



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de dos mil diecisiete (2017)

Expediente 11001-33-34-002-2014-00249-00

Demandante: Constructora Icodi S.A.S.

Demandado: Bogotá Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir sobre la demanda presentada por la Constructora Icodi S.A.S., a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la que solicitó la nulidad de las Resoluciones 798 del 29 de abril de 2013, 1673 del 19 de julio de ese mismo año y 198 del 21 de febrero de 2014, proferidas por Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat.

Lo anterior, con base en los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

“1. Que es nula la Resolución 789 de 2013, expedida por la entidad demandada, a través de la cual se impuso sanción de multa y se ordenó realizar unas obras a la constructora que represento.

2. Que es nula la Resolución 1673 de 2014, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto con la Resolución (sic) 789 de 2013, confirmando la decisión.

3. Que es nula la Resolución 198 de 2014, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 789 de 2013, confirmando las anteriores decisiones.

4. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Entidad demandada terminar cualquiera actuación o anotación realizada en cumplimiento de las resoluciones anuladas.

5. *Que la Entidad demandada BOGOTÁ, D.C. – SECRETARÍA DEL HÁBITAT se obligue a dar cumplimiento a la sentencia, dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.*

6. *Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso (...)*" (fol. 126 cuaderno principal).

Las pretensiones tuvieron como fundamento los siguientes

2. Hechos

Señaló que por medio del Auto 1383 del 22 de mayo de 2012, la Subdirección de Investigaciones y Control de Vivienda de la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat inició una investigación administrativa en contra de la empresa Icodi S.A.S., por las presuntas deficiencias constructivas presentadas en el proyecto de vivienda Germinar I.

Indicó que en la respuesta al auto de cargos solicitó pruebas; puso en conocimiento de la entidad demandada la relación entre el proyecto Germinar I y la Caja de Vivienda Popular; adujo que el auto de inicio de la actuación carecía de una base probatoria sólida dado que la inspección efectuada por el ingeniero encargado se limitó tan sólo a siete inmuebles de los treinta y siete existentes. Por lo que, dedujo que el informe de hechos no tuvo relación alguna con la queja presentada.

Manifestó que Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, no vinculó a la Caja de Vivienda Popular a la actuación administrativa por cuanto es una entidad del sector administrativo y porque en virtud de ello habría perdido la competencia para adelantar la investigación administrativa de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 2610 de 1979 que le otorga la competencia de vigilar las construcciones y de otorgar créditos para la compra de las mismas a la Superintendencia Bancaria.

Explicó que por medio del Auto 456 del 12 de febrero de 2013, la entidad demandada ordenó la práctica de pruebas, entre ellas de dos testimonios y la aclaración del dictamen por parte del ingeniero Francisco Pinzón, funcionario de la Alcaldía Local de Usme, que rindió el informe que sirvió de fundamento a la investigación.

Sostuvo que de las pruebas decretadas solo se recaudó el testimonio de la quejosa quien se rehusó a responder las preguntas formuladas y lo hizo de manera genérica, imprecisa y emitió conceptos basados en su experiencia de vida.

Adujo, frente a la prueba pericial, que no fue posible que depusiera el ingeniero Francisco Pinzón y que la persona que concurrió a la diligencia explicó que en el proyecto de vivienda Germinar I se realizaron obras para inspeccionar el manejo de aguas superficiales, para tal fin se observaron filtros longitudinales construidos en el patio del proyecto y se ingresó a los patios de algunas viviendas.

Agregó que el profesional encargado explicó que los filtros tenían en su interior materiales finos; que en los patios de las viviendas se observó humedad; que la inspección realizada fue ocular y que no se confrontó el diseño de los filtros con los planos.

Comentó que pese a que en el auto de apertura de la investigación se pretendió abarcar varias conductas, al final la sanción que se impuso por medio de la Resolución 789 de 2013, solo correspondió al hecho relacionado con la construcción del muro de gaviones y la deficiencia en el drenaje y evacuación de aguas de escorrentía.

Mencionó que en contra de la Resolución 789 de 2013 se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación, agregó que en el curso de la segunda instancia se radicó un memorial en el que hizo énfasis respecto a las presuntas irregularidades procesales en las que incurrió la entidad.

Aseveró que no se valoraron como pruebas las obras realizadas en el proyecto de vivienda por parte de la empresa demandante, el contenido de la petición presentada ante la Alcaldía Local de Usme y los testimonios rendidos por la señora Mariela Quitian y los ingenieros Sergio Mosquera y Danny José Useche Infante.

Agregó que las pruebas mencionadas daban cuenta de que la compañía demandante efectuó todas las labores tendientes a corregir las falencias atribuidas en los gaviones y además, construyó los filtros necesarios para favorecer el drenaje de las aguas de escorrentía.

Informó que por medio de las Resoluciones 1673 de 2013 y 198 de 2014 se resolvieron los recursos propuestos en el sentido de confirmar la sanción.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Consideró que se presentó una violación al debido proceso en atención a que:

- Se restringió el término para interponer los recursos en sede administrativa, pues solo se otorgaron 5 días cuando el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que son 10 días.
- Se recibió el testimonio del ingeniero Francisco Pinzón.
- Se pretermitió el término para presentar alegatos de conclusión.
- Se dio pleno valor probatorio a supuestas fotografías que en realidad era impresiones o fotocopias en blanco y negro que no eran claras, nítidas ni ofrecían certeza del hecho que se pretendía demostrar.
- Se violó el principio del *non bis in ídem*, pues de una parte de impuso una sanción y también una obligación de hacer.

- La sanción no es proporcional a los supuestos hechos que le sirvieron de fundamento, debido a que no se tuvo en cuenta las obras correctivas realizadas y tampoco que la sanción no es equivalente con el precio del inmueble.

- No se observó lo previsto en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo debido a que desde el inicio de la actuación se puso de presente a la entidad la injerencia de la Caja de Vivienda Popular en los hechos que se investigan.

- No se aplicó lo previsto en el artículo 14 del Decreto Distrital 419 de 2008, pues la queja presentada no cumplen los requisitos necesarios para que sean tenidas en cuenta por parte de la entidad.

- Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat no se declaró impedida para conocer del proceso, a lo cual debió proceder en atención a que la Caja de Vivienda Popular se encontraba comprometida con el proceso al haber intervenido en el proyecto de vivienda, por lo que la demandada se encontraba en conflicto de intereses.

- No se observó el principio de doble instancia en atención a que quien decidió el recurso de apelación no es el superior jerárquico del funcionario que impuso la sanción.

Señaló que se presentó el vicio de indebida aplicación e interpretación de las normas que gobiernan el caso, en atención a que según lo previsto en el artículo 14 del Decreto Distrital 419 de 20058 las sanciones relacionadas con la existencia de deficiencias constructivas o el desmejoramiento de especificaciones técnicas o desmejoramientos de especificaciones técnicas deberán imponerse por la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda o por la autoridad que haga sus veces.

Indicó que por lo anterior, el momento en que se empieza a contabilizar el término de caducidad es desde la fecha de entrega de la unidad residencial y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo ese término es de 3 años.

Sostuvo que como no se tiene claridad sobre la fecha de entrega de los inmuebles no existe certeza de la ocurrencia del fenómeno de la caducidad o prescripción y que en todo caso es necesario acudir a lo previsto en el Decreto Distrital 419 de 2008 para determinar la finalización del mencionado plazo.

Adujo que la entidad definió el monto de la multa atribuyéndose una facultad que no tiene, lo anterior por cuanto ese tema es competencia exclusiva del legislador y se encuentra contemplado en la Ley 242 de 1995.

