



FONDO NACIONAL DE VIVIENDA

RESOLUCIÓN NÚMERO

(540)

03 de agosto de 2009

“Por medio de la cual se resuelve un Recurso de Reposición”

LA DIRECTORA EJECUTIVA DEL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA-FONVIVIENDA-

En ejercicio de las facultades legales que le confieren los artículos 5º numeral 5.3 y 8º de la Resolución 966 de 2004, el artículo 8 del Decreto 555 de 2003, el artículo 53 del Decreto 975 de 2004 y el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución No. 094 del 02 de Marzo de 2009, la Dirección Ejecutiva del Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA, resolvió declarar el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el oferente **MUNICIPIO DE BUENAVENTURA**, identificado con el Nit. 8903990453, para construir 29 soluciones de vivienda en el municipio de Buenaventura, Departamento del Valle, dentro del proyecto denominado **CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA IV**; y como consecuencia de lo anterior, hacer efectiva las garantías constituidas a favor del FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA, en virtud de la póliza No. 052004798, expedida por Seguros del Estado S.A.

Que el acto administrativo se notificó personalmente al apoderado del Alcalde Municipal de Buenaventura, quien interpuso con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 52 del C.C.A., recurso de reposición en contra de la Resolución No. 094 del 02 de Marzo de 2009, según escrito radicado con el No. 4120-E1-55917 y 4120-E1-53900 del 21 de Mayo de 2009.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

- 1) El Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA - no demuestra ni la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida.
- 2) La sanción de incumplimiento emitida por parte de FONVIVIENDA, no contempla los preceptos del principio de legalidad y no tiene en cuenta las circunstancias que rodean al desarrollo del proyecto.
- 3) La sanción de incumplimiento esbozada por parte de FONVIVIENDA viola el precepto de la prohibición de la responsabilidad objetiva y desconoce el principio de la ausencia de responsabilidad en casos especiales como la fuerza mayor.
- 4) No se tiene en cuenta las acciones tomadas por parte del oferente (Municipio de Buenaventura) para sanear los problemas presentados dentro del desarrollo del proyecto de vivienda.

CONSIDERACIONES DE LA DIRECCION

De acuerdo con los informes de FONADE, cuyas observaciones están incorporadas en el cuerpo de la Resolución No. 094 del 02 de Marzo de 2009, se encuentra plenamente acreditado en el expediente que no obstante haber sido girados los subsidios familiares de vivienda, conforme a lo establecido en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, modificado por el artículo

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

5º del Decreto 3169 de 2004 y el artículo 2º del Decreto 1650 de 2007, se presentaron atrasos en la ejecución del proyecto denominado Ciudadela Nueva Buenaventura Etapa IV, ubicado en el municipio de Buenaventura, Departamento del Valle, que ponen en riesgo los recursos de los subsidios familiares de vivienda asignados por el Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA -, y girados de manera anticipada al encargo fiduciario de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del decreto 975 de 2004, modificado por el artículo 5º del Decreto 3169 de 2004 y el artículo 2º del Decreto 1650 de 2007, sin que obre en el expediente prueba siquiera sumaria del cumplimiento de los requisitos para la legalización de los Subsidios Familiares de Vivienda asignados y girados al oferente.

Conforme a las observaciones contenidas en los mencionados informes, los cuales son de pleno conocimiento de la compañía aseguradora, toda vez que éstos hacen parte integral del acto administrativo que declaró el incumplimiento, el cual fue notificado en debida forma al alcalde municipal de Buenaventura, se detectó un atraso contra la programación físico-financiera en la ejecución de las obras, y como consecuencia de ello se evidenció el incumplimiento del oferente en la terminación de las obras, así como en la fecha de entrega de las soluciones de vivienda a entera satisfacción de los beneficiarios de los subsidios, y en el trámite de escrituración y registro de las mismas.

De las observaciones planteadas en estos informes, se dio traslado al oferente con el objeto que el mismo adoptara las medidas pertinentes para subsanar las anomalías que se presentan en el citado proyecto.

No obstante lo anterior, el oferente no acreditó las actuaciones que debía realizar y que se requieren para atender las observaciones formulados por FONADE en los mencionados informes.

Los informes de la entidad supervisora obrantes en el expediente y que hacen parte integral del acto administrativo que declaró el incumplimiento, soportan la existencia de las anomalías señaladas, que motivaron la decisión adoptada por la dirección, y de conformidad con lo establecido por el Artículo 264 del C.P.C., estos documentos constituyen plena prueba respecto de las mismas, sin que el recurrente aporte pruebas para desvirtuar su existencia.

Sobre el monto de la pérdida por la cual se hace efectiva la garantía otorgada por la compañía Seguros del Estado S.A., como lo sostuvo la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia de 30 de agosto 2001, expediente No. 19024, cuando el título de ejecución es complejo, es decir, que está integrado por una pluralidad de documentos, la notificación de las resoluciones que declaran la ocurrencia del siniestro son suficientes para el surgimiento de la obligación que por esta vía pretenda reclamarse.

Del examen integral de la póliza de seguro de cumplimiento y el acto administrativo que declaró el incumplimiento, claramente se establece no sólo la existencia de obligación a cargo de la compañía aseguradora sino también su monto.

