



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., primero (1o.) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

**REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2010-00239-01.
Recurso de apelación contra la sentencia de 22 de septiembre de
2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actor: SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**TESIS: LA PÓLIZA NRO. 052004798 DE 31 DE OCTUBRE DE 2005,
OTORGADA POR SEGUROS DEL ESTADO S.A., SÍ AMPARA EL
SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO QUE AFECTA A LOS 62
SUBSIDIOS DE QUE TRATAN LAS RESOLUCIONES NROS. 093 DE 2
DE MARZO DE 2009 Y 776 DE 13 DE OCTUBRE DE 2009 EXPEDIDAS
POR FONVIVIENDA. FONVIVIENDA, EN SU CALIDAD DE
OTORGANTE Y COMO FONDO QUE ASIGNÓ LOS 62 SUBSIDIOS
AFECTADOS CON LOS ACTOS DEMANDADOS, ASÍ COMO
BENEFICIARIO DE LA RESPECTIVA PÓLIZA, TIENE UN INTERÉS**

LEGÍTIMAMENTE RECONOCIDO PARA RECLAMAR LOS VALORES A QUE HABÍA LUGAR, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 975 DE 2004 Y EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES DE ADELANTAR LAS INVESTIGACIONES E IMPONER LAS SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE INVERSIÓN DE RECURSOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL: EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA EL SINIESTRO (EN ESTE CASO INCUMPLIMIENTO) Y ORDENA HACER EFECTIVA LA RESPECTIVA PÓLIZA, DEBE COBRAR FIRMEZA DENTRO DE LOS DOS (2) AÑOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SO PENA DE OCURRIR EL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN QUE SE DERIVA DEL CONTRATO DE SEGURO. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO FRENTE A LA COMPAÑÍA ASEGURADORA, DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y ORDENAN HACER EFECTIVA LA PÓLIZA, SE CONCRETA EN QUE PREVIAMENTE SE LE OTORQUE LA OPORTUNIDAD PARA QUE PRESENTE SUS PUNTOS DE VISTA, ALLEGUE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS NECESARIOS Y EJERZA SU DERECHO DE DEFENSA.

La Sala decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la **sentencia de 22 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B"**, mediante la cual se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el **MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL**; se declaró la nulidad de las **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009**, expedidas por el **FONDO NACIONAL**

DE VIVIENDA, FONVIVIENDA; se ordenó al **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, FONVIVIENDA,** a título de restablecimiento del derecho, que se abstuviera de adelantar cualquier diligencia tendiente al cobro o ejecución de la sanción impuesta en los actos administrativos demandados; y se denegaron las demás pretensiones.

I.- ANTECEDENTES

I.1-. SEGUROS DEL ESTADO S.A., a través de agente oficioso que, posteriormente, fuere ratificado como apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 2 de enero de 1984), en adelante CCA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a que, mediante sentencia, se accediera a las siguientes pretensiones:

1ª: Que se declaren ilegales las **resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009** y **776 de 13 de octubre de 2009,** por medio de

las cuales, respectivamente, se declaró unilateralmente un incumplimiento y se ordenó hacer efectivas las garantías contenidas en la póliza nro. 052004798, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, y se resolvió un recurso de reposición, confirmándola en todas sus partes.

2ª: Que el **MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL** y el **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA**, en adelante, **FONVIVIENDA**, le paguen los perjuicios patrimoniales que hubieren podido causar con motivo de la declaratoria de incumplimiento demandada, así como las costas y gastos del proceso.

3ª: Y, que en caso de haberse efectuado el pago por la parte actora antes de dictarse sentencia, se ordene a las demandadas reintegrar el valor pagado, debidamente actualizado hasta el momento de su pago.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

1º. Que el día 19 de mayo de 2004, el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), presentó ante la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL, en adelante FINDETER, un proyecto de interés social denominado "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III", para asignación de subsidios familiares de vivienda de interés social.

2º. FONVIVIENDA aprobó y otorgó para dicho proyecto, 62 subsidios familiares mediante Resolución de asignación nro. 784 de 2004, para igual número de soluciones de vivienda. El monto de estos subsidios fue entregado a FIDUCENTRAL S.A., con destino al proyecto citado, y garantizados mediante póliza de cumplimiento nro. 052004798 por valor de \$769.091.400.00, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, con vencimiento el 30 de julio de 2007.

3º. FONVIVIENDA expidió las **resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009**, mediante las cuales, declaró el incumplimiento de las obligaciones establecidas

en el artículo 50 del Decreto 975 de 31 de marzo de 2004¹, por parte del Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), en lo atinente al proyecto denominado CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III, y ordenó hacer efectivas las garantías constituidas a favor de dicho Fondo, contenidas en la póliza nro. 052004798 de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, por un valor de \$769.091.400,00.

I.3.- A juicio del actor se violaron los artículos 1081 del Código de Comercio y 6º de la Resolución nro. 966 de 17 de agosto de 2007², entre otros.

Explicó el alcance del concepto de la violación, señalando, en resumen, que la ilegalidad de tales actos administrativos, se predica de tres situaciones fácticas a saber: la primera, que de la lectura de dicha póliza se infiere con claridad que, siendo el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), el único asegurado y beneficiario, **FONVIVIENDA** carecía de legitimación en la causa para hacerla efectiva.

¹ Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en relación con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social en dinero para áreas urbanas.

² Expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial: "Por la cual se establecen las condiciones mínimas que debe tener la póliza de cumplimiento, la constitución de encargo fiduciario y la labor de interventoría para autorizar el giro de anticipo del Subsidio Familiar de Vivienda de conformidad con lo señalado en la Ley 812 de 2003 y el Decreto 975 de 2004 y se determinan los procedimientos para el pago del Subsidio Familiar de Vivienda contra escritura"

La segunda, que habiéndose vencido esta póliza desde el 30 de junio de 2007, tal como consta en el anexo modificadorio nro. 3, la reclamación podía efectuarse solo hasta el día 30 de julio de 2009, a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio, lo cual, habiendo ocurrido el día 5 de agosto de 2009, fecha de la notificación del acto acusado, provocó el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Y, la tercera, que la póliza que se pretende afectar, tal como se desprende de su texto, ampara la construcción de la CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA, pero en su ETAPA IV, que no III, como quedó establecido en los actos demandados, etapa esta última que no fue garantizada por **SEGUROS DEL ESTADO**.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I.4.1. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, y en relación con el fondo de la controversia esgrimió, como

razones de defensa, que no existió vicio de ilegalidad alguno, habida cuenta que el Fondo Nacional de Vivienda expidió los actos administrativos demandados conforme a la normatividad inherente al asunto, esto es, el Decreto 555 de 2003, artículo 53 del Decreto 975 de 2004 y el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo.

Además, explicó que los actos administrativos deben expedirse con el lleno de los requisitos establecidos legalmente, no solo como garantía para limitar la arbitrariedad de la administración sino para garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales; en ese sentido, no le cabe duda que los motivos y finalidades de las resoluciones objeto de cuestionamiento, no fueron otros que ponerle fin a un incumplimiento por parte del oferente Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), en la construcción de 62 soluciones de vivienda dentro del proyecto denominado Ciudadela Nueva Buenaventura Etapa III y, en consecuencia, no tenía otra opción que hacerse efectiva la garantía constituida a favor de **FONVIVIENDA**, en virtud de la Póliza nro. 052004798, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

I.4.2. FONVIVIENDA presentó escrito en el que formuló la excepción de falta de relación de causalidad entre los actos administrativos demandados y la póliza de seguros que expone como lesiona al actor y, sobre el fondo de la controversia, argumentó que la expedición de los actos se fundamentó en los informes de cumplimiento que, periódicamente, rindió el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO**, en adelante **FONADE**, entidad supervisora del convenio interadministrativo nro. 193031 de 2003, y en lo estrictamente pactado en el propio contrato de seguros.