4. Contestación de la Demanda

Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, por conducto de apoderado contestó a la demanda dentro de la oportunidad legal, comentó en resumen lo siguiente:

Explicó, con relación a los hechos de la demanda, que no es verídico que la actuación administrativa se haya iniciado sin que existiera una queja precedente, pues el fundamento del auto de apertura fue precisamente la queja presentada el 2 de junio de 2010, por la directora de la Caja de Vivienda Popular, por medio de la cual, puso en conocimiento de la entidad demandada las presuntas deficiencias constructivas denunciadas por los propietarios de los inmuebles que hacen parte del Proyecto de Vivienda Germinar I.

Destacó que no era deber de Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, vincular a la actuación a la Caja de Vivienda popular, porque tal entidad no funge como constructora o enajenadora de los bienes objeto de investigación.

Advirtió que no es verdad que la Superintendencia Bancaria sea la entidad responsable de la inspección de las construcciones en el Distrito Capital, pues de conformidad con la Ley 66 de 1968 tal competencia fue asignada a la Secretaría demandada.

Argumentó que en la actuación se respetaron los términos de caducidad y prescripción que prevén los artículos 14 del Decreto Distrital 419 de 2008 y 38 del Decreto 01 de 1984.

Afirmó que con fundamento en las competencias legales asignadas a la entidad demanda, se investigaron los hechos materia de la queja presentada y se corroboró que en efecto, la empresa actora incurrió en las deficiencias constructivas que se catalogaron como gravísimas, por lo que después de desarrollar la investigación correspondiente se decidió imponer una sanción pecuniaria y una orden de hacer a través de la Resolución 789 de 2013.

Manifestó que en este asunto no se presentó el fenómeno jurídico de la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que la actuación se surtió dentro de los 3 años que prevé el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la queja fue presentada en julio de 2010 y la decisión de fondo se emitió por medio de la Resolución 789 de 2013, notificada el 15 de mayo de 2013.

Precisó que no se demostró el vicio de falsa motivación por cuanto en los actos enjuiciados son palpables los fundamentos fácticos y jurídicos de la sanción impuesta y también la competencia de la entidad, además se respetaron cada una de las fases procesales.

Expuso que no se restringió el término para interponer los recursos en contra del acto sancionatorio en razón a que la actuación administrativa se inició en vigencia del Decreto 01 de 1984 que preveía el término de 5 días para la interposición de los recursos en contra de los actos administrativos, por lo que no es procedente la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Arguyó, frente al argumento según el cual no se recibió el testimonio de un funcionario de la Alcaldía Local de Usme, que la entidad demandada efectuó todas las actuaciones necesarias para recaudar esa prueba, sin embargo, dicho funcionario ya no se encontraba vinculado con la entidad, por lo que no fue posible recibir el testimonio.

Explicó que como el proceso adelantado se surtió con base en el Decreto 01 de 1984, no era necesario agotar la etapa de alegatos de conclusión, por lo que la falta de recepción no implica vulneración alguna al debido proceso.

Advirtió que las fotografías a las que pretende restarles valor probatorio la parte actora son las resultantes de la visita de inspección llevada a cabo por la entidad en el marco de la investigación administrativa, las cuales fueron recaudadas con base en las formalidades propias de este tipo de pruebas y por el funcionario competente.

Adujo que no se quebrantó el *non bis in idem* por la imposición de una multa y una obligación de hacer, pues ambas tienen finalidades distintas, la primera se impone como consecuencia del incumplimiento de enajenador y la segunda, para evitar que ese incumplimiento persista, por lo que al imponerlas no se quebranta derecho alguno.

Señaló que el criterio del valor del inmueble no es tomado en cuenta para determinar el monto de la sanción en razón a que la misma tiene un fin disuasivo por lo que es necesario determinarla con base en el beneficio que se originó para el constructor como consecuencia de la infracción administrativa, la reincidencia y la afectación de los habitantes de la vivienda, criterios sobre los cuales se verifica la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.

Indicó que no se presentó una vulneración al principio de doble instancia por cuanto la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda cumplió con las obligaciones que le son propias y que se derivan del artículo 20 del Decreto Distrital 578 de 2011.

Manifestó que la sanción se indexó con fundamento en los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y con base en los incrementos definidos por el DANE.

Por lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

4.1. Excepciones de mérito

4.1.1. Competencia y facultades sancionatorias de la Subdirección de Investigaciones y Control de Vivienda.

Adujo que por medio de la Ley 66 de 1968 el Estado estableció un sistema de intervención que le permite a las entidades competentes vigilar, inspeccionar y controlar a las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades constructivas.

Agregó que de conformidad con el Acuerdo Distrital 257 de 2006 y los artículos 23 numeral 12 y 114 del Acuerdo Distrital 079 de 2003 tales funciones se encuentran asignadas a la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de la Secretaría Distrital del Hábitat, dependencia que en virtud de tales competencias expidió los actos administrativos que se demandan.

4.1.2. De los fundamentos fácticos y jurídicos para sancionar por parte de la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de la Secretaría Distrital del Hábitat.

Expuso que en virtud de lo previsto en la Ley 820 de 2003, el Decreto 51 de 2004, los Decretos Distritales 121 y 419 de 2008 y el Acuerdo 079 de 2003, la entidad demandada impuso una sanción administrativa a la empresa actora por el incumplimiento de las normas constructivas que se originó en las deficiencias constructivas encontradas en el inmueble del quejoso, por lo tanto, la sanción se encuentra acorde con la aplicación de las normas que rigen para la materia.

4.1.3. Inexistencia de caducidad de la facultad sancionatoria e inexistencia de vicios de nulidad – inexistencia de demostración de falsa motivación.

En estos acápites la parte demandante reiteró los argumentos expuestos a los largo de la contestación en los que pretendió demostrar que no se presentó caducidad de la facultad sancionatoria y tampoco falsa motivación.

Se observa que las excepciones propuestas tocan el fondo de la controversia planteada por lo que serán resueltas con los argumentos de mérito de la sentencia.

5. Actuación Procesal

Mediante auto del 7 de octubre de 2014 se admitió la demanda (fls. 137 y 138 del cuaderno principal del expediente).

El 24 de julio de 2015 se llevó a cabo la **audiencia inicial** de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Dentro de dicha diligencia se estableció que no había vicios ni causales de nulidad que impidieran continuar con el trámite del proceso, así mismo, se resolvió previa propuesta por la entidad demandada y se fijó el litigio conforme con lo establecido en la demanda.

En el desarrollo de la audiencia además, se decretaron las pruebas solicitadas oportunamente por las partes que reunían los requisitos legales y concedió un recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de negar algunos medio de convicción (fls. 173 a 180 del cuaderno principal).

El 26 de abril de 2017 se llevó a cabo la **audiencia de pruebas** dentro del proceso y al no considerarse necesaria la audiencia de alegaciones y de fallo, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fls. 239 a 242 del cuaderno principal del expediente).

6. Problemas jurídicos

En la audiencia llevada a cabo el 24 de julio de 2015, el Despacho fijó el litigio de la siguiente manera:

6.1 ¿Con la expedición de los actos acusados, se vulneró el debido proceso de la sociedad demandante al: (i) modificar el término para interponer los recursos en sede administrativa contemplado en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (ii) no practicar la totalidad de las pruebas decretadas, en especial el testimonio del señor Francisco Pinzón y sancionar a la actora con pruebas (fotográficas) que no ofrecían plena certeza de la presunta infracción, (iii) omitir la etapa procesal de alegatos de conclusión prevista en el artículo 49 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, (iv) no vincular a la Caja de Vivienda Popular como presunto responsable?