En este sentido, la Resolución No. 094 del 02 de Marzo de 2009, dispuso en su parte resolutive:

“ARTÍCULO 2.- Como consecuencia de lo anterior, hacer efectivas la garantía constituida a favor del **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA - FONVIVIENDA**, la póliza N° 052004798, expedida por Seguros del Estado S.A., por un valor asegurado de setecientos sesenta y nueve millones noventa y un mil cuatrocientos pesos M/cte (\$769.091.400.00) “

Por lo tanto, el valor a restituir de los dineros entregados por cuenta de los subsidios en razón del incumplimiento, es la suma *setecientos sesenta y nueve millones noventa y un mil cuatrocientos pesos M/cte (\$769.091.400.00)*, conforme se observa en la póliza de seguros No 052004798, expedida por la aseguradora, en lo que atañe a los riesgos allí amparados.

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

Adicionalmente, es importante anotar que la póliza tiene por objeto amparar al Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA – *“contra los riesgos de incumplimiento de la promesa de compraventa o contrato de construcción, en lo referente a la fecha de entrega de la solución de vivienda a entera satisfacción y de acuerdo a las condiciones que sirvieron de base para la declaratoria de elegibilidad del proyecto y a la escrituración y registro de la misma en el periodo de vigencia del subsidio, y al uso inapropiado de los giros del subsidio familiar de vivienda anteriores a la escrituración efectuados al vendedor o a la organización o entidad promotora del programa como abono a la promesa de compraventa o al contrato de construcción.”*

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1495 del Código Civil, los riesgos amparados por la póliza versan sobre unas obligaciones de hacer a cargo del oferente, las cuales, por su naturaleza, deben ser satisfechas en un todo, y resulta imposible su cumplimiento por partes.

Por tal motivo, la entidad otorgante esta facultada a exigir el pago de la totalidad del valor asegurado, como quiera que la indivisibilidad de estas obligaciones, se opone al cumplimiento parcial de las mismas.

ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS ADUCIDOS POR LA PARTE RECURRENTE

1) EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA-FONVIVIENDA-NO DEMUESTRA NI LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO NI LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA.

En este aspecto debemos acotarle a la parte recurrente que su argumento no es de recibo y adolece de falta de precisión, por cuanto es menester precisarle de forma categórica que en materia de medidas administrativas, la figura del incumplimiento, tal y como la ha previsto el legislador colombiano, se establece cuando se ha llevado a cabo una notoria y por demás evidente falta de realización de los compromisos adquiridos por parte de una persona jurídica que se denomina oferente, (y en este caso el oferente es el municipio de Buenaventura) en la realización de un proyecto de vivienda de interés social; una vez demostrado el incumplimiento de las obligaciones contraídas, es menester precisarle al actor del presente recurso que no importa si se trata del 0.25%, del 30 o del 10%, porque finalmente la esencia jurídica del incumplimiento pregona que cuando no se lleva a cabo el cumplimiento de unas obligaciones legales, adquiridas no solo en el plano jurídico, sino también en el plano patrimonial (por cuanto estamos hablando de una obligación de resultado que involucra una póliza de cumplimiento y unos subsidios familiares de vivienda de la población desplazada) debe decretarse la medida de sanción para el oferente del proyecto, el cual en este caso es el municipio de Buenaventura, por cuanto en la medida sancionatoria del incumplimiento esta demostrada la ocurrencia del siniestro por medio de un hecho notorio demostrable probatoriamente en el curso del presente procedimiento administrativo; ¿Cómo es eso que puede demostrarse probatoriamente mediante hecho notorio? Pues de una manera muy sencilla: como bien se sabe, el legislador colombiano ha prescrito que hay ciertas condiciones en las cuales no se requiere llevar a cabo una gran actividad probatoria para poder demostrar un hecho o acontecer del orden fáctico; en el presente caso, no podemos obviar en modo alguno que a la fecha, no se han llevado a cabo en forma alguna por parte del oferente, informes a la entidad certificadora(FONADE) o al Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA- o visitas del orden técnico solicitadas por parte del oferente del proyecto, lo cual es un claro indicio del no desarrollo del proyecto de vivienda, y como anteriormente por medio de los informes expedidos por parte de FONADE se estableció plenamente a nivel probatorio que no se habían llevado a cabo las gestiones necesarias por parte del Oferente del proyecto, pues tenemos un marcado y por demás evidente HECHO NOTORIO DEL INCUMPLIMIENTO, el cual como bien vemos, no requiere una prueba contundente o compleja para poder demostrar su acaecimiento, razón por la cual el argumento se cae por falta de argumentación del orden fáctico-legal.

Dentro de este argumento, se esboza que no han sido desembolsados el 100% de los recursos, y dicha afirmación es completamente cierta, por cuanto es menester necesario y absolutamente obligatorio recordarle al recurrente que, dentro de las reglas del desarrollo de un proyecto de vivienda, el desembolso de los recursos se presenta conforme se avanza en el

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

desarrollo del mismo en porcentajes(40, 40 y un 20% final) cifras que desembolsa el Fondo Nacional de Vivienda por medio del correspondiente encargo fiduciario, **si y solo si** es demostrable por parte del oferente que se han llevado a cabo las gestiones exigidas por parte del legislador de una forma responsable, juiciosa y dentro de los términos establecidos en la oferta del proyecto de vivienda por parte del mismo oferente, caso en el cual se llevan a cabo los correspondientes desembolsos, para así completar el 100% de los recursos establecidos, pero cuando, **contrario sensu**, se demuestra que el oferente no ha cumplido a lo presupuestado en la oferta del proyecto de vivienda, ni tampoco ha llevado a cabo las correspondientes gestiones del orden técnico (en la construcción de las viviendas) no es posible llevar a cabo esta operación, y no es causal de ausencia de responsabilidad para el oferente en ningún momento, pues es de las labores realizadas por parte del mismo es que se llevan a cabo los correspondientes desembolsos por parte del Fondo Nacional de Vivienda mediante el correspondiente encargo fiduciario, circunstancia que no puede predicarse para el municipio de Buenaventura por no llevar a cabo las gestiones, lo cual nos lleva simplemente a decirle al recurrente que, si no hay actividad por parte del oferente, no hay desembolsos.