Manifiesta que, si bien es cierto que en la póliza aportada con la demanda, está como asegurado/beneficiario el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca) y no **FONVIVIENDA**, se debe señalar que aquella es una póliza diferente a la exigida por el Decreto 975 de 2004 y la Resolución nro. 966 de 2004, para amparar el cumplimiento ante entidades otorgantes del subsidio familiar de vivienda y, por lo mismo, no es posible determinar la ocurrencia o no del fenómeno jurídico de la prescripción, al no ser

el contrato de seguro sobre el cual deba soportarse la acción jurisdiccional.

Lo anterior significa que, si bien la póliza de seguros de cumplimiento nro.052004798, venció el día 30 de junio de 2007, y que, por lo tanto, podría arribarse a la conclusión de que la notificación de las resoluciones demandadas se hizo por fuera del término de los dos años que exige el artículo 1081 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta que la garantía exhibida para solicitar la conciliación y allegada con la demanda, no es la exigida legalmente para amparar los subsidios familiares de vivienda.

Concluye, que la ejecución del proyecto "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III", se encontraba amparada con la póliza de seguros nro. 052004798, pues, las pólizas de subsidios familiares de vivienda y el encargo fiduciario, se crearon al mismo tiempo para los proyectos "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III" y "ETAPA IV", lo que implica que, el no incluir la "ETAPA III" en la póliza y solo se mencione la "ETAPA IV", no varía la situación jurídica de amparo del proyecto en dicha etapa.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia de 22 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el **MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL**; decretó la nulidad de las **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009**, expedidas por **FONVIVIENDA**; le ordenó a este, a título de restablecimiento del derecho, que se abstuviera de adelantar cualquier diligencia tendiente al cobro o ejecución de la sanción impuesta en los actos administrativos demandados, y denegó las demás pretensiones.

Después de un análisis del contenido de los actos acusados, así como de la póliza en comento, el *a quo* determinó que la entidad demandada, de manera clara y explícita, señaló que el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca) presentó un proyecto urbanístico ante FINDETER, que fue aprobado y que se denominó "CIUDADELA

NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III”, para el cual **FONVIVIENDA** autorizó, a su vez, 62 subsidios familiares de vivienda para la construcción del mismo, mediante Resolución nro. 784 de 12 de octubre de 2004.

Igualmente, encontró probado que para amparar los recursos transferidos por **FONVIVIENDA** con destino al proyecto “CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III”, se suscribió por el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca) con **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, la Póliza nro. 052004798, por un valor asegurado de \$769.091.400.00.

Demostrado entonces, que el siniestro en el caso *sub judice* fue declarado por las obligaciones incumplidas por el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca) durante la ejecución del proyecto urbanístico “CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III”, tal como fue reconocido por **FONVIVIENDA** en la contestación de la demanda, el Tribunal colige, como lo expresó el demandante y fue coadyuvado por el Agente del Ministerio Público, que en el presente caso la póliza nro. 052004798 no amparaba dicho riesgo, y por

tanto no podía haberse hecho efectiva por el hecho que se invoca como fundamento para tal fin.

Sobre este aspecto, adicionalmente consideró que, en el proceso, la entidad demandada al referirse a los hechos de la demanda afirmó que dicha póliza amparaba ambos proyectos y que fue un error en la elaboración de este documento que no se haya incluido la "ETAPA III"; empero, no probó que la misma haya sido objetada y variada por este supuesto, como tampoco demostró que durante su vigencia hubiera sido adicionada, pues, los documentos que se aportaron como sustento de las modificaciones efectuadas a la misma solamente dan cuenta, como en su momento se expresó, de modificaciones respecto del beneficiario y el tiempo de vigencia del seguro, razón adicional para declarar acreditado el cargo de nulidad pues la entidad no puede excusarse en un supuesto error en la póliza que ella misma debió haber aprobado para ampliar en sede judicial su cobertura, dado que el contenido y alcance del objeto y el riesgo asegurado es suficientemente claro e inequívoco, el cual, se repite, corresponde única y exclusivamente a la "ETAPA IV" del mencionado proyecto de vivienda.

Finalmente, sobre este punto mencionó que no se puede perder de vista que, en tratándose de proyectos urbanísticos que se desarrollan a través de un convenio de cofinanciación, y para los cuales **FONVIVIENDA** había otorgado unos subsidios familiares, esos recursos debían estar amparados por una garantía, por lo tanto, no existiendo prueba alguna de que la póliza nro. 052004798 cubría los riesgos derivados del otorgamiento de subsidios en los dos proyectos, no puede concluirse cosa diferente a que dicha garantía no era la que amparaba el siniestro que declaró la entidad demandada.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

A través de memorial de 6 de octubre de 2011, **FONVIVIENDA** impugnó la sentencia de 22 de septiembre de 2011, solicitando la revocatoria de los artículos 2º y 3º de dicha providencia, mediante los cuales se declararon nulos los actos administrativos demandados y se le ordenó abstenerse de adelantar cualquier diligencia tendiente al cobro o ejecución de la sanción impuesta.

Con el objeto de sustentar su recurso, la demandada manifestó que disiente de las decisiones de nulidad y restablecimiento adoptadas por el Tribunal, así como de la conclusión a la que se llega, luego del análisis realizado en la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, pues los razonamientos los que revelan con total claridad que, al amparar la Póliza de Seguro nro. 052004798, el uso apropiado de los valores girados por concepto de subsidios familiares de vivienda otorgados por **FONVIVIENDA**, no se excluyen entre sí las "ETAPAS III" y "IV" que conforman el Proyecto de vivienda de interés social "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III", sino que, como clara y expresamente se establece en la nota 1 del clausulado de la Póliza: "*[...] ESTA PÓLIZA AMPARA INDEPENDIENTEMENTE A CADA UNO DE LOS BENEFICIARIOS DEL SUBSIDIO DE VIVIENDA SOCIAL, SEGÚN RELACIÓN No. 2 ANEXA QUE HACE PARTE INTEGRAL DE LA PRESENTE PÓLIZA [...]*".

Explica que, al remitirse al anexo que hace parte integral de la Póliza nro. 052004798, anexo que se encuentra aprobado como señal de aceptación por la firma autorizada de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, Sucursal Avenida 19, y que se aporta como prueba

al presente recurso de apelación en copia auténtica, se encuentra la relación de personas beneficiarias de 93 subsidios familiares de vivienda de interés social, que fueron asignados por el Fondo Nacional de Vivienda mediante las siguientes resoluciones, así:

1). Resolución nro. 784 de 12 de octubre de 2004, expedida por **FONVIVIENDA**, mediante la cual se asignaron SESENTA Y DOS (62) Subsidios familiares de interés social, destinados a la construcción de vivienda de interés social para el proyecto "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III".

2). Resolución nro. 814 de 21 de diciembre de 2004, dictada por **FONVIVIENDA**, mediante la cual se asignaron VEINTINUEVE (29) subsidios familiares de vivienda de interés social, destinados a la construcción de vivienda de interés social para el proyecto "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA IV".

Que con base en lo anterior, al proferir las **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009,**

se declara el referido incumplimiento y ordena hacer efectiva la garantía constituida a su favor, por un valor asegurado de \$769.091.400.00 M/cte., expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

Refuerza el anterior argumento, en palabras del impugnante, la constancia expresa de la suma asegurada en la Póliza de Seguros nro. 052004798 que, como claramente las partes convinieron establecer, corresponde a \$769.091.400.00 M/cte., cifra equivalente al valor total de los 93 subsidios familiares de vivienda de interés social otorgados por **FONVIVIENDA** mediante las Resoluciones nros. 784 y 814 de 2004, destinados para el Proyecto de Vivienda "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA" en sus "ETAPAS III" y "IV", sin posibilidad de escindir una de otra.