6.2. ¿Se vulneró el principio del Non Bis In Ídem de la accionante al imponer en los actos acusados una sanción pecuniaria y una orden administrativa de realizar unas obras?

6.3. ¿Se infringió lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 419 de 2009 al iniciar la investigación administrativa sin el lleno de los requisitos formales para la presentación de las quejas?

6.4. ¿Se desatendió el principio de doble instancia al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la resolución sanción por funcionario que no es superior jerárquico tal como lo prevén los artículos 320 del Código General del Proceso y 74-2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo?

6.5. ¿Se profirieron los actos demandados sin competencia, al haber sido expedidos por fuera del término de la facultad sancionatoria?

6.6. ¿Se fijó el monto de la sanción pecuniaria sin motivación?

7. Alegatos de Conclusión

7.1 Parte demandante

A través de apoderado, la Constructora Icodi S.A.S., presentó sus alegatos de conclusión dentro del término legal.

Señaló que tal como afirma la entidad la empresa actora no tenía la obligación de construir muros de gaviones, lo que implica que esa supuesta deficiencia constructiva

no le era imputable por lo que la entidad de control no tenía competencia para investigar y sancionar por ese motivo.

Agregó que no se presentó una queja concreta relacionada con las presuntas deficiencias constructivas, pues fue la Caja de Vivienda Popular quien puso en conocimiento de Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, las supuestas irregularidades constructivas que en su parecer presentaba el Proyecto de Vivienda Germinar I. Lo anterior quebranta el contenido del artículo 3° del Decreto Distrital 419 de 2008, pues la supuesta queja presentada no cumple con los requisitos allí exigidos.

Explicó que no se probaron los hechos constitutivos de la queja, los cuales fueron el fundamento para iniciar la investigación, pues no se le dio valor probatorio al acta de verificación de hechos, que constituyó el resultado de la visita de inspección practicada por la administración.

Argumentó que la entidad no tuvo en cuenta testimonios de trascendencia fundamental para el proceso relacionados con la inspección aleatoria efectuada por la Alcaldía Local de Usme a 7 de los inmuebles que hacen parte del Proyecto de Vivienda Germinar I, hecho que quebrantó el debido proceso. Contrario a ello, en una inspección posterior efectuada por la entidad se varió la calificación de las faltas y se excluyeron hechos no probados, por lo que no puede asegurarse que los elementos probatorios iniciales fueron suficientes o idóneos para demostrar los hechos materia de controversia.

Aseveró que también existió violación al debido proceso pues no se observaron los términos contemplados en los artículos 76 y 49 de la Ley 1437 de 2011, la cual empezó a regir cuando se encontraba en curso la actuación administrativa, aclaró que al ser una norma de carácter procesal por ministerio del artículo 13 de la Ley 1564 de 2014 tenía vigencia inmediata y cumplimiento obligatorio.

Adicionó que existe una evidente desproporción en el monto de multa impuesta, pues la misma equivale a la mitad del valor del bien. Además, la Secretaría demandada aplicó de manera errónea el criterio para estimar el monto de la sanción pues lo hizo con base en el índice de precios al consumidor, cuando en virtud de lo previsto en la Ley 242 de 1995 era del caso utilizar la meta de inflación. Reparó también en la indexación de la sanción, pues a su juicio, la entidad se arrogó la competencia de hacerlo en atención a que el Decreto Distrital 2610 de 1979, de manera explícita no radica tal atribución en la entidad Distrital.

Manifestó que la entidad quebrantó el debido proceso de la constructora al no vincular a la Caja de Vivienda Popular, en su parecer ello se debió a que la Caja es una entidad del mismo sector administrativo, lo que comprometía su responsabilidad y la ubicaba en un evidente conflicto de intereses. Además, el supuesto antes mencionado implica una pérdida de competencia por parte de la Secretaría para analizar el caso, tal como lo dispone el artículo 1° del Decreto Distrital 2610 de 1979, norma que le otorga tal competencia a la Superintendencia Financiera.

En cuanto a la presunta caducidad de la facultad sancionatoria explicó que la administración sobrepasó el término previsto tanto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 como en el artículo 14 del Decreto Distrital 419 de 2008, debido a que el acto administrativo sancionatorio fue proferido después de transcurridos los tres años allí establecidos, los cuales, según su parecer, se deben contabilizar a partir de la entrega real y material del bien o de la presentación de la queja y que tal término difiere según se impute la falta a título de grave o gravísima.

Indicó que en este asunto es del caso alegar que el término previsto en la normas no fue atendido por la entidad, pues de las pruebas obrantes no existe certeza de la fecha de entrega del inmueble y tampoco se presentó por parte de los compradores una queja formal al respecto pues la misma fue interpuesta por la Caja de Vivienda Popular.

7.2 Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat

Por conducto de apoderada, solicitó negar las pretensiones de la demanda por cuanto en su concepto, los actos demandados no son contrario a la Constitución ni a la ley.

Explicó que la actuación administrativa se inició y culminó con fundamento en lo previsto en el Decreto 01 de 1984 pues la queja se presentó el 2 de junio de 2010, de manera que como es norma no previó la fase de alegatos de conclusión no se quebrantó el debido proceso al no concederse el término para tal efecto.

Expuso que no se vulneró el debido proceso por la presunta falta de práctica de pruebas pues el testimonio del funcionario de la Alcaldía Local de Usme no pudo ser recibido en atención a que ese funcionario se encontraba desvinculado y privado de la libertad.

Adujo que las pruebas documentales son válidas pues fueron recaudadas por funcionarios competentes y el hecho de que sean impresiones de fotografías no les resta valor probatorio.

Indicó que la razón por la cual no se vinculó a la Caja de Vivienda Popular radica en que esta no tenía responsabilidad alguna por el proyecto constructivo, toda vez que, el enajenador y constructor de los bienes es la Constructora Icodi S.A.S.

Aclaró que no se vulneró el principio del *non bis in idem* en razón a que la multa y la obligación de hacer no son dos sanciones separadas y excluyentes sino que son accesorias, de tal manera que es viable imponerlas a efectos de se cumpla con el cometido de la administración que es reprochar y prevenir los comportamientos contrarios a la ley.

Negó que la queja presentada no haya cumplido con los requisitos previstos en el artículo 3 del Decreto 419 de 2009, en razón a que si bien fue la Caja de Vivienda Popular la que la presentó, la investigación se surtió con base en la cooperación institucional que tiende a que las entidades o dependencias se unan para propender por el cumplimiento de los fines del Estado.

Indicó que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 66 de 1968, el Acuerdo Distrital 257 de 2006 y el Decreto Distrital 121 de 2008, se puede evidenciar que la facultad de regular el régimen de construcción es Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat y no de la Superintendencia Bancaria.

Reiteró los argumentos esbozados en cuanto a la caducidad de la facultad sancionatoria y la indexación de la sanción.

8. Concepto del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público no rindió concepto dentro de este asunto.

Surtidos los trámites legales pertinentes, el proceso se adelantó con la observancia de las ritualidades previstas en la ley procesal y por lo tanto, sin que obre causal de nulidad que afecte la actuación, procede el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, a resolver previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

2. Los actos acusados

Los actos administrativos cuya nulidad se pretende dentro del presente asunto son las Resoluciones 798 del 29 de abril de 2013, 1673 del 19 de julio de ese mismo año y 198 del 21 de febrero de 2014, proferidas por Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, a través de las cuales se impuso una multa y una obligación de hacer en relación con las presuntas deficiencias constructivas encontradas en uno de los inmuebles que hacen parte del proyecto de vivienda Germinar I.

