

Bogotá, 26 de enero de 2024

2024EE0002172



Doctora

LUCELLY ROCIO MUNAR CASTELLANOS

JUEZ SESENTA Y TRES (63) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

jadmin63bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.
ACCION: CONTROVERSIA CONTRACTUALES.
RADICACIÓN: 11001-33-43-063-2021-00081-0
DEMANDANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.
DEMANDADA: NACIÓN - MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO Y OTROS.

JULIAN ALBERTO ACERO ESCOBAR, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.014.264.044 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio, titular de la T.P. No. 289.079 del CSJ, obrando en mi calidad de apoderado de la **NACION- MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO**, según el mandato conferido, de manera comedida estando dentro del término legal, procedo a **INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia proferida el 15 de enero de 2024 y notificada electrónicamente en la misma fecha, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD PARA INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA:

De conformidad, con la notificación de la sentencia de primera instancia efectuada por el despacho al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio el 15 de enero de 2024 a las 16:30 P.M. por correo electrónico, se presenta Recurso de Apelación contra dicha providencia dentro del término legal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 205 del CPACA, y 8 de la Ley 2213 de 2022, el término para la interposición del recurso se contabiliza durante los días 16 de enero de 2024 al 29 de enero de 2024, el cual, al día de hoy se encuentra vigente.

El Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que indica el trámite y oportunidad del recurso de apelación, así:

“El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación. Este término también aplica para las sentencias dictadas en audiencia.

2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

3. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior. Recibido el expediente por el superior, este decidirá sobre su admisión si encuentra reunidos los requisitos.
4. Desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes.
5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días. En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso.
6. El Ministerio Público podrá emitir concepto desde que se admite el recurso y hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia.
7. La sentencia se dictará dentro de los veinte (20) días siguientes. En ella se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento.”

II. LO QUE FUE MATERIA DE DECISIÓN EN LA SENTENCIA.

En la sentencia, se planteó como asunto a decidir el siguiente problema jurídico:

“PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 2770 de 20 de diciembre de 2017, “Por medio de la cual se declara un incumplimiento al PROYECTO VIVIENDA SALUDABLE 2009, en el Municipio de Samacá – departamento de Boyacá” y la Resolución No. 1323 de 23 de junio de 2018, “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la Resolución No. 2770 del 20 de diciembre de 2017”, proferidas por el Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda, mediante las cuales se hizo efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales No. 820-47-994000011345, emitida por la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, y en consecuencia de lo anterior, establecer la parte demandante, tiene derecho al pago de los perjuicios reclamados.

Para resolver el anterior problema jurídico, el Juzgado concluyó lo siguiente:

- **De la violación del debido proceso en el trámite del procedimiento administrativo contractual, el derecho de audiencia y defensa.**

“Respecto de la violación del debido proceso da cuenta el despacho luego de revisar las actuaciones adelantadas al interior del mismo que no se vincularon a las partes en debida forma a través de la citación que para tal efecto se hiciera en sus domicilios judiciales y contractuales, tampoco se les permitió el acceso al expediente, por lo que no se garantizó en debida forma a la aseguradora que pudieran allegar y controvertir las pruebas que consideraban necesarias y pertinentes, de igual forma se observó que la Entidad demandada no concretó todas las circunstancias relativas a la imposición de la sanción en la citación que para el efecto se debe hacer a la aseguradora, en donde se debe mencionar de manera expresa

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

y detallada los hechos constitutivos del incumplimiento, soportados en el informe presentado por la supervisión y no solo limitarse a enunciarlos, toda vez que es obligación de la Entidad además concretar en el acto administrativo la ocurrencia del siniestro y la cuantificación del perjuicio, lo cual en el presente caso no se acreditó.”

(...)

