

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB-SECCIÓN "A"

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

PROCESO No.:	25000-23-41-000-2012-00092-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	SEGUROS DEL ESTADO S.A.
DEMANDADA:	FONDO NACIONAL DE VIVIENDA - FONVIVIENDA

SISTEMA ORAL

ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia en la demanda promovida por LA Sociedad Seguros del Estado S.A., con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011, así como su consecuente restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES

1. El escrito de demanda

1.1. Pretensiones

El demandante por intermedio de su apoderado formuló las siguientes pretensiones en el escrito de demanda:

"(...)

2. Que se declare ilegal la Resolución No. 0483 del 23 de junio de 2011, notificada a SEGUROS DEL ESTADO S.A. el día 19 de Enero de 2012, por medio de la cual se declara unilateralmente un incumplimiento.

3. *Que el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA reconozca y pague a la Compañía que represento los perjuicios patrimoniales que hubiere podido causar con motivo de la declaratoria de incumplimiento recurrida.*

4. *Que en el evento en que se declare la nulidad de la Resolución acusada y se haya pagado el siniestro por cualquier motivo, se ordene a la Entidad demandada el reconocimiento y pago realizado por la aseguradora debidamente actualizado como mandan la ley y la jurisprudencia nacional.*

5. *Que se declaren las compensaciones que a la luz de lo probado en este proceso resulten evidentes.*

6. *Que el Fondo Nacional de Vivienda reconozca y pague a la compañía las costas y gastos de este proceso”.*

En escrito con radicado del 13 de febrero de 2013 por el cual reformó la demanda, agregó como pretensiones subsidiarias las siguientes:

“1. Que se declare que el acto demandado se notificó de manera extemporánea al Demandante, lo cual conduce a una notificación irregular del acto administrativo.

2. Que se declare que la notificación irregular del acto administrativo conduce a su ineficacia.

3. Que en consecuencia se declare que el acto administrativo impugnado resulta ineficaz.

4. Que se condene a la Administración de Fonvivienda a restituir todo aquello que la sociedad demandante hubiese tenido que pagar por cuenta de la ejecución del acto que aquí se demanda”.

1.2. HECHOS:

Fueron descritos por el demandante así:

1.2.1. La Unión Temporal Alcaldía de Mocoa y Geociviles LTDA. presentó ante FINDETER un proyecto de vivienda de interés social denominado URBANIZACIÓN PALERMO, para asignación del subsidio familiares de vivienda.

1.2.2. El Fondo Nacional de Vivienda aprobó y otorgó para el proyecto, ochenta y siete (87) subsidios familiares mediante resolución de asignación

No. 818 de 2004 para igual número de soluciones de vivienda. Los subsidios entregados fueron garantizados mediante Póliza de Cumplimiento No. 064101355 por valor de \$895.895.000 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1.2.3. El Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) aduciendo el incumplimiento por parte de la Unión Temporal de las obligaciones contenidas en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, y resuelve declarar unilateralmente el incumplimiento y hacer efectiva la póliza expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1.2.4. El incumplimiento y la efectividad de las pólizas se declaró mediante Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011, notifica el 19 de enero de 2012, contra la cual no se interpuso recurso alguno. La aseguradora no fue vinculada al procedimiento administrativo adelantado por FONVIVIENDA.

1.2.5. La entidad demandada hizo efectivas las pólizas de cumplimiento por el 100% del valor asegurado, como si se tratara de unas pólizas de valor admitido, sin determinar ni cuantificar el daño que se pretende sea indemnizado, desconociendo el principio fundamental del contrato de seguro en su carácter indemnizatorio, desconociendo el artículo 1071 del Código de Comercio.

1.2.6. La entidad profirió el acto administrativo demandado cuando la acción estaba caducada.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Las normas violadas y el concepto de la violación se encuentran contenidos en los cargos de nulidad que se señalarán en la parte considerativa de esta decisión.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA:

Por intermedio de su apoderado contestó la demanda en los siguientes términos:

2.1.1. Sobre el concepto de la violación: el apoderado de la demandada se pronunció conforme se señala en las consideraciones de esta decisión.

2.1.2. Excepciones propuestas:

2.1.2.1. IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO:

2.1.2.1.1. No se configura la prescripción ordinaria del artículo 1081 del Código de Comercio a que hace referencia el demandante, comoquiera que FONVIVIENDA declaró la ocurrencia del siniestro en vigencia de la garantía otorgada a su favor, cosa distinta es que la notificación se haya realizado mucho después. Sin embargo, el hecho no es relevante en la medida que la notificación es un elemento externo del acto administrativo y no debe realizarse dentro de la vigencia de la póliza. La declaratoria puede producirse después del vencimiento del seguro.

2.1.2.1.2. Por disposición legal corresponde a la entidad estatal declarar la ocurrencia del siniestro, mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado. La declaratoria es constitutiva del siniestro de incumplimiento, teniendo en cuenta que el contrato de seguro celebrado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato estatal no es igual al que se celebre el amparo de otra clase de obligaciones en favor de los particulares, que se rigen por el Código de Comercio.

2.2. GEOCIVILES LIMITADA

Actuando por intermedio de Curadora Ad-Litem contestó la demanda de forma extemporánea.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Sobre la admisión de la demanda:

3.1.1. Previo reparto, en auto del 17 de septiembre de 2012 reiterado en auto del 4 de octubre de 2012, se ordenó a FONVIVIENDA remitir copia del contrato interadministrativo No. 212009, relacionado con el proyecto de vivienda de interés social denominado "Urbanización Palermo", siendo oferente la Unión Temporal Alcaldía de Mocoa y Geociviles Ltda.

3.1.2. En auto del 22 de octubre de 2012 se inadmitió la demanda.

3.1.3. En escrito radicado el 6 de diciembre de 2012, el apoderado de la parte actora subsanó la demanda. En radicado del 13 de febrero de 2013 presentó escrito de reforma a la demanda, incluyendo pretensiones subsidiarias.

3.1.4. En auto del 8 de abril de 2013 se inadmitió la demanda.

3.1.5. En auto del 6 de mayo de 2013, la Sala de la Sección Primera Subsección A, resolvió admitir la demanda respecto a excepción de las pretensiones subsidiarias de reparación directa, enlistadas en el escrito presentado el 13 de febrero de 2013, sobre las cuales se rechazó la demanda.

3.2. Junto con la demanda, SEGUROS DEL ESTADO S.A. solicitó la suspensión provisional del acto administrativo demandado. En auto del 28 de octubre de 2013 se resolvió negar la solicitud de medida cautelar.

3.3. En auto del 3 de abril de 2014 el Despacho sustanciador ordenó notificar a la sociedad GEOCIVILES LTDA. del auto admisorio de la demanda. En auto

del 27 de agosto de 2014 se le designó a la parte curador ad litem. En auto del 1º de julio del 2015 se fijaron los gastos del curador, debiendo ser cancelados por la parte demandante.

3.4. La curadora ad litem de la sociedad GEOCIVILES LTDA. contestó la demanda el 3 de noviembre de 2015. El Despacho sustanciador en auto del 7 de marzo de 2016 tuvo por contestada la demanda, decisión contra la cual el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, siendo procedente la reposición, la cual fue decidida en auto del 30 de agosto de 2018 en el sentido de reponer la decisión, y en su lugar entender por no contestada la demanda.

3.5. **Audiencia inicial:** la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, se llevó a cabo el 3 de febrero de 2014, con la comparecencia de los apoderados de Seguros del Estado y de FONVIVIENDA. En la diligencia se surtieron las siguientes etapas:

3.5.1. Saneamiento del proceso: Se determinó que no existía causal que invalidara el proceso.

3.5.2. Declaración de las excepciones previas: se resolvió la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda formulada por FONVIVIENDA, siendo negada.