3. Cuestión a resolver

Conforme con lo establecido en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial dentro de este asunto, corresponde al Despacho determinar si los actos demandados se encuentran viciados o no de nulidad para lo cual deberá establecerse si la parte

¹ *Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. "Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(...)*

3. De la nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes..."

demandada desconoció el debido proceso, si se presentó el fenómeno jurídico de la caducidad de la facultad sancionatoria.

4. Problemas jurídicos

Establecido lo anterior, entrará el despacho a resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados en la audiencia inicial, conforme con la fijación del litigio así:

4.1. ¿Con la expedición de los actos acusados, se vulneró el debido proceso de la sociedad demandante al: (i) modificar el término para interponer los recursos en sede administrativa contemplado en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (ii) no practicar la totalidad de las pruebas decretadas, en especial el testimonio del señor Francisco Pinzón y sancionar a la actora con pruebas (fotográficas) que no ofrecían plena certeza de la presunta infracción, (iii) omitir la etapa procesal de alegatos de conclusión prevista en el artículo 49 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, (iv) no vincular a la Caja de Vivienda Popular como presunto responsable?

La inconformidad que presenta la parte demandante radica en que Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, no concedió el término previsto en 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la interposición de los recursos procedentes en contra del acto sancionatorio, no practicó las todas las pruebas solicitadas y decretadas, dio valor probatorio a copias de la actuación, pretermitió la etapa de alegatos de conclusión y no vinculó a la Caja de Vivienda Popular, por lo que quebrantó el debido proceso.

4.1.1. De las norma aplicables en los procesos adelantados por deficiencias constructivas

Como todos los reparos tienden a demostrar la presunta vulneración al debido proceso el análisis se efectuará con una breve reseña de esta prerrogativa.

El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución de 1991 es un derecho complejo que contiene una serie de garantías aplicables tanto a los procedimientos judiciales como a los administrativos. La jurisprudencia Constitucional ha definido este derecho como un conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.²

Ahora, es necesario determinar qué normatividad era la aplicable al caso sujeto a análisis por el Despacho, pues en la demanda se alega que debió ser el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no obstante, la

² Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. Expediente D-9566. Fecha 29 de enero de 2014.

entidad demandada aduce que como la actuación inició antes de la vigencia de la mencionada norma era del caso aplicar el Código Contencioso Administrativo.

Para resolver lo anterior es del caso traer a colación lo establecido en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

“(...) Artículo 308. Régimen de Transición y Vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de junio del año 2012.

Este Código se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridades a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior (...)”

De la norma transcrita se tiene que cuando se hubieren iniciado actuaciones o procedimientos administrativos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y los mismos no hubiesen concluido, ellos deben seguir siendo tramitados hasta su culminación aplicando la normativa vigente al momento de su inicio que sería el anterior Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, toda vez la actuación administrativa se inició mediante Auto de apertura 1383 del 22 de mayo de 2012 (fols. 717 a 727 cuaderno de antecedentes administrativos), esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el trámite administrativo debió ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

En vista de lo anterior, las cuestiones relativas al debido proceso en lo que no tenga norma especial se decidirán con fundamento en el Decreto 01 de 1984.

4.1.2. Caso concreto

Cada uno de los reparos presentados en el problema jurídico de violación al debido proceso se estudiarán por separado.

** Modificar el término para interponer los recursos en sede administrativa, contemplado en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Se precisa que en lo que respecta al término establecido para la interposición de los recursos en sede administrativa, el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, norma aplicable para el momento del inicio de la investigación, disponía:

“Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del

edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo (...) (Negrilla agregada).

De lo anterior, es claro que el término concedido por Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, para la presentación de los recursos en la vía gubernativa es el establecido en la norma aplicable para el caso concreto, esto es, el Código Contencioso Administrativo y no el previsto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora, a folio 818 vuelto del cuaderno de antecedentes administrativos se encuentra la parte resolutive del acto sancionatorio –Resolución 789 del 29 de abril de 2013–, en cuanto a la procedencia de los recursos la entidad expuso:

“(...) haciéndoles saber que contra la presente resolución procede el recurso de reposición ante este Despacho y el de apelación ante la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat, los cuales podrá interponer en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Acuerdo Distrital 121 de 2008

(...)”

De lo anterior se desprende que en efecto la entidad demandada aplicó en debida forma el término para la interposición de los recursos en contra del acto administrativo sancionatorio en sede administrativa, por lo que este reparo no se encuentra llamado a prosperar.

** No practicar la totalidad de las pruebas decretadas, en especial el testimonio del señor Francisco Pinzón y sancionar a la actora con pruebas (fotográficas) que no ofrecían plena certeza de la presunta infracción.*

Para resolver, encuentra el Despacho que Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat mediante Auto 456 del 12 de febrero de 2013 resolvió:

“(...) La sociedad enajenadora CONSTRUCTORA ICODI S.A.S por intermedio de su apoderado Dr. JAIME QUINTERO ARCILA, recorrió el traslado del auto de apertura, queja e informe técnico mediante escrito con radicado No. 1-2011-34041 del 7 de octubre de 2011 visto a folios 98 a 102, en el que solicitó las siguientes pruebas (...)

(...) La práctica de las pruebas solicitadas por el apoderado de la enajenadora anteriormente transcritas, deberá llevarse a cabo dentro del término establecido en el presente auto. De igual manera serán fijadas por el Despacho las fechas y horas para la práctica de los testimonios y el interrogatorio una vez ejecutoriado el presente acto. Las citaciones a testimonios y/o interrogatorios a las personas de las cuales el apoderado no señaló dirección, se realizará a las direcciones que obran en el proceso, y en el caso del informe del señalado como funcionario de la Alcaldía Local de Usme, se adelantará a través de la respectiva entidad (...)

RESUELVE

(...) *SEGUNDO: Ordenar la práctica de las siguientes pruebas:*

(...)

2. Se solicita aclaración por el mismo funcionario referido en el indicado en el parte V de las explicaciones, o en su defecto un par suyo

(...)

(fols. 755 a 757 del cuaderno de antecedentes administrativos).

De la anterior cita, es claro que Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, en el auto referido, abrió a pruebas la investigación administrativa en donde decretó las solicitadas por el apoderado de la parte demandante, dentro de las cuales se encuentra el testimonio del señor Francisco Pinzón, funcionario referido en el acápite V de la solicitud de pruebas.

Respecto de dicho testimonio, la Secretaría Distrital del Hábitat, mediante el oficio 2-2013-17823 del 8 de abril de 2013 (fol. 767 del cuaderno de antecedentes administrativos), solicitó al Alcalde Local de Usme para que suministrara la información necesaria para la comparecencia del señor Francisco Pinzón a rendir declaración. De igual manera, por documento obrante a folio 780 del cuaderno de antecedentes administrativos, se pidió a la Secretaría Distrital de Gobierno el suministro de tales datos a efectos de citar a dicho declarante.

La Secretaría Distrital de Gobierno, a través de correo electrónico del 15 de abril de 2013 (fol.779 del cuaderno de antecedentes administrativos), le informó a la Secretaría Distrital del Hábitat:

“(...) En atención a su solicitud de datos del Francisco Pinzón (sic), me permito manifestarle que mediante memorando No. 20110500001203 del 27 de julio de 2011, el señor JHON FREDY VARGAS LOZANO, Alcalde Local de Usme, informó que el señor FRANCISCO ADOLFO PINZÓN CASTELLANOS quien se desempeñaba como Ingeniero en el área de obras de la Alcaldía Local de Usme, fue capturado y recluso en la Cárcel la Picota el día 14 de julio de 2011 (...).