Que, otra prueba de lo señalado, son las afirmaciones contenidas en los informes que obran en el proceso de la referencia, presentados por FONADE, de conformidad con el "Convenio interadministrativo nro. 193031 **FONVIVIENDA-FONADE**" (Tipo de

Informe: Informe Visita de Campo Número de Informe: 1 Fecha: 2310112006, Aspectos Contractuales), que indican:

"[...] La construcción la realiza FENAVIP y la interventoría la realiza el Arq. Henry Díaz, Director Técnico de Vivienda Municipal de Buenaventura. Las pólizas de Subsidios Familiares de Vivienda y el encargo fiduciario se crearon el mismo para los dos proyectos Ciudadela Buenaventura Etapa II y IV [...]".

Que, no mencionar la "ETAPA III" en la póliza de seguros y sólo indicar la "ETAPA IV", no varía la situación jurídica de amparo del proyecto de dicha Etapa, razones que permiten concluir que no es susceptible de declaratoria de ilegalidad o nulidad de los actos demandados.

Finalmente, argumenta, en cuanto a la interpretación del contrato de seguros, que se debe tener en cuenta la intención de las partes y no solamente su celebración o la ejecución misma del contrato, por lo tanto, es claro que la intención de la aseguradora en la Póliza nro. 052004798, de acuerdo con el riesgo asegurable, era amparar el uso indebido o inapropiado de los subsidios familiares de vivienda de interés social asignados por **FONVIVIENDA** y que fueron destinados a las "ETAPAS III" y "IV" del Proyecto de Vivienda

“CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA”. En este sentido, el artículo 1618 del Código Civil, establece:

"[...] **Artículo 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN.** Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras [...]".

IV.- ALEGATO DE CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009**, expedidas por **FONVIVIENDA**, por medio de las cuales se declaró en incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, respecto del proyecto denominado “CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA III”, siendo oferente el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), para la construcción de 62 soluciones de vivienda en dicho

municipio, con recursos del Subsidio Familiar de Vivienda; como consecuencia de ello, se ordenó hacer efectivas las garantías constituidas a favor de **FONVIVIENDA**, a través de la póliza nro. 052004798, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, por un valor asegurado de \$769.091.400.00 M/cte.

El recurso de apelación se circunscribió a desvirtuar el argumento del *a quo* según el cual, la póliza nro. 052004798 de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, no amparaba los riesgos derivados de la ejecución correcta de los recursos de la "ETAPA III" de la "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA" y, por lo tanto, no podía haberse hecho efectiva para eventos distintos a los relativos, exclusivamente, a la "ETAPA IV" de dicho proyecto.

Para mayor claridad sobre el funcionamiento de la entrega del Subsidio Familiar de Vivienda, debe recordarse que la Ley 3ª de 15 de enero de 1991³, en su artículo 6º, lo define como "[...] un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario con el objeto de facilitarle una solución de vivienda de

³ Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones.

interés social, sin cargo de restitución siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones que establece esta Ley [...]”.

El Decreto 555 de 10 de marzo de 2003⁴, creó **FONVIVIENDA** y le impuso, entre otras funciones, la de administrar los recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación en inversión para vivienda de interés social urbana; en efecto, en su artículo 3º, numeral 9, le atribuyó “[...] Asignar subsidios de vivienda de interés social bajo las diferentes modalidades de acuerdo con la normatividad vigente sobre la materia y con el reglamento y condiciones definidas por el Gobierno Nacional [...]” y, simultáneamente, en el numeral 10, le concedió la facultad de “[...] Adelantar las investigaciones e imponer las sanciones por incumplimiento de las condiciones de inversión de recursos de vivienda de interés social, de conformidad con el reglamento y, condiciones definidas por el Gobierno Nacional [...]”.

Luego, el artículo 94 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003⁵, previó el ahorro como regla general para su obtención, así:

⁴ Por el cual se crea el Fondo Nacional de Vivienda, “Fonvivienda”.

⁵ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 hacia un Estado comunitario.

“[...] **Artículo 94. Requisito para obtención de Subsidio Familiar de Vivienda.** El ahorro es un requisito para la obtención del Subsidio Familiar de Vivienda. Este ahorro se materializará en la apertura de una cuenta de ahorro programado, que no requerirá antigüedad certificada, en las condiciones establecidas por el Gobierno Nacional, o en las cesantías que tengan los miembros del hogar postulante, o en los aportes periódicos realizados en los fondos comunes especiales, en los fondos mutuos de inversión, en las cooperativas financieras o en los fondos de empleados, o bien, en el lote y el avance de obra debidamente certificado por la autoridad municipal competente. En este caso la propiedad del lote debe figurar en cabeza de cada uno de los postulantes, de la entidad territorial respectiva, o del oferente del programa, siempre y cuando sea una entidad con experiencia en la construcción de vivienda de interés social.

Parágrafo 1°. Sólo se exceptúan para efectos del requisito del ahorro, los hogares objeto de programas de reubicación de zonas de alto riesgo no mitigable, los de población desplazada, los de víctimas de actos terroristas, los de desastres naturales y los hogares con ingresos hasta de dos (2) smlmv que tengan garantizada la totalidad de la financiación de la vivienda.

Parágrafo 2°. En el caso de que el ahorro esté representado en un lote, este se contabilizará en el diez por ciento (10%) del valor final de la solución de vivienda. Si está urbanizado, se valorará en el veinticinco por ciento (25%).

Exceptúase del ahorro a las familias reubicadas en el continente, como solución del problema de población del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina [...]”.

A su vez, en el artículo 102, previó para su desembolso lo siguiente:

“[...] **Artículo 102. Desembolso anticipado del Subsidio Familiar de Vivienda.** El Subsidio Familiar de Vivienda será desembolsado de manera anticipada cuando el oferente de la solución de vivienda constituya un encargo fiduciario para la administración de los recursos, **respaldado por una póliza de cumplimiento** y se adelante la labor de interventoría durante la ejecución del proyecto [...]” (Negrillas por fuera de texto).

Por su parte, el Decreto 975 de 2004, en su artículo 2º, reiteró la definición del Subsidio Familiar de Vivienda como “[...] un aporte estatal en dinero, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de este, que constituye un complemento de su ahorro, para facilitarle la adquisición, construcción o mejoramiento de una solución de vivienda de interés social [...]”.

Siendo entonces Oferente de planes de vivienda, según las voces de la misma norma, “[...] la persona natural o jurídica, entidad territorial, o patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria, legalmente habilitado para establecer el vínculo jurídico directo con los hogares postulantes del subsidio familiar que se concreta en las soluciones para adquisición, construcción en sitio

propio o mejoramiento de vivienda [...]”, en el caso concreto lo es el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca).

El hogar que quiera ser beneficiario de dicho subsidio, deberá postularse. La postulación es la solicitud individual de asignación del Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social por parte de un hogar, cuando pretenda adquirir una vivienda nueva, o cuando el objetivo sea la construcción en sitio propio o la mejora de las ya existentes. Los hogares que se postularon y superaron los requisitos y condiciones preestablecidos, en el *sub judice*, fueron los 62 referidos en las consideraciones de los actos acusados, todos situados en el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca).

Como entidades otorgantes del Subsidio Familiar de Vivienda de interés social y recursos, fueron destinadas, por su artículo 5º, **FONVIVIENDA** con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, apropiados en los presupuestos del citado Fondo, o la entidad que haga sus veces, así como las Cajas de Compensación con las contribuciones parafiscales administradas por estas. Como

puede advertirse con claridad, en el presente caso, la entidad otorgante fue **FONVIVIENDA**.