3.5.3. Fijación del litigio: se determinó en los hechos que FONVIVIENDA consideró que no son ciertos y que no es un supuesto de hecho relevante para la demanda, así como de resolver los cargos de nulidad formulados por el demandante.

3.5.4. Posibilidad de conciliación: ante la falta de ánimo conciliatorio de las partes se declaró fallida la etapa.

3.5.5. Medidas cautelares: sin otra solicitud de medidas cautelares hasta esa etapa del proceso.

3.5.6. Decreto de pruebas: se tuvieron como tales las aportadas en la demanda, y en el escrito de contestación.

3.356.1. Se decretó como prueba documental el oficio a FINDITER para que informara el incumplimiento contractual de la unión temporal Alcaldía de Mocoa y Geociviles Ltda. de las obligaciones derivadas del artículo 50 del Decreto 975 de 2004, dentro del proyecto denominado urbanización Palermo, supervisada por la institución oficiada.

3.6. Audiencia de pruebas:

3.6.1. En la diligencia llevada a cabo el 19 de febrero de 2019 se incorporó la prueba oficiada.

3.6.2. Evacuado el objeto de la diligencia se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

3.7. Alegatos de conclusión

Dentro del término concedido para el efecto, las partes presentaron en término sus alegatos de conclusión, así:

3.7.1. Demandante: reiteró los argumentos de la demanda.

3.7.2. FONVIVIENDA:

- Afirmó que FONVIVIENDA suscribió con FONADE un contrato interadministrativo para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.2.13.1.5.2. del Decreto 1077 de 2015, por la cual FONADE emitió

recomendación de declaratoria de incumplimiento ante la parálisis del proyecto, lo cual determinó que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio declarara la medida administrativa de incumplimiento mediante Resolución No. 483 del 23 de julio de 2011, al oferente Unión Temporal Alcaldía de Mocoa y GEOCIVILES LTDA., del proyecto de vivienda de interés social Urbanización Palermo 2004, toda vez que no se había cumplido con la legalización de los subsidios familiares de vivienda, y en tanto que el proyecto se encontraba paralizado.

- Por tanto, se ordenó hacer efectiva la póliza No. 64101355 expedida por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO, que amparaba los recursos de giro anticipado.

- La Resolución No. 483 del 23 de julio de 2011, mediante la cual se declaró el incumplimiento al Proyecto de Vivienda de Interés Social Urbanización Palermo 2004, fue expedida siguiendo los lineamientos establecidos en el Decreto 1077 de 2015, la Resolución 019 de 2011 y el Protocolo de Incumplimiento otorgándose todas las garantías determinadas en la Constitución Política y la Ley 1437 de 2011. Así mismo, a la demandante se le concedió la oportunidad de interponer el correspondiente recurso en contra del acto administrativo, ante lo cual la compañía aseguradora y el oferente guardaron silencio.

- FONVIVIENDA tuvo conocimiento de la existencia del siniestro a partir que la entidad supervisora FONADE, envió la carpeta con la recomendación de declarar el incumplimiento, esto es, en Radicado No. 20112310077611 del 30 de marzo de 2011, momento en el cual empieza a correr el término prescriptivo de conformidad con lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio y conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

- En los demás aspectos reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

3.8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agente del Ministerio Público designada ante esta Corporación emitió pronunciamiento así:

3.8.1. La autoridad estatal está facultada para declarar el siniestro mediante acto administrativo, cuya ocurrencia se entiende comunicada por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo, el cual debe contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización, decisión contra la cual proceden los recursos de Ley y posteriormente la revisión judicial. Es en virtud del contrato celebrado entre la entidad estatal y el contratista que se constituye la póliza de cumplimiento que se hace efectiva si el contratista incumple con sus obligaciones. Por tanto, los argumentos de SEGUROS DEL ESTADO S.A. en cuanto a la violación del debido proceso no encuentran sustento legal ni fáctico.

3.8.2. Los numerales 4º y 5º del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo habilitan a las entidades para exigir las garantías estipuladas en la póliza de cumplimiento, a través de la expedición de un acto administrativo de declaración unilateral de incumplimiento, de la declaración del siniestro y la cuantía de la indemnización. El asegurador debe probar la tasación o cuantificación de la indemnización que hace unilateralmente la administración en la expedición del acto, teniendo para estos efectos el recurso en contra de la decisión.

3.8.3. En el acto administrativo demandado se consigna que fue a partir de los informes del FONADE, de sus visitas de supervisión, que FONVIVIENDA conoce de la ejecución físico financiera del proyecto que no correspondía al porcentaje de los recursos girados al oferente desde el encargo fiduciario. Así mismo, el acto advirtió que la fecha de visita que estableció los incumplimientos, data del 1º de marzo de 2010, fecha a partir de la cual

tendría la administración el plazo de dos años para efectuar las actuaciones pertinentes, en vigencia del contrato de seguro.

3.8.4. El acto administrativo demandado fue expedido dentro del término prescriptivo consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio, aun cuando SEGUROS DEL ESTADO S.A. alega que conoció de la decisión mucho después, dada su notificación del 19 de enero de 2012, fecha que en todo caso no sobrepasa los dos años estipulados en la norma.

3.8.5. Con fundamento en lo expuesto la Agente del Ministerio Público solicita negar las pretensiones de la demanda.

II) CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

En atención a que en ese caso se ejerce el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se controvierte un acto administrativo, y atendido que la cuantía de las pretensiones excede de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, de conformidad con el numeral 3° del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, y considerando que los actos acusados fueron expedidos dentro del Distrito Judicial Administrativo de Cundinamarca, este Tribunal es competente para conocer y decidir en primera instancia el proceso de la referencia.

1.1. Si bien en el escrito de demanda se formuló como pretensión declarar la “ilegalidad” de la Resolución No. 0483 del 23 de junio de 2011, notificada a SEGUROS DEL ESTADO S.A. el día 19 de Enero de 2012, entiende la Sala dada la naturaleza del presente medio de control, que en realidad la pretensión versa sobre la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandando con el consecuente restablecimiento del derecho, siendo

competente la Sala para pronunciarse sobre el asunto en virtud de las normas antes citadas.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los supuestos de la demanda, deberá establecer la Sala si sobre el acto demandado hay lugar a encontrar probados los cargos de que se acusan y si ello da lugar a declarar su nulidad junto con el correspondiente restablecimiento pretendido en la demanda.

3. DEL ACTO OBJETO DE REVISIÓN DE LEGALIDAD

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011 *“por la cual se declara un incumplimiento”*, emitido por el Director Ejecutivo del Fondo Nacional de Vivienda.

4. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL QUE FUNDAMENTA LA DECISIÓN

La Sala fundamenta la decisión respecto de los cargos de nulidad, en virtud del siguiente marco legal y jurisprudencial:

4.1. EL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El actuar de la administración en el marco de un proceso en sede administrativa, debe someterse entre otros, a la garantía del debido proceso, desarrollado en el artículo 29 de la Constitución Política, así:

“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.

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

El debido proceso como lo estipula la norma constitucional, debe ser aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y en estas últimas, tal disposición ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, en el entendido de la salvaguarda de las garantías mínimas previas y posteriores que se predicán de tal derecho fundamental, de la siguiente manera:

“33.- De conformidad con lo anterior, entonces, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental.

34.- De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas. En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica.

De esta manera, la posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas. Así pues, la posibilidad de recurrir y/o apelar e incluso de acudir a la jurisdicción, no puede confundirse con las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa, sino que dichas oportunidades cumplen, en estos casos, una función de verificación de validez de lo que fundamentó una decisión administrativa”¹.

Esta postura fue reiterada por la H. Corporación en jurisprudencia posterior, al recalcar la proyección y alcance del derecho fundamental al debido proceso en los momentos previos y posteriores de la actuación administrativa, agregando:

“Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa”² (subrayado fuera del texto).