Con oficio RU-O-11713 del 17 de agosto de 2012 enviado por el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, informa que el día 16 de julio de 2012, el Juzgado 32 Penal del Circuito de Conocimiento, profirió sentencia condenatoria contra el señor FRANCISCO ADOLFO CASTELLANOS PINZÓN a la pena Principal de (117) meses y (1) día de prisión y multa de (87.496 SMLMV) por el delito de concusión (...).”

Conforme con lo anterior, la Secretaría Distrital del Hábitat, con fundamento en lo establecido en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, mediante Resolución 789 del 29 de abril de 2013, decidió no insistir en la citación del señor Francisco Pinzón y en atención a las demás pruebas recaudadas, tomar una decisión de fondo, la cual concluyó con la imposición de la sanción y la orden administrativa.

Además, en el escrito de explicaciones presentado por el apoderado de la constructora en el que se solicitó la práctica de dicha prueba testimonial (fols. 734 a 738 del cuaderno

antecedentes administrativos), no se definió cuál era el objeto de la misma conforme lo ordena el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil (aplicable para la época de los hechos), a efectos de determinar su incidencia en las resultas de la investigación administrativa.

Ahora, en gracia de discusión, si se tuviera en cuenta lo expuesto en la demanda, esto es, entendiendo que el testimonio tenía como propósito declarar sobre el informe técnico que dio origen a la investigación administrativa, tal hecho es indicativo de su carácter innecesario, pues dicho informe obraba en el expediente administrativo.

Finalmente, es de indicar que tal como se definió en el Auto 456 del 12 de febrero de 2013 (fols. 755 a 757 del cuaderno de antecedentes administrativos), la entidad demandada contaba con un término perentorio de 15 días para la práctica de las pruebas solicitadas que inclusive, en aras de garantizar el derecho al debido proceso de la constructora demandante, fue prorrogado por Auto 476 del 21 de marzo de 2013 (fols. 765 y 766 cuaderno de antecedentes administrativos) por un término probatorio de 20 días más, sin que se lograra la práctica de dicha prueba testimonial.

De otra parte, respecto al valor probatorio otorgado a las fotografías obrantes en el expediente administrativo, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado³, las mismas por si solas no dan cuenta de un hecho, pero, lo cierto es que sí pueden ser valoradas en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el expediente.

De manera que, debe tenerse en cuenta que las mismas hacen parte del soporte probatorio plasmado en los informes de las visitas técnicas practicadas al conjunto Germinar I, es decir, no son pruebas independientes o autónomas sino que forman parte de los mismos.

Por tales razones, el Despacho encuentra que el cargo no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, de lo anterior es claro que la entidad demandada sí realizó las actuaciones necesarias tendientes para llevar a cabo el referido testimonio y recaudar la totalidad de las pruebas decretadas de las que concluyó que había lugar a la imposición de la sanción por la presencia de deficiencias constructivas en el mencionado proyecto urbanístico. Al igual, las fotografías antes referidas no se aportaron de manera individual, sino como soporte de los informes técnicos realizados durante la investigación.

Por lo anterior, el reparo no prospera.

** Omitir la etapa procesal de alegatos de conclusión prevista en el artículo 49 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Para resolver, es de indicar que cuando se trate de un procedimiento regulado por una norma específica, se aplica, de conformidad con el numeral 1 del artículo 5 de la Ley

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Providencia del 29 de agosto de 2014, Radicado No. 25000-23-26-000-1997-14961-01(28373), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

57 de 1887, la norma especial, que para el presente caso, se encuentra previsto en el Decreto 419 de 2008.

Así, es claro que la actuación administrativa adelantada por Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, se tramitó conforme a un procedimiento sancionatorio especial contemplado en el mencionado decreto, del cual, se desprende que la misma se compone de las siguientes etapas: (i) presentación de una queja; (ii) requerimiento previo; (iii) verificación de los hechos objeto de la queja; (iv) auto de apertura de la investigación; (v) traslado; (vi) audiencia de intermediación; (vii) práctica de pruebas y, (viii) decisión de la investigación. Lo anterior, conforme lo prevén los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 12 y 13 del Decreto 419 de 2008, respectivamente.

En consecuencia, si bien el Código Contencioso Administrativo contempla la etapa correspondiente a los alegatos, de la lectura de las normas del mencionado decreto, se desprende que en el procedimiento especial no se encuentra regulada tal actuación, luego, el hecho de que no se haya concedido el término para tal efecto durante las investigación no resulta violatoria al debido proceso, pues, la misma se surtió de conformidad con las normas especiales para el momento en el que se dio inicio a la investigación.

Además, tal como quedó establecido con anterioridad, solo los procedimientos adelantados con posterioridad al 2 de julio del año 2012 se tramitarán por lo establecido en la Ley 1437 de 2011, por el contrario, los originados con anterioridad, deben seguir bajo la normativa anterior, esto es, el Decreto 01 de 1984, tal como lo es para el presente caso.

Entonces, como quiera que la sociedad demandante sostuvo que durante el trámite administrativo se omitió la etapa de alegatos de conclusión consagrada en el artículo 49 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de igual forma, tal situación no resulta violatoria al debido proceso, pues, la misma se surtió de conformidad con las normas vigentes para el momento en el que se dio inicio a la investigación, en esa razón, no era aplicable la Ley 1437 de 2011, por lo que la demandante no puede pretender que se le dé aplicación a una norma que entró en vigencia de manera posterior.

Por lo anterior, el argumento no tiene vocación de prosperidad.

** No vincular a la Caja de Vivienda Popular como presunto responsable*

En el caso concreto, los hechos materia de investigación consistieron en la verificación de las deficiencias constructivas y el desmejoramiento de las especificaciones técnicas que se presentaron en la urbanización Germinar I de la localidad de Usme en la ciudad de Bogotá, por lo que, la Subdirección de Investigaciones y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat en ejercicio de sus funciones y competencias, dio apertura a la misma en contra del enajenador del inmueble objeto de la investigación, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2610 de 1979 y 419 de 2008.

Al respecto, conforme lo establece el artículo 2° del Decreto 2610 de 1979, son actividades de enajenación “*la celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o cualquier otro sistema que implique recepción de los mismos, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda*” y tal como lo establece el artículo 201 del Acuerdo 79 de 2003, compete a dicha Subdirección ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control **de las personas naturales y jurídicas dedicadas a la enajenación** y arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda e iniciar las actuaciones administrativas pertinentes, cuando haya comprobado la enajenación ilegal de inmuebles destinados a vivienda o fallas en la calidad de los mismos, que atenten contra la estabilidad de la obra e impartir órdenes y requerimientos como medidas preventivas e imponer las correspondientes sanciones.

Así, teniendo en cuenta que de las pruebas allegadas al proceso se puede establecer que el enajenador y constructor del proyecto urbanización Germinar I fue la Constructora ICODI S.A.S, es contra esta frente a la cual se adelantó la respectiva investigación por ostentar dicha calidad y no en contra de la Caja de Vivienda Popular, a quien tampoco debía vincularse como tercero, pues, conforme lo establecido en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, dicha entidad no tenía interés directo en las resultas de la investigación.

Por lo precedente el argumento no prospera.