“De conformidad con lo anterior, para el despacho en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio contractual se vio vulneró el derecho al debido proceso de la aseguradora, pues en el trámite de dicho procedimiento no se tuvo en cuenta lo previsto en el contrato de seguro que es ley para las partes, en el que se indicó³⁸ “(...) c. EN LOS DEMÁS CASOS DE INCUMPLIMIENTO, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA Y DE SU GARANTE PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL DECLARARÁ EL INCUMPLIMIENTO, PROCEDERÁ A CUANTIFICAR EL MONTO DE LA PÉRDIDA O A HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL, SI ELLA ESTÁ PACTADA Y A ORDENAR SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA COMO AL GARANTE (...)”, lo cual afectó la expedición de los actos administrativos que declararon el incumplimiento del oferente haciendo efectiva la póliza de cumplimiento a favor del Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA.”

- **De la falsa motivación:**

“Entonces lo primero que se debe advertir es que la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 82047994000011345, en la que se estableció respecto de su vigencia que: “(...) ANEXO: 4 (...) AMPAROS: CUMPLIMIENTO (...) VIGENCIA DESDE: 20/09/2011 (...) VIGENCIA HASTA: 16/12/2013 (...) NOTA: SE PRORROGA LA VIGENCIA DE LA PRESENTE PÓLIZA, SEGÚN LO ESTIPULADO EN LA RESOLUCIÓN # 0298 DE MAYO DE 2013 (...)”.

Conforme a lo anterior, en el sub lite se debe tener como referencia el último día en que estuvo vigente la póliza No. 82047994000011345, es decir, el 16 de diciembre de 2013, entonces el Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA, tuvo o debió tener conocimiento del hecho que desató el incumplimiento hasta dicha fecha y los dos (2) años para haber interrumpido la prescripción de la misma, a través de la expedición y firmeza del respectivo acto administrativo vencían el 16 de diciembre de 2015, pues se reitera para ese momento la póliza debía estar vigente

Así las cosas, en el presente asunto el acto administrativo que declaró el incumplimiento y dictó la orden de afectar la póliza No. 82047994000011345, proferido por el Fondo Nacional de Vivienda - FONVIVIENDA a través de la Resolución No. 2770 de 20 de diciembre de 2017, y frente a la cual la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, interpuso el recurso de reposición que fue resuelto con la Resolución 1323 de 23 de junio de 2018, notificada a dicha aseguradora el día 28 de agosto de 2018, esto es que, cobró firmeza por fuera de los dos (2) años que le impone el artículo 1081 del Código de Comercio, 16 de diciembre de 2015, sin que haya logrado evitarse la prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro involucrado.”

- **De la caducidad:**

“Sobre el particular recuerda el despacho que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se pronunció en providencia de 29 de julio de 2022 16, por lo que no se emitirán más pronunciamientos al respecto.”

Finalmente, en la parte resolutive ordenó lo siguiente:

PRIMERO: *Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Samacá, Boyacá, conforme a las razones expuestas en el acápite de cuestiones previas - excepciones propuestas.*

SEGUNDO: *Declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, conforme a las razones expuestas en el acápite de cuestiones previas – excepción de oficio.*

TERCERO: *Declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 2770 de 20 de diciembre de 2017 y 1323 de 23 de julio de 2018 expedidas por el Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA, mediante las cuales se declaró el incumplimiento por parte del municipio de Samacá, Boyacá, del proyecto denominado “Vivienda Saludable”, específicamente en lo que tiene que ver con hacer efectiva la póliza de seguro de Cumplimiento de Entidades Estatales No. 820-47-994000011345, constituida por la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa a favor del Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

CUARTO: *Ordenar a la demandada Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA, abstenerse de incluir a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa en el Boletín de Deudores Morosos, y en el caso en que se haya efectuado tal registro, ordenar que se realicen las gestiones pertinentes para suprimirlo. (...)*

III. LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD.

Considera el Juzgador que “no se vincularon a las partes en debida forma a través de la citación que para tal efecto se hiciera en sus domicilios judiciales y contractuales, tampoco se les permitió el acceso al expediente, por lo que no se garantizó en debida forma a la aseguradora que pudieran allegar y controvertir las pruebas que consideraban necesarias y pertinentes, de igual forme se observó que la Entidad demandada no concretó todas las circunstancias relativas a la imposición de la sanción en la citación que para el efecto se debe hacer a la aseguradora”, “De conformidad con lo anterior, para el despacho en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio contractual se vio vulneró el derecho al debido proceso de la aseguradora, pues en el trámite de dicho procedimiento no se tuvo en cuenta lo previsto en el contrato de seguro que es ley para las partes, en el que se indicó³⁸ “(...) c. EN LOS DEMÁS CASOS DE INCUMPLIMIENTO, UNA VEZ AGOTADO EL DEBIDO PROCESO Y GARANTIZADOS LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA Y DE SU GARANTE PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN EL CUAL DECLARARÁ EL INCUMPLIMIENTO, PROCEDERÁ A CUANTIFICAR EL MONTO DE LA PÉRDIDA O A HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL, SI ELLA ESTÁ PACTADA Y A ORDENAR SU PAGO TANTO AL CONTRATISTA COMO AL GARANTE (...)”, lo cual afectó la expedición de los actos administrativos que declararon el incumplimiento del oferente haciendo efectiva la póliza de cumplimiento a favor del Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA.”

Pues bien, al respecto, consideramos que los argumentos indicados son errados y desconocen el procedimiento especial que corresponde al proceso de incumplimiento, el

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

cual, valga decir, no es un proceso sancionatorio y por lo mismo, incurre en error el juzgador de primera instancia, al hablar de una sanción, cuando en la resolución demandada no se está imponiendo sanción sino que se declara que el proceso está en incumplimiento de las obligaciones que pactó el oferente para la ejecución del proyecto de vivienda con subsidios del gobierno nacional y por ende, al haber un desembolso de recursos de manera anticipada, se hace efectiva la póliza para lograr la recuperación del anticipo efectuado que no fue legalizado.

Así las cosas, el fin del procedimiento de incumplimiento no es sancionar o penalizar al municipio y la aseguradora, sino conminar al oferente para que finalice el proyecto y lograr con ello, el cierre del mismo. En efecto, ello se puede interpretar de la norma especial que rige para este tema, esto es la Resolución 019 de 2011, con fundamento en la cual, el Consejo Directivo de Fonvivienda, expidió el Protocolo de Incumplimiento, aprobado por Acta No 53 del 1 de noviembre de 2017, publicado en el Diario Oficial el 23 de abril de 2018, en cual se señaló el paso a paso a seguir para la declaratoria de incumplimiento y donde se establece claramente el procedimiento:

El paso a paso del Protocolo de Incumplimiento comprende:

1. Remisión de la carpeta del proyecto, por parte de la entidad supervisora de la correcta aplicación de los subsidios familiares de vivienda, que para el caso es FONADE, con el fin de que se evalué la procedencia de la declaratoria de incumplimiento, es decir informa del incumplimiento de los oferentes por tanto de la existencia del siniestro.
2. Si de la evaluación inicial se determina declarar el incumplimiento se procede a la proyección del acto administrativo correspondiente.
3. Una vez que el acto administrativo quede en firme se conmina al oferente del proyecto con el fin de que proceda a la terminación del mismo; si este lo termina y legaliza los subsidios, se ordena el levantamiento de la medida de incumplimiento.
4. En caso de que el oferente no concurra a la terminación del proyecto o incumpla los compromisos pactados se procede a iniciar el cobro indemnizatorio ante las Aseguradoras.
5. A su vez, las aseguradoras pueden optar por el pago de la indemnización o por la terminación de las obras en aplicación del artículo 1110 del Código de Comercio.
6. En caso de que opten por la terminación de las obras se suscriben acuerdos de pago con las Aseguradoras, quienes pueden concurrir con los oferentes en la realización de las obras.
7. En caso de incumplimiento de las aseguradoras, se exige el pago inmediato de la indemnización.
8. En caso de renuencia de las aseguradoras al pago de la indemnización, se debe enviar la carpeta para que la Oficina Asesora Jurídica inicie el correspondiente cobro coactivo.