Así las cosas, el debido proceso como derecho fundamental, debe ser aplicable en las actuaciones administrativas, salvaguardando las garantías mínimas previas, esto es, a) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, b) el acceso al juez natural, c) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa, d) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos y, e) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades; así como las garantías mínimas posteriores, referidas a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de la decisión mediante los

¹ SIERRA PORTO, Humberto Antonio (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-1189 de 2015. Referencia: expediente D-5804.

² CALLE CORREA, María Victoria (M.P.) (Dra.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-034/14. Referencia: expediente D-9566.

recursos en sede administrativa y la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.2. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO RESPECTO AL ASEGURADOR

4.2.1. La Sala se atiene al marco legal y jurisprudencial de las secciones Primera y Tercera del H. Consejo de Estado, que en asuntos de similares características y que involucran a las mismas partes al presente caso, ha considerado:

“En medio de la expedición de las Resoluciones nros. 094 de 2 de marzo de 2009 y 791 de 21 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 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:

(...)

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

(...)

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 29 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 Corporación, en un asunto similar al sub iudice, 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.

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 [...].”

Por lo tanto, las Resoluciones nros. 094 de 2 de marzo de 2009 y 791 de 21 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.”³.

4.2.2. La postura del H. Consejo de Estado antes citada se encuentra fundamentada en aplicación de las siguientes normas:

i) El artículo 1077 del Código de Comercio que prescribe:

“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”.

ii) La Resolución No. 966 del 17 de agosto de 2014 “*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*”, proferida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que en sus artículos 8º y 9º establecen:

“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.

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.

³ GARCÍA GONZÁLEZ, María Elizabeth. H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

PARAGRAFO. En virtud del pago de la indemnización, la aseguradora se subroga hasta su importe en todos los derechos que el otorgante del subsidio tenga contra el tomador o afianzado. El afianzado, se obliga y compromete a reembolsar inmediatamente a la aseguradora la suma que ésta llegará a pagar al otorgante del subsidio, con ocasión de la póliza, acrecida con los intereses comerciales y de mora vigentes. Para tal efecto, la póliza acompañada de la constancia de pago de la correspondiente indemnización realizada por la aseguradora, prestará mérito ejecutivo”.

4.2.3. El H. Consejo de Estado en la sentencia citada refiere a 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.

4.2.4. Por tanto, la H. Corporación considera que el debido proceso administrativo se concreta en que previamente a la declaratoria de configuración del siniestro se le otorgue la oportunidad al asegurador para que presente sus puntos de vista, allegue los elementos probatorios necesarios y ejerza su derecho de defensa.

4.2.5. La oportunidad debida de la aseguradora para probar una situación exonerante de responsabilidad absoluta o parcial, debe ser previa al acto administrativo por el cual se declare el incumplimiento y se decida la afectación de la póliza, postura del H. Consejo de Estado que es concordante con las garantías mínimas previas descritas por la H. Corte Constitucional en la sentencia antes citada, que deben caracterizar el debido proceso administrativo.

4.2.6. Luego no es suficiente con afirmar que la aseguradora cuenta con el recurso de reposición en contra del acto administrativo declaratorio del

siniestro y la afectación de la póliza de seguro, para dar por garantizado el debido proceso, por cuanto a la aseguradora le asiste el derecho de ejercer su derecho de defensa antes de proferirse tal acto administrativo.

4.3. LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO

4.3.1. El artículo 1081 del Código de Comercio prevé:

“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” (negrilla fuera del texto).

4.3.2. En interpretación del artículo citado, el H. Consejo de Estado, Sección Primera, consideró:

“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 si 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”⁴.

⁴ GARCÍA GONZÁLEZ, María Elizabeth (C.P.). Ibid.

4.3.3. Por su parte la Sección Tercera de la H. Corporación, sobre el mismo punto precisó:

“El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.

De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo .

A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció :

“El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos:

<<Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5. del Código Contencioso Administrativo.

Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.>>

Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme

a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor.

(...)

Es evidente, que la ocurrencia del siniestro debe darse dentro del término de vigencia de la póliza para que pueda ser declarado de manera unilateral por la administración; en este caso concreto, se discute que la administración perdió la oportunidad para declarar la ocurrencia del siniestro, “en tanto y en cuanto, expidió el acto administrativo por fuera de la vigencia del seguro”⁵.

4.3.4. De las sentencias citadas, se tiene que la prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro obedece a las siguientes reglas:

i) El término de prescripción ordinaria corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, lo cual difiere del término de prescripción extraordinaria que correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.

ii) Los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente. No obstante, ello no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia una u otra de las prescripciones, toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo.

iii) El acaecimiento del siniestro o el incumplimiento debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el asegurador resulte obligado a la indemnización.

iv) Por regla general, la Administración dispone del término de dos (2) años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

⁵ VALLE DE LA HOZ, Olga Melinda (C.P.) (Dra.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00715-01(24810).

v) El término de los dos años de prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, solo se interrumpe cuando cobra firmeza el acto administrativo que ordena la efectividad de la garantía dentro de dicho plazo. En vigencia del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), la firmeza del acto administrativo se establece en los términos del artículo 62 del estatuto, según el cual: i) cuando contra ellos no proceda ningún recurso, ii) cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, iii) cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos, y iv) cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

4.4. SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LAS PÓLIZAS: EL PERJUICIO Y EL MONTO ASEGURADO

4.4.1. La declaratoria del siniestro y la efectividad de las pólizas constituidas a favor de las entidades públicas, debe tener en cuenta la cuantificación del perjuicio y el monto asegurado que debe pagar la compañía de seguros. En esos términos el H. Consejo de Estado en su Sección Tercera precisó:

*“En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que **las entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro – como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido proceso, y con soporte en pruebas del hecho.***

De no ser así, carecería de sentido práctico y jurídico sostener que se puede declarar el siniestro, pero que no es posible indicar el monto que se debe pagar al beneficiario. Por razones obvias esta decisión incluye: i) la determinación del amparo o amparos siniestrados –cuando son varios los que cubre la póliza-, ii) las personas a cuyo cargo queda la deuda – aseguradora y/o contratista- y iii) el monto del daño, que no podrá exceder del valor asegurado en la póliza, cuando se le pretende cobrar a la compañía.

En estos términos, perfectamente el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía. Y en el evento de que exceda el valor asegurado, no podrá perseguir de la compañía de seguros más de lo que esta aseguró, quedando exclusivamente por cuenta del contratista la suma que exceda lo cubierto con la póliza⁶ (negrilla fuera del texto).

4.4.2. De conformidad con lo expuesto, es deber de la administración en el acto administrativo por el cual declare el incumplimiento y/o siniestro, precisar el perjuicio causado y el monto asegurado que equivale a tal perjuicio, luego el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad no puede ordenar el límite del amparo, dado que el perjuicio no alcanzaría tal cuantía. Por otra parte, si el perjuicio supera el valor asegurado, la entidad no podrá perseguir a la compañía de seguros más de lo que se aseguró, caso en el cual es responsable del contratista la cobertura del valor excedente.

4.4.3. La posición del H. Consejo de Estado es concordante con el inciso primero del artículo 1077 del Código de Comercio, según el cual, corresponderá *“al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”*, lo cual deberá estar acreditado por la entidad pública en el acto administrativo por el cual declare el siniestro y/o incumplimiento.

4.4.4. En materia del subsidio familiar de vivienda, la constitución de la póliza para efectos del desembolso encuentra su fundamento legal en el artículo 102 de la Ley 812 de 2003 (vigente para la fecha de la expedición de la póliza objeto del litigio), que prevé:

“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

⁶ GIL BOTERO, Enrique (C.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494).

recursos, respaldado por una póliza de cumplimiento y se adelante la labor de interventoría durante la ejecución del proyecto”.