En vista que no se encontraron probados los argumentos relativos a la violación al debido proceso, se tiene que el primer cargo esbozado en la fijación del litigio no prospera.

4.2. ¿Se vulneró el principio del Non Bis In Ídem de la accionante al imponer en los actos acusados una sanción pecuniaria y una orden administrativa de realizar unas obras?

Adujo la parte demandante que se quebrantó el principio del Non Bis In Ídem de la parte demandante en atención a que la entidad impuso a más de la sanción pecuniaria una orden de hacer relativa a las reparaciones del predio objeto de la multa.

4.2.1. Del non bis in ídem

El principio del *Non Bis In Ídem*, el igual que el debido proceso, por estar contenido en este último, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en el sentido de establecer que la aplicación del mismo no está restringida al derecho penal, sino que se hace extensivo al derecho administrativo sancionador por hacer parte de las garantías a las que tiene derecho el investigado⁴.

De igual manera, en atención a la aseveración de la parte demandante en la que indicó que se le impuso una doble sanción en la investigación administrativa, esto es, la multa

⁴ Sentencia C-870/02.

y la orden administrativa, la misma Corporación en sentencia C-632 de 2011, estableció que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del non bis in ídem cuando: “(...) (i) *la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa (...)*”.

De lo anterior, es claro que si bien el principio del *Non Bis In Idem* se hace extensivo al derecho sancionador por formar parte del debido proceso, no lo es menos que no es de carácter absoluto, pues, es posible sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación de dicho principio cuando: (i) la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) **las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos;** (iii) **los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades;** y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.

4.2.2. Caso concreto

Al caso analizado, se tiene que, mediante la Resolución 789 del 29 de abril de 2013⁵, Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, dispuso:

*“(...) ARTÍCULO PRIMERO: Imponer a la sociedad **CONSTRUCTORA ICODI S.A.S (antes CONSTRUCTORA ICODI LTDA.), con NIT. 8300630294,** representada legalmente por el señor **BENIGNO QUINTERO ZARATE** (o quien haga sus veces), multa por valor de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) M/CTE,** que indexados corresponden a la suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$57.709.480.00),** por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.*

***ARTÍCULO SEGUNDO: Requerir la sociedad (sic) CONSTRUCTORA ICODI S.A.S (antes CONSTRUCTORA ICODI LTDA.), con NIT. 8300630294,** representada legalmente por el señor **BENIGNO QUINTERO ZARATE** (o quien haga sus veces), para que dentro de los tres meses (calendario) siguientes a la ejecutoria del presente acto, se acoja a la normatividad infringida, para lo cual deberá realizar los trabajos tendientes a solucionar en forma definitiva los hechos que persisten según lo establecido en la última visita, los cuales corresponden a (...)*”.

De lo establecido en la resolución sancionatoria, se tiene que la sanción impuesta a la sociedad demandante consistió únicamente en multa por las deficiencias constructivas, bajo el amparo de lo normado en el numeral 9° del artículo 2 del Decreto 078 de 1987, esto es, por la infracción a las normas que regulan el régimen de enajenación, arrendamiento e intermediación de vivienda.

⁵ Folios 800 a 818 del cuaderno de antecedentes administrativos

(...)

(SIC) 6.2 Subdirección de Investigaciones y Control de Vivienda (...)”.

De conformidad con la norma transcrita, la Subdirección de Investigaciones y Control de Vivienda hace parte de la Subsecretaría de Investigaciones y Control de Vivienda, que para el contenido y redacción de la misma se entiende como superior jerárquico de la misma.

Por su parte, el artículo 20 del Decreto antes citado estableció las siguientes funciones de la Subsecretaría de Investigaciones y Control de Vivienda:

“(...) Artículo 20°. Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda: Son funciones de la Subsecretaría Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda, las siguientes:

(...)

i. Emitir los actos administrativos para resolver los recursos de la vía gubernativa que se interpongan en contra de los actos administrativos emanados de las direcciones que dependan de esta Subsecretaría (...)”.

De la norma trascrita se tiene que es competencia de la Subsecretaría de Investigaciones y Control de Vivienda resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de las decisiones emitidas por las direcciones que dependan de la misma.

ii. Caso concreto

Se advierte por el Despacho que la entidad demandada no desatendió el principio de la doble instancia de la Constructora Icodi S.A.S en la investigación adelantada en su contra, pues, en primera medida, se le garantizó el ejercicio de los recursos en la vía gubernativa, los cuales fueron resueltos por Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat y, en segundo lugar, la orden administrativa fue impartida por el Subdirector de Investigaciones y Control de Vivienda y, el recurso de apelación fue desatado por funcionario distinto a este, es decir, el Subsecretario de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat, superior del primero mencionado.

Lo anterior, se puede constatar una vez verificado el organigrama jerárquico de la Secretaría Distrital del Hábitat obrante en la página web www.habitatbogota.gov.co/transparencia/organizacion#organigrama, consultado el 25 de septiembre de 2017, en donde se evidencia que quien desató el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución sancionatoria fue un servidor diferente y superior a quien la impuso.

De ahí que, el caso parte de un supuesto fáctico errado, pues sí se garantizó la segunda instancia.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

4.5. ¿Se profirieron los actos demandados sin competencia, al haber sido expedidos por fuera del término de la facultad sancionatoria?

Indicó que por lo anterior el momento en que se empieza a contabilizar el término de caducidad es desde la fecha de entrega de la unidad residencial y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo ese término es de 3 años.

Sostuvo que como no se tiene claridad sobre la fecha de entrega de los inmuebles no existe certeza de la ocurrencia del fenómeno de la caducidad o prescripción y que en todo caso es necesario acudir a lo previsto en el Decreto Distrital 419 de 2008 para determinar la finalización del mencionado plazo.

i. De la caducidad de la facultad sancionatoria y la interpretación del artículo 14 del Decreto 419 de 2008

En primer lugar se analizará cuál era la norma que debía aplicarse como término para ejercer la facultad sancionatoria, esto es, si como lo prescribe el artículo 14 del Decreto 419 de 2008 o por el contrario, por la forma como lo ordena el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Para resolver, es del caso citar el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, el cual disponía:

“(…) Artículo 38.- Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas (...)”.

De la norma en cita, se desprende que la administración cuenta con el término de 3 años para imponer sanciones, contados a partir de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Por su parte, de la lectura del artículo 14 del Decreto 419 de 2008 se tiene que la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat, deberá sancionar los hechos relacionados con la existencia de deficiencias constructivas o el desmejoramiento de especificaciones técnicas, cuando se hubieren presentado en los siguientes términos: (i) leves, dentro del año; (ii) graves, dentro de los 3 años y, (iv) gravísimas, dentro de los 10 años, siguientes a la fecha de entrega de la unidad de vivienda, respectivamente.

Acorde con lo anterior, es preciso hacer una distinción entre los plazos en los que pueden presentarse deficiencias constructivas susceptibles de investigación y el término para investigar las mismas e imponer las sanciones correspondientes, de ser el caso, esto es, los contenidos en el Decreto 419 de 2008.

Se trata entonces, de dos términos o plazos distintos, esto es, los relativos a las deficiencias graves y gravísimas.