2) LA SANCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EMITIDA POR PARTE DE FONVIVIENDA, NO CONTEMPLA LOS PRECEPTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y NO TIENE EN CUENTA LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RODEAN AL DESARROLLO DEL PROYECTO.

En lo referente a este argumento, debemos expresarle claramente al recurrente de entrada al presente análisis que, este argumento tiene serios inconvenientes en su argumentación y la misma, en criterio de la dirección del Fondo Nacional de Vivienda, en las condiciones planteadas por parte del recurrente no son factores que permitan desvirtuar la responsabilidad jurídica establecida dentro del acto administrativo que declaró la responsabilidad jurídica y por ende el correspondiente incumplimiento, veamos el porqué:

Para empezar debemos dejar en claro que, lo aplicado en lo relativo a este argumento aducido por parte de la parte recurrente se encuentra directamente relacionado con las bases mismas del derecho procesal; en este punto, y dejando en claro el ámbito en el cual se llevará a cabo la argumentación, debemos acotar que, siguiendo los parámetros expresados por parte de los diversos doctrinantes en materia de derecho procesal en las diversas ramas del derecho(a nivel nacional tenemos por ejemplo a los doctrinantes Alfonso Rivera Martínez en derecho procesal civil , Álvaro Tafur Galvis y Jorge Enrique Ayala Caldas en el marco del derecho administrativo, Luis Fernando Tócora , Heliodoro Fierro Méndez y Gustavo Alfonso Pabón Parra en materia penal y Mario Madrid Malo Garizábal en el marco del derecho constitucional, y a nivel internacional tenemos a los tratadistas Enrique Vécovi en el marco del derecho penal, Jaime Guasp y Michelle Taruffo en materia procedimental civil y George Vedel en el marco del derecho administrativo por citar algunos ejemplos) tenemos que se hace una claridad suprema entre los conceptos de “verdad procesal” y la “verdad verdadera” aplicados a las reglas del procedimiento.

Ahora bien, ¿Qué es eso que es denominado la verdad procesal de los procedimientos?, este concepto, aplicado incipientemente desde los orígenes del derecho, en el foro romano y total y absolutamente perfeccionado por uno de los pensadores y procesalistas de dicha época (Quintiliano) hace referencia al dicho sostenido por cada una de las partes que componen el proceso, sea bien en su calidad de partes esenciales del mismo (como demandante y demandado) o sean accidentales o accesorias al mismo (como los testigos y los peritos); al respecto, y tomando el concepto más actual sobre dicha figura del derecho procesal nos referimos a lo planteado por parte del profesor francés de derecho probatorio Michelle Taruffo: “ La verdad procesal no es mas que la forma que tiene cada una de las partes de mostrarle al juez su versión fáctica y probatoria de los hechos” (***Taruffo Michelle, citado por Torres González Miguel. Lecciones de Derecho Probatorio. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá D.C. 2008***); esta “versión de las partes” como acertadamente lo enuncia el profesor Taruffo, es uno de los componentes básicos del proceso como tal, sea de la rama que sea el mismo, por cuanto es la expresión máxima y esencial del derecho de contradicción y la herramienta principal por la cual se ejecuta y lleva a cabo el derecho al debido proceso dentro

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

de las actuaciones judiciales.

Al respecto podría surgir un interrogante más al respecto, si la verdad procesal es el decir de las partes entonces ¿Qué se supone es la verdad verdadera dentro de un proceso? Es una gran pregunta planteada dentro del marco del derecho procesal, y principalmente dentro del marco del derecho probatorio o de las pruebas judiciales; para ilustrar claramente qué ocurre y el porque de esta discusión, mostraremos a la parte recurrente ambas posturas a modo de ilustración; dentro del marco de la doctrina probatoria, encontramos dos escuelas de pensamiento totalmente opuestas entre sí: por un lado tenemos la escuela constructivista de la prueba judicial defendida y argumentada por el profesor francés de derecho probatorio Antoine Dellepiane, quién sostiene que la verdad verdadera dentro del proceso, es aquella que, una vez analizados los componentes probatorios dentro del proceso permiten al juez, reconstruir los hechos materia del mismo y por tanto se podría llegar a “la verdad de los hechos fácticos acontecidos que originaron el proceso” (**Dellepiane, Antonio. De la Prueba Judicial. Editorial Temis. Bogotá. 2000**); por el otro lado, tenemos la escuela del criterio judicial argumentada y defendida por parte de los profesores de derecho procesal Hernando Devis Echandía (Q.E.P.D) y Jairo Parra Quijano, quienes sostienen que la verdad verdadera del proceso es aquella que logra obtener el juez de forma, lo mas aproximativamente posible una vez se lleva a cabo el correspondiente estudio y valoración sopesada de todas las pruebas aportadas por parte de los sujetos procesales, al respecto el concepto aportado por parte del profesor Devis describe con total amplitud el criterio de esta escuela de pensamiento probatorio: “La verdad verdadera del proceso, no es más que el compendio de conclusiones a las cuales llega el juez después del largo, y en muchas ocasiones dispendioso, proceso intelectual de valorar adecuadamente las pruebas presentadas a su consideración por parte de cada una de las partes presentes en el proceso judicial” (**Devis Echandía, Hernando. Tratado de la Prueba Judicial. Tomo I. Editorial Edupré. Bogotá. 1979**); dentro del marco de nuestro derecho, y pese a que el mismo ha recibido una notoria influencia extranjera en los últimos años con la expansión del conocimiento que ha traído la era digital y el intercambio cultural surgido con el comienzo de un nuevo milenio, se aplica de forma irrestricta el criterio aportado por parte de la escuela del criterio judicial y en tal virtud, tenemos que la “verdad verdadera” es aquella obtenida en virtud del proceso, como tal y no en el decir de las partes.