Posteriormente, en los términos del artículo 40 y subsiguientes, se procedió con la asignación de los referidos subsidios, una vez se acreditó, ante la entidad otorgante, la existencia de recursos complementarios al mismo, suficientes para acceder a la solución de vivienda a la que se postularon los hogares en cuestión. Para ello, **FONVIVIENDA** debía publicar, en el Diario Oficial, como en efecto lo hizo, las resoluciones que incorporaran los listados de postulantes preseleccionados y de aquellos beneficiados con la asignación de tales subsidios, según las voces del artículo 46.

Dentro de los fundamentos de hecho y de derecho tanto de la demanda como de la contestación de la misma por parte de **FONVIVIENDA**, fue referida la Resolución nro. 784 de 12 de octubre de 2004⁶, mediante la cual, en desarrollo de lo explicado en el párrafo anterior, esta entidad asignó 11.773 Subsidios Familiares de Vivienda Urbana en todo el país (29 Departamentos), por un

⁶ Esta Resolución fue debidamente publicada en el Diario Oficial nro. 45.701 de 14 de octubre de 2004, por lo que será apreciada, de conformidad con su mérito probatorio, dentro del asunto bajo estudio.

valor total de \$86'333.446.681, dentro de los que se incluyeron, para efectos del caso concreto, los **62 Subsidios Familiares de Vivienda** para igual número de hogares en el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), con un valor cada uno de \$7.518.000.000, lo que arrojó un total de \$466.116.000.00.

Sin embargo, encuentra la Sala, a partir de lo relatado por **FONVIVIENDA** en su contestación e impugnación, que esos no fueron los únicos subsidios asignados al Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca). De hecho, dos meses después, a través de la Resolución nro. 814 de 21 de diciembre de 2004⁷, este Fondo al asignar 1.391 Subsidios Familiares de Vivienda Urbana en 19 Departamentos del país, por un valor de \$9'551.598.238.00, incluyó **30 Subsidios Familiares de Vivienda** más para igual número de hogares en el pluricitado Municipio.

Fue por esto que, un año después, y luego de superarse otros trámites relativos a comunicaciones y reclamaciones del proceso de postulación y preselección de beneficiarios, el Municipio de

⁷ Esta Resolución fue debidamente publicada en el Diario Oficial nro. 45.774 de 21 de diciembre de 2004, por lo que también será apreciada, de conformidad con su mérito probatorio, al interior del presente asunto.

Buenaventura (Valle del Cauca), en su calidad de oferente, **constituyó la póliza nro. 052004798 de 31 de octubre de 2005, con SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, en aras de proteger la eventual restitución de los dineros que se le iban a entregar por cuenta del "giro anticipado" de dichos subsidios, la cual cubría el **110% del valor de los mismos** ante la posible comisión de un incumplimiento, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004.

El objeto de esta póliza (folios 31 y 96), quedó determinado así:

"[...] Objeto del Seguro: Con sujeción a las condiciones generales de la póliza que se anexa, que forman parte integrante de la misma y que el asegurado y el tomador declaran haber recibido, Seguros del Estado S.A. garantiza: **SEGUROS DEL ESTADO S.A. A TRAVÉS DE LA PRESENTE PÓLIZA DE SEGUROS AMPARA A LAS ENTIDADES OTORGANTES DEL SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA CONTRA LOS RIESGOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA O CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN, EN LO REFERENTE A LA FECHA DE ENTREGA DE SOLUCIÓN DE VIVIENDA Y LA ESCRITURACION DE LAS MISMAS EN EL PERÍODO DE VIGENCIA DEL SUBSIDIO, CONTRA EL USO APROPIADO O INDEBIDO DE LOS GIROS DEL SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA ANTERIORES A LA ESCRITURACIÓN EFECTUADOS AL VENDEDOR A LA ORGANIZACIÓN O ENTIDAD PROMOTORA DEL PROGRAMA DE ABONO A LA PROMESA DE COMPRAVENTA O AL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.**

NOMBRE DEL PROYECTO: **CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA IV.**

NOTA 1: **ESTA PÓLIZA AMPARA INDEPENDIEMENTE A CADA UNO DE LOS BENEFICIARIOS DEL SUBSIDIO DE VIVIENDA SOCIAL, SEGÚN RELACIÓN No. 2 ANEXA QUE HACE PARTE INTEGRAL DE LA PRESENTE POLIZA.**

NOTA 2: EL VALOR DE LA U. V. R. ES \$152.62 CORRESPONDIENTE AL DÍA 31 DE OCTUBRE DE 2005.

AMPARO: **CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE LOS GIROS DEL SUBSIDIO.**

NOTA: LAS CONDICIONES GENERALES, LA VIGENCIA DE LOS SUBSIDIOS Y DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ANTE ENTIDADES OTORGANTES DEL SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA, SE RIGEN POR EL ARTICULO 102 DE LA LEY 812 DE 2003, EL DECRETO 975 DE MARZO DE 2004 Y LA RESOLUCION 966 DE AGOSTO DE 2004. NOTA: TOMADOR/AFIANZADOR ES: MUNICIPIO DE BUENAVENTURA y/ 0 CONVENIO ASOCIATIVO MUNICIPIO DE BUENAVENTURA-FENAVIP REGIONAL DEL CAUCA [...]" (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Como puede apreciarse en la "NOTA 1", la cual hace parte de dicho objeto y le da forma porque está redactada acorde con lo ordenado por el mencionado artículo 50 del Decreto 975 de 2004, **el amparo recae y cobija a todos y cada uno de los Subsidios Familiares de Vivienda desembolsados, individualmente considerados, los que se encuentran especificados en la relación nro. 2 (folios 97 a 99), anexada como parte integral de aquella y debidamente autorizada por SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

Revisada tal relación, la Sala encuentra anotados **la totalidad de los 62 Subsidios Familiares de Vivienda** que habían sido asignados, inicialmente, por **FONVIVIENDA**, al Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), identificados por el nombre de su beneficiario, el número de su documento, con un valor nominal de \$7.518.000.00, pertenecientes a la Resolución nro. 784 de 12 de octubre de 2004, todos los cuales fueron materia del incumplimiento declarado en los actos administrativos acusados.

A su vez, también fueron incluidos en dicha relación, los Subsidios Familiares de Vivienda pertenecientes a la Resolución nro. 814 de 21 de diciembre de 2004, así como un par de subsidios relacionados con otra Resolución de número 818, para un gran total de **93 Subsidios Familiares de Vivienda**, a los que, una vez multiplicada su cobertura del **110%** exigida por el Decreto 975 de 2004, se arrojó un valor asegurado de **\$769.091.400,00** que fue la suma por la cual se contrató la póliza nro. 052004798 de 31 de octubre de 2005, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, sobre la que se calculó, y el Municipio de Buenaventura (Valle del

Cauca) pagó con cheque nro. 7000317 de Megabanco, la respectiva prima con costo de \$13.388.027.00 (folios 91 y 100 a 102).

La Sala evidencia entonces, con claridad meridiana, que la póliza nro. 052004798 de 31 de octubre de 2005 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, contrario a lo manifestado por el actor y a lo considerado por el Tribunal, sí es la garantía que cubre, entre otros, los **62 Subsidios Familiares de Vivienda** asignados por **FONVIVIENDA** a los hogares del Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca) con Resolución nro. 784 de 12 de octubre de 2004, cuyas obligaciones legales y reglamentarias, fueron declaradas incumplidas por dicha Entidad a través de las demandadas **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009.**

Para la Sala no es acertada la apreciación que se hace en la providencia impugnada, pues desconoce y no valora la indicada relación anexa contentiva de la enumeración, por demás detallada y discriminada, de los subsidios que el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), como oferente de los proyectos, decidió poner

bajo el amparo de la póliza en cuestión. Una revisión detenida de la misma, le hubiese permitido al *a quo* arribar a la conclusión opuesta.