De lo anterior, la Entidad supervisora, remitió la carpeta recomendando el incumplimiento, el cual luego de la evaluación correspondiente, determinó la emisión del acto administrativo de declaratoria de incumplimiento, en los términos y condiciones establecidos en la Ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A, trámite en el cual, al declararse la medida administrativa de incumplimiento, se otorga la oportunidad para que los actores intervinientes en el proyecto de vivienda, incluido la Compañía Aseguradora, interponga los recursos de ley, debatiendo los motivos del incumplimiento y argumentando las situaciones que se consideran que no existen motivos para la declaratoria de la medida administrativa de incumplimiento..

Por lo mismo, NO se desconoció el derecho de contradicción y defensa consagrado en el

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto, en primer lugar, durante toda la ejecución del proyecto denominado VIVIENDA SALUDABLE 2009 - SAMACA, ubicado en MUNICIPIO DE SAMACA, Boyacá; la entidad supervisora, en apego a la labor de supervisión, presentó informes de avance y ejecución de la obra, los cuales fueron puestos en conocimiento de la Aseguradora Solidaria de Colombia, en los cuales se estableció el incumplimiento por parte del oferente en el proceso constructivo de las viviendas, por lo cual, si tuvo conocimiento de la situación y estuvo vinculado a la actuación administrativa.

Y en segundo lugar, con fundamento en el Decreto 555 de 2003, el Decreto 1077 de 2015, la Resolución 1604 de 2009, la Resolución 019 de 2011 y el Protocolo de incumplimiento, cuando se expidió el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento, este pudo ser objeto de impugnación en sede administrativa para buscar la revocatoria de la medida administrativa de incumplimiento y revertir la decisión adoptada en el mismo. Vale indicar que conforme el protocolo, incluso, luego de declararse el incumplimiento, en cualquier momento, si se diese +cumplimiento a la oferta presentada por el oferente, se podría levantar el incumplimiento y dejar sin efecto lo correspondiente a la póliza.

Por lo mismo, se solicita tener en cuenta la naturaleza administrativa del incumplimiento, la cual no puede asimilarse a un sancionatorio, y en segundo lugar, tener en cuenta que previo a la declaratoria del incumplimiento, los actores del proyecto han sido enterados de la situación que presenta el mismo y tienen conocimiento de los hechos, que posteriormente, dieron lugar a la emisión de las alertas de la entidad supervisora y la remisión de la carpeta con la recomendación de incumplimiento, lo cual es el insumo para que posteriormente se emita el acto administrativo de la declaratoria de incumplimiento.

Ahora bien, el juzgador de primera instancia comete una interpretación errónea de la norma cuando indica que FONVIVIENDA efectuó un “procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento contractual”, pues se repite, **el procedimiento del incumplimiento no es sancionatorio y tampoco es un incumplimiento contractual**. Por lo mismo, debe tenerse en cuenta que en la declaratoria de incumplimiento **no se están imponiendo sanciones**. En tal sentido, el siniestro de la póliza no es una sanción sino la posibilidad de hacer efectiva una garantía, que se constituyó para amparar el desembolso anticipado de un recurso, que no fue legalizado y es el recurso último con el que cuenta la administración para conminar al oferente a la terminación de la legalización del subsidio.

En tal sentido, se considera que hay una interpretación errónea de la esencia del procedimiento administrativo de incumplimiento y por lo mismo, no se entiende porqué se indica que no se vinculó en debida forma a la aseguradora, cuando ésta fue informada a lo largo del seguimiento del proceso y dentro de la declaratoria del incumplimiento.