Esta norma fue reglamentada por en el inciso 1º del artículo 50 del Decreto 975 de 2004 “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”, que dispone:

*“Artículo 50. Giro anticipado del subsidio. Modificado por el art. 5, Decreto Nacional 3169 de 2004, Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 1650 de 2007, Adicionado con el parágrafo 2 art. 2, Decreto Nacional 774 de 2009. Conforme a lo establecido en el artículo 102 de la Ley 812 de 2003, el beneficiario del Subsidio podrá autorizar el giro anticipado del mismo a favor del oferente. Para proceder a ello, deberá este presentar ante la entidad otorgante o el operador, el certificado de elegibilidad del proyecto, la respectiva promesa de compraventa o los contratos previos para la adquisición del dominio, así como acreditar la constitución de un encargo fiduciario para la administración unificada de los recursos del subsidio, un contrato que garantice la labor de interventoría, y una póliza que cubra la restitución de los dineros entregados por cuenta del Subsidio en caso de incumplimiento, que deberá cubrir el ciento diez por ciento (110%) del valor de los subsidios que entregará la entidad otorgante.
(...)”.*

4.4.5. En consecuencia, la póliza que se debe constituir para el giro anticipado del subsidio de vivienda familiar, debe cubrir la restitución de los dineros entregados por cuenta del subsidio en caso de incumplimiento, debiendo cubrir el 110% del valor de los subsidios que entregará la entidad otorgante.

4.4.6. Conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado antes citada, este artículo debe entenderse en el sentido que no puede confundirse la cobertura de la póliza (el 110% del subsidio otorgado), con su efectividad una vez acontecido el siniestro o incumplimiento, que como se señaló en precedencia debe ser equivalente a la cuantificación del perjuicio causado y hasta por el monto de cobertura. Así, no todo perjuicio causado puede dar lugar a que se afecte la totalidad de la póliza.

5. HECHOS PROBADOS EN EL PROCESO

5.1. El Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA, en Resolución de asignación No. 818 de 2004 asignó 87 subsidios familiares para la construcción de Vivienda de Interés Social para el proyecto denominado Urbanización Palermo. El valor total del subsidio asciende a setecientos setenta y ocho millones seiscientos cincuenta mil pesos \$778.650.000.

5.2. La Directora de Programas Especiales de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – FINDETER en certificado de elegibilidad No. BO-2005-0082 del 4 de agosto de 2005⁷, declaró elegible el proyecto de Vivienda de Interés Social, denominado PROYECTO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL URBANIZACIÓN PALERMO localizado en la Urbanización Palermo Sur, del municipio de Mocoa – Departamento de PUTUMAYO, presentado bajo la modalidad de Adquisición de vivienda para postulantes al Subsidio Familiar de Vivienda caracterizado como trámite ordinario. El proyecto fue presentado por el señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes en su condición de representante legal de la U.T. ALCALDÍA MUNICIPAL DE MOCOA Y GEOCIVILES LTDA.

5.3. Según el certificado de elegibilidad de FINDETER, el proyecto fue radicado y evaluado en la Unidad Regional con sede en la ciudad de Neiva bajo el código No. F86-0000036, según consta en el Sistema de Información de Vivienda FINDETER, verificándose el cumplimiento de los requisitos contemplados en la sección I del capítulo III del Título III del Decreto 975 de 2004, como condición y característica necesaria para obtener la declaratoria de elegibilidad. El proyecto se encontraba amparado por la licencia de urbanismo y/o construcción expedida por autoridad competente, con vigencia hasta el día 25 de mayo de 2007 y con la disponibilidad inmediata e incondicional de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica, de conformidad con las certificaciones expedidas por las respectivas empresas de servicios públicos.

⁷ Ibid. folio 423.

5.4. La oferta presentada por la U.T. ALCALDÍA MUNICIPAL DE MOCOA Y GEOCIVILES LTDA., en cumplimiento de lo previsto en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, incluye la póliza No. 064101355 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.⁸, por un valor asegurado de ochocientos noventa y cinco millones ochocientos noventa y cinco mil pesos (\$895.895.000).

5.4.1. La póliza fue expedida el 14 de marzo de 2006 con vigencia desde el 12 de febrero de 2006 hasta el 12 de febrero de 2007. Posteriormente la póliza fue prorrogada hasta el 30 de junio de 2008.

5.4.2. El beneficiario del seguro era el Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA

5.4.3. El objeto del seguro de se encuentra definido en los siguientes términos:

“Con sujeción a las conficiones generales de la póliza que se anexan E-CU-010A, 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. 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 la solución de vivienda a entera satisfacción de los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda anteriores a la escrituración ejecutado al vendedor o la organización o entidad promotora del programa como abono a la promesa de compraventa o el contrato de construcción. Soluciones de vivienda: 91 subsidios de vivienda familiar asignados por parte de FONVIVIENDA mediante resolución 818 del 27 de diciembre de 2004, de conformidad con el listado de beneficiarios relacionados y adjuntos a la póliza arriba citada, del proyecto de vivienda de interés social Urbanización Palermo del municipio de Mocoa Dpto del Putumayo. Nota 1. Esta póliza ampara independiente a cada uno de los beneficiarios del subsidio de vivienda de interés social, según relación anexa que hace parte integral de la presente póliza. Amparo: cumplimiento y buen uso de los giros del subsidio. Nota 2: 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 artículo 102 de la Ley 812 de 2003, el Decreto 975 de

⁸ Ibid. folios 26 y 27.

*marzo de 2004, la Resolución 966 de agosto de 2004 modificada por la Resolución 1554 de octubre de 2005*⁹.

5.5. FONVIVIENDA, en las consideraciones de la Resolución No. 483 de 2011, afirmó que agotados los requisitos exigidos por el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, vigente para la época del giro anticipado del Subsidio Familiar de Vivienda asignado en el año 2004 se procedió al giro de los recursos de FIDUAGRARIA S.A.

5.6. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE el 17 de junio de 2006¹⁰, por intermedio del supervisor de la obra, realizó visita de campo al Proyecto de Vivienda de Interés Social Urbanización Palermo (Mocoa, Putumayo), que a la fecha se encontraba en estado suspendido. La localización y caracterización del proyecto fueron descritas así:

“El proyecto se localiza sobre lotes de terreno de topografía levemente pendiente en la zona occidental del municipio de Mocoa, capital del departamento de Putumayo.

(....)

*El proyecto pretende la construcción de 99 viviendas de las cuales 87 cuentan con subsidio familiares de vivienda otorgadas por FONVIVIENDA. Las viviendas se construirán con las siguientes especificaciones: La cimentación será de 4 muros ciclópeos sobre los que se construirá una viga de amarre de 0.20 X 0.15 metros que tendrá como refuerzo 4 varillas de acero No. 3 y flejes No. 2 ubicados cada 0.20 metros en la zona intermedia de la luz y cada 0.10 metros en los 0.50 metros de los extremos de la viga. El acero de refuerzo será de ‘DR 60. Las columnas serán de 0.20 X 0.10 metros con cuatro varillas No. 3. En la colocación de los flejes se debe tener en cuenta que en las cercenáis a los nudos, la separación no debe ser mayor a 10 cm, tanto para las vigas de cimentación, las vigas de amarre superior y las columnas. Los muros serán construidos en bloque de cemento elaborados en obra. Las vigas cintas tendrán como refuerzo dos varillas de acero No. 2 y serán como mínimo 10 cm de altura por el ancho del muro. La cubierta será en teja ondulada de asbesto cemento fijadas mediante teleras de madera. El piso será en concreto con un espesor de 7 cm. La vivienda está conformada por un salón múltiple, una cocina, un baño y dos alcobas. La zona húmeda del baño se entregará enchapada. La carpintería metálica está compuesta por dos puertas y cuatro ventanas en lámina de mesón de la cocina y el lavadero será en concreto”*¹¹.