Pero además, su argumento según el cual, la garantía se refiere exclusivamente a la "ETAPA IV" del proyecto "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA" y no a la "ETAPA III", porque así fue anotado en el Objeto de aquella, también es desatinado. Si bien es innegable que en la póliza nro. 052004798, sin razón aparente, solo se escribió como nombre del proyecto: "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA ETAPA IV", y ello permaneció así durante las modificaciones que posteriormente le surgieron a la misma, sin que fuese advertido, lo cierto es que aquel es un detalle de forma que bajo ninguna circunstancia tiene la entidad necesaria para variar la sustancialidad y la realidad de lo que se estaba protegiendo: La restitución, en caso de incumplimiento, de los dineros entregados por cuenta de los **93 Subsidios Familiares de Vivienda** al Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca), dentro de los que estaban incluidos los **62 afectados con los actos**

administrativos *sub judice*, a la luz de la "NOTA 1" y la relación anexa que hace parte integral de aquella.

La terminología empleada para nombrar las distintas etapas que suponen la construcción de la "CIUDADELA NUEVA BUENAVENTURA", esto es "ETAPA III" o "ETAPA IV", etc., resulta indicativa del grado de avance de las obras y permite cierta diferenciación que, seguramente, deviene en útil para los constructores y operadores de la misma. No obstante, no constituyen el criterio neurálgico que permite individualizar e identificar, plena y jurídicamente, los Subsidios Familiares de Vivienda afectados con la declaratoria del siniestro de incumplimiento, en defecto de lo cual, debe acudirse a la respectiva resolución de asignación expedida en acatamiento del artículo 40 del Decreto 975 de 2004, que se repite, para el caso concreto, correspondió a la Resolución nro. 784 de 2004, tal como fue invocada por **FONVIVIENDA** en las motivaciones de las **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009.**

Por lo tanto, al quedar suficientemente probado que la póliza nro. 052004798 de 31 de octubre de 2005, otorgada por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, cubre la totalidad de los Subsidios Familiares de Vivienda asignados mediante las Resoluciones nros. 784 de 12 de octubre de 2004 y 814 de 21 de diciembre de 2004, a partir de su Objeto y la relación anexada a la misma por el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca) y aprobada por dicha aseguradora, **resulta evidente que esa garantía sí ampara el siniestro de incumplimiento que afecta a los 62 subsidios de que tratan las Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009 expedidas por FONVIVIENDA.**

En este sentido, queda desvirtuado el argumento expuesto por el Tribunal en la providencia apelada, por lo que la Sala procederá a analizar los demás cargos de la demanda frente a los cuales, la entidad demandada ejerció su oposición y defensa oportuna a través de la contestación de la demanda (folios 67 a 74 y 80 a 90), medios probatorios y alegatos de conclusión (folios 113 a 121 y 126 a 132).

En la demanda se afirma que de la lectura de la póliza nro. 052004798 de 31 de octubre de 2005, otorgada por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, se infiere con claridad que, siendo el Municipio de Buenaventura (Valle del Cauca) el único asegurado y beneficiario, **FONVIVIENDA** carecía de legitimación en la causa para hacerla efectiva a través de los actos atacados.

Este argumento tampoco es de recibo, por cuanto del texto original de esta póliza se puede verificar, sin mayor esfuerzo, que **FONVIVIENDA** sí fue designado como asegurado o beneficiario de la misma, con todas las consecuencias que ello conlleva (folios 92, 95 y 96). Pero además, la Resolución nro. 966 de 2004, al establecer las condiciones mínimas que debía tener esta garantía de cumplimiento, impuso lo siguiente:

“[...] Artículo 3. **La póliza debe constituirse a favor de la entidad otorgante de manera irrevocable e intransferible** y deberá estar a cargo del oferente que suscriba el contrato de promesa de compraventa o el contrato de construcción en sitio propio o de mejoramiento de la vivienda del hogar beneficiario del subsidio familiar de vivienda. **La entidad otorgante como beneficiaria recibirá el valor reclamado a que haya lugar, en virtud del incumplimiento en la aplicación de los subsidios familiares de vivienda girados con anterioridad a la escrituración.** Estos dineros comprenden el valor de los

subsidios familiares de vivienda y los rendimientos financieros generados en el encargo fiduciario constituido para la administración de los recursos de los subsidios familiares de vivienda.

Cuando los oferentes del programa de vivienda correspondan a una Unión Temporal o Convenio de Asociación en el cual participen dos o más partes como oferentes para la ejecución del proyecto, los afianzados participarán solidariamente y presentarán de manera conjunta la póliza [...]” (Negrillas por fuera de texto).

FONVIVIENDA, en su calidad de otorgante y como fondo que asignó los 62 subsidios afectados con los actos demandados, así como beneficiario de la respectiva póliza, tiene un interés legítimamente reconocido para reclamar los valores a que había lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004 y en ejercicio de sus funciones de adelantar las investigaciones e imponer las sanciones por incumplimiento de las condiciones de inversión de recursos de vivienda de interés social.

Sobre dicho Fondo, es que precisamente recae la responsabilidad integral de fiscalizar, hacer seguimiento al manejo de los subsidios y presentar las reclamaciones pertinentes, entre otras, las de hacer efectiva esta póliza, sin que pueda predicarse de él, como lo solicita el actor, ausencia de potestad o facultad administrativa para asumir

tales gestiones. Por ello, tampoco se accederá a lo pretendido en este argumento por el actor.

Por último, el otro cargo de la demanda plantea que, habiéndose vencido esta póliza desde el 30 de julio de 2007, tal como consta en el anexo modificadorio nro. 3 (folio 92), la reclamación podía efectuarse solo hasta el día 30 de julio de 2009, a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio, lo cual, comoquiera que ocurrió el día 5 de agosto de 2009, fecha de la notificación del acto acusado, provocó el fenómeno de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

La Sala observa que, a diferencia de los fundamentos fácticos y de derecho analizados hasta el momento, este de la prescripción ordinaria de la acción originada en el contrato de seguro pluricitado, sí tiene vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

El artículo 1081 del Código de Comercio prevé, en cuanto a la referida prescripción, que:

“[...] **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 [...]”
(Negritas por fuera de texto).

Sobre el punto, es menester recordar la posición jurisprudencial de la Sección. En una ocasión, fue demandada la nulidad parcial del Concepto Jurídico nro. 00015 de enero 27 de 1999, expedido por el Jefe de la División Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, cuyo tenor literal era:

“[...] De conformidad con los literales c) y h) del artículo 13 del Decreto 1725 de 1997, en concordancia con los literales b) del artículo 17 de la resolución 3366 de 1997, esta oficina está facultada para absolver de manera general las consultas que se formulen en relación con la interpretación y aplicación general de las normas aduaneras.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Dentro de que término debe dictarse el acto administrativo que declara el incumplimiento de la obligación asegurada y ordena hacer efectiva la póliza, en seguro de cumplimiento?

TESIS

El acto administrativo que declare el incumplimiento de la obligación asegurada y ordena hacer efectiva la póliza, en seguro de cumplimiento, **debe dictarse dentro de los 2 años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado.**

[...]

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

De conformidad con el artículo 68 No. 5 del Código Contencioso Administrativo **cuando se constituye una garantía en favor de una entidad pública, es condición que se declare (sic) el acto administrativo que declare el incumplimiento, el cual ejecutoriado y junto con la póliza integran el título que presta mérito ejecutivo.**

Ahora bien para establecer el término dentro del cual se debe dictar el acto administrativo por parte de la Administración, **el Consejo de Estado ha indicado que en este aspecto las normas de Código de Comercio son de aplicación al seguro de cumplimiento, por lo cual debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen,** tal y como se infiere de las jurisprudencias que se citan a continuación.

