

ACCIÓN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Legitimación – Garantes

Si bien, se ha considerado que, tratándose de garantes, solo las aseguradoras están habilitadas para ejercer la acción de controversias contractuales, la Sala estima que, en este caso, esa legitimación también es atribuible a Sufianza S.A.S., pues, a pesar de no tener la calidad citada, otorgó una fianza no bancaria (como se explicará más adelante), con cargo a la cual el municipio de Sandoná pretende hacer efectiva la indemnización derivada del incumplimiento de la Corporación Vivienda Digna. Precisamente, lo que se cuestiona en este caso son las determinaciones mediante las cuales la entidad le ordenó a la accionante, en su condición de fiadora, asumir las consecuencias patrimoniales del proceder de tal Corporación. Esta situación implica una carga que, de resultar procedente, debe ser satisfecha con **su propio patrimonio**, por tratarse de una garantía de naturaleza personal, según lo previsto en el artículo 65 del Código Civil.

FIANZA – Relación accesoria al cumplimiento o no del deudor principal – Definición

La fianza supone una relación accesoria cuya existencia y exigibilidad están directamente vinculadas al cumplimiento o incumplimiento del deudor principal, es decir, el fiador asume el riesgo de responder como deudor si se prueba la inobservancia de lo acordado. Además, no tiene un respaldo real (como la hipoteca, la prenda o un depósito), no recae sobre un objeto determinado, sino, se insiste, sobre los bienes del fiador.

El artículo 2361 del ejusdem define la fianza como “una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”. En concordancia, el artículo 2369 ejusdem señala que “[a]fianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva”. Es decir, no se garantiza que la obligación se cumpla, sino la indemnización de los perjuicios que se generen.

En ese contexto, frente a la demandante existe una relación directa con la obligación principal, cuyo incumplimiento se declaró, lo que le otorga un interés jurídicamente relevante para cuestionar la legalidad de dicha determinación, en defensa de los efectos económicos directos que puedan derivarse de su calidad de fiadora, los cuales, se reitera, implican el riesgo de su propio patrimonio.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Decreto 777 de 1992 – Régimen jurídico aplicable

Como lo ha sostenido esta Subsección, el régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación celebrados en vigencia del Decreto 777 de 1992, es el derecho privado. Esto, con fundamento en el inciso 2º del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, según el cual “*los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política (...)*”. Esta remisión se ha entendido aplicable

frente a los decretos autónomos que reglamentan dicha norma constitucional y únicamente respecto de aquellos asuntos que no se encuentren expresamente regulados en la ley.

En ese sentido, como para la fecha de suscripción del convenio sub lite -5 de agosto de 2009- se encontraba vigente el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, que establecía que este tipo de negocios jurídicos "se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983", aquel es el régimen aplicable al caso que se estudia.

POTESTAD DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Decreto 777 de 1992

[...] el citado decreto se ocupó del tipo de garantías procedentes (artículo 5), y de la potestad de terminación unilateral por incumplimiento -artículo 15- así: "La entidad contratante podrá dar por terminados unilateralmente los contratos (...) a que se refiere el presente Decreto y exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar, cuanto éstas incurran en incumplimiento de sus obligaciones contractuales". Disposición que, en atención a su carácter específico, no resultó derogada por la Ley 80 de 1993.

FIANZA – Obligación accesoria- Requerimiento de pago no constituye acto administrativo

Según los artículos 65 y 2361 del Código Civil, la fianza es una obligación accesoria que se adquiere para asegurar otra y, en virtud de la cual, se responde por una obligación ajena "*comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple*". En concordancia, el artículo 2369 *ejusdem* señala que "[a]fianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva". Es decir, no se garantiza que la obligación se cumpla, sino la indemnización de los perjuicios que se generen, carga que, precisamente, en este caso, asumió Sufianza S.A.S., con sujeción al Código Civil.

Sobre el alcance de la fianza y el seguro de cumplimiento, la doctrina ha considerado: "*La función económico-jurídica de las dos instituciones es uniforme. –Afianzando un hecho ajeno se afianza solo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva- (C. C., art. 2369, inc. 3). Por su parte, el seguro de cumplimiento provee a la indemnización del asegurado en caso de incumplimiento del contratista. Uno y otra, el seguro y la fianza dan origen a la subrogación (...). Lo que no es uniforme es su operación técnico-comercial*"

[...]

