



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)

**Radicación:** 25000-23-41-000-2012-00087-01 (52058)

**Actor:** SEGUROS DEL ESTADO S.A.

**Demandado:** FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA

**Medio de Control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EL DERECHO

**Contenido. Descriptor:** Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto contra una decisión administrativo que declaró un incumplimiento en el manejo de recursos de Subsidio Familiar de Vivienda e hizo efectiva como garantía la póliza de seguro expedida por Seguros del Estado. Se revoca decisión de primera instancia y se declara nulidad por violación del debido proceso y las garantías judiciales al no observarse el procedimiento previo que permitiera a la Aseguradora ser escuchada y defender sus intereses. **Restrictor:** La indebida notificación como causal de nulidad procesal; Potestad para declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo debidamente motivado; Garantía del derecho fundamental al debido proceso tratándose de actos administrativos que declaran la existencia del siniestro; Resolución del caso concreto.

Decide la Sala el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de enero de 2013 dictada por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que acogió las pretensiones de la demanda.

### **ANTECEDENTES**

1.- En escrito del 13 de julio de 2012 Seguros del Estado S.A<sup>1</sup>, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declarara la nulidad de la Resolución No. 148 de 30 de marzo de 2009 dictada por el Fondo Nacional de Vivienda<sup>2</sup> por medio de la cual se declaró un incumplimiento y ordenó hacer efectiva

---

<sup>1</sup> En adelante “la aseguradora”, “la demandante”.

<sup>2</sup> En adelante “Fonvivienda”, “El Fondo”, “la demandada”.

una garantía consistente en la póliza de seguro de cumplimiento otorgada por Seguros del Estado S.A.

Pidió, a título de restablecimiento del derecho, se reconozcan y paguen los perjuicios patrimoniales causados, que en el evento de haber realizado el pago del siniestro se ordene el reconocimiento y pago de las sumas de dinero debidamente actualizadas, se declaren las compensaciones a las que haya lugar y se condene al pago de costas y gastos del proceso.

1.1.- Apoyó sus pretensiones en los hechos que a continuación se presentan:

La Asociación de Vivienda Tekoa<sup>3</sup> presentó a Fonvivienda un proyecto de vivienda de interés social denominado Urbanización Tekoa Porvenir Manzana 6 Etapa VI para asignación de subsidios familiares de viviendas de interés social, lo que fue aprobado por el Fondo, otorgando cincuenta (50) subsidios para mismo número de soluciones de vivienda mediante Resolución No. 784 de 2004.

Como garantía de los subsidios entregados por el Fondo la Aseguradora expidió las pólizas de cumplimiento No. 051514519 por valor de \$82.698.000; No. 051514520 por valor de \$90.967.800 y No. 051514521 por \$248.094.000.

Mediante Resolución No. 148 de 30 de marzo de 2009 Fonvivienda declaró unilateralmente que la Asociación de Vivienda incumplió las obligaciones de que trata el artículo 50 del Decreto 975 de 2004 y, en consecuencia, hizo efectiva las pólizas expedidas por la Aseguradora, a quien le fue notificada la decisión el 19 de enero de 2012.

1.2.- Seguros del Estado S.A cuestionó la legalidad de la decisión administrativa demandada en los términos que pasan a exponerse:

Adujo que la Resolución 148 de 30 de marzo de 2009 viola el artículo 29 de la Constitución Política, como de los artículos 1079, 1081 y 1089 del Código de Comercio.

Sostuvo, en la exposición de su concepto de violación, que se vulneró el debido proceso, amparado en el artículo 29 constitucional<sup>4</sup>, toda vez que cuando la

---

<sup>3</sup> En adelante “la Asociación” o “la Asociación de Vivienda”.

<sup>4</sup> Constitución Política. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Administración Pública actúa en ejercicio de sus potestades exorbitantes debe garantizar de manera previa el derecho a ser oído del directamente afectado con la decisión a adoptar. Sin embargo, la Asociación de Vivienda ni la Aseguradora fueron oídas en el trámite previo a la expedición de la Resolución 148 de 2009.

Alegó la violación de los artículos 1079<sup>5</sup> y 1089<sup>6</sup> del Código de Comercio, conforme a los cuales se tiene entendido que el valor del siniestro debe corresponderse con el perjuicio efectivamente padecido, de suerte que el acto administrativo declaratorio de un siniestro tal debe ser motivado en ese aspecto. Sin embargo, la decisión enjuiciada no observó motivación alguna en cuanto hace a la determinación del valor del daño, generando un enriquecimiento a favor de la Autoridad Administrativa en perjuicio de la Aseguradora.

Expuso la violación del artículo 1081 del Código de Comercio<sup>7</sup> texto que prevé el término de dos (2) años de prescripción para el ejercicio de los derechos o acciones derivadas del contrato de seguro. Sostiene que ello ocurrió en el *sub judice* toda vez que la entidad *“profirió el Acto más de dos años antes de la fecha en que lo hizo efectivo mediante la notificación al Asegurador realizada apenas en Enero de 2012”*. Dice, entonces, que la Entidad se enteró del siniestro al momento en que expidió el Acto, de ahí que para cuando éste le fue notificado a la Aseguradora ya se encontraba prescrito el derecho y caducada la acción derivada del contrato de seguro.

**2.-** En auto de 22 de octubre de 2012<sup>8</sup> se admitió la demanda, disponiendo su notificación personal al Fondo Nacional de vivienda, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, concediéndoseles el término previsto por la Ley para su contestación.

**3.-** En memorial de 13 de febrero de 2013<sup>9</sup> la parte demandante adicionó el escrito de demanda incorporando como pedimentos subsidiarios la declaratoria de notificación

---

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

<sup>5</sup> Código de Comercio. Artículo 1079. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

<sup>6</sup> Código de Comercio. Artículo 1089. Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.

<sup>7</sup> Código de Comercio. Artículo 1081. Prescripción de Acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

<sup>8</sup> Fls 100-101, c1.

<sup>9</sup> Fls 104-105, c1.

extemporánea del acto administrativo al demandante, lo que conduce a una notificación irregular del mismo y, por consiguiente, que tal vicio lleva a la ineficacia del acto. Consecuentemente solicita se condene a Fonvivienda a restituir todo lo que la aseguradora pagó por cuenta de la ejecución del Acto. En proveído de 4 de marzo de 2013<sup>10</sup> se admitió la reforma a la demanda, disponiéndose su notificación y traslado.