Al respecto y frente al tema argumentativo de los actos administrativos, la dirección del Fondo Nacional de Vivienda se permite manifestarle al actor del presente recurso que, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-371 de 1999, citando la sentencia T-206 de 1997, al pronunciarse sobre la motivación de los actos administrativos hizo las siguientes consideraciones:

“En primer lugar debe señalar la Corte que la motivación de los actos administrativos constituye valiosa garantía para los gobernados, quienes tienen derecho a conocer las razones en que se funda la administración cuando adopta las decisiones que afectan sus intereses generales o particulares.

Pero, además, la exigencia legal de motivación es un instrumento de control sobre los actos que la Administración expide, toda vez que relaciona el contenido de la determinación adoptada con las normas que facultan a la autoridad para obrar y con los hechos y circunstancias a las cuales ella ha aplicado la normatividad invocada.

Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (Arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (Art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad. (...)

En efecto, el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo alude concretamente al momento en el cual, dentro de las actuaciones administrativas, habiéndose dado oportunidad a los interesados y gozando la autoridad de los elementos de juicio que le suministran las pruebas e informes a su disposición, debe decidir. Y de manera imperativa el precepto le indica que así lo haga, motivando su resolución, al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

Quiere decir el legislador que la Administración, al decidir, no puede afectar a un particular con su acto sin expresar, siquiera sumariamente, cuáles son los motivos en que se basa para hacerlo, dando así efectividad a la garantía de defensa y control que la motivación supone.

*En otros términos, lo que la disposición enjuiciada contempla es **un mínimo**, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegura al particular afectado que tendrá, cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración.*

La norma impugnada debe entenderse en su sentido integral y completo, de manera que para fijar el alcance de las expresiones que se demandan es necesario tener en cuenta el inciso segundo de aquélla, según el cual "en la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite".

Respecto de cualquiera de esas causas de la actuación administrativa, la autoridad debe resolver acerca de todo lo planteado, como la manda la norma. Y -por virtud del segmento acusado-, si además la determinación que adopta afecta a particulares, está en el deber adicional de motivarla en cuanto a ese aspecto se refiere, por lo menos sumariamente.

Aquí debe manifestar la Corte su acuerdo con el concepto del Procurador General en el sentido de que lo sumario de la motivación no puede confundirse con su insuficiencia o superficialidad. Alude a la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial, de suerte que el señalamiento de los motivos en que el acto encuentra soporte, no por sumario puede tildarse de incompleto y menos de inexistente.

*La resolución en torno al tema del que se ocupa la Administración, según el origen de la misma, exige necesariamente que, sobre cada cuestión planteada, el acto exprese lo que se decide y el motivo de la decisión. Y, por supuesto, en el evento de afectar a un particular, éste tiene derecho a enterarse, con miras a su defensa y por lo menos de manera breve, sobre la motivación correspondiente. De todo lo cual se deduce que, lejos de haberse autorizado por la ley la carencia de motivación, se ha hecho exigente, sobre una base **mínima**, forzosa e inexcusable. (...)*

Claro está, aunque la motivación sea "sumaria", es indispensable que sí se resuelva de fondo el asunto sometido a la consideración de las autoridades administrativas, pues el ejercicio del derecho de petición, en los términos del artículo 23 de la Carta Política, o cualquiera otra de las razones por las cuales una actuación se inicia, comportan el derecho del administrado y de los afectados a que se resuelva, y resolver significa poner término a toda incertidumbre."

De acuerdo con los parámetros enunciados por la Honorable Corte Constitucional, y teniendo en cuenta las características que posee el procedimiento administrativo que se adelanta cuando se habla del tema de los incumplimientos, tenemos que aducirle al actor que, en todas y cada una de las actuaciones que ha llevado a cabo el Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA-, se ha dado una plena y absoluta explicación de los motivos tanto

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

fácticos como jurídicos para llevar a cabo su actuación, por tanto no se comparte el criterio aducido, al respecto, debemos acotar que, la jurisprudencia contencioso administrativa también se ha pronunciado sobre la debida motivación de los actos administrativos; al respecto en sentencia proferida por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado calendada el día 12 de Diciembre de 2005, con radicado No **11001-03-26-000-2005-00002-00(29754)** y cuya Consejera Ponente fue la Doctora Ruth Stella Correa Palacio, se manifestó lo siguiente en lo referente a la motivación de los actos administrativos:

“ (...)Puso de presente que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente la sentencia SU- 250 de 26 de mayo de 1998 (...) la motivación se orienta en primer término al convencimiento de las partes sobre el por qué de la decisión adoptada con el fin de evitar arbitrariedades, y en segundo lugar a poner de manifiesto la vinculación de la Administración con el ordenamiento jurídico, mediante la fundamentación jurídica de la solución al caso en concreto, sin olvidar la función de publicidad que tiene por naturaleza(...) Es preciso señalar que no le asiste la razón al actor, en el entendido de que las resoluciones acusadas sí cuentan con motivación, esto es la expresión de las razones bien sean legales o de hecho que llevaron a la entidad demandada a proferirlas, el hecho de que las mismas sean estrictamente legales no le quita el carácter de motivado a las mismas.”