En caso de que el fiador no haga el pago voluntariamente, al acreedor le corresponderá adelantar las acciones judiciales pertinentes. Frente a esto último, se recaba que, en materia de garantías, tratándose de convenios de asociación y del régimen privado aplicable en ese punto, los requerimientos de pago formulados por las entidades deben entenderse como una mera reclamación, que no goza de los atributos propios de los actos administrativos, como el carácter ejecutivo y su consecuente capacidad de producir efectos, incluso, contra la voluntad de su destinatario.

TIPO DE GARANTÍAS – Decreto 777 de 1992

El Decreto 777 de 1992, en su artículo 5, estableció el tipo de garantías aplicables, para lo cual se precisó que el contratista debía constituir para tal fin “fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria”. En todo caso, en los contratos con valor inferior a 100 smmlv serían aceptables “otras garantías reales o personales”, que la entidad estimara suficientes.

CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Error en aporte de garantías no compromete validez del convenio

El convenio sub examine, tuvo un valor superior a 100 smmlv, por tanto, no eran procedentes “**otras garantías reales o personales**”, sino que las aplicables eran la póliza de seguros de compañía habilitada o la fianza de bancos. En este caso, se optó por la primera de las citadas, para lo cual las partes pactaron que la Corporación Vivienda Digna aportaría tal garantía, la cual cubriría los siguientes amparos: **i)** cumplimiento; **ii)** estabilidad de la obra; **iii)** pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal; **iv)** buen manejo y correcta inversión del anticipo.

No obstante, como se explicó, la Corporación Vivienda Digna constituyó una garantía distinta a la que correspondía: una fianza no bancaria. La Sala se abstendrá de adoptar alguna determinación sobre esta falencia, en atención a la ausencia de pretensiones en tal sentido y, como se explicó, a la falta de comparecencia de la Corporación Vivienda Digna –*sujeto que pactó con la demandante el otorgamiento de la fianza allegada*–, lo que excluye el ejercicio de facultades oficiosas en ese punto. En todo caso, los errores en el aporte y aprobación de las garantías no comprometen la validez del convenio, pues corresponden a situaciones propias de su etapa de ejecución. Además, la accionante no puede beneficiarse de la situación advertida, habida cuenta de que fue su decisión amparar un negocio jurídico para el que carecía de habilitación.

DEBIDO PROCESO – Garantía – Declaratoria de incumplimiento – Régimen de derecho privado – No aplicación de la Ley 1464 de 2011 artículo 86

Si bien la demandante no era la contratista, ello no era óbice para que fuera citada a la actuación, en virtud del interés directo que le asistía, dado que: **i)** era la garante de la obligación; **ii)** podía resultar afectada por las decisiones adoptadas por el municipio; y **iii)** en caso de verse obligada a responder, lo haría con su propio peculio (a diferencia de lo que ocurre en una garantía bancaria a primer requerimiento).

Este interés, precisamente, se encuadra dentro de las reglas adjetivas vigentes para la época, previstas en la parte primera de la Ley 1437 de 2011, aplicables ante la inexistencia de disposiciones específicas en el Decreto 777 de 1992, y dada la naturaleza privada del convenio, que excluía la aplicación del EGCAP, tal como lo ha sostenido esta Subsección.

[...]

De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que en el *sub lite*, en atención a su condición de garante, bastaba con que se le permitiera a Sufianza S.A.S. conocer la actuación y controvertir los fundamentos de la actuación con fundamento en la cual se declaró el incumplimiento y se exigió el pago de los perjuicios causados. Estos propósitos que, al margen de no ser obligatoria, eran pasibles de ser materializados a través de una audiencia en la que se pusiera de presente la situación, sus eventuales consecuencias, se diera la oportunidad de rendir descargos, de solicitar pruebas y de recurrir la determinación adoptada. Etapas que se agotaron en el caso bajo examen⁵⁶ en la diligencia del 16 de enero de 2015, pero la actora no compareció para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

[...] En línea con lo anterior, la Sala precisa que no era exigible una citación con las características que consideró el a quo, consistentes en indicar de manera expresa el grado de incumplimiento y la estimación de los perjuicios, pues tal conclusión se basó en artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, norma que, como se explicó previamente, no era aplicable al *sub lite*, al tratarse de un contrato sometido al régimen privado. No obstante, la Subsección advierte que, en la comunicación del 27 de diciembre de 2014, enviada a la demandante, se detallaron los aspectos relevantes como el estado de ejecución del convenio, los incumplimientos detectados, el avance físico de las obras y los resultados de las visitas técnicas, elementos suficientes para que la convocada entendiera el alcance de la actuación y ejerciera su derecho de defensa.