4.- Noticiado el auto admisorio de la demanda, en escrito de 20 de junio de 2013<sup>11</sup> el Fonvivienda le dio contestación presentando las siguientes razones de defensa.

Alegó que en el caso no ocurrió una violación al debido proceso, toda vez que esa Entidad tenía la competencia para declarar unilateralmente el siniestro por medio de un acto administrativo y la decisión fue notificada a la Aseguradora, quien no hizo uso de los recursos en sede administrativa. Concluyó que como el demandante pudo y tuvo la oportunidad para controvertir la decisión, no ocurrió la alegada violación. De otra parte, calificó de amañada la argumentación elaborada por la Aseguradora en cuanto hace a la violación a los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, por cuanto la Administración tiene la facultad legal para declarar la ocurrencia del siniestro según se desprende de los numerales 4° y 5° del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984.

Formuló las excepciones de imprescriptibilidad del derecho e ineptitud sustantiva de la demanda.

La primera de ellas, de imprescriptibilidad del derecho, sustentada en que en el caso de referencia no se presentó la prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, por cuanto el siniestro ocurrió en vigencia de la garantía, siendo irrelevante que la notificación del acto que así lo declaró se surtiera tiempo después, toda vez que es un elemento externo del acto y ningún precepto ordena que ello ocurra en el tiempo de vigencia de la póliza. Sostuvo, con apoyo en una decisión judicial de esta Corporación<sup>12</sup>, que el contrato de seguro celebrado para asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato estatal no es igual al que se celebra con un particular, correspondiendo a la Entidad declarar el siniestro unilateralmente mediante un acto administrativo expedido dentro de los dos (2) años siguientes al siniestro.

La segunda excepción, la hizo consistir en la falta de una exposición del concepto de violación de las normas que se identifican como vulneradas por el acto demandado.

---

<sup>10</sup> Fls 107, c1.

<sup>11</sup> Fls 119-131, c1.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de abril de 2009, Radicado: 19001-23-31-000-1994-09004-01, Número Interno 14667.

5.- Como en escrito separado Seguros del Estado S.A petitionó medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos del acto demandado<sup>13</sup>, en auto de 22 de octubre de 2012<sup>14</sup> se corrió traslado a Fonvivienda<sup>15</sup>, quien formuló su oposición. En proveído de 24 de junio de 2013<sup>16</sup> el *a-quo* decretó la medida cautelar pedida, en razón a la violación al artículo 1081 del Código de Comercio, toda vez que el acto que declaró el siniestro, de 30 de marzo de 2009, se notificó 19 de enero de 2012 a la Aseguradora, esto es, en un periodo superior a los dos (2) años de término de prescripción de la ley.

6.- El 22 de octubre de 2013 se celebró la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011<sup>17</sup>. En ella no se adoptó medida de saneamiento, al evidenciarse la corrección del curso procesal surtido a la fecha, se fijó el litigio, se desestimó la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto se verificó que los cargos de anulación formulados fueron debidamente sustentados y concluyó la diligencia con el decreto de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

7.- El 20 de noviembre de 2013 se celebró la audiencia de pruebas<sup>18</sup>. A su culminación se dispuso correr traslado a las partes para que, por escrito, formularan alegaciones de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandada<sup>19</sup>. La Agente del Ministerio Público<sup>20</sup> conceptuó favorablemente a la pretensión de nulidad incoada por la Aseguradora, con apoyo en la prescripción de los derechos y acciones del contrato de seguro.

### **3.- Sentencia de primera instancia.**

3.1.- El 30 de enero de 2013<sup>21</sup> el Tribunal dictó sentencia en la que acogió las pretensiones de la demanda.

3.2.- Luego de memorar los antecedentes y el material probatorio que alimenta la causa, el *a-quo* circunscribió el análisis de fondo al tercer cargo de anulación formulado, esto es, la violación del artículo 1081 del Código de Comercio relativo a la prescripción en el contrato de seguro.

3.3.- Identificó el 30 de marzo de 2009 como fecha de ocurrencia del siniestro, toda vez que en ese día se expidió la Resolución que declaró el incumplimiento de la Asociación

---

<sup>13</sup> Fls 1-12, cdno cautelares.

<sup>14</sup> Fl 13, cdno cautelares.

<sup>15</sup> Fls 23-24 cdno cautelares.

<sup>16</sup> Fls 28-33, cdno cautelares.

<sup>17</sup> Fls 193-196, c1.

<sup>18</sup> Fls 207-208, c1.

<sup>19</sup> Fls 210-220, c1.

<sup>20</sup> Fls 221-230, c1.

<sup>21</sup> Fls 235-251, c1.

de Vivienda por no corresponder la ejecución físico financiera al porcentaje de recursos girados. Así, *“al momento de hacer efectivas las pólizas de cumplimiento”* habían transcurrido dos (2) años para el ejercicio de la acción ordinaria del contrato de seguro de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, en razón a que la notificación personal surtida a la Aseguradora ocurrió el 19 de enero de 2012, poco menos de tres (3) años desde que se dictó la decisión.

3.4.- Consideró que el Fondo de Vivienda debió notificar la decisión y hacer efectivas las garantías en el término de dos (2) años siguientes a los efectos de evitar la mencionada prescripción, sin que ésta se vea desvirtuada por haber ocurrido el siniestro en vigencia de la póliza, habida cuenta que no son equivalentes el término de duración del contrato de seguro con el que se tiene para iniciar las acciones originadas en el mismo.

3.5.- De otro tanto, anotó, sin hacer mayores precisiones, que el hecho de interponer recursos en vía gubernativa *“no tiene, en modo alguno, el significado jurídico de purgar, subsanar o diluir una eventual causal de nulidad por violación del debido proceso en el procedimiento en el que se adoptó la decisión”*. Sin embargo, no vinculó ese criterio al caso en concreto.

3.6.- En consecuencia, resolvió declarar la nulidad de la Resolución No. 148 de 30 de marzo de 2009 dictada por el Fondo Nacional de Vivienda, declaró que Seguros del Estado S.A no está obligada a pagar las sumas de dinero a las que refiere el acto anulado, le ordenó abstenerse de iniciar o proseguir procedimiento de cobro de tales obligaciones y lo condenó en costas.