Las anteriores reflexiones las hemos hecho para hacer ver a la recurrente que, de forma clara y expresa esa disonancia aducida como argumento no es premisa válida para deprecar del acto administrativo que estableció el incumplimiento, pues al hacer referencia a este “desajuste” entre lo acontecido tácticamente dentro del proceso y lo aducido por una de las partes como pretende traer a colación el recurrente lo que se esta haciendo es un proceso mental que conlleva al desvirtuamiento o no de pruebas aportadas por las partes, es decir es una actividad mental nacida de un ejercicio complejo del manejo de argumentos de naturaleza simple, más no es una premisa que lleve a un desbalance o al desvirtuar los motivos que llevaron al Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA- pues esta no sólo tácticamente demostrado sino también perfectamente argumentado que por parte del oferente del proyecto se tenía una responsabilidad del orden jurídico, que tenía asimismo un plazo determinado para cumplir con la misma de acuerdo a estándares previamente establecidos como parte de los parámetros de esta clase de contratación, y ninguno de ellos fue cumplido adecuadamente por parte de la parte responsable del incumplimiento cuando debía llevar a cabo su labor (en este caso el oferente del proyecto), circunstancias que no se han llevado a cabo.

A renglón seguido, debemos expresarle al actor del presente recurso, que el Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA- podría entender y valorar probatoriamente hablando a favor del oferente, los “factores climáticos de ocurrencia permanente en la zona de intervención del proyecto, los cuales sumados a los altos índices freáticos del suelo en el sector, afectaron las obras proyectadas y ejecutadas” si en efecto esta prueba hubiese sido aducida y presentada legal y técnicamente como parte del cuerpo del presente recurso de reposición, pues para ello se presentan al oferente las correspondientes herramientas del orden procesal, para que cada una de las partes (en este caso el municipio de Buenaventura) desarrolle los mecanismos procesales de defensa que considere necesarios para su defensa, contando dentro de los mismos la capacidad de presentar a consideración del Fondo Nacional de Vivienda los elementos materiales de prueba que considere pertinentes; en el caso en concreto de la situación fáctica planteada, se hace necesario recordar al oferente que, en este caso las circunstancias descritas en el escrito constitutivo del recurso de reposición son del resorte único y exclusivo del oferente, y por tanto la carga de la prueba corre de forma exclusiva para el, en cuanto que, como oferente del proyecto, tiene mas posibilidades de adjuntar al presente procedimiento una serie de documentos del orden técnico y del orden legal que soportasen esta afirmación; es necesario aducirle al libelista que en cuanto a las condiciones del terreno en el cual se desarrolla el proyecto, quien mejores medios del orden técnico para aportar pruebas de las fallas del mismo o de las condiciones es el oferente, quien es en últimas quien lleva a

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

cabo la realización del proyecto de vivienda, es decir en este caso, **la carga de la prueba se encuentra a cargo de quien pretende demostrar una afirmación del orden técnico, por las facilidades de la misma, es decir el oferente**; lo demás es simplemente pedirle al Fondo Nacional de Vivienda haga una presunción del orden fáctico y legal, circunstancia que no puede llevar a cabo FONVIVIENDA, por cuanto no es posible “adivinar” ni mucho menos deducir que en el terreno de desarrollo del proyecto se presenta esa situación del orden físico-geográfico; ahora bien, el libelista podría aducirnos que esto es un hecho notorio en un caso determinado y por tanto el Fondo Nacional de Vivienda tenía la obligación de conocer esas circunstancias, y ni aún en este supuesto podríamos hablar de una exención de responsabilidad del oferente, por cuanto ese hecho notorio (en el caso de que así hubiese sido) debe acompañarse de un escrito, una carta, un documento o algún soporte que presentase este para aducir que el oferente estaba frente a estas circunstancias del orden geográfico y no se podía llevar a cabo el correcto desarrollo del proyecto pero, ¿En alguna parte consta o se puede alegar que el oferente hizo llegar alguna comunicación a alguna autoridad informando sobre eso? En ninguna parte del presente procedimiento se puede aducir que esto se llevase a cabo, pues no se tiene noticia alguna de que la entidad certificadora (FONADE) o el Fondo Nacional de Vivienda hayan sido informados sobre estas circunstancias alegadas por parte del libelista; ahora bien, debemos precisar que estas circunstancias, si se presentaron, **no han sido una constante dentro de todo el tiempo de desarrollo del proyecto** porque eso sería esgrimir un hecho contrario a la realidad fáctica presente dentro del presente procedimiento, por cuanto es imposible aducirse que en ningún momento se han podido desarrollar las obras por parte del oferente y sí es una muestra de que el mismo no informó en cuanto tuvo que enfrentar estas circunstancias, en caso de haberse presentado.