Así las cosas, en vista que para el caso concreto el apoderado de la parte accionante citó el Decreto 419 de 2008 de la Secretaría Distrital del Hábitat, ha de tenerse en cuenta que, en lo pertinente, su artículo 14 prescribe:

“(…) Artículo décimo cuarto. Oportunidad para imponer sanciones.- Los hechos relacionados con la existencia de deficiencias constructivas o el desmejoramiento de especificaciones técnicas deberán sancionarse por la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda, o por la autoridad que haga sus veces, de conformidad con los siguientes términos:

Las afectaciones leves, tanto en bienes privados o de dominio particular como de bienes comunes, serán sancionadas cuando se hubieren presentado dentro del año siguiente a la fecha de entrega de la unidad de vivienda privada o de las áreas comunes, según el caso, o dentro del año siguiente a las reparaciones que hubiera realizado el constructor o enajenador por dichas afectaciones.

Las afectaciones graves, tanto en bienes privados o de dominio particular como de bienes comunes, serán sancionadas cuando se hubieran presentado dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de entrega de la unidad de vivienda privada o de las áreas comunes, según el caso, o dentro del año siguiente a la fecha de las reparaciones que hubiera realizado el constructor o enajenador por dichas afectaciones.

Las afectaciones gravísimas, tanto en bienes privados o de dominio particular como de bienes comunes, se sancionarán cuando se hubieran presentado dentro de los diez (10) años siguientes a la fecha de entrega de la unidad de vivienda privada o de las áreas comunes, o dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de las reparaciones que hubiera realizado el constructor o enajenador por dichas afectaciones (...)” (Negrilla fuera de texto original).

De la norma anterior, es claro que: (i) se establece el término durante el cual es procedente que se investiguen y sancionen los hechos relacionados con la existencia de deficiencias constructivas que se hayan presentado durante un periodo de tiempo determinado; (ii) tales afectaciones se dividen en leves, graves y gravísimas; (iii) las deficiencias graves **pueden** ser sancionadas **cuando se hubieran presentado dentro de los 3 años** siguientes a la fecha de entrega de la unidad de vivienda privada o de las áreas comunes y, (iv) las deficiencias gravísimas **pueden** ser sancionadas **cuando se hubieran presentado dentro de los 10 años** siguientes a la fecha de entrega de la unidad de vivienda privada o de las áreas comunes.

Así, la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat, tiene competencia para sancionar los hechos relacionados con la existencia de deficiencias constructivas únicamente de las que se hayan presentado dentro de los términos contenidos en la norma transcrita, es decir, tales términos se refieren al tiempo durante el cual la enajenadora es responsable de las deficiencias que se presenten en esos periodos, esto es, el mismo sirve de límite para que sea procedente atribuir al constructor las deficiencias presentadas en los inmuebles, mas no quiere decir que la investigación administrativa deba decidirse en ese tiempo.

29A

Aclarado lo anterior, en el caso concreto, tal como se señaló en los antecedentes administrativos, la entrega del inmueble que presentaba las presuntas deficiencias constructivas se realizó aproximadamente para el año 2009⁶, entonces, siendo que las mismas fueron detectadas en el año 2010⁷, éstas sí eran susceptibles de ser investigadas y sancionadas; luego, se insiste, dichos términos son para establecer cuáles deficiencias pueden ser investigadas y sancionadas, y cuáles no, sin que ello implique que la investigación administrativa deba resolverse en ese tiempo.

Por lo precedente, respecto al término de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, al no estar expresamente previsto en una norma especial, debe contabilizarse en la forma establecida en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), el cual, como se anotó con anterioridad, es de 3 años contados a partir del conocimiento que tiene la administración de la conducta a sancionar.

En este caso, el primer momento es el de la ocurrencia de la deficiencia, el cual debe presentarse dentro de los 3 o 10 años siguientes a la entrega, para luego iniciar el segundo momento, esto es, el de la contabilización de los tres años con los que cuenta la administración para ejercer la facultad sancionatoria.

Teniendo claro que la norma aplicable para el cargo alegado por la sociedad demandante es el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, sobre la correcta interpretación del mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido que la fecha oportuna para decidir si se impone o no una sanción se cuenta a partir del momento en que la Administración tiene conocimiento de la conducta reprochable, "*pues a partir de ese momento la administración identifica o tiene conocimiento de la conducta constitutiva de la infracción*"^{8 9}.

Conforme lo anterior, es claro que la caducidad de la facultad sancionatoria **debe contabilizarse a partir del conocimiento que tiene la administración de la conducta a sancionar**, pues es únicamente a partir de tal momento cuando puede desplegar la facultad que se le ha conferido, encaminada a investigar y determinar si hay lugar a imponer una sanción.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la disposición del Código Contencioso Administrativo no era precisa, toda vez que no especifica el momento exacto hasta donde se entiende que se extiende la facultad de la administración para sancionar, la misma Corporación estableció que, "*(...) siendo la interposición de los recursos una*

⁶ Fol. 856 vuelto del cuaderno de antecedentes administrativos.

⁷ Fols. 13 a 16 del cuaderno de antecedentes administrativos

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1° de noviembre de 2007, dictada en el expediente N°00803.

En el mismo sentido, sentencia del 31 de julio de 2003, expediente N°00637-01 (7900). M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; en esta oportunidad se dijo que como fecha de ocurrencia de los hechos debe tomarse el "momento en que identificó la falta o tuvo conocimiento de la infracción y no antes".

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de noviembre 15 de 2007. Expediente No. 2003-0072. Demandante: Luis Díaz Llerena. M.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

295

circunstancia que depende enteramente de la voluntad del administrado (...), tal situación no debe ser tenida en cuenta para establecer tal fenómeno; razón por la cual, *“(...) lo que debe exigírsele a la Administración se reduce a que resuelva sobre la situación del investigado y notifique su decisión dentro del lapso que le confiere la norma, sin que se requiera la firmeza o ejecutoria de ese acto (...)*” (sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente 6283, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)”¹⁰(Resalta el Despacho).

Así mismo, en lo concerniente a la forma en cómo se contabiliza dicho término, debe precisarse lo relativo al momento en el cual se entiende ejercida la potestad sancionadora, señalando que sobre ese aspecto se suscitaron tres posiciones distintas por el Consejo de Estado, que podrían resumirse así: primera tesis, la facultad sancionadora se manifiesta con la simple expedición del acto; segunda tesis, tal facultad se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio; y tercera tesis, solo cuando se halla en firme la sanción se tiene por ejercida la potestad sancionadora.

Frente a lo anterior, debe ponerse de manifiesto que la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 29 de septiembre de 2009¹¹ y en providencia del 7 de abril de 2011¹², acogió la segunda tesis, en el sentido de establecer que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo la investigación.

El Despacho acogerá la posición expuesta por el Consejo de Estado en las providencias antes referidas, en atención a que a través de las mismas se estableció definitivamente la interpretación del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, y al tratarse de sentencias de unificación marcan la pauta de aplicación de dicho artículo por parte de los operadores judiciales en aras de garantizar la seguridad jurídica.

De manera que, el Juzgado no puede desconocer el carácter vinculante y definitivo de las mismas en relación con el tema de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración en vigencia del Decreto 01 de 1984, por lo que seguirá la posición adoptada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, esto es, que el término para ejercer la facultad sancionatoria de la administración se suspende con la notificación del acto administrativo principal.

Las razones que sustentan tal aserto se pueden sintetizar de la siguiente manera: (i) los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción, porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que concluye la actuación, sino permitir a la administración que este sea revisado a instancias del administrado y (ii) la existencia de esta segunda etapa

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de octubre 20 de 2005. Expediente No. 2001-0314. Demandante: Instituto de Tránsito de Boyacá. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ Expediente 2003-00442, CP. Dra. Susana Buitrago Valencia.