#### **4.- Recurso de apelación.**

Contra lo así resuelto la parte demandada<sup>22</sup> se alzó mediante recurso de apelación, impugnación que fue concedida por el a-quo en auto de 18 de junio de 2014<sup>23</sup> dictado en el curso de la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

#### **5.- Actuación procesal en segunda instancia.**

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 7 de octubre de 2014 se admitió el recurso<sup>24</sup>. Seguidamente, en providencia de 1° de julio de 2015 se fijó el 1°

---

<sup>22</sup> Fls 261-265, c1.

<sup>23</sup> Fls 280-281, c1.

<sup>24</sup> Fl 288, c1.

de julio de 2015<sup>25</sup> como fecha para celebrar audiencia de alegaciones, diligencia en la que las partes realizaron sus intervenciones orales y el Agente del Ministerio Público rindió su concepto dirigido a revocar el fallo de instancia y desestimar los pedimentos de la demanda<sup>26</sup>.

## CONSIDERACIONES

### 1.- Objeto del recurso de apelación.

1.1.- En el memorial de impugnación al fallo de primer grado la demandada expuso las razones de su disenso con arreglo a los siguientes argumentos:

1.2.- Nulidad procesal por indebida notificación del auto que fijó fecha para audiencia inicial, por cuanto éste no le fue remitido a la dirección electrónica suministrada en el escrito de contestación. Sostiene que la notificación no se llevó en debida forma en los términos del artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, por lo que se presentó una violación al debido proceso y al derecho de defensa, pues esa irregular notificación impidió asistir a la audiencia inicial, donde además se fijó fecha para la audiencia de pruebas y, en esta última, se corrió traslado para alegaciones por escrito; además, por la inasistencia a la primera de aquellas audiencias le fue impuesta multa en auto que, también, no le fue notificado en debida forma.

1.3.- El acto administrativo contenido en la Resolución no. 148 de 30 de marzo de 2009 cumple los presupuestos de existencia, validez y eficacia, donde destaca que el término de dos (2) años de prescripción que se tienen, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, lo son para proferir el acto de declaratoria del siniestro, sin incluir la notificación personal del mismo, de ahí que en este caso no se configuró tal hecho. De otro tanto, plantea que la alegada irregularidad (notificarse el acto poco menos de 3 años después de dictado) no es causal de nulidad de la decisión ni es constitutivo de violación al debido proceso, por cuanto Seguros del Estado S.A., contó con la oportunidad para controvertir el acto. Al hilo de esto último, dijo Fonvivienda que como la Aseguradora no impugnó el acto vía recurso de reposición, no le asiste *“razón para cuestionar su legalidad”*.

1.4.- Por consiguiente, tampoco se vislumbra una violación al debido proceso, por cuanto Fonvivienda tiene competencia para declarar el siniestro y hacer exigibles las pólizas, garantizándosele el derecho de defensa a la Aseguradora toda vez que a ésta se le notificó la decisión, como se dijo. Reiteró similar criterio en cuanto hace a la presunta violación a los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio.

---

<sup>25</sup> Fls 298-300, c1.

<sup>26</sup> Fls 312-320, c1.

## **2.- Problema jurídico.**

2.1.- De los antecedentes que informan la causa la Sala advierte que a los fines de desatar la controversia puesta a su consideración, debe averiguar, si (i) se configura una indebida notificación por estado cuando no se remite al correo electrónico de uno de los sujetos procesales la decisión que es objeto de notificación; (ii) la interrupción del término de prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio se verifica con la expedición del acto que declara el siniestro o con la notificación del mismo a la Aseguradora y (iii) se cuenta dentro del conjunto de garantías tuteladas por el debido proceso administrativo el derecho a ser vinculado y oído previamente a la expedición de una resolución que afecta de manera particular y concreta a determinado sujeto, como es aquella que declara un incumplimiento y hace efectiva una garantía.

2.2.- Para resolver lo pertinente la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los sujetos procesales, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) La indebida notificación como causal de nulidad procesal, (2) Potestad para declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo debidamente motivado y (3) Garantía del derecho fundamental al debido proceso tratándose de actos administrativos que declaran la existencia del siniestro; consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

## **3.- La indebida notificación como causal de nulidad procesal.**

3.1.- El Código General del Proceso establece como nulidad procesal la indebida notificación del auto admisorio, al tiempo que prevé que la falta de notificación de cualquiera otra providencia judicial constituye una irregularidad que debe ser saneada practicando la notificación omitida; sin embargo, advierte será nula la actuación posterior que dependa de esa providencia omitida<sup>27</sup>.

3.2.- La publicidad de las actuaciones judiciales es una posición tutelada al amparo del debido proceso y las garantías judiciales<sup>28</sup>. Por regla general toda actuación de la

---

<sup>27</sup> Código General del Proceso. Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

<sup>28</sup> Constitución Política. Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. (...).

judicatura debe efectuarse en condiciones tales que pueda ser conocida por la comunidad y por los sujetos procesales en la causa concreta. Lo primero como condición de legitimidad y transparencia del poder público, lo segundo en razón al derecho que les asiste a aquellos de conocer, contradecir y ejercer el derecho de defensa, conforme a su interés. Y, precisamente, la figura de las notificaciones tiene por finalidad concretar una parte fundamental del principio de publicidad, toda vez que por su conducto el legislador ha establecido las precisas formas y mecanismos que rigen la manera en que se pone al corriente los dictados de la judicatura a los sujetos procesales.

3.3.- Entre aquellas se cuenta la notificación por estado la que, en los términos del artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, presenta las siguientes notas: *i)* son susceptibles de notificación por estado aquellos autos que no están sujetos a notificación personal ni por estrados, *ii)* la notificación se surte vía electrónica, lo que posibilita su consulta en línea, *iii)* el estado consiste en la inserción de una anotación en un medio (físico y electrónico) con la cual se pone en conocimiento información relevante como es a) la identificación del proceso, b) nombre de demandante y demandado, c) la fecha del auto y el cuaderno en que se halla y d) la fecha del estado y la firma de Secretaría; *iv)* la notificación así dispuesta permanecerá por un día en el medio informático de la Rama Judicial, sin perjuicio de su conservación y archivo en línea; *v)* la Secretaría del despacho judicial dejará constancia de la notificación al pie de la providencia notificada.