No deja de causar extrañeza para el Fondo Nacional de Vivienda la expresión usada por parte del libelista en el sentido de indicar que había medidas tomadas por parte del oferente “las cuales venían siendo evaluadas y superadas por parte del oferente para poder entregar el programa de vivienda a plena satisfacción en los términos proyectados” ; no deja de causar extrañeza porque, ¿si esas medidas estaban siendo tomadas por parte del oferente (fueran del orden administrativo o del orden técnico) no fueron informadas cuando esto era el procedimiento correcto a las entidades que tenían relación directa con el tema como FONADE o FONVIVIENDA? Si se presentaron problemas en la ejecución y llevo a cabo correctivos para dar solución a los mismos, lo mínimo que puedo esperar es que estas medidas sean informadas a quienes tienen relación directa con el tema para que no se presenten más inconvenientes, pero en el caso del municipio de Buenaventura estas medidas no fueron comunicadas a ninguna entidad y eso es lo que generó que se decretase el incumplimiento, por la no comunicación de las mismas a ninguna entidad, acto no imputable a nadie sino a la propia falta de comunicación del oferente, por tanto este argumento no defendible por falta de premisas del orden fáctico para defenderlo.

3) LA SANCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ESBOZADA POR PARTE DE FONVIVIENDA VIOLA EL PRECEPTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y DESCONOCE EL PRINCIPIO DE LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN CASOS ESPECIALES COMO LA FUERZA MAYOR.

Frente a este argumento, el Fondo Nacional de Vivienda debe aducirle al libelista que, su argumento es leído en su totalidad, y en virtud del precepto de la libre argumentación procesal pues se respetan las razones de facto que hayan llevado al libelista a aducir estas razones frente a la decisión administrativa tomada por parte del Fondo Nacional de Vivienda.

No obstante lo anterior, el Fondo Nacional de Vivienda, no comparte en grado alguno el argumento aducido por parte del libelista dentro de este acápite, por cuanto hay que hacerle, con gran sentimiento de parte del Fondo Nacional de Vivienda, precisiones respetuosas al libelista, no obstante de respetar su criterio jurídico en su integridad, las cuales, son de respeto al igual que las de cualquier profesional del derecho en nuestro país.

Para comenzar, debemos aducirle con total claridad y precisión doctrinal y jurídica al libelista, que la decisión tomada por parte del Fondo Nacional de Vivienda en cuanto al municipio de

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

Buenaventura como oferente del proyecto Ciudadela Nueva Buenaventura Etapa III no se trata ni mucho menos de una “decisión a priori y apresurada” como bien pretende hacerlo ver el libelista dentro de su escrito, pues como bien lo aducimos en líneas precedentes, debemos acotar que para poder llegar a un consenso y una determinación del orden incumplimiento (como bien lo indica el actor del presente recurso) no se tomó esa determinación a la ligera, no fue fruto de una determinación del momento, del calor de un momento de ira o circunstancias subjetivas por parte del funcionario o funcionarios administrativos del Fondo Nacional de Vivienda que tomaron dicha determinación; por el contrario, es fruto de un análisis consciente, pleno y sopesado de los medios probatorios presentes dentro del plenario, de llevar a cabo un análisis de las circunstancias de facto y de los elementos materiales de prueba presentes dentro del procedimiento de incumplimiento y de llevar a cabo una serie de razonamientos del orden jurídico, económico y administrativo por parte del Fondo Nacional de Vivienda; para FONVIVIENDA es total y absolutamente claro que las consecuencias de una determinación de incumplimiento van mas allá del plano económico y jurídico, también tocan la esfera administrativa cuando el oferente es una entidad del orden territorial (como el municipio de Buenaventura), pues las sanciones preceptuadas como consecuencia de una declaratoria de incumplimiento son enormes de acuerdo a las normas que reglan la materia en la legislación colombiana, pero tampoco FONVIVIENDA desconoce que como oferente, el municipio de Buenaventura adquirió responsabilidades del orden administrativo, económico y técnico para llevar a cabo un proyecto de vivienda de interés social con la población desplazada, la cual es sujeto de defensa por parte del Fondo Nacional de Vivienda y en el caso puntual del proyecto adelantado por parte del municipio de Buenaventura, las obligaciones contraídas no se han cumplido en modo alguno dentro de los presupuestos legales estipulados por parte del legislador, y ello conlleva a la figura del incumplimiento, el cual en el presente caso, es procedente por cuanto no se vislumbran hechos ni pruebas que puedan desvirtuar la afirmación inicial hecha por parte del Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA-; Ahora, si de acepciones jurídicas debemos referirnos, y aunamos a ello los conceptos filosóficos, debemos aducir que, la escuela positivista del derecho asume en forma concreta el postulado de los juicios a priori hechos por parte del filósofo alemán Emanuel Kant a la hora de aplicar la ley arbitrariamente; al respecto tenemos que el maestro Hans Kelsen en una de sus obras, nos dice que se presentan argumentos o ideas a priori en la aplicación de la ley cuando esta se aplica “cuando el juez siguiendo las ideas erradas o un concepto sin ninguna clase de premisas válidas (como diría el maestro Kant) hace una serie de afirmaciones que son contrarias a los hechos del proceso y que la norma protege” es decir que, ateniéndonos a estas afirmaciones del maestro positivista Kelsen, debemos entender que un juicio a priori no es mas que una premisa hecha con antelación a la presentación de unos hechos frente a la norma, acepción que en ningún momento corresponde a la labor desarrollada por parte del Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA- pues las razones por las cuales se decretó la medida administrativa del incumplimiento en momento alguno se basan en razonamientos sin fundamento fáctico o jurídico, por el contrario se cuenta con los respectivos soportes en materia probatoria para demostrar el acaecimiento del correspondiente incumplimiento de las obligaciones del municipio de Buenaventura.