⁹ Ibid. folio 27.

¹⁰ Ibid. folios. 157 y 158.

¹¹ Ibid. folio 157 rev.

5.6.1. En el informe No. 1 se precisó que la obra se encontraba en un 70% de avance.

5.7. El 3 de agosto de 2006, el supervisor de FONADE suscribió el informe No. 2¹², indicando la segunda visita al proyecto, precisando que el avance de la obra seguía en un 70%. Así mismo informó que las obras de vivienda se encontraban suspendidas a la espera del avance con el acueducto y alcantarillado para poder acceder a recursos provenientes de los SFV, y que no se han realizado acciones tendientes a acatar las recomendaciones de la supervisión en la visita anterior.

5.8. En el informe No. 3 del 1º de agosto de 2007¹³, el supervisor señaló que el porcentaje de avance de la obra está en un 80%. Se emitieron como recomendaciones las siguiente:

“La Supervisión recomienda a FONVIVIENDA: 1) Oficiar al municipio para que cumpla con la adecuación de la vía de acceso y vías internas, nivelación, colocación de material de recebo y compactación; 2) oficiar al constructor e Interventor recordándoles que no se certificará ninguna vivienda que no tenga en su viga superior completa, y con su respectiva cinta de amarre de tímpanos. 3) Oficiar al Constructor e Interventor para que den estricto cumplimiento a las normas de construcción vigentes en el país Normas Sismo Resistentes (N.S.R. -98), Normas R.A.S., Normas R.E.T.I.E. y aclarar que es Interventoría quien debe CERTIFICAR que se cumplió con el diseño de suelos, planos estructurales firmados por un Ingeniero calculista, y especificaciones de construcción en cuanto a resistencia de concretos; calibre de: refuerzo, puertas, ventanas, teja de cubierta y estructura de cubierta. Que todo está claro, completo y compatible entre lo ofertado, contratado y construido; 4) Oficiar al Oferente, Constructor e Interventor para que durante el tiempo que dure la construcción del proyecto deben tener vigentes: la licencia de construcción y urbanismo, póliza de subsidios. Las pólizas respectivas del Constructor y pólizas respectivas del Interventor”¹⁴.

¹² Ibid. folio 159.

¹³ Ibid. folio 160.

¹⁴ Ibid. folio 160 (rev).

5.9. En informe No. 4 elaborado en visita del 15 de diciembre de 2007¹⁵, el supervisor informó que el proyecto se encontraba en un 90% de ejecución.

5.10. En el informe no. 5, visita del 13 de marzo de 2008¹⁶, el supervisor indicó que la obra se mantenía en un 90% de ejecución.

5.11. En el informe No. 6 del 11 de marzo de 2009¹⁷, el supervisor informó que el proyecto no había avanzado, manteniéndose en el 90% de ejecución. Advierte que la Interventoría del proyecto no ha hecho presencia en la ejecución del mismo, ni ha cumplido con la obligación de entregar de forma mensual su informe técnico de obra, lo que se refleja en los problemas constructivos existentes.

5.12. En informe No. 7 correspondiente a la visita del 1º de marzo de 2010¹⁸, se refirió que la obra se encontraba en un avance del 98%. En el ítem “ejecución obras vivienda”, se reseña:

“Esta supervisión le insistió sobre la obligación de presentar los informes de interventoría los 5 primeros días de cada mes. El Proyecto cuenta con la Resolución No. 012 de Febrero 15 de 2007 donde se renueva la licencia de construcción al Proyecto de vivienda de interés social para desplazados en la Urbanización Palermo, vigente por dos años, en este momento está vencida. También cuenta con la Resolución No. 006 de febrero 15 de 2007 por la cual se renueva la licencia de Urbanismo al mismo Proyecto por dos años, que también se encuentra vencida. A la fecha 01 de marzo de 2010 se hizo visita de supervisión a sesenta (87) viviendas y se encontró el Proyecto en el siguiente estado: a la mayoría de las viviendas les hace falta colocar los vidrios, a quince (15) viviendas les hace falta la construcción del andén de acceso, a algunas les falta el lavamanos, hay filtraciones en los lavaderos. El Ingeniero Harlod Manquillo informa que las vigas cintas fueron reparadas, la cual consistió en recortar la correa de madera dejando la sección de la viga de 9 cms, el vacío que dejó la correa en la viga cinta se relleno con mezcla de concreto. La supervisión solicitó al Oferente los soportes del proceso de reparación. Las correas que apoyan la teja de Fibrocemento tienen una luz de 6 mts, la mayoría de las viviendas tienen unos tacos o soportes al centro de la luz donde es máximo el momento y se presenta la mayor deflexión, estos tacos están simplemente apoyados sobre un muro divisorio, los cuales no presentan ninguna estabilidad en el momento de

¹⁵ Ibid. folio 161.

¹⁶ Ibid. folios 162 y 163.

¹⁷ Ibid. folios 164 y 165.

¹⁸ Ibid. folios 166 y 167.

un sismo; El Ingeniero Harold Manquillo afirma que se hizo un estudio sobre la resistencia de las correas a la flexión, y dicen que resisten sin flectarse, por lo está supervisión les solicito los soportes de este estudio, también hay que mencionar que algunas de las viviendas no tenían el soporte en las correas de la cumbrera y estas no presentaban deflexiones, esto se puede observar en los fotos que tomó la supervisión. Las certificaciones de las viviendas que podrían cumplir con las condiciones de la Oferta, están sujetas al soporte que presenta el oferente sobre el proceso de reparación de las vigas cintas, y el soporte del estudio de la resistencia de las correas, para las viviendas que solo tienen estas observaciones. Según informa el Oferente sesenta (60) viviendas cuentan con escritura, y las escrituras de las veintisiete restantes están en trámite”¹⁹.

5.12.1. Así mismo el supervisión recomendó recordar al oferente Unión Temporal Alcaldía de Mocoa y Geociviles Ltda., que es el directo responsable de la ejecución de los SFV asignados por parte de FONVIVIENDA, de la terminación y entrega del proyecto y de las viviendas en los términos ofertados.

5.13. En el informe de supervisión No. 8, correspondiente a la visita del 30 de noviembre de 2011, el supervisor informó que no hubo avance de la obra, y recomendó:

“De acuerdo a lo anterior, FONADE se permite presentar las siguientes recomendaciones 1. Teniendo en cuenta que la Resolución No. 003 del 30 de enero de 2012, amplió la vigencia de los subsidios familiares de vivienda de interés social hasta el próximo 30 de enero de 2012, el Oferente debe adelantar las acciones pertinentes que permitan la debida terminación del 100% de las viviendas y adelantar los trámites de estructuración y registro de las mismas a los beneficiarios durante la vigencia de los subsidios. 2. El Oferente, el Constructor y el Interventor deben asegurarse que en el proceso de construcción de las viviendas se disponga de una programación de obra ajustada al plazo estipulado en la oferta, precisando porcentajes de avance física e inversiones mensuales por actividad (programado vs ejecutado), fecha de terminación prevista para entregas parciales o totales según el caso. La programación de obras debe permanecer en lugar visible del sitio de las obras y junto con la bitácora de obra y la documentación legal, técnica y económica del proyecto debe estar disponible en las visitas del supervisor de FONADE. Así mismo, deben mantener frente a la ejecución de las obras a un profesional Ingeniero Civil o Arquitecto, con matrícula profesional vigente para ejercer el control técnico de las mismas. 3. Se recuerda al Oferente, Unión Temporal Alcaldía de Mocoa y Geociviles Ltda., que es el directo responsable de la ejecución de los SFV asignados

¹⁹ Ibid. folios 166 (rev.) y 167.