[...] De este modo, la Sala concluye que, de conformidad con la normativa aplicable (parte primera de la Ley 1437 de 2011), no se configuró la vulneración del debido proceso en los términos señalados por el a quo. Si bien el Tribunal se sustentó en disposiciones que no eran aplicables (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011), se constata que el municipio [...] observó las garantías sustanciales mínimas de información, contradicción y defensa, asunto distinto es que la accionante, pese a estar formalmente convocada, no compareció a la diligencia programada para controvertir los hallazgos presentados.

ACTOS JURÍCOS CONTRACTUALES– Régimen de derecho privado - Principio iura novit curia – Facultad oficiosa del Juez

[...] la Sala advierte que las decisiones que se profirieron para hacer efectiva la fianza constituida en este asunto, fueron calificadas por el a quo erróneamente como actos administrativos, aspecto que, a pesar de no haber sido cuestionado en sede de apelación, debe ser examinado de manera oficiosa, como lo ha considerado esta Sala. En efecto, en aplicación del criterio citado, en concordancia con el principio iura novit curia y las facultades derivadas del inciso segundo del artículo 187 del CPACA, se concluye que las determinaciones con las que se pretendió exigir a Sufianza S.A.S. el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de la Corporación Vivienda Digna, constituyeron actos jurídicos contractuales de derecho privado, dado el régimen aplicable en este punto frente a los convenios de asociación.

Así las cosas, tales determinaciones deben entenderse como una mera reclamación a la fiadora, en los términos del Código Civil, el cual no establece ningún condicionamiento especial para tal fin, aunado a que en la garantía tampoco se pactó, pues solo se indicó que “el contratante o acreedor se obliga a demostrar el incumplimiento de la obligación afianzada y la cuantía de los perjuicios irrogados”. Si Sufianza S.A.S. no estaba de acuerdo con el cobro efectuado, en virtud del régimen privado aplicable, tenía la posibilidad de abstenerse de proceder en los términos solicitados, escenario en el cual el municipio de Sandoná podía ejercer las acciones judiciales que estimara pertinentes.



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

Consejero ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)

Demandante: SUFIANZA S.A.S.

Demandado: MUNICIPIO DE SANDONÁ

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

TEMAS: *CONVENIO DE ASOCIACIÓN / Artículo 96 de la Ley 489 de 1998 / Régimen aplicable: Derecho privado, salvo los puntos regulados de manera especial y sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales / Declaratoria de incumplimiento y terminación unilateral anticipada del convenio – Aspectos regulados por el Decreto 777 de 1992 / TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO Y EXIGENCIA DEL PAGO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS / FIANZA NO BANCARIA – Aplicación de las normas del Código Civil / Solicitud de pago sin procedimiento especial.*

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 15 de septiembre de 2022, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Nariño accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

2. Sufianza S.A.S.¹ cuestionó la legalidad de las decisiones por medio de las cuales el municipio de Sandoná²: *i)* declaró el incumplimiento y la terminación unilateral del convenio de asociación celebrado por la entidad con la Corporación Vivienda Digna, para la construcción de 100 viviendas de interés social destinadas a los damnificados de la ola invernal del 2008, y *ii)* exigió el pago de la garantía otorgada por la sociedad citada frente a las obligaciones contractuales.

ANTECEDENTES

La demanda y las razones de hecho y de derecho en las que se fundamenta

3. El 11 de abril de 2016³, la sociedad Sufianza S.A.S.⁴, en ejercicio del derecho de acción, interpuso demanda de controversias contractuales⁵ contra el municipio de

¹ En adelante, la accionante, demandante, actora o garante

² Sujeto que, para efectos de esta decisión, se denominará la entidad, la demandada, la accionada o el municipio

³ Constancia de radicación obrante a folio 2 del cuaderno principal. La Sala precisa que el expediente es de carácter híbrido. En físico obran las actuaciones adelantadas hasta la audiencia de pruebas de primera instancia. Las posteriores, tanto del tribunal *a quo* como del Consejo de Estado, en archivo digital, y se encuentran en la plataforma tecnológica Samai.

⁴ A través de apoderado judicial.