Ahora bien, debemos precisarle al actor del presente recurso que la parte de la presunción de la legalidad del acto administrativo emitido por parte de FONVIVIENDA ya se comento en líneas precedentes, pero si debemos hacer énfasis en que por un lado, no puede confundirse teóricamente ni dogmáticamente las figuras jurídicas pre-establecidas; este comentario lo hacemos de la manera mas respetuosa indicando al actor del presente recurso que bajo ninguna circunstancia puede aplicarse por un lado la figura de la responsabilidad objetiva en el presente caso, pues su acepción dogmática en el mundo jurídico se presenta única y exclusivamente en el ámbito del derecho penal, pues en tal ámbito surgió como parte del ordenamiento jurídico a nivel mundial; llevando a cabo una labor investigativa sobre la acepción de dicha figura del ordenamiento jurídico, podemos indicarle al actor del presente recurso que la figura de la responsabilidad objetiva se ha conceptualizado en dos formas; por un lado, tenemos la acepción genérica aportada por brillantes doctrinantes del derecho como el jurista argentino Manuel Ossorio, quien conceptúa lo siguiente sobre la figura de la responsabilidad objetiva: “Ahora bien, en el Derecho moderno, que empezó a desarrollarse hacia el último tercio del siglo XIX, frente a ese concepto tradicional de la *responsabilidad subjetiva*, surgió la teoría, ya

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

acogida por la generalidad de las legislaciones, de la *responsabilidad objetiva*, llamada también *responsabilidad sin culpa*, cuya primera manifestación en la práctica fue tal vez la regulada en las leyes de accidentes de trabajo, según las cuales el patrono responde por los daños físicos que reciben los trabajadores en la realización de sus labores o como consecuencia de ellas, con entera independencia de que haya mediado culpa o negligencia y aún cuando se hayan producido por imprudencia o la culpa no grave de la propia víctima. Esta forma de *responsabilidad objetiva* es llamada también responsabilidad por el riesgo creado.” (Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1984. Página 673).

Ahora bien, dentro del marco del derecho penal, tenemos que la figura de la responsabilidad objetiva es fruto de la concepción alemana del derecho penal, en cabeza de la escuela de la imputabilidad objetiva, escuela que es defendida por parte de los penalistas alemanes Gunther Jakobs, Hans Welzel, Claus Roxin, Gustav Radbruch, Arthur Kauffmann, Karl Larenz, Frank Von Liszt y en el medio iberoamericano los Juristas Colombianos Claudia López Díaz y Yesid Reyes Alvarado, el jurista argentino Eugenio Cuello Calón, y los juristas españoles Francisco Muñoz Conde y Luis Cerezo Mir; esta doctrina penal, cuyos avances para la teoría de la punibilidad a nivel mundial han sido invaluablees lleva a cabo la conceptualización de la teoría de la responsabilidad en el ámbito penal partiendo de la base del acontecer fáctico que lleva a cabo el sujeto de derecho, es decir lo relacionado con los resultados llevados a cabo por parte de un sujeto de derecho, es decir lo palpable dentro del mundo jurídico, pues en forma alguna es posible juzgar de forma jurídica la “intención no manifestada en la realidad” (de la cual hablara en su momento al hablar del iter criminis-o camino del delito- el maestro italiano Francesco Carrara, a quien se adhiriese el maestro Giuseppe Maggiori).

El principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva en el marco del derecho penal, lo encontramos de la mano del maestro Wilhem Friedrich Hegel, filósofo del siglo XIX, quien decía que solamente puede llamarse imputación- en estricto sentido- “todo aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío”; como esta acepción hecha por el maestro podía darse para diversas interpretaciones, la escuela jurídica alemana, conforme se dio el desarrollo histórico de la misma, desarrollo y acuñó la teoría de la imputación objetiva, la cual se define como “la conexión entre un suceso y un querer (es decir cuando un suceso es la “obra” de alguien) mientras en la imputación subjetiva se indaga por el contenido de ese querer” (Hardwig, Werner. **Citado por Reyes, Alvarado, Yesid. La Imputación Objetiva**. Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, 1996. Página 77).

Esta teoría, tiene como pilares los siguientes preceptos a saberse:

- a) **Principio de la Auto-responsabilidad:** Este concepto acuñado y estudiado por parte de los doctrinantes alemanes Heribert Schumann, Susanne Walther, Andreas Donastch, Dietrich Kratzsch, nos dice que cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las de los demás.
- b) **Principio de Confianza:** Este concepto doctrinal desarrollado ampliamente por Roxin, por Jakobs y por la doctrina iberoamericana (como Enrique Bacigalupo, Eduardo Montealegre Lynett, Jurgen Baumann, Manfred Burgstaller) enuncia que cada uno de los miembros de la sociedad tiene dentro del rol establecido en ella, unos roles específicos y se espera que cada uno de los miembros de la sociedad los cumpla; Cuando ello no se cumple viene entonces el reproche penal.

En el caso en particular, debemos expresarle al actor del presente recurso, que en modo alguno en la aplicabilidad de la medida del incumplimiento se hace uso de la figura de la responsabilidad Objetiva, la cual como bien lo enuncia en su escrito a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, se encuentra proscrita; Por el contrario, en la medida administrativa del incumplimiento, se miran las circunstancias específicas en las cuales se presenta el incumplimiento de las obligaciones del oferente, pues lo que importa aquí es que se llevó a cabo una omisión grave por parte del oferente en lo relacionado con los compromisos

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

adquiridos en la realización del proyecto Ciudadela Nueva Buenaventura Etapa IV lo que conlleva a la medida del incumplimiento es precisamente **la no actuación del oferente** en lo relacionado con sus obligaciones para con los beneficiarios del proyecto y con el Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA-, eso es lo que se sanciona, la responsabilidad que le atañe al oferente, razón por la cual se descarta totalmente el argumento de la responsabilidad objetiva planteado por parte del libelista del presente recurso de reposición.