*por parte de FONVIVIENDA, de la terminación y entrega del proyecto y de las viviendas en los términos ofertados; en consecuencia debe evaluar, analizar y gestionar las acciones tendientes (financieras, técnicas y contractuales) para reprogramar y ejecutar las obras de construcción pendientes*²⁰.

5.14. En Oficio con Radicado No. 20112310077611 del 30 de marzo de 2011, el Coordinador del Área de Ejecución y Liquidación de FONADE, le remitió al Director Ejecutivo de FONVIVIENDA, la carpeta con los documentos del proyecto VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL URBANIZACIÓN PALERMO, Mocoa – Putumayo, que a juicio de la Supervisión debería ser declarado en incumplimiento, *“porque no ha atendido las solicitudes para la terminación y legalización de los subsidios; adicionalmente no se han cumplido con los compromisos pactados en las Mesas de trabajo, Visitas de Supervisión y reuniones sostenidas con el constructor y municipio, las cuales se relacionan en los informes de supervisión de Fonade*²¹.

5.15. El Director Ejecutivo de FONVIVIENDA y el Gerente General de FONADE el 20 de abril de 2011 suscribieron Contrato Interadministrativo No. 03²², que en su cláusula primera estableció por objeto:

“PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: El objeto del presente contrato interadministrativo es la prestación por parte de FONADE de servicios técnicos, jurídicos, administrativos, informáticos y demás actividades necesarias para supervisar la correcta aplicación por parte de los particulares beneficiarios de los subsidios familiares de vivienda otorgados por el Gobierno Nacional en suelos de condición urbana, de acuerdo a lo señalado por el Artículo 31 de la Ley 388 de 1997, en las modalidades de Adquisición de Vivienda Nueva, Construcción en Sitio Propio y Mejoramiento de Vivienda, sobre el listado de los beneficiarios a supervisar suministrados por FONVIVIENDA”.

5.16. En Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011 *“por la cual se declara un incumplimiento*²³, el Director Ejecutivo del Fondo Nacional de Vivienda resolvió:

²⁰ Ibid. folios 168 a 169.

²¹ Ibid. folio 176 rev.

²² EXPEDIENTE. Cuaderno principal. Folio 50 a 53.

²³ EXPEDIENTE. Cuaderno principal. Folios 155 y 156.

“ARTÍCULO 1. – Declarar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, vigente para esa época, siendo oferente la UNIÓN TEMPORAL ALCALDÍA DE MOCOA Y GEOCIVILES LTDA., identificada con Nit. No. 900032857-7, cuyo representante legal es el señor Héctor Ríos Fuentes, identificado con cédula de ciudadanía No. 76.324.754, o quien haga sus veces, para construir 87 soluciones de vivienda en el proyecto denominado URBANIZACIÓN PALERMO, ubicado en el municipio de Mocoa, Departamento Putumayo, con recursos del Subsidio Familiar de Vivienda.

ARTÍCULO 2.- Como consecuencia de lo anterior, hacer efectiva la garantía constituida a favor del FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA, la póliza No. 064101355, por un valor asegurado de OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL pesos M/cte. (\$895.895.000.oo), expedida por Seguros del Estado S.A.

ARTÍCULO 3.- Notificar a la UNIÓN TEMPORAL ALCALDÍA DE MOCOA Y GEOCIVILES LTDA, identificada con Nit. 9000032857-7, cuyo representante legal es el señor HÉCTOR RÍOS FUENTES, identificado con cédula de ciudadanía No. 76.324.754, o quien haga sus veces.

ARTÍCULO 4.- Notificar al MUNICIPIO DE MOCOA, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO, cuyo representante legal es el señor MARIO LUIS NARVAEZ GÓMEZ, en su calidad de Alcalde Municipal, o quien haga sus veces.

ARTÍCULO 5. 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 5º de la Resolución 966 de 2004.

ARTÍCULO 6.- Comunicar a FIDUCIARIA FIDUAGRARIA S.A., el contenido de la presente Resolución, para lo de su competencia y fines pertinentes.

ARTÍCULO 7.- Contra la presente resolución procede el recurso de reposición”²⁴.

5.17. Según acta de notificación, el 19 de enero de 2012²⁵, el apoderado de Seguros del Estado compareció para notificarse personalmente de la Resolución No. 483 del 30 de junio de 2011, y se le hizo entrega del acto administrativo.

²⁴ EXPEDIENTE. Cuaderno principal. Folio 156.

²⁵ Ibid. folio 171.

5. CARGO ÚNICO DE NULIDAD: INNOMINADO

5.1. FUNDAMENTOS DEL CARGO:

La sociedad actora fundamenta el cargo de nulidad en la vulneración de las siguientes normas:

5.1.1. Constitución Política, artículo 29:

5.1.1.1. La entidad destinataria del acto ni la aseguradora fueron oídos antes de la adopción del acto administrativo que se demanda.

5.1.2. Código de Comercio, artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio:

5.1.2.1. El valor de la indemnización en caso de siniestro solo puede corresponder al valor determinado como el perjuicio sufrido, que en materia de actos administrativas corresponde a la motivación. En este caso sin la más mínima motivación en cuanto a la determinación del valor del daño supuestamente causado, procedió a hacer efectiva la póliza arbitrariamente por el tope del valor asegurado, causando un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad pública y un empobrecimiento correlativo en contra del asegurador.

5.1.3. Código de Comercio, artículo 1081:

5.1.3.1. La entidad demandada profirió el acto administrativo demandado más de dos años después de haber tenido conocimiento de los hechos que originan la reclamación.

5.2. OPOSICIÓN AL CARGO:

El Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) se opuso al cargo de nulidad en los siguientes términos:

5.2.1. La administración está facultada para declarar el siniestro a través del acto administrativo, una vez ocurridos los hechos que lo constituyen, por incumplimiento del contrato y hacer exigibles las garantías constituidas a su favor.

5.2.2. La compañía aseguradora una vez notificada del acto no hizo uso del recurso que le era susceptible. Se le garantizó el derecho de defensa y contradicción.

5.2.3. La irregularidad alegada frente a la notificación de la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011 no es causal de anulación del acto, y menos es violatoria del debido proceso, dado que la aseguradora tuvo la oportunidad de controvertir la decisión y no lo hizo.

5.2.4. La violación del debido proceso como motivo de nulidad se refiere a la formación de lacto, no a su notificación extemporánea, dado que ello no lo hace inoponible, precisamente por cuanto la notificación es un elemento externo del acto que no le resta validez o eficacia. En el presente caso el representante legal de la aseguradora se notificó personalmente.

5.2.5. Respecto a la presunta vulneración de los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, el demandante propone una argumentación que desnaturaliza la facultad que tiene la administración para declarar la ocurrencia de un siniestro, acompañado del monto de los perjuicios, potestad que se encuentra consagrada en los numerales 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A., vigente para la época de los hechos.

5.2.6. La administración está facultada para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo que deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización, acto que una vez

ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización.

5.2.7. Cuando el contrato estatal es garantizado mediante una póliza de seguro, el régimen del Código de Comercio en relación con la notificación del siniestro al asegurador es reemplazado por la aplicación de las disposiciones especiales de contratación pública que avalan a la entidad contratante, para que a través del acto administrativo motivado se constituya el siniestro y se haga efectiva la cláusula penal o se estime el monto del perjuicio causado.

5.2.8. El acto administrativo se fundió en el informe de interventoría de FONADE, que advirtió el atraso en las obras y en la entrega de las viviendas dentro de los plazos establecidos en el contrato.

5.2.9. La notificación efectuada por fuera del término al que se refiere el artículo 1081 del Código de Comercio no tipifica un acto de ilegalidad, dado que la notificación es un acto externo del acto administrativo, no un elemento de validez.