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

[...] en jurisprudencia del 30 de abril de 1991 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. R 087, hace un análisis de lo que ocurría antes del Decreto 01 de 1984 y lo que procede a partir de dicha norma en que se diferencia el término de prescripción de la obligación y el término de prescripción del derecho que emana del contrato de seguro, **determinando que la prescripción del derecho se rige por el artículo 1081, en tanto que el término de**

prescripción de la acción ejecutiva está regulada por el artículo 66 No. 3 del Código Contencioso Administrativo, lo anterior para aclarar el término dentro del cual la administración debe proferir el acto que declare el incumplimiento a efectos de constituir el título ejecutivo, concluyendo lo siguiente:

“[...] De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los 2 años señalados por la norma primeramente citada, (haciendo referencia al artículo 1081 del Código de Comercio) no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que la obligación y el derecho ya se encuentran prescritos [...]”.

Posteriormente, el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de agosto de 1998, retornando lo indicado a su vez en sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dr. Yesid Rojas Serrano, **hace referencia nuevamente al momento en el cual debe expedirse el acto administrativo que se declare el incumplimiento de la obligación asegurada mediante seguro de cumplimiento manifestando lo siguiente:**

“[...] Es preciso dentro de una elemental lógica, que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro, no solamente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado o, si no, dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento, o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio [...]”.

De conformidad con las jurisprudencias anteriormente transcritas se evidencia que el Consejo de Estado ha establecido mediante interpretación **que el acto**

administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada a través de seguro de cumplimiento, debe expedirse dentro de la vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado; lo anterior con el fin de evitar que proceda la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por lo anterior este despacho estima procedente aclarar la interpretación jurídica del problema jurídico No. 3 del Concepto 312 de 1994 expedido por la Subdirección Jurídica de la DIAN, en el sentido de que el acto administrativo por el cual se declara el incumplimiento de la obligación y ordena hacer efectiva la garantía, no necesariamente debe ser expedido dentro de la vigencia del contrato de seguro **ni quedar debidamente ejecutoriado, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro**, toda vez que este término (dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro) debe tenerse en cuenta para que dentro de él se expida el acto administrativo que declara el incumplimiento, y evitarse así que proceda la prescripción ordinaria.

En los anteriores términos se aclara la interpretación jurídica del problema jurídico No. 3 del Concepto 312 de 1994 [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Las consideraciones que vertió la Sala para arribar a la decisión final de anular dicho Concepto, sólo en lo relativo a la expresión: “[...] **ni quedar debidamente ejecutoriado dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro** [...]”, que hacía parte de sus conclusiones, se fundaron en los siguientes argumentos que aquí se prohíjan:

“[...] El marco legal aplicable al presente asunto, se concreta, en primera instancia, en las normas que han sido citadas como fuente formal de la interpretación jurídica instrumentada a través del concepto acusado. Dichas disposiciones son el artículo 68 numeral 5º del C.C.A. y el artículo 1.081 del Código de Comercio, preceptos que son del siguiente tenor:

“[...] **Art. 68. C.C.A.**- Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

[...]

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación [...]

“[...] **Art. 1.081 del C. De Co.** – 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 [...]

Ahora bien, el artículo 1.082 del Código de Comercio señala el término de dos años para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro, por manera que no encuentra la Sala que proferir el acto de declaratoria de incumplimiento dentro del mismo transgreda el orden jurídico pertinente.

Cosa distinta es que se establezca, a través del Concepto cuestionado, **que no se requiere que el acto que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la garantía quede en firme dentro del término de los dos años, contados a partir de la ocurrencia del hecho o del momento en que tuvo conocimiento del mismo, pues, es incuestionable que el acto de la administración ha de quedar ejecutoriado a fin de constituir el título que, tal como lo señala el artículo 68, numeral 5º del C.C.A., preste mérito ejecutivo para lograr la efectividad de la póliza.**

Y el señalamiento de que no es menester que tal ejecutoria se presente dentro del término de los dos años dispuestos por el artículo 1.081 del Código de Comercio, sencillamente haría nugatoria la efectividad de accionar, en virtud del fenómeno de la prescripción consagrado en el citado precepto del estatuto mercantil, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, así:

“[...] De manera que, si el título ejecutivo no se conforma dentro de los 2 años señalados por la norma primeramente citada, (se refiere al art. 1.081 del C. de Co.), no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que la obligación y el derecho ya se encuentran prescritos [...]”⁸.

Como corolario de los argumentos expuestos, para la Sala es evidente que la interpretación cuestionada, se ajusta al marco legal en que se fundamenta, en cuanto prevé que el acto administrativo que declara el incumplimiento de la obligación garantizada, puede ser proferido dentro del término de dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro o del conocimiento del mismo.

No obstante, no ocurre lo propio, en cuanto el concepto interpreta que no se requiere que el acto administrativo que declara el incumplimiento quede ejecutoriado

⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 30 de abril de 1.991, Expediente nro. R087.

dentro del término de dos años mencionado, desconociendo de esta manera, el contenido del artículo 1.081 del Código de Comercio, por lo cual, acogiendo el concepto emitido por la Agencia del Ministerio Público, la Sala declarará la nulidad de la expresión "...ni quedar debidamente ejecutoriado, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro..." utilizada en la interpretación oficial cuestionada [...]"⁹ (Negritas y subrayas por fuera de texto).

En esta Jurisprudencia se encontró que, la interpretación consignada en el referido Concepto, se ajustaba al marco legal en cuanto previó que el acto administrativo que declara el incumplimiento de la obligación garantizada, puede ser proferido dentro del término de dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro o del conocimiento del mismo, **pero que, en cualquier caso, no ocurría lo mismo con su afirmación de que no se requería que dicho acto quedara ejecutoriado dentro del mencionado término de dos años**, pues, suponerlo así, era desconocer flagrantemente el artículo 1081 del Código de Comercio. En consecuencia, decidió mantener incólume el contenido del Concepto, salvo la expresión que conducía erráticamente a lo segundo: **"[...] ni quedar debidamente ejecutoriado, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro [...]"**.

⁹ Sentencia de 21 de septiembre de 2000, Radicado nro. 5796, Consejera ponente Doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

En sentencia de 28 de agosto de 2003, Expediente nro. 8031, Consejero ponente Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se confirma este criterio, haciendo alusión a la providencia arriba referenciada y a otro pronunciamiento de esta Sección:

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

De igual forma, la Sala declaró la nulidad del artículo pertinente de un fallo de responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría General de la República, al encontrar, luego de su estudio bajo el

criterio expuesto, que había prescrito la acción derivada del contrato de seguro que se ordenó afectar:

"[...] En ese orden, se observa que el acto administrativo objeto del sub lite tuvo como motivos o causa, hechos y conductas que se dieron de manera reiterada o repetida hasta 2001, pero la póliza tuvo vigencia hasta 1º de mayo de 1998, por lo tanto sólo procede considerar los hechos que tuvieron ocurrencia hasta esa fecha, y así se precisó en dicho acto administrativo al decirse en el fallo de responsabilidad fiscal que *"las obligaciones que se encuentran por fuera de la fecha de vigencia de la garantía, serán excluidas de la presente providencia por cuanto como lo expone el apoderado de la Aseguradora no se encuentran afianzados por esta"*.

[...]

Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, **le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación.**

En esas circunstancias es notoria la ocurrencia de la prescripción alegada por la actora, lo cual implica la anulación de la decisión tomada en su contra en el artículo tercero del referido fallo, como lo decretó el a quo [...]”¹⁰ (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

En este mismo sentido, en sentencia de 20 de noviembre de 2014, la Sala confirmó la nulidad de otro fallo de responsabilidad fiscal, debido a similares razones:

¹⁰ Sentencia de 18 de marzo de 2010, Radicación nro. 25000-23-24-000-2004-00529-01, Consejero ponente Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

“[...] Ahora bien, obra en el expediente que la caducidad del contrato se declaró mediante la Resolución 790 de 1º de marzo de 1999, confirmada por la Resolución 1730 de 4 de junio de 1999, y ejecutoriada el 30 de junio de 1999, según certificación emitida por la Secretaría de Educación Distrital. Por su parte, al expedirse el fallo de responsabilidad fiscal que declaró a la Aseguradora como civilmente responsable **y que configura el título ejecutivo para el posterior cobro de la póliza, el 26 de abril de 2005, con notificación del Auto de 30 de junio de 2005, con el que culminó la vía gubernativa, el 12 de diciembre de 2005, no cabe duda de que aquella prescribió** pues había transcurrido un término incluso mayor al de los 5 años¹¹ que prevé el artículo 1081 del C. de Co., desde la ocurrencia del siniestro, como acertadamente concluyó el a quo [...]”¹² (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Y, en materia aduanera, la Sección mantuvo la legalidad de unas resoluciones que declararon incumplida una importación temporal y ordenaron hacer efectiva su garantía, empleando para ello el mismo rasero:

“[...] **La DIAN profirió los actos administrativos, Resolución 0262 del 21 de mayo de 2004 (por la cual declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectivas las pólizas), Resolución 0006 de septiembre 7 de 2004 (mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 0262 del 21 de mayo de 2004), y Resolución 0364 de octubre 27 de 2004 (por la cual resolvió el recurso de Apelación interpuesto**

¹¹ En su defensa, el demandado alegó, erráticamente, que no le era aplicable el artículo 1081 del Código de Comercio y que si así lo fuera, debía contabilizársele el término de 5 años y no de 2, ambos evidentemente sobrepasados en ese caso.

¹² Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Radicado nro. 25000-23-24-000-2006-00428-01, Consejero ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

contra la Resolución 0262 de 2004), dentro de los dos años de la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, no operando el fenómeno de la prescripción respecto de las pólizas constituías a favor de la Nación.

En consecuencia, la Sala Concluye que las resoluciones acusadas se ajustan a derecho y, por lo tanto, deberá revocarse la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda [...]”¹³ (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Como se denota en las anteriores citas, ha sido pacífica y reiterada la Jurisprudencia de la Sección en determinar, claramente, **que solo se interrumpe el término de los dos años de la prescripción ordinaria contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio, cuando el acto administrativo que ordena la efectividad de la garantía, cobra firmeza dentro de dicho lapso**; esto es que, luego de haber surtido su notificación: (i) contra este no proceda recurso alguno, (ii) o se hayan decidido los recursos interpuestos y notificados los actos que los resolvieron, (iii) o en caso que sí procedan, no se interpongan los recursos o se renuncie expresamente a ellos, o (iv) haya lugar a la perención o se acepten los desistimientos, todo ello según lo establecido por el artículo 62 del CCA.

¹³ Sentencia de 5 de junio de 2014, Radicado nro. 76001-23-31-000-2004-05567-01, Consejera ponente Doctora María Claudia Rojas Lasso.

Así quedó sintetizado, también, en la sentencia de 21 de octubre de 2010:

“[...] De la misma manera, la Sala mediante sentencia de 12 de junio de 2008¹⁴ precisó que «*los actos administrativos que ordenan la efectividad de la garantía **deben quedar en firme dentro del período de dos años que establece el artículo 1081 del C.Co.** para que no se configure la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro*» (negrilla fuera de texto).

Este criterio jurisprudencial fue reiterado en sentencia de 3 de junio de 2010¹⁵, en la que se anotó lo siguiente:

“[...] Sobre el particular, esta Corporación encuentra que no le asiste razón a la DIAN, pues, se reitera, la póliza expresamente consignó que **el siniestro se entiende acaecido una vez se encuentre ejecutoriada y debidamente notificada la resolución que declare el incumplimiento amparado por la póliza**, cual fue, en este caso, la Resolución 594 del 7 de marzo del 2000, que ordenó el decomiso de la mercancía y, en consecuencia, que se pusiera a disposición de la DIAN, resolución que fue notificada a SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. el 28 de noviembre del 2000, lo cual se traduce en que le asistió razón al Tribunal al declarar la nulidad de los actos acusados, en cuanto el siniestro ocurrió dos días después del vencimiento de la póliza (26 de noviembre del mismo año).

En anteriores oportunidades, la Sala se ha pronunciado en el mismo sentido, al resolver asuntos similares al aquí controvertido¹⁶:

[...]

¹⁴ Expediente nro. 2001-01484, actora: Liberty Seguros S.A., Consejera ponente Doctora Martha Sofía Sanz Tobón.

¹⁵ Expediente nro. 2002-0430, actora: Compañía Suramericana de Seguros S.A., Consejera ponente Doctora María Claudia Rojas Lasso (E).

¹⁶ Sentencia del 30 de marzo de 2006, exp. 1999-00806, M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

Significa lo anterior, que el siniestro (incumplimiento) se produjo inmediatamente después de la ejecutoria de la decisión que le ordenó devolver la mercancía, en este caso, al día siguiente, que fue el plazo que se le dio en la Resolución 0057 de 20 de agosto de 1997 (folio 78).

[...]

De igual manera, esta Sección mantuvo la anterior posición, cuando sostuvo¹⁷:

“[...] En consecuencia, en caso de que la DIAN ordene el decomiso de las mercancías que se encuentran garantizadas por la respectiva póliza bancaria y las mismas no sean entregadas, la Aduana hará efectiva la correspondiente póliza, siempre y cuando la orden de decomiso, esto es el siniestro, se haya dado dentro de la vigencia de la póliza que respalda la obligación y adicionalmente no hayan prescrito las acciones para efectuar el cobro.

Ahora bien, **para que se entienda ocurrido el siniestro en el caso concreto, se requiere que la orden de decomiso se encuentre en firme, esto es, a la luz del artículo 62 del C.C.A., que contra dicho acto administrativo (i) no proceda ningún recurso o (ii) que los recursos interpuestos se hayan decidido o (iii) que no se interpongan, o se renuncie expresamente a ellos o (iv) que haya lugar a la perención o se acepten los desistimientos. De lo contrario, se estaría pretermitiendo una etapa fundamental dentro de la vía gubernativa y en consecuencia se estaría vulnerando el derecho al debido proceso [...]**” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

En el *sub lite*, fue probado que la póliza nro. 052004798 de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, se expidió el día 31 de octubre de

¹⁷ Sentencia del 21 de febrero del 2008, exp. núm. 2001-00271, Consejera Ponente, dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

2005 con una vigencia inicial hasta el día 31 de julio de 2006 (folio 96), la cual, fue prorrogada hasta el día **30 de junio de 2007**, según anexo modificadorio de 26 de octubre de 2006 (folio 92) y constancia de pago de 27 de octubre de 2006 (folio 94), sin que haya sido demostrada la existencia de más adiciones a su vigencia.

Los actos acusados, no identificaron claramente la fecha de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al incumplimiento allí declarado ni hay prueba de ello en el expediente. No obstante lo anterior, tomando como referencia el último día que estuvo vigente dicha póliza **(30 de junio de 2007)** y bajo la hipótesis de que en esa fecha límite, **FONVIVIENDA** tuvo o debió tener conocimiento del hecho que desató el mencionado incumplimiento (pues para ese momento la póliza debía estar vigente), los dos (2) años para haber interrumpido la prescripción de la misma, a través de la expedición y firmeza del respectivo acto administrativo, vencieron el día **30 de junio de 2009**.

El incumplimiento obligacional, así como la orden de afectar la póliza nro. 052004798, declarados por **FONVIVIENDA** a través de

la demandada **Resolución nro. 093 de 2 de marzo de 2009**, fue notificado a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** el día 5 de agosto de 2009, y resuelto su recurso de reposición con la **Resolución nro. 776 de 13 de octubre de 2009**, notificada a dicha aseguradora el día **10 de noviembre de 2009**, esto es que, cobró firmeza por fuera de los dos (2) años que le impone el artículo 1081 del Código de Comercio **(30 de junio de 2009)**, sin que haya logrado evitarse la prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro involucrado.