Ahora bien, debemos indicarle respetuosamente al recurrente que, al momento de llevar a cabo la correspondiente conceptualización de las figuras que desea hacer prevalecer como argumentos dentro del recurso de reposición, debe tenerse en cuenta, que palabras son usadas y en cual contexto; esta respetuosa afirmación la enunciamos, por cuanto no es factible relacionar la figura de la tipicidad- totalmente pre-establecida y únicamente propiedad del Ius Puniendi del Estado o Derecho Penal- con la figura de la culpa prescrita en la legislación civil; se entiende que la palabra “tipicidad” pudo ser tomada en el sentido de “regulación normativa”, pero es menester indicarle al libelista que esa palabra proviene de la acepción “Tipo Penal” pues la disciplina jurídica que estudia a nivel legislativo y normativo la norma penal es la tipicidad y no otra figura, por cuanto podría haberse usado otro concepto como conceptualización (V.Gr.).

En cuanto a lo planteado por parte del libelista en lo relacionado con la exoneración de la responsabilidad, el Fondo Nacional de Vivienda se permite indicarle al libelista que dicha circunstancia no es posible predicarla del presente caso; la razón de ello estriba en que, como bien lo ha dicho dentro del recurso de reposición el libelista, la legislación Civil Colombiana prescribe efectivamente, numerosas clases de culpa, la cual abarca desde la culpa levísima hasta la culpa lata- la cual es asemejada dentro del ámbito del derecho Penal como Dolo-; dentro de esas clases de culpa, se enuncian las características por las cuales se puede incurrir en cada una de ellas, y en el caso en concreto del MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, no podemos predicar que haya una causal que permita exonerarle la responsabilidad que le cabe como oferente, por cuanto si llevamos a cabo una interpretación restrictiva de la norma, debemos expresarle al libelista que había la obligación por parte del Oferente del proyecto de llevar a cabo el cumplimiento de las labores dentro del proyecto “con la diligencia que hubiera tenido un padre de familia” como bien lo expresa la legislación civil, es decir que debió llevar a cabo dichas obligaciones con el compromiso máximo, circunstancia que no se llevo a cabo pues no se cumplieron las expectativas planteadas por parte del oferente del proyecto, razón por la cual no puede excusarse al oferente de su responsabilidad; se enuncia por parte del libelista que debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones del oferente se produjo como consecuencia “en gran medida” a los fenómenos naturales causados dentro del área de desarrollo del proyecto, circunstancia de la cual se habló en líneas precedentes; pero si cabe hacerle una pregunta al libelista en virtud de provocar en él una reflexión y un razonamiento que conlleven a un criterio objetivo; Podría aplicarse la teoría esbozada por el de la fuerza mayor o el caso fortuito por los fenómenos naturales pero, ¿El proyecto se vió afectado desde el principio del desarrollo de las obras y ha sido constantemente afectado por fenómenos naturales que impidan su ejecución? La respuesta es única y es No; No puede predicarse que el proyecto siempre haya estado afectado por fenómenos naturales, pues esa circunstancia sería excepcional y en todo caso, no puede predicarse la ausencia de culpabilidad del oferente, pues si dicha circunstancia acaeció, debió en su momento informarlo, como se expresase en líneas precedentes, lo cual genera que no pueda darse aplicabilidad al argumento esbozado por parte del libelista.

4) NO SE TIENE EN CUENTA LAS ACCIONES TOMADAS POR PARTE DEL OFERENTE (MUNICIPIO DE BUENAVENTURA) PARA SANEAR LOS PROBLEMAS PRESENTADOS DENTRO DEL DESARROLLO DEL PROYECTO DE VIVIENDA.

Este argumento, llevado a cabo por parte del libelista como silogismo final, debe ser absolutamente rebatido por parte del Fondo Nacional de Vivienda y debemos aducirle en forma breve y sucinta al libelista que, es tan cierto que se tienen en cuenta las gestiones llevadas a cabo por parte de los oferentes, que se sanciona precisamente la no acción de los mismos en el desarrollo del proyecto y de las condiciones que se han estipulado en la oferta del proyecto de vivienda, y en el caso en concreto del MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, sí este hubiese

Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición

tenido la diligencia de informar a alguna autoridad competente, como bien se dijo en líneas precedentes dentro del presente acto administrativo, la figura del incumplimiento no hubiese acaecido, por cuanto se entiende por parte del Fondo Nacional de Vivienda que hay circunstancias obligantes que forzan al no desarrollo de un proyecto; pero en este caso no se informo en ningún momento sobre esto, razón por la cual se mantiene completamente vigente la figura administrativa del incumplimiento.

Conforme a lo expuesto, la dirección considera que el acto administrativo que declaró el incumplimiento contiene los elementos indispensables para el perfeccionamiento del mismo, y cumple con los requisitos de existencia, validez y eficacia, y el recurrente no aporta elementos nuevos que permitan modificar la decisión inicialmente adoptada, y en consecuencia:

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 094 del 02 de Marzo de 2009, por la cual la Directora Ejecutiva 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 Alcalde Municipal de Buenaventura 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 03 días de agosto de 2009

**LUZ ANGELA MARTINEZ BRAVO
DIRECTORA EJECUTIVA**

Proyectó: Felipe Hernández- Rodolfo Beltrán Cubillos
Revisó: Alexander Vargas Mesa.