5.2.10. El acto administrativo se encuentra debidamente motivado, dando las razones fácticas y jurídicas que llevaron a FONVIVIENDA a emitir el acto y a sostener su legitimidad.

5.3. ANÁLISIS DE LA SALA

La Sala accederá al cargo de nulidad impetrado de conformidad con las siguientes consideraciones:

5.3.1. De la vulneración al debido proceso administrativo en el caso concreto

5.3.1.1. Conforme al marco legal y jurisprudencial que antecede (consideraciones 4.1. y 4.2.), en las actuaciones administrativas se debe proteger el debido proceso administrativo bajo el amparo de las garantías

mínimas y posteriores, estando dentro de las primeras la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, y dentro de las segundas la oportunidad de interponer recursos en sede administrativas y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Particularmente, en tratándose de los procedimientos por el cual se determina la declaratoria del siniestro y/o incumplimiento y la efectividad de la póliza en favor de una entidad pública, al asegurador le asiste el derecho a ejercer su derecho de defensa previo a la expedición del aludido acto administrativo, lo que satisface la garantía prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio y es conforme a la jurisprudencia de las Secciones Primera y Tercera del H. Consejo de Estado.

5.3.1.2. Por tanto, no es admisible la afirmación que el asegurador solo cuenta con el recurso de reposición para demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de responsabilidad, lo cual si bien es una garantía posterior del debido proceso, desconoce la garantía mínima previa del ejercicio del derecho a la defensa previo a que la administración profiera el acto administrativo que consolida una situación jurídica en su contra.

5.3.1.3. De la revisión del expediente administrativo se observa que en este caso no se hizo parte del proceso administrativo a SEGUROS DEL ESTADO S.A., y solo tuvo conocimiento de la actuación una vez fue notificado de la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011 (acto administrativo demandado), por el cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 50 del Decreto 975 de 2004, siendo oferente la Unión Temporal Alcaldía de Mocoa y GEOCIVILES LTDA., y en el que se hizo efectiva la garantía constituida a favor del FONVIVIENDA contenida en la póliza No. 064101355.

5.3.1.4. Con lo anterior se encuentra demostrada la vulneración del derecho al debido proceso que le asistía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., al desconocer la garantía mínima previa de ejercer su derecho de defensa, en el que se le permitiera allegar los argumentos y pruebas que desestimaran su responsabilidad. Tal circunstancia da lugar a la configuración del vicio de

legalidad de expedición irregular del acto administrativo, y a su consecuente declaratoria de nulidad.

5.3.2. La imposibilidad para hacer exigible la póliza en el caso concreto

5.3.2.1. Acorde con lo referido en líneas precedentes (consideración 4.3.), para el ejercicio de la acción derivada del contrato de seguro el acaecimiento del siniestro o el incumplimiento debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el asegurador resulte obligado a la indemnización.

5.3.2.2. En este caso el incumplimiento alegado en la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011 se fundamenta en estos términos:

“Que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DEARROLLO – FONADE, en virtud del contrato interadministrativo No. 211009 por medio del cual efectúa la supervisión de las obras, realizó observaciones, en sus informes de visita, que formarán parte integral de la presente Resolución, señalando que se observaron las siguientes deficiencias técnicas (...).

Esta supervisión le insistió sobre la obligación de presentar los informes de interventoría los 5 primeros días de cada mes. (...) A la fecha 01 de marzo de 2010 se hizo visita de supervisión a sesenta (sic) (87) viviendas y se encontró el Proyecto en el siguiente estado: a la mayoría de las viviendas les hace falta colocar los vidrios, a quince (15) viviendas les hace falta la construcción del andén de acceso, a algunas les falta el lavamanos, hay filtraciones en los lavaderos”²⁶.

5.3.2.3. Nótese que la argumentación dada por FONVIVIENDA para sustentar el incumplimiento por parte de la U.T. Alcaldía de Mocoa y GEOCIVILES LTDA., se fundamenta en los informes de visita de FONADE en su calidad de supervisor del proyecto, particularmente en el que alude el estado de ejecución de las obras al 1º de marzo de 2010.

²⁶ EXPEDIENTE. Folio 155 rev.

5.3.2.4. En realidad, FONVIVIENDA en la parte considerativa del acto administrativo demandado se basa en el informe No. 7 de FONADE, correspondiente a la visita del 1º de marzo de 2010²⁷, y en el que se refirió que la obra se encontraba en un avance del 98%, informe que se encuentra referido en esta providencia (consideración 5.12.)

5.3.2.5. Con lo anterior se hace notar que a criterio del supervisor, las conclusiones de la visita contenida en el informe No. 7, fueron suficientes para que decidiera remitir la actuación a FONVIVIENDA en el Oficio con Radicado No. 20112310077611 del 30 de marzo de 2011²⁸, argumentando que debería ser declarado el incumplimiento.

5.3.2.6. Esta situación cobra relevancia en la medida que si para el 1º de marzo de 2010, fecha de la visita de FONADE, fueron comprobadas las causas del incumplimiento del proyecto en los términos de la oferta presentada por la Unión Temporal, no puede ser exigible la póliza No. 064101355 de SEGUROS DEL ESTADO S.A., la cual estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2008.

5.3.2.7. Lo cierto es que desde el 1º de julio de 2008 hasta la fecha en que se declaró el incumplimiento en el acto administrativo demandado, la U.T. Alcaldía de Mocoa y GEOCIVILES LTDA. estaban ejecutando el proyecto sin estar amparados en póliza alguna.

5.3.2.8. Por tanto, comoquiera que en este caso el incumplimiento se evidenció por el supervisor del proyecto en una fecha posterior al vencimiento de la póliza No. 064101355 de SEGUROS DEL ESTADO S.A., el asegurador no está obligado al pago de la indemnización como lo pretende el acto administrativo que se demanda.

5.3.2.9. Por lo expuesto, el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad por falta de motivación, en tanto desconoce la normativa

²⁷ Ibid. folios 166 y 167.

²⁸ Ibid. folio 176 rev.

aplicable al contrato de seguro, en particular al momento en que puede ser exigible la efectividad de la póliza con ocasión del origen del siniestro o incumplimiento.

5.3.3. la prescripción de la acción ordinaria en este asunto

5.3.3.1. Conforme a las reglas propias de la prescripción ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro (consideración 4.3.4.), por regla general, la Administración dispone del término de dos (2) años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio. Tal término solo se interrumpe cuando cobra firmeza el acto administrativo que ordena la efectividad de la garantía dentro de dicho plazo.

5.3.3.2. En este caso la firmeza del acto administrativo se regula por lo previsto en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), vigente para la fecha de la actuación administrativa objeto de esta sentencia, el cual establece:

“ARTÍCULO 62. Los actos administrativos quedarán en firme:

- 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.*
- 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*
- 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.*
- 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos”.*

5.3.3.3. En este caso el acto administrativo demandado se entendió en firme conforme a la causal prevista en el numeral 3º del artículo 63 del CCA, en tanto que SEGUROS DEL ESTADO S.A. no interpuso el recurso de reposición en contra de tal decisión, luego el acto adquirió firmeza vencido el

término para interponer el recurso, en los términos del inciso 4° del artículo 51 de la normativa²⁹.

5.3.3.4. En este caso, SEGUROS DEL ESTADO S.A. fue notificado de la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011 el 19 de enero de 2012, motivo por el cual el acto administrativo adquirió firmeza cinco (5) días después a la notificación, esto es, el 26 de enero de 2012.

5.3.3.5. Teniendo como base que FONVIVIENDA tuvo conocimiento del incumplimiento por parte de la U.T. Alcaldía de Mocoa y GEOCIVILES LTDA., el 30 de marzo de 2011, fecha en la que FONADE puso en conocimiento la carpeta con los documentos contentivos de los informes de supervisión, se tiene que no transcurrieron los dos años para declarar la prescripción ordinaria como lo afirma el demandante.

