVIENDA tiene conocimiento de la existencia del siniestro a partir que la entidad supervisora FONADE envía la carpeta con la recomendación de declarar el incumplimiento, por lo tanto, es a partir de este momento que comienza a correr el termino prescriptivo, de conformidad con lo señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio y la Jurisprudencia reseñada.

"Por medio de la cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017"

En efecto, la carpeta del proyecto VIVIENDA SALUDABLE MUNICIPIO DE MAPIRIPAN fue enviada por la entidad supervisora FONADE, el día 02 de septiembre de 2016, siguiendo la línea jurisprudencia y lo normado en el Código de Comercio, es a partir de esta fecha que comienza a correr el término prescriptivo, por lo tanto, el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA - FONVIVIENDA está dentro de los (2) años exigidos por la Ley para declarar el incumplimiento y solicitar la correspondiente indemnización haciendo efectiva la garantía, en consecuencia el argumento propuesto por la Aseguradora no tiene vocación de prosperidad.

Conforme a lo expuesto, la Dirección del Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA-,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 2773 del 20 de diciembre de 2017, por la cual el Director Ejecutivo del FONDO NACIONAL DE VIVIENDA - FONVIVIENDA declaró un incumplimiento, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar del contenido de la presente Resolución, al Representante Legal de la Aseguradora Solidaria de Colombia, o quien haga sus veces, haciéndole saber que contra la presente decisión no procede recurso alguno, y en consecuencia queda agotada la vía gubernativa.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Bogotá, D. C. a los 23 JUL 2018

ALEJANDRO QUINTERO ROMERO

Director ejecutivo del Fondo Nacional de Vivienda

Elaboró: Francisco Rincón

Revisó: Sandra Milena Vargas Navas, Gladys Daza, Diana Manquillo, David Ochoa