Por último, no se está de acuerdo con que se indique que *“la Entidad demandada no concretó todas las circunstancias relativas a la imposición de la sanción en la citación que para el efecto se debe hacer a la aseguradora, en donde se debe mencionar de manera expresa y detallada los hechos constitutivos del incumplimiento, soportados en el informe presentado por la supervisión y no solo limitarse a enunciarlos, toda vez que es obligación de la Entidad además concretar en el acto administrativo la ocurrencia del siniestro y la cuantificación del perjuicio, lo cual en el presente caso no se acreditó”* puesto que en el procedimiento del Protocolo de incumplimiento, está absolutamente claro que no se legalizó el recurso del subsidio y fue esta la circunstancia que determinó el incumplimiento, lo cual está soportado en los informes de la Entidad supervisora, en las alertas emitidas por la misma, en el texto de la declaratoria de incumplimiento, por lo que no hay otros hechos que constituyan el mismo. De igual forma, la cuantía se refirió en el acto administrativo demandado.

Es importante indicar que para el presente caso no deben aplicarse las normas de incumplimiento que rigen en el marco de los contratos estatales y por ende, el Estatuto

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

General de Contratación Ley 80 de 1993, el cual regula integralmente el procedimiento para determinar el incumplimiento de los contratistas del Estado, cuando sus obligaciones son amparadas por pólizas de cumplimiento de un contrato estatal, lo cual no aplica para el presente asunto, dado que **no estamos ante el incumplimiento de un contrato estatal o de obra sino estamos ante la existencia de un incumplimiento amparado en una póliza que cubre el desembolso de un anticipo de un subsidio de vivienda.**

En consecuencia, **no se pueden hacer exigencias diferentes a lo que legalmente aplica en las normas especiales que regulan el procedimiento administrativo de incumplimiento, el cual no es un sancionatorio.**

- **Respecto de falsa motivación:**

Considera el juzgador de primera instancia que *“Así las cosas, en el presente asunto el acto administrativo que declaró el incumplimiento y dictó la orden de afectar la póliza No. 82047994000011345, proferido por el Fondo Nacional de Vivienda - FONVIVIENDA a través de la Resolución No. 2770 de 20 de diciembre de 2017, y frente a la cual la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, interpuso el recurso de reposición que fue resuelto con la Resolución 1323 de 23 de junio de 2018, notificada a dicha aseguradora el día 28 de agosto de 2018, esto es que, cobró firmeza por fuera de los dos (2) años que le impone el artículo 1081 del Código de Comercio, 16 de diciembre de 2015, sin que haya logrado evitarse la prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro involucrado.”*

Al respecto, se debe indicar que no es correcta la interpretación del juzgador de primera instancia respecto del término de la vigencia de la póliza por cuanto el artículo 1081 del Código de Comercio prevé que: *“(...) 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 norma indica que el término empieza cuando se **“haya tenido o debido tener conocimiento del hecho”** no determina que el plazo de los dos años cuenta a partir de la expiración de la póliza.

En concordancia con lo anterior, 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 la recomendación de incumplimiento. Es a partir de ese hecho, que se tuvo conocimiento del hecho y no desde la expiración de la póliza.

En efecto, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia que sobre el caso en particular se ha expedido. 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 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,*

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

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 Sección 1. 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, Expediente. 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 Chain 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 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...” (Subraya fuera del texto original).

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”. (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, 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.

Así las cosas, para el presente caso, la carpeta del proyecto VIVIENDA SALUDABLE 2009 - SAMACA fue enviada por la entidad supervisora ENTERRITORIO antes FONADE, el día 2 de septiembre de 2016, mediante oficio No 2016ER0097843, por lo que se considera por parte de esta entidad que es a partir de esta fecha que debe comenzar a correr el término

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

prescriptivo en atención a lo normado en el artículo 1081 del Código de Comercio y, en atención a la jurisprudencia citada, el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA ejerció su potestad para expedir el acto administrativo de Incumplimiento y en garantía de las normas especiales que regulan un procedimiento administrativo no sancionatorio, dentro de los términos exigidos por la Ley para decretar el siniestro.