3.4.- Agrega la Ley que *“El Estado se insertará en los medios informáticos de la Rama Judicial y permanecerá allí en calidad de medio notificador el respectivo día”*, sin embargo, una recta interpretación de ese aparte lleva a la Sala a considerar que tal procedimiento no hace parte de las actuaciones estructuradoras de la notificación, siendo corolario de aquella, esto es, un mero acto de comunicación<sup>29</sup> subsiguiente, que no de notificación. Tan cierto es esto último, que el artículo 201 prevé que *“de las notificaciones hechas por estado (...) se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica”* (Resaltado propio).

3.5.- Dicho con otras palabras, no es de la esencia de esta notificación la remisión de la providencia vía electrónica, como sí lo es en otras formas como son la personal, reglada en el artículo 199, y la notificación de las sentencias, en el artículo 203 de la misma Ley,

---

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal independiente e imparcial (...). Ha dicho el Comité de Derechos Humanos: “La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo primero del artículo 14”. Comité de Derechos Humanos. Caso Karttunen c/ Finlandia. Comunicación No. 387/1989 de 5 de noviembre de 1992 CCPR/C/46/D/387/1989 (1992), párr. 7.2.

<sup>29</sup> Cfr., en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 23 de junio de 2016, Exp. 11001-03-15-000-2016-01468-00 (Acción de Tutela).

donde la remisión electrónica es, en sí misma, la manera de surtir la notificación. Una revisión comparativa de los tres mecanismos así lo deja ver:

Notificación personal	Notificación por estado	Notificación de sentencias
Artículo 199 Ley 1437 2011	Artículo 201 Ley 1437 2011	Artículo 203 Ley 1437 2011
El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado <b>se deben notificar personalmente</b> (...) <b>mediante mensaje dirigido al buzón electrónico</b> para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este Código. (...) <b>El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar.</b> (...)	(...) La inserción en el estado se hará el día siguiente al de la fecha del auto y en ella ha de constar: 1. La identificación del proceso. 2. Los nombres del demandante y el demandado. 3. La fecha del auto y el cuaderno en que se halla. 4. La fecha del estado y la firma del Secretario. El estado se insertará en los medios informáticos de la Rama Judicial y permanecerá allí en calidad de medio notificador durante el respectivo día.  <b>De las notificaciones hechas por estado el Secretario dejará certificación con su firma al pie de la providencia notificada y se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica.</b>	Las sentencias <b>se notificarán</b> , dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, <b>mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales.</b> En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.

3.6.- Por consiguiente, como en este caso Fonvivienda asegura que ocurrió una indebida notificación del auto de 30 de noviembre de 2013 al no haberse enviado al correo electrónico de la Entidad la providencia que fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial y como se sabe que ese procedimiento no hace parte de la notificación por estado de las decisiones judiciales, se concluye que en el *sub judice* no se configuró defecto procesal en el trámite de notificación que deba ser sancionado con el vicio de nulidad procesal.

**4.- Potestad de la administración para declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo debidamente motivado – matices en la aplicación de algunas normas del Código de Comercio a los contratos de seguro de carácter estatal<sup>30</sup>.**

4.1.- Según lo establece el artículo 1077 del Código de Comercio tratándose de contratos de seguro celebrados por particulares, es el asegurado o beneficiario de la Póliza a quién le corresponde acreditar ante la Entidad aseguradora tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía o el monto del perjuicio, debiendo ésta determinar si reconoce o no su existencia.

<sup>30</sup> Se reitera en este acápite lo expuesto, sobre el particular, en la Sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 48459 dictada por esta Sala de Subsección.

4.2.- De otra parte, la referida disposición establece que se encuentra en cabeza de la aseguradora la carga de demostrar la existencia de los hechos o de las circunstancias eximentes o excluyentes de su responsabilidad frente a la ocurrencia del riesgo asegurado.

4.3.- Por su parte, los numerales 4º y 5º del artículo 68 del Código Contencioso administrativo establecen que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías constituidas por los contratistas en favor de las entidades públicas con ocasión de la celebración de un contrato estatal o por cualquier otro concepto, se constituyen en un título ejecutivo junto con el acto administrativo por el cual, ya sea que se ordene la liquidación final del contrato o se declare la existencia de una determinada obligación; o junto con la resolución ejecutoriada mediante la cual se declare la caducidad o la terminación del contrato en su caso.

4.4.- De ésta forma, se ha entendido que en tratándose de contratos de seguro celebrados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la celebración de un contrato estatal, el referido artículo 1077 del Código de Comercio tiene una aplicación matizada, pues el asegurado o beneficiario con la Póliza constituida, en éstos casos la entidad estatal, no se encuentra obligada a demostrar ante la compañía aseguradora ni la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del perjuicio, sino que tiene la potestad de declarar su ocurrencia y fijar el monto de los perjuicios respectivos mediante un acto administrativo unilateral debidamente motivado, ello de conformidad con lo dispuesto en los referidos numerales 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A.

4.5.- Así lo ha precisado la Sección Tercera de esta Corporación al señalar que dentro del régimen de garantías, una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en desarrollo de la actividad contractual es la de declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo unilateral debidamente motivado, potestad que se deriva de lo previsto en los No. 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A.<sup>31</sup> y la cual puede ejercer durante la vigencia de la respectiva póliza que se trate.

4.6.- En los términos expuestos, se entiende que el contrato de seguro que se celebra con la administración difiere de aquel celebrado entre particulares, pues una vez que ocurre el siniestro la administración no tiene la obligación de acudir ante la aseguradora para que ésta así lo reconozca, sino que a la entidad estatal se le otorga la posibilidad

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2001, Exp. 12.724, Sentencia del 27 de noviembre de 2013, Exp. 25.742, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 29.857, entre otras.

de declarar unilateralmente su ocurrencia mediante un acto administrativo que se presume legal.

4.7.- Es de precisar en éste punto que sí bien la administración ostenta la facultad para declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo unilateral debidamente motivado, con la modificación que introdujo el inciso 1º del artículo 75 de la ley 80 de 1993 a los No. 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A., la administración perdió la facultad para cobrar por la vía de jurisdicción coactiva los créditos derivados de la declaratoria de ocurrencia del siniestro, al señalar que el juez contencioso administrativo sería el único competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos ejecutivos y de cumplimiento originados en la actividad contractual.