¹² Expediente 2001-00790-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejerce o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

ii. Caso concreto

Para decidir, es de indicar que para contabilizar el término con el que contaba la administración para ejercer la facultad sancionatoria, se debe precisar el hecho que dio origen a la investigación administrativa, esto es, de conformidad con el auto de apertura de la investigación 1383 del 22 de mayo de 2012 (fols. 717 a 727 del cuaderno de antecedentes administrativos), la Subdirección de Investigaciones y Control de Vivienda de la Subsecretaría de Inspección Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat conoció de hechos que afectaban a la urbanización Germinar I de la localidad de Usme en la ciudad de Bogotá por información escrita de la Caja de Vivienda Popular mediante radicado 1201010747 del 2 de junio de 2010 (fol. 13 del cuaderno de antecedentes administrativos), fecha desde la cual tuvo conocimiento de la conducta a sancionar y, en consecuencia, desde la cual debe contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria.

Por ende, teniendo como punto de referencia lo anterior, la administración disponía hasta el 2 de junio de 2013 para proferir y notificar el acto administrativo sancionatorio.

En consecuencia, dado que la entidad accionada profirió la Resolución 789 el 29 de abril de 2013 (fls. 800 a 818 del cuaderno de antecedentes administrativos), a través de la cual sancionó a la Constructora Icodi S.A.S., y que esta fue notificada personalmente al apoderado de la demandante el día 15 de mayo de 2013 (fol. 829 del cuaderno de antecedentes administrativos), se colige que Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, actuó dentro del término establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, es decir, que le resolvió la situación a la investigada en un término menor a los 3 años de conocidos los hechos que dieron origen a la investigación.

Lo anterior en aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado sobre la materia, por medio de la cual se definió que el término de caducidad de la facultad sancionatoria se suspende cuando se profiere y notifica el acto administrativo sancionatorio.

Por tanto, queda demostrado que no ocurrió el fenómeno jurídico de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, pues la decisión administrativa se profirió dentro del término que el Código Contencioso Administrativo preveía para tal fin, luego, el cargo no está llamado a prosperar.

4.6. ¿Se fijó el monto de la sanción pecuniaria sin motivación?

Expuso la parte demandante que Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat, actuó sin competencia al abrogarse la facultad de indexar las sanciones sin que exista un mandato legal que así lo permita.

Para decidir, se debe precisar que el Consejo de Estado¹³ respecto de la actualización o indexación de sumas o valores previstos como sanción por el legislador, indicó:

“(...) La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente. Es natural que en épocas de relativa estabilidad monetaria se aplique el principio nominalista en todo su vigor. Sin embargo, cuando la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario adquiere proporciones mayores, el nominalismo deja de ser una opción adecuada en términos de justicia y equidad. Como puede observarse, en Colombia la constancia no ha sido precisamente la de establecer mecanismos de corrección monetaria por vía de Ley, lo que ha llevado a la necesidad de acudir a mecanismos de indexación fundados en principios constitucionales como la equidad, la justicia y la reparación plena. Revisada, estudiada y analizada la Directiva acusada, encuentra la Sala que, en efecto, ella se ajusta a los principios y reglas propios de la Actualización Monetaria, ya que en ella no se prevén multas adicionales o sanciones diferentes a las previstas en el Decreto Ley 2610 de 1979. Lo único que hace la Directiva cuestionada es ajustar, actualizar, corregir a valor presente unos valores que por el paso del tiempo se encuentran depreciados, lo que obedece a la aplicación de los principios de justicia y equidad.

(...)

Para la Sala resulta absolutamente claro que las sanciones, cualquiera que ellas sean, deben siempre respetar el Principio de Legalidad de la Pena, esto es, deben ser autorizadas por el Legislador y ser impuestas, previo el trámite de un debido proceso en el que se le respete el derecho de defensa y oposición al sancionado.

Sin embargo, la Sala reitera, que ese no es el caso en el que se procede a realizar la corrección monetaria de sumas impagadas. En este evento, lo que se está haciendo es simplemente traer a valor presente las sumas de dinero que, por el paso del tiempo, han perdido poder de adquisición o de compra. Nada más que eso. Está lejos de constituirse en una sanción económica a favor de quien se reconozca (...) (Se destaca).

De lo anterior, se tiene que la indexación o aplicación de la actualización monetaria no prevé la imposición de multas adicionales o sanciones diferentes a las previstas en la normatividad, pues lo que se hace es ajustar, actualizar, corregir a valor presente unos valores que por el paso del tiempo se encuentran depreciados, lo que obedece a la aplicación de los principios de justicia y equidad.

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado, el Despacho encuentra conforme al principio de legalidad y los principios de justicia y equidad la multa impuesta indexada a la Constructora Icodi S.A.S., por la suma de cincuenta y siete millones setecientos nueve mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$57.709.480.00), toda vez que la misma estaba facultada para actuar de tal manera conforme lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 9° del artículo 2° del Decreto – Ley 078 de 1987, razón por la cual, el cargo se denegará.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de mayo 30 de 2013. Expediente No. 25000-23-24-000-2006-00986-01. M.P. María Elizabeth García González.

208

En suma, de conformidad con lo dicho en precedencia, el Despacho negará las pretensiones de la demanda al no haberse desvirtuado por parte de la Constructora Icodi S.A.S., la presunción de legalidad que acompaña a las Resoluciones 798 del 29 de abril de 2013, 1673 del 19 de julio de ese mismo año y 198 del 21 de febrero de 2014, pues, no se demostró la falta de competencia, la infracción a las normas en que debieron fundarse los actos administrativos, la transgresión a los principios del *Non Bis In Ídem*, la doble instancia, así como tampoco se desatendió el presupuesto de motivación al indexar la aludida multa.

En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada las mismas se declararán probadas pues a través de las mismas se pretendió demostrar la competencia de la entidad, que la sanción se profirió con base en las normas legales y que no existió caducidad de la facultad sancionatoria.

Finalmente, se tiene que a folio 269 del cuaderno principal obra la sustitución del poder presentado por la doctora Irma Solangel Torres Vega que de conformidad con lo establecido en el poder que obra 197 del mismo cuaderno tiene facultades para sustituir, por lo que se reconocerá personería a la doctora María Gabriela Posada Forero en los términos del mandato conferido.

7.- Condena en costas

En atención a lo señalado por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el criterio para la imposición de las costas será el objetivo y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones se condenará en costas a la parte demandante.

De igual forma, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, el Despacho fijará por tal concepto el valor que resulte de aplicar el cuatro por ciento (4%) al valor de las pretensiones, teniendo como tales las que fueron tasadas por la parte demandante al momento de la presentación de la demanda, esto, teniendo en cuenta lo normado para la materia en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5.1 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Deniéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Decláranse prósperas las excepciones de mérito propuestas.

TERCERO.- Reconócese personería para actuar a la doctora María Gabriela Posada Forero, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.749.640 de Bogotá D.C. y tarjeta profesional de abogado 251.114 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

299

Expediente 11001-33-34-002-2014-0249-00

Actor: Constructora Icodi S.A.S.

Demandado: Bogotá, Distrito Capital, Secretaría Distrital del Hábitat

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sentencia

CUARTO.- Condénase en costas a la parte vencida, las cuales deberán ser liquidadas por Secretaría.

QUINTO.- Fijanse como agencias en derecho el equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones al momento de la presentación de la demanda, de conformidad con lo establecido los artículos 1, 2, 3, 4 y 5.1 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a favor de la parte demandada.

SEXTO.- Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SONIA MILENA VARGAS GAMBOA

Juez

AMGO