En estas circunstancias, al resultar notoria la ocurrencia de la prescripción alegada por la actora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, la Sala se ve avocada a decretar la nulidad de la decisión tomada en los artículos 2º y 4º de la **Resolución nro. 093 de 2 de marzo de 2009**, en cuanto estos ordenaron hacer efectiva la póliza nro. 052004798 constituida a favor de **FONVIVIENDA**, así como la nulidad de la **Resolución nro. 776 de 13 de octubre de 2009**, en lo pertinente a la afectación de la referida garantía.

Finalmente, se hará alusión a un aspecto surgido en medio del debate contencioso-probatorio del presente proceso, que si bien no fue alegado en los fundamentos de la demanda ni vislumbrado por las partes en el trámite de la misma, lo cierto es que, de conformidad con sus potestades oficiosas, la Sala está obligada a no dejarlo pasar por alto, máxime en el caso concreto en el que constituye un argumento adicional que demuestra la ilegalidad de los actos acusados.

La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., relativo al contenido de la demanda cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo ante la jurisdicción administrativa y el deber de indicarse las normas violadas y el concepto de su violación, estableció lo siguiente:

“[...] 2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97¹⁸ cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política, suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas. Dijo la Corte en dicha sentencia:

"[...] La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan.

El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.).

- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución.

- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aún cuando este emana de la

¹⁸ Magistrado ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.

Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales.

- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.

La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos [...]".

2.8. Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a

**garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento
jurídico superior.**

Lo expresado tiene su justificación en los razonamientos expuestos por esta Corte en la sentencia C-069/95¹⁹ [...].

3. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. **No obstante, la norma será declarada executable condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución** [...]”²⁰ (Negritas y subrayas por fuera de texto).

En medio de la expedición de las **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009 y 776 de 13 de octubre de 2009**, se percibe la vulneración flagrante del derecho constitucional fundamental al debido proceso que le asiste a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

Ello, comoquiera que la Resolución nro. 966 de 2004 que, como se vio, estableció las condiciones mínimas que debe tener la póliza de

¹⁹ Magistrado Ponente Doctor Hernando Herrera Vergara.

²⁰ Sentencia C-197 de 7 de abril de 1999, Magistrado ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.

cumplimiento que garantiza el giro del Subsidio Familiar de Vivienda, previó en sus artículos 8º y 9º, la necesidad de surtir un procedimiento que le permita a la aseguradora, demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de responsabilidad:

“[...] Artículo 8o. Acto Administrativo. Cuando se trate de recursos del Gobierno Nacional, **la garantía se hará efectiva cuando el Representante Legal de la entidad otorgante del Subsidio Familiar de Vivienda emita el acto administrativo correspondiente, en el cual se establezca el incumplimiento del oferente seguido de la reclamación formal.** Para el caso de los recursos otorgados a través de las Cajas de Compensación Familiar, la entidad respectiva podrá hacer efectiva la garantía mediante reclamación directa [...]” (Negrillas por fuera de texto).

“[...] Artículo 9o. Procedimiento. **Las entidades otorgantes del Subsidio Familiar de Vivienda estarán obligadas a informar de manera inmediata a la compañía de seguros sobre la declaratoria del siniestro. A su turno la entidad aseguradora estará obligada a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha de la reclamación formal o el acto administrativo en firme, según sea el caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio** [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

El artículo 1077 del Código de Comercio, al que remite esta Resolución, impone:

“[...] Artículo 1077. <CARGA DE LA PRUEBA>. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad [...]
(Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Contrario a lo dispuesto por estas normas, en cuanto condicionan el pago del siniestro a que se surta un trámite previo que puede finalizar, incluso, con la decisión de no afectar la respectiva garantía, **FONVIVIENDA** en el mismo instante, de forma simultánea y pretermitiendo la defensa de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, procedió con la expedición del acto y ordenó la afectación inmediata de tal póliza.

No le otorgó al actor la oportunidad debida para probar una situación exonerante de su responsabilidad absoluta o parcial, pues si la póliza cubría todos y cada uno de los 62 Subsidios Familiares de Vivienda, de forma individual y con un valor unitario de \$7.518.000.00, lo correcto era permitirle a la aseguradora desvirtuar la inclusión de estos, caso por caso y uno por uno, en el acto que pretendiera declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía. Cada subsidio asignado, otorgado y desembolsado a un hogar del país, es una solución para la adquisición, construcción o mejoramiento de su vivienda de interés social, por lo que las

circunstancias que rodearon el incumplimiento del buen manejo e inversión de estos recursos, individualmente examinados, debieron ser enrostradas a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** en un debate probatorio previo.

Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación²¹, en un asunto similar al *sub judice*, en donde se debatió la legalidad de este mismo tipo de actos administrativos con los que **FONVIVIENDA** declara el incumplimiento de las obligaciones por cuenta del Subsidio Familiar de Vivienda y ordena hacer efectivas las respectivas pólizas de cumplimiento, también declaró la nulidad de aquellos, explicando con suficiencia lo siguiente:

“[...] De esta forma, se entiende que si bien en tratándose de contratos de seguro celebrados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista con ocasión de la celebración de un contrato estatal, 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.**

²¹ Por razones que atañen al trámite interno de reparto de procesos, algunos expedientes son conocidos por la Sección Tercera y otros tantos por la Sección Primera, a pesar de girar, todos, en torno a similares circunstancias fácticas y de derecho.

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.**

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 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.

[...]

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron, se encuentra demostrado que el demandado Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA, **desconoció el derecho al debido proceso de la Compañía aseguradora, pues expidió la Resolución No. 139 del 27 de mayo de 2008**, mediante la cual se ordenó hacer efectivas las garantías constituidas a favor del FONDO NACIONAL DE VIVIENDA- FONVIVIENDA, las pólizas N° 042002205 y N° 042002207, por un valor asegurado de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIEN PESOS M/cte. (\$257.984.100,00) y CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS M/cte (\$156.354.000,00) respectivamente, expedidas por la Compañía Seguros del Estado S.A.; **sin que se hubiera agotado un procedimiento previo que le permitiera presentar sus argumentos de defensa frente a las condiciones que rodearon dicha declaratoria** [...]”²² (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

²² Sección Tercera, sentencia de 7 de septiembre de 2015, Radicado nro. 25000-23-24-000-2008-00400-01 (45907), Consejero ponente Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Por lo tanto, las **Resoluciones nros. 093 de 2 de marzo de 2009** y **776 de 13 de octubre de 2009**, además de haber sido expedidas en medio de la ocurrencia del fenómeno de la prescripción ordinaria de la acción que se deriva del contrato de seguro contentivo de la póliza nro. 052004798 de 31 de octubre de 2005, también lo fueron transgrediendo el derecho constitucional fundamental al debido proceso de la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

A partir de lo anterior, se mantendrá el sentido de la decisión adoptada por la sentencia impugnada de 22 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal, modificándose para ello su numeral 2º), pues la nulidad de los actos acusados es, exclusivamente, en lo que guarda relación con la orden de afectar la pluricitada póliza.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: MODIFÍCASE el artículo 2º) de la parte resolutive de la sentencia apelada, el cual quedará así: **DECLÁRASE** la nulidad de los **artículos 2º y 4º de la Resolución nro. 093 de 2 de marzo de 2009**, en cuanto estos ordenaron hacer efectiva la póliza nro. 052004798 de 31 de octubre de 2005, así como la nulidad de la **Resolución nro. 776 de 13 de octubre de 2009**, en lo relativo a la afectación de dicha garantía.

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en lo demás, la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 1o. de febrero de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