4.8.- No obstante lo anterior, fue el mismo legislador quién por medio del artículo 5<sup>032</sup> de la Ley 1066 de 2006<sup>33</sup> le otorgó nuevamente a las entidades públicas que de manera permanente ejercieran funciones administrativas o que prestaran servicios públicos, la facultad para cobrar por vía de la jurisdicción coactiva los créditos exigibles a su favor con sujeción al procedimiento previsto en el Estatuto Tributario, incluyéndose eventualmente dentro de éstos los derivados de la declaratoria de ocurrencia del siniestro.

4.9.- En los términos referidos, es claro que sí bien el legislador por medio del artículo 75 de la ley 80 de 1993 le arrebató a la administración la facultad para cobrar por la vía de jurisdicción coactiva los créditos exigibles a su favor, incluyéndose dentro de éstos los derivados de la declaratoria de ocurrencia del siniestro, a través del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 revivió dicha facultad, señalando que las entidades estatales que de manera permanente ejercieran funciones administrativas o que prestaran servicios públicos, podrían de cobrar por vía de la jurisdicción coactiva los créditos exigibles a su favor con sujeción al procedimiento previsto en el Estatuto Tributario.

---

<sup>32</sup> “Artículo 5o. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

Parágrafo 1o. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.

Parágrafo 2o. Los representantes legales de las entidades a que hace referencia el presente artículo, para efectos de dar por terminados los procesos de cobro coactivo y proceder a su archivo, quedan facultados para dar aplicación a los incisos 1o y 2o del artículo 820 del Estatuto Tributario.

Parágrafo 3o. Las Administradoras de Régimen de Prima Media con Prestación Definida seguirán ejerciendo la facultad de cobro coactivo que les fue otorgada por la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias”.

<sup>33</sup> “Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”, Publicada en el Diario Oficial No. 46.344 del 29 de julio de 2006.

4.10.- Pero previamente a la entrada en vigencia de la normativa referida, ya la Sección Tercera de ésta Corporación había señalado al respecto:

“Para la Sala, estas dos normas [al referirse a los No. 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A.] contemplan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones:

En primer lugar, lo dicho supone tener claro que el numeral 4 del art. 68, que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 -Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo-, en la que señaló: “La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, si derogó el numeral 4º de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integran título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.”

De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que si quedó derogado fue el hecho de que dicho actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.

Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación”.

Por último es de señalar que ésta Corporación también ha sido enfática en señalar que teniendo en cuenta que la prerrogativa a la que se alude no se deriva del artículo 14 de la ley 80 sino de lo previsto en los No. 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A., la administración no

se encuentra sujeta a un límite temporal para ejercerla cómo si lo está frente al ejercicio de facultades excepcionales”<sup>34</sup>.

4.11.- Con todo, se tiene que si bien la administración ostenta la potestad para declarar la ocurrencia del siniestro y señalar el monto del perjuicio por medio de un acto administrativo unilateral que se presume legal, teniendo en cuenta que en materia de contratos de seguro celebrados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la celebración de un contrato estatal se invierte el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 1077 del C.Co, pues es a la compañía aseguradora a quien le corresponde ejercer su defensa frente a la declaración de ocurrencia del siniestro<sup>35</sup>, es a ésta a quien se le debe garantizar el derecho fundamental al debido proceso.

4.12.- De otro lado, es de precisar en éste punto que conforme a los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, uno de los supuestos fácticos en los cuales la administración puede hacer efectivas las pólizas constituidas a su favor es por medio del acto a través del cual ordene unilateralmente la liquidación del contrato estatal celebrado y éste junto con las respectivas Pólizas constituidas se constituyen en un título ejecutivo en favor de la respectiva entidad<sup>36</sup>.

## **5.- Garantía del derecho fundamental al debido proceso tratándose de actos administrativos que declaran la existencia del siniestro<sup>37</sup>.**

5.1.- Tal como lo ha reconocido la Sección Tercera de ésta Corporación el derecho al debido proceso no sólo debe regir toda actuación judicial sino también todas las actuaciones administrativas contractuales ya sean éstas de carácter sancionatorio o no, incluyéndose entonces dentro de ellas no sólo aquellas actuaciones o procedimientos desplegados por la administración para imponer multas o cláusulas penales en ejercicio de la actividad contractual, sino también aquellas tendientes a declarar la caducidad administrativa de un contrato estatal o a declarar la ocurrencia de un siniestro, entre otras.<sup>38</sup>.

5.2.- De ésta forma, se entiende que si bien tratándose de contratos de seguro celebrados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2005, Exp. 13.599.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.494.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 29.205.

<sup>37</sup> Se reitera en este acápite lo expuesto, sobre el particular, en la Sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 48459 dictada por esta Sala de Subsección.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367.

con ocasión de la celebración de un contrato estatal o por cualquiera otra razón no le son aplicables las reglas previstas en el artículo 1053 del Código de Comercio, sí debe garantizarse el derecho al debido proceso dentro del procedimiento de expedición de los actos administrativos por medio de los cuales la administración declara la ocurrencia del siniestro u ordena la efectividad de las garantías constituidas a su favor.

5.3.- Así las cosas, teniendo en cuenta que en materia de contratos de seguro que se celebran para garantizar contratos estatales es la compañía aseguradora la que debe acudir ante la Administración a presentar su posición frente a los aspectos que involucran la declaratoria del siniestro, es frente a ésta que se debe garantizar el derecho al debido proceso.

5.4.- Ahora bien, la garantía del derecho fundamental al debido proceso frente a la Compañía aseguradora dentro del procedimiento de expedición de los actos administrativos mediante los cuales la administración declara la ocurrencia del siniestro se concreta en que previamente a su declaratoria se le otorgue la oportunidad para que presente sus puntos de vista, allegue los elementos probatorios que necesarios y ejerza su derecho de defensa y es por ésta razón que no es suficiente que la referida decisión se encuentre debidamente motivada y se le haya notificado oportunamente.