5.3.3.6. No obstante, se reitera que en este caso la póliza no podía ser exigible, por cuanto el cumplimiento se configuró fuero de la vigencia del seguro.

5.3.3. La falta de cuantificación del perjuicio en el caso concreto

5.3.3.1. Tal y como se refirió en el acápite normativo y jurisprudencial de esta sentencia (consideración 4.4.), en el acto administrativo por el cual declare el incumplimiento y la efectividad de las pólizas constitutivas a su favor, la entidad pública debe precisar el perjuicio causado y el monto asegurado que equivale a tal perjuicio, luego el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad no puede ordenar el límite del amparo, dado que el perjuicio no alcanzaría tal cuantía. Por otra parte, si el perjuicio

²⁹ ARTÍCULO 51. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 2304 de 1989 De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

(...)

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

supera el valor asegurado, la entidad no podrá perseguir a la compañía de seguros más de lo que se aseguró, caso en el cual es responsable del contratista la cobertura del valor excedente.

5.3.3.2. En este caso, como se señaló en precedencia, el fundamento que tuvo FONVIVIENDA para la declaratoria del incumplimiento por parte de la U.T. Alcaldía de Mocoa y GEOCIVILES LTDA, fue el informe No. 7 del 1º de marzo de 2010, en el cual entre otros aspectos, se refirió que la obra se encontraba en un avance del 98%.

5.3.3.3. La autoridad demandada en el acto administrativo demandado omitió cuantificar el perjuicio causado con ocasión de la falta de ejecución por parte de la U.T. Alcaldía de Mocoa y GEOCIVILES LTDA. del 2% restante de la obra.

5.3.3.4. No obstante, FONVIVIENDA determinó que el incumplimiento daba lugar a la efectividad de la totalidad de la garantía constituida en su favor, por valor de ochocientos noventa y cinco millones ochocientos noventa y cinco mil pesos M/cte (\$895.895.000).

5.3.3.5. A criterio de la Sala no se justifica que dado el porcentaje de cumplimiento de la obra, la entidad demandada afecte la totalidad de la póliza, que en los términos del artículo 50 del Decreto 975 de 2004 cubre el ciento diez por ciento (110%) del valor de los subsidios entregados por la entidad otorgante.

5.3.3.6. Así mismo, se evidencia que la omisión de cuantificación del perjuicio causado con ocasión del incumplimiento, constituye una falta de motivación de la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011, lo que da lugar a la configuración del vicio de expedición irregular del acto administrativo demandado.

5.3.4. En conclusión, de los argumentos del cargo de nulidad propuesto en la demanda se encuentra acreditado que: a) se vulneró el derecho al debido proceso que le asistía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.; b) FONVIVIENDA no podía ser exigible la póliza No. 064101355 puesto que el incumplimiento se configuró fuera del término de vigencia del seguro; y c) la entidad demandada no motivó debidamente el acto administrativo al omitir cuantificar el perjuicio causado con ocasión del incumplimiento advertido, y en todo caso no existe justificación para exigir la totalidad del valor asegurado en la póliza expedida por la demandante.

5.4. Por los motivos expuestos el cargo formulado por la demandante prospera, y en consecuencia se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, por lo que a continuación se dispondrá el consecuente restablecimiento del derecho.

6. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

6.1. La parte actora en sus pretensiones, solicita como pretensiones de restablecimiento del derecho las siguientes:

“3. Que el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA reconozca y pague a la Compañía que represento los perjuicios patrimoniales que hubiere podido causar con motivo de la declaratoria de incumplimiento recurrida.

4. Que en el evento en que se declare la nulidad de la Resolución acusada y se haya pagado el siniestro por cualquier motivo, se ordene a la Entidad demandada el reconocimiento y pago realizado por la aseguradora debidamente actualizado como mandan la ley y la jurisprudencia nacional.

5. Que se declaren las compensaciones que a la luz de lo probado en este proceso resulten evidentes”.

6.2. Respecto de las pretensiones de restablecimiento del derecho, la Sala advierte que no se encuentra probado perjuicio alguno en el proceso a favor de SEGUROS DEL ESTADO S.A. como consecuencia de la expedición del acto administrativo demandado, motivo por el cual no hay lugar a declarar un restablecimiento del derecho en este sentido. De la misma forma tampoco se encuentra probado en la actuación el pago de compensación alguna.

6.3. La Sala conviene con la pretensión tercera de la demanda, motivo por el cual a título de restablecimiento del derecho se ordenará a FONVIVIENDA abstenerse de cobrar suma alguna de dinero a SEGUROS DEL ESTADO S.A. por concepto de la efectividad de la póliza No. 064101355, y en caso que la demandante haya efectuado algún pago por este concepto, la autoridad demandada dentro del término de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la decisión deberá devolver tal suma de dinero actualizada a valor presente tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

7. DEL PAGO DE LOS HONORARIOS POR EL SERVICIO DE CURADOR AD-LITEM

7.1. En escrito con radicado del 19 de marzo de 2015, la señora Nelly Mercedes Ortiz García actuando en su calidad de curadora Ad-Litem designada en el proceso en representación de la sociedad GEOCIVILES LTDA., manifestó que no se le habían designado los honorarios para atender el estudio y revisión del expediente. En auto del 1º de julio de 2015 se le señalaron a la curadora Ad-Litem los gastos procesales y se le advirtió que se fijaría la suma de los honorarios al terminar el proceso.

7.2. De conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 48 del Código General del Proceso, la designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio.

7.3. Así las cosas, no hay lugar a decretar pago alguno a la curadora Ad-Litem por concepto de honorarios, toda vez que el cargo en el que fue nombrada, debe ser desempeñado en forma gratuita.

8. COSTAS PROCESALES

De otra parte, se condenará en costas en esta instancia a la parte vencida, cuya liquidación se hará conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 364 y 366 del Código General del Proceso.

En razón y mérito de lo todo lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad la Resolución No. 483 del 23 de junio de 2011, proferida por el Fondo Nacional de Vivienda, por los motivos expuestos en esta decisión.

SEGUNDO. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho **ORDÉNASE** al Fondo Nacional de Vivienda a abstenerse de cobrar suma alguna de dinero a SEGUROS DEL ESTADO S.A. por concepto de la efectividad de la póliza No. 064101355. En caso de que la demandante haya efectuado algún pago por este concepto, la autoridad demandada dentro del término de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, deberá devolver a SEGUROS DEL ESTADO S.A. tal suma de dinero actualizada a valor presente tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

TERCERO: ABSTÉNGASE de fijar suma alguna de dinero por concepto de honorarios en favor de la señora Nelly Mercedes Ortiz García en su calidad de curadora Ad-Litem de GEOCIVILES LTDA.

CUARTO. CONDÉNASE en costas procesales a la autoridad demandada y en consecuencia, por Secretaría **LIQUIDÁNSE** una vez quede ejecutoriada esta decisión.

QUINTO. ARCHÍVESE el expediente, previa ejecutoria.

SEXTO. Para efectos de las notificaciones y comunicaciones ordenadas en esta sentencia, la Secretaría de la Sección **deberá** tener en cuenta la siguiente información:

Nombre	Calidad en la que actúa en el proceso	Correo electrónico
PABLO MANRIQUE CONVERS	Apoderado demandante	manaboga@gmail.com
FONVIVIENDA	Demandada	notificacionesfonviv@minvivienda.gov.co
NELLY MERCEDES ORTIZ GARCÍA	Curador Ad-Litem	No registra correo electrónico en el expediente. Dirección: Calle 57 No. 20 – 35 de la ciudad de Bogotá D.C., celular: 3124749153

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, mediante Acta No.


CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

Magistrado



LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Magistrado