- Respecto de la caducidad:

Finalmente, con respecto a este punto, el CPACA indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada: (...)*

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Ahora bien, para el caso en cuestión, se tiene de presente que como lo reglamenta el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009 “*por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*”, la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público suspende el término de caducidad hasta tanto: i) se logre acuerdo conciliatorio; ii) se expidan las constancias a las que se refieren el artículo 2º de la Ley 640 de 2001; o iii) se venza el término de los tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud, lo que ocurra primero. *(Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Asimismo, del análisis de la línea de tiempo que ha transcurrido en el presente proceso y de la lectura del Auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección tercera subsección B de fecha 29 de julio de 2022 mediante el cual se resolvió el recurso de apelación contra el auto que declaró probada la excepción de caducidad, se puede advertir que la fecha de ejecutoria de los actos administrativos objeto de discusión fue el 29 de agosto del 2018, contando entonces el término para la caducidad de la acción desde el 30 de agosto de 2018.

En este orden de ideas, la solicitud de conciliación fue radicada el 14 de diciembre de 2020, es decir un día antes de que operara la caducidad (15 de diciembre de 2020 incluido el plazo de 3 meses y 15 días de suspensión de términos que concedió el Decreto 564 de 2020 en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica).

Es hasta el día 23 de marzo de 2021 que se lleva a cabo la audiencia de conciliación prejudicial en la Procuraduría 177 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá y el 24 de marzo de 2021 que la Aseguradora Solidaria de Colombia radica la demanda por el medio de control de controversias contractuales.

En este contexto, es evidente que el accionante radica la demanda cuando ya operaba el fenómeno de la caducidad del medio de control, toda vez que, el lapso de tiempo transcurrido desde la radicación de la solicitud de conciliación hasta la fecha en la que efectivamente se llevó a cabo la mencionada audiencia, transcurrieron más de tres meses, materializándose así el levantamiento de la suspensión de términos de conformidad con lo estipulado en el literal c del artículo 3 del Decreto 1716 de 2009.

Así las cosas, era el 15 de marzo de 2021 (en atención al día con el que la parte demandante aun contaba para radicar el medio de control) que la parte actora debió radicar la demanda, en tanto la suspensión de la caducidad por mandato legal, solo estaba vigente hasta el 14 de marzo de 2021, fecha en la que se cumplieron los tres meses establecidos para adelantar el trámite prejudicial.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dirección: Carrera 8 No.7 - 26, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 562 9300 - 601 382 2800

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 913666

Ahora bien, la audiencia de conciliación extrajudicial se desarrolló el 23 de marzo de 2021, radicándose la demanda el 24 de marzo de la misma anualidad dándosele una interpretación equívoca a la contabilización de los términos para llevar a cabo esta acción.

Por lo tanto, la primera condición de suspensión de caducidad que se produjo fue el vencimiento de los tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud, por lo que la acción objeto de la presente controversia caducó el 16 de marzo de 2021. Tratándose la caducidad de un término de orden público el que, por lo tanto, no puede ser objeto de negociaciones, modificaciones o renunciaciones y es deber del señor juez reconocer su ocurrencia, por cuanto impide que se pueda fallar de fondo el asunto.

Finalmente, es preciso señalar que como quiera que el plazo que restaba hasta la fecha de suspensión de términos (16 de marzo de 2020) para hacer inoperante la caducidad NO era inferior a 30 días hábiles, el accionante no contaba con el periodo de gracia de un mes para realizar la actuación correspondiente, en este caso el de radicar la demanda, se traduce entonces que la presentación de esta se llevó a cabo cuando ya operaba la caducidad de la acción.

IV. NOTIFICACIONES:

El demandante, se notificará en el correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

El demandado Nación, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, se notificará en la Calle 17 No. 9-36 Piso 3 de Bogotá, teléfono 3 32 3434, Ext. 4230 correo electrónico: notificacionesjudici@minvivienda.gov.co – jaacero@minvivienda.gov.co

Atentamente,



JULIAN ALBERTO ACERO ESCOBAR
C. C. No. 1.014.264.044 de Bogotá D.C.
T. P. No. 289.079 del Cons. Sup. Jud.
Correo electrónico: jaacero@minvivienda.gov.co –
notificacionesjudici@minvivienda.gov.co