## **6.- Caso concreto.**

6.1.- En el asunto que se revisa por vía de apelación el Tribunal encontró nula la Resolución No. 148 de 30 de marzo de 2009 del Fondo Nacional de Vivienda, que declaró un incumplimiento e hizo efectiva las garantías consistentes en unas pólizas de seguro de Seguros del Estado S.A., al advertir que se había configurado el término de prescripción de dos (2) años de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio. Llegó a esa conclusión luego de verificar que entre el acto que declaró el siniestro (de 30 de marzo de 2009) y la notificación a la Aseguradora (19 de enero de 2012) transcurrieron poco menos de tres (3) años, esto es, un término superior al de la prescripción anotada en la Ley mercantil.

6.2.- Contra esa decisión la demandada hizo saber su inconformidad, vía recurso de apelación. Planteó, en esencia, que el acto no viola el orden jurídico, por cuanto el término de prescripción que trata la Ley lo es para dictar la decisión que declara el siniestro, sin comprender el trámite de notificación personal a la Aseguradora. Agregó, además, que se garantizó el debido proceso a Seguros del Estado S.A., por cuanto con la notificación se le concedió la oportunidad de interponer recursos, los que no ejerció.

6.3.- *Hechos relevantes de la causa.* Está probado que Seguros del Estado S.A emitió tres pólizas en virtud de las cuales garantizó a Fonvivienda, la entidad otorgante del subsidio familiar de vivienda, el cumplimiento por parte del oferente de vivienda de las obligaciones referentes a la presentación dentro del término de vigencia del respectivo subsidio familiar de vivienda, de la totalidad de los documentos que se mencionan en la cláusula cuarta de las condiciones generales adjuntas, y que acreditan la entrega de una solución de vivienda al beneficiario del subsidio familiar, así como la escrituración y registro oportuno de la correspondiente escritura pública respecto del Proyecto Tekoa Etapa VI – El Porvenir<sup>39</sup>.

6.3.1.- Igualmente, obran informe de supervisión de 17 de julio de 2006 y de 13 de diciembre de 2007 e informes de interventoría de 15 de septiembre de 2006, 30 de septiembre de 2008, relativos todos al avance de las obras relativas a la Organización Tekoa El Porvenir Manzana 6 Etapa VI.

6.3.2.- También se cuenta en el expediente con la Resolución No. 148 de 30 de marzo de 2009 del Fondo Nacional de Vivienda en la que declaró un incumplimiento. En el cuerpo de aquella se puso de presente que, según un informe de interventoría de Fonade, la etapa VI no se construiría por el oferente; además, se anotó que pese a que los subsidios de vivienda se encuentran vigentes a la fecha, la ejecución físico financiera del proyecto *“no corresponde al porcentaje de los recursos girados al oferente desde el encargo fiduciario, previa autorización del interventor, (...) y en consecuencia se evidencia incumplimiento por parte del oferente en las condiciones técnicas, jurídicas y financieras del proyecto en los términos del artículo 20 del Decreto 975 de 2004 (...)”*. Corolario de ello se resolvió:

“Artículo 1.- Declarar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, al oferente denominado Asociación de vivienda Tekoa, (...) Fideicomiso – Fiducentral S.A Tekoa Etapa 6 Manzana 6 El Porvenir, (...), para construir 50 soluciones de vivienda en la (sic) Tekoa Etapa 6 Manzana 6 El Porvenir, en el distrito Capital de Bogotá, con recursos del Subsidio Familiar de Vivienda.

<sup>39</sup> Fls 87-93, c1.

Número Póliza		Prórroga	Objeto del seguro
Póliza No.	051514519	Prórroga hasta el 30-09-2009. Se lee como asegurado el Fondo Nacional de Vivienda.	Garantiza a la entidad otorgante del subsidio familiar de vivienda el cumplimiento por parte del oferente de vivienda de las obligaciones referentes a la presentación dentro del término de vigencia del respectivo subsidio familiar de vivienda, de la totalidad de los documentos que se mencionan en la cláusula cuarta de las condiciones generales adjuntas, y que acreditan la entrega de una solución de vivienda al beneficiario del subsidio familiar, así como la escrituración y registro oportuno de la correspondiente escritura pública respecto del Proyecto Tekoa Etapa VI – El Porvenir
Tomador	Asociación de Vivienda Nueva Ciudad		
Beneficiario	Asociación de Vivienda Nueva Ciudad		
Vigencia	Desde 28-10-2005 hasta 28-07-2006.		
Valor	\$107.507.400		
Póliza No.	051514520	Prórroga hasta el 30-09-2009.	
Tomador	Asociación de vivienda Nueva Ciudad		
Beneficiario	Fondo Nacional de Vivienda		
Vigencia	Desde 28-10-2005 hasta 28-07-2006.		
Valor	\$90.967.800		
Póliza No.	051514521	Prórroga hasta el 30-09-2009.	
Tomador	Asociación de Vivienda Nueva Ciudad		
Beneficiario	Fondo Nacional de Vivienda		
Vigencia	Desde 28-10-2005 hasta 28-07-2006.		
Valor	\$248.094.000		

Artículo 2.- Como consecuencia de lo anterior, hacer efectiva las garantías constituidas a favor del Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda, las pólizas No. 051514519 por un valor de ochenta y dos millones seiscientos noventa y ocho mil pesos Mcte (\$82.698.000.00), expedido por Seguros del Estado S.A., 051514520 por un valor asegurado de noventa millones novecientos sesenta y siete mil ochocientos pesos M/cte (\$90.967.800.00), expedida por Seguros del Estado S.A., y 051514521 por un valor asegurado de doscientos cuarenta y ocho millones noventa y cuatro mil pesos M/cte (\$248.094.000.00), expedida por Seguros del Estado S.A.

Artículo 3.- Notificar a la Asociación de Vivienda Tekoa, (...).

Artículo 4.- Notificar personalmente al representante legal de Seguros del Estado S.A. para que procedan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio y el numeral 5.3 del artículo 5 de la Resolución 966 de 2004.

Artículo 5.- Contra la presente resolución procede el recurso de reposición.<sup>40</sup>

6.3.3.- Finalmente, se sabe que la anterior Resolución se fijó en edicto por diez (10) días, los que corrieron entre el 9 y el 23 de febrero de 2012<sup>41</sup>, al tiempo que el 19 de enero de 2012 ocurrió la notificación personal a Seguros del Estado S.A.<sup>42</sup>.