⁵ La parte actora presentó la demanda en ejercicio de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual cuestionó la legalidad de las Resoluciones Nos. 10 y 11 de 2015, por medio de las cuales el municipio de Sandoná determinó el monto que, en virtud “de la garantía única de



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

Sandoná, para lo cual formuló las siguientes pretensiones (transcritas en su tenor literal, con sus propios énfasis, errores ortográficos y de digitación):

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contractual Resolución 018 del 16 de enero de 2015, ‘por medio de la cual termina anticipadamente un contrato por incumplimiento del mismo’ expedido por el Alcalde Municipal de Sandoná (...).

SEGUNDO: Se decrete la nulidad de la Resolución 010 del 11 de agosto de 2015, ‘POR MEDIO DE LA CUAL SE REALIZA UNA LIQUIDACIÓN OFICIAL’, expedida por el Secretario de Hacienda Municipal (...).

TERCERA: Se decrete la nulidad de la Resolución 011 del 20 de octubre de 2015, ‘Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la resolución 010 del 11 de agosto de 2015 emanada de esta alcaldía’ (...).

CUARTA: Que si para la fecha del fallo definitivo, mi representada ha cancelado total o parcialmente la suma cobrada por la Administración Municipal en las Resoluciones anteriormente citadas, con los intereses y demás recargos que haya liquidado esta entidad, se condene a la demandada a devolver las sumas que hubiere recibido, con los intereses correspondientes, hasta la fecha del reintegro efectivo de los dineros.

QUINTA: Que el Municipio de Sandoná deberá pagar a la compañía de seguros SUFIANZA S.A.S todos los perjuicios, comprendidos en daño emergente y en lucro cesante que se le han causado y que se llegaren a causar a la demandante en la cuantía que se determine dentro del proceso o en el correspondiente incidente de regulación debidamente actualizado en el momento del pago por concepto de la reclamación judicial o extrajudicial que se le haya hecho con base en el mismo acto administrativo (...).”⁶.

4. Como fundamentos fácticos, en síntesis, se indicaron los siguientes:

5. El 5 de agosto de 2009, el municipio de Sandoná suscribió convenio de asociación con la Corporación Vivienda Digna, para “*ejecutar la CONSTRUCCIÓN*” de 100 viviendas de interés social destinadas a los damnificados de la ola invernal. Este acuerdo fue modificado en 3 oportunidades: el 19 de abril y el 25 de agosto de 2010, así como el 28 de julio de 2011.

6. Con ocasión de dicho convenio, a solicitud de la Corporación Vivienda Digna, la sociedad Sufianza S.A.S. expidió la fianza de cumplimiento No. 100 de 2011, cuyas obligaciones amparadas y condiciones obran en los documentos anexos a la garantía.

7. Mediante la Resolución No. 018 del 16 de enero de 2015, el alcalde de Sandoná decidió: *i)* terminar unilateralmente el convenio por incumplimiento de la Corporación; *ii)* declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por la garantía No. 100 de 2011; y *iii)* ordenar su efectividad.

cumplimiento No. 100”, Sufianza S.A.S. debía pagarle con ocasión de la declaratoria de incumplimiento del convenio de asociación celebrado por la entidad con la Corporación Vivienda Digna; sin embargo, la accionante adecuó las pretensiones a controversias contractuales e incluyó la solicitud de nulidad de la resolución por medio de la cual se declaró la terminación unilateral del convenio por incumplimiento -Resolución 18 del 16 de enero de 2015-, actuación que desarrolló en atención a lo ordenado por el Tribunal a quo en el auto inadmisorio del 20 de mayo de 2016. (Folios 1 a 17, 125 a 127, y 136 a 152 del cuaderno 1 digital, obrante en el índice 2 de Samai).

⁶ Folios 137 y 138 del cuaderno principal. Transcripción tomada del escrito de subsanación de la demanda, allegado en cumplimiento de lo ordenado en auto del 20 de mayo de 2016.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

8. Luego, a través de la Resolución 010 del 11 de agosto de 2015, confirmada en sede de reposición mediante acto administrativo No. 011 del 20 de octubre de la misma anualidad, el secretario de Hacienda de Sandoná profirió una liquidación oficial de la garantía, con fundamento en el Estatuto Tributario, para lo cual estableció que el monto a pagar por Sufianza S.A.S. era de \$743'768.000, discriminados así: *i)* \$159'800.000 por cumplimiento; *ii)* 345'168.000 por buen manejo del anticipo; *iii)* \$79'000.000 por salarios y prestaciones sociales; y *iv)* \$159'800.000 por estabilidad de la obra.