6.4.- *Sobre la prescripción de las acciones y derechos del contrato de seguros.*

6.4.1.- Esta Sala encuentra que en el asunto de la referencia no se configuró la prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, cuyo tenor literal es como sigue:

Código de Comercio. Artículo 1081. Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

6.4.3.- Considera la Sala que una lectura ponderada del precepto legal en conjunto con la facultad de la Administración de declarar unilateralmente, vía acto administrativo, la ocurrencia de un siniestro lleva a concluir que dentro del tiempo de prescripción debe verificarse la expedición de tal decisión por parte de la autoridad estatal, con total exclusión de cuestiones tales como su notificación o la resolución de los recursos administrativos, pues una y otra materia atañen a la oponibilidad y fuerza ejecutoria del acto, que no a su existencia.

6.4.4.- En efecto, si el acto constituye expresión de voluntad institucionalizada de la Autoridad administrativa o de un particular al que el ordenamiento le ha atribuido

---

<sup>40</sup> Fls 1-3, cdno antecedentes administrativos.

<sup>41</sup> Fl 4, cdno antecedentes administrativos.

<sup>42</sup> Fls 5, cdno antecedentes administrativos.

competencias públicas, que tiende a ser generador de situaciones jurídicas particulares y concretas de derecho administrativo al reconocer, crear, modificar o extinguir cargas, obligaciones, derechos o prerrogativas, resulta que su existencia depende de la reunión de ciertos elementos esenciales como son la concurrencia de unos sujetos activo y pasivo, el objeto, causa y motivo que lo inspiran, como las formalidades que, según la Ley, deban ser observadas en cada caso.

6.4.5.- Esto es, la existencia de un acto no es cosa diferente a constatar la reunión favorable de tales presupuestos ontológicos que dan vida a la expresión de la Administración, lo que, se insiste, es ajeno a consideraciones de otra índole como su validez o conformidad a derecho, su ejecutoriedad o eficacia en la producción de los efectos jurídicos o la oponibilidad, que refiere a la aptitud para imponer contra determinado sujeto las prescripciones allí dispuestas, como lo ha sostenido esta Sala: *“la publicidad de los actos administrativos no es un requisito para su existencia ni para su validez sino para que ellos puedan producir los efectos a que están destinados”*<sup>43</sup>, acorde con lo prescrito en el artículo 48 del Decreto 01 de 1984<sup>44</sup>, reiterado en el artículo 72 de la Ley 1437 de 2011<sup>45</sup>.

6.4.6.- Así, como el *a-quo* edificó su raciocinio de prescripción a partir del tiempo transcurrido entre la fecha de expedición del acto administrativo que declaró el siniestro y la época en que éste le fue noticiado a la Aseguradora, se sigue que tal modo de comprender el asunto pierde de vista que la notificación de una resolución de la Administración no se erige en presupuesto de existencia y, en ese sentido, no es un argumento ajustado a derecho. Por consiguiente, esta Sala desestimaré el cargo de prescripción de la acción planteado por la Aseguradora accionante, pues el acto se dictó dentro de la oportunidad prevista por la Ley comercial, según lo expuesto.

6.5.- *El derecho a ser oído como posición jurídica protegida por las garantías judiciales y el debido proceso administrativo.*

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 8 de agosto de 2012, Exp. 23358. En este mismo sentido se ha dicho: “Con otras palabras, los vicios en la publicidad de los actos administrativos, por no generarse en su producción sino en su comunicación, sólo impactan en su eficacia final y por ello tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 9 de julio de 2014, Exp. 29741. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 1994.

<sup>44</sup> Decreto 01 de 1984. Artículo 48. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46.

<sup>45</sup> Ley 1437 de 2011. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificaciones por conducta concluyente. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales.

6.5.1.- Aun cuando la Sala no encuentra configurado el cargo de nulidad promovido contra la Resolución No. 148 de 2009 dictada por Fonvivienda en razón a la prescripción de los derechos y acciones que surgen del contrato de seguro, advierte que su expedición se hizo con violación a las garantías judiciales y al debido proceso administrativo, en los términos que siguen.

6.5.2.- Averiguado se tiene que la Administración ejerce las competencias que le otorga el orden jurídico por conducto de las formas, oportunidades y cauces que previamente la Ley<sup>46</sup>, general o especial<sup>47</sup>, ha previsto para el efecto, siendo ello afirmación del principio de legalidad, a la vez que garantía de los derechos de quienes se pueden ver involucrados o afectados con la acción administrativa<sup>48</sup>.

6.5.3.- En este sentido, la Administración se encuentra estrechamente vinculada a la satisfacción del debido proceso y las garantías judiciales, previstas en el orden constitucional<sup>49</sup> y convencional<sup>50</sup>, lo que comprende el deber de preservar *“las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades, la defensa de las posiciones jurídicas de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos”*<sup>51</sup>, pues, como lo enseña la jurisprudencia interamericana: *“Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías*

---

<sup>46</sup> “4.3.1.2.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia<sup>46</sup> como la doctrina especializada<sup>46</sup> han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012, Exp. 39477. Reiterado en Sentencia de 19 de septiembre de 2016, Exp. 47693, de la misma Subsección.

<sup>47</sup> Decreto 01 de 1984. Artículo 1°. Inc. 2°. Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

Ley 1437 de 2011. Artículo 2° Inc. 3°. Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código. // Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.

<sup>48</sup> “10.6- A partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que los procedimientos de la administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma o en la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o sustancial; contrario a ello, resulta apenas obvio que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la Administración y los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ello senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad””. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de Ponente de 23 de enero de 2015, Exp. 52440, párr. 10.6. reiterado, entre otras, en Sentencias de 18 de marzo de 2015, Exp. 33223; 20 de abril de 2015, Exp. 50219; 29 de julio de 2015, Exp. 40660; 26 de noviembre de 2015, Exp. 51376; 10 de octubre de 2016, Exp. 55813; 20 de febrero de 2017, Exp. 56562, de la misma Sala de Subsección.

<sup>49</sup> Cfr. Constitución Política. Artículo 29.

<sup>50</sup> Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías judiciales.

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 4 de septiembre de 2017, Exp. 57279.

*mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de la persona*<sup>52</sup>.

6.5.4.- Y parte fundamental de esa garantía envuelve el derecho a ser oído previamente o, lo que es lo mismo, la participación de los interesados y/o afectados en las fases preliminares que conducen a la formación de la decisión, con la finalidad de asegurar la regularidad del procedimiento, la ordenación de la instrucción, como la efectiva defensa de los intereses individuales o colectivos, de manera previa al pronunciamiento.

6.5.5.- Así, concreción de esa protección jurídica se viene a reflejar en dimensiones tales como<sup>53</sup> i) el deber de la Administración de notificar a los afectados/interesados el inicio de la actuación o su vinculación<sup>54</sup>, ii) el derecho a elevar solicitudes probatorias, conocer y controvertir las que obren en la actuación<sup>55</sup>, iii) derecho a presentar alegaciones conclusivas sobre lo visto en el expediente<sup>56</sup>, iv) derecho a observar el conjunto de trámites y formalidades previsto por la Ley<sup>57</sup> y v) derecho a una suficiente motivación de las resoluciones de la Administración<sup>58</sup>, entre otras cuestiones.

6.5.6.- Resulta claro, entonces, que el derecho a ejercer recursos administrativos o jurisdiccionales contra la decisión de la Administración no purga las violaciones a las garantías previas que no fueron saneadas en el curso procesal, ya que el ordenamiento ha dotado unas y otras como parte de un control integral a la acción de la Administración. Ergo, la sola afirmación de haberse asegurado al interesado la posibilidad de ejercer aquellos recursos no es razón suficiente para concluir que la actuación se ha revelado como respetuosa del debido proceso y las garantías judiciales, en los términos expuestos<sup>59</sup>.

6.5.7.- En el caso concreto, se advierte que previo a la expedición de la Resolución No. 148 de 30 de marzo de 2009 el Fondo Nacional de Vivienda no vinculó, ni escuchó a Seguros del Estado S.A., como, inclusive, lo admite la Entidad al afirmar que respetó el

---

<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 126-127. En el mismo sentido véase Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 349; Caso Maldonado Ordoñez Vs Guatemala, Sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 71-75.

<sup>53</sup> Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pág., 356.

<sup>54</sup> Cfr. Decreto 01 de 1984. Artículo 28 y Ley 1437 de 2011 artículos 35-37.

<sup>55</sup> Cfr. Decreto 01 de 1984. Artículo 34 y Ley 1437 de 2011 Artículo 40.

<sup>56</sup> Cfr. Decreto 01 de 1984. Artículo 35 y Ley 1437 de 2011. Artículo 42.

<sup>57</sup> Cfr. Decreto 01 de 1984. Artículo 1° y Ley 1437 de 2011. Artículos 2° y 34.

<sup>58</sup> Cfr. Decreto 01 de 1984. Artículos 35-36 y Ley 1437 de 2011 Artículos 42-44.

<sup>59</sup> En el fallo de 8 de junio de 2011 recaído dentro del expediente No. 17858 esta Sala de Subsección sostuvo similar consideración, así: “Destaca el citado pronunciamiento [cita aparte de la Sentencia T-145 de 1993 de la Corte Constitucional] que con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso”. En esta misma línea de pensamiento, véase Sentencia de 25 de julio de 2011, Exp. 1999-0200, de la misma Sala.

debido proceso a la Aseguradora permitiéndole ejercer los recursos contra esa decisión y eso se corrobora en el plenario, pues nada en él lleva a sostener cosa diferente.

6.5.8.- Por consiguiente, el acto se dictó sin que Seguros del Estado S.A. tuviera oportunidad de pronunciarse sobre los hechos que se adujeron como motivo del incumplimiento por parte del beneficiario de los subsidios de vivienda familiar Asociación de Vivienda Tekoa y, no hay duda, que se debió observar el procedimiento administrativo previo que permitiera vincular a la Aseguradora en este asunto toda vez que la decisión tomada afectó sus intereses al hacer efectivas unas pólizas de seguro expedidas por esa compañía. Queda así advertida la nulidad en la que incurrió la Entidad administrativa al violentar el debido proceso y el derecho de audiencia y defensa de la parte demandante.

6.6.- Como el fallo de instancia declaró la nulidad de la Resolución No. 148 de 2009 dictada por el Fondo Nacional de Vivienda, pero llegó a esa conclusión por razones diferentes, se impone confirmar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero por las razones expuestas en esta providencia.

## **7.- Costas.**

7.1.- Enseña el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 que salvo los casos donde se ventilen asuntos de interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas *“cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”* y, en cumplimiento de tal reenvío, se tiene que el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso instruye que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) que haya interpuesto. (...)”*. Como en el caso de referencia se concluyó la no prosperidad de la alzada propuesta por el demandado Fondo Nacional de Vivienda, se torna procedente la condena en costas para dicho sujeto procesal.

7.2.- Conforme con lo anterior y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, allí se dispone que si se fija un monto máximo será menester tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

7.3.- Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	<b>Idoneidad</b>	<b>Necesidad</b>	<b>Proporcionalidad en estricto sentido</b>
<b>Exigencias fácticas</b>	Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.	El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad: a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica. b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas. c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.	El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia. a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda. b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%. c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.

7.4.- Lo anterior resulta concordante con el margen de movilidad que concede expresamente el Acuerdo No. 2222 de 10 de diciembre de 2003 dictado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura<sup>60</sup> que prevé que el en casos de procesos en segunda instancia la condena por concepto de agencias en derecho corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

7.5.- Así, atendiendo a los criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandada será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, toda vez que no se observa actuaciones constitutivas de temeridad o mala fe procesal o cualquiera otra circunstancia adicional, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda, las que

<sup>60</sup> Norma vigente para el *sub judice* toda vez que la demanda que originó este contencioso se interpuso con anterioridad al 5 de agosto de 2016 fecha a partir de la cual inició la vigencia del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 en los términos del artículo 7° de esa normatividad.

se determinaron por Seguros del Estado S.A en \$421.759.800<sup>61</sup>; en consecuencia, el 1% del valor de ese estimativo equivale a \$4.217.598, suma por la que se condenará a la parte demandada, en razón a no haberle prosperado la alzada promovida contra el fallo de instancia.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 30 de enero de 2013 dictada por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas al Fondo Nacional de Vivienda al pago de cuatro millones doscientos diecisiete mil quinientos cincuenta y ocho pesos (\$4.217.598) por concepto de agencias en derecho.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen una vez en firme esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Aclaración de voto Cfr. Rad. 31113/16

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente de Sala de Subsección C

---

<sup>61</sup> Cfr. Fl 9, c1.