Las normas vulneradas y concepto de violación

9. **Resolución No. 018 del 16 de enero de 2015:** La entidad, a pesar de lo previsto en los artículos 29 de la Constitución Política, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, no citó a la demandante en debida forma a la audiencia en la que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la garantía. Omitió comunicarle que la diligencia fijada para el 9 de enero de 2015 había sido aplazada para el 16 de enero de la misma anualidad, falencia con la cual le cercenó a Sufianza S.A.S. la posibilidad de aportar pruebas y de controvertir los supuestos en los que edificó su decisión.

10. En todo caso, la citación no contenía los datos requeridos, tales como los hechos debatidos, soportes probatorios, mandatos vulnerados y posibles consecuencias, según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

11. La declaratoria de incumplimiento carece de fundamento, por no encontrarse probados: *i)* los requerimientos formulados a la Corporación Vivienda Digna para que cumpliera lo pactado y rindiera informes sobre el avance del proyecto; *ii)* los reportes de las supuestas falencias advertidas por la Secretaría de Planeación e Infraestructura de Sandoná, la Contraloría General de la República, el Departamento Nacional de Planeación y de la interventoría del convenio.

12. La demandada no razonó sobre el porcentaje de ejecución adelantado por la Corporación Vivienda Digna, ni frente a la causación efectiva de perjuicios, pese a que debía hacerlo.

13. El municipio de Sandoná infringió el artículo 129 del Decreto 1510 de 2013, al ordenar la efectividad de la garantía en su integridad, sin considerar que para esa época el amparo ya no estaba vigente frente a los riesgos de cumplimiento y buen manejo del anticipo.

14. La entidad también vulneró algunas cláusulas del “contrato de seguro”, así como los artículos 1080 del Código de Comercio, 1494 y 1602 del Código Civil, pues ordenó el pago de los riesgos de estabilidad de la obra y salarios sin verificar su causación efectiva.

15. Además, el municipio de Sandoná no informó al garante del incumplimiento advertido, en el plazo de dos días, proceder con el cual le impidió adoptar las medidas pertinentes.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

16. Una vez en firme la declaratoria de incumplimiento, no se agotaron las actuaciones establecidas en el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, que implicaban la publicación en el Secop, la comunicación a la Procuraduría General de la Nación y a la respectiva cámara de comercio donde se encontrara inscrita la Corporación Vivienda Digna.

17. **Resolución No. 010 del 11 de agosto de 2015:** La decisión fue adoptada por el secretario de Hacienda de Sandoná, a pesar de carecer de las facultades requeridas para emitir actos contractuales. Además, fue proferida sin competencia temporal, dado que el convenio ya no estaba vigente, en virtud de la terminación unilateral decretada desde enero de la misma anualidad.

18. La resolución citada vulneró el principio de celeridad establecido en el artículo 209 de la Constitución, dado que se profirió más de seis (6) meses después de la declaratoria de incumplimiento.

19. La entidad no siguió el procedimiento de liquidación oficial sobre multas establecido en el Decreto 019 de 2012, sino el derivado de las normas tributarias.

20. Por los mismos argumentos planteados frente a la Resolución **No. 018 del 16 de enero de 2015**, la demandante alegó: **i)** la omisión del envío del aviso de incumplimiento en un término de 2 días; **ii)** el desconocimiento del porcentaje de obra ejecutado; **iii)** la improcedencia de exigir el pago de amparos que ya se habían extinguido -*cumplimiento y buen manejo del anticipo*-, **iv)** la falta de verificación de los riesgos por concepto de pago salarios y estabilidad de la obra; **v)** la ausencia de razonamientos sobre el tipo y monto de perjuicios causados; y **vi)** la falta de las comunicaciones establecidas en el artículo 218 del Decreto-Ley 019 de 2012.

21. La **Resolución No. 011 del 20 de octubre de 2015** fue cuestionada por las mismas razones que la Resolución 010, en lo relacionado con la falta de competencia funcional y temporal. Además, se planteó una eventual irregularidad por la falta de liquidación previa del convenio.

La contestación de la demanda

22. El municipio de Sandoná indicó que la controversia era propia de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual no se ejerció en el término de 4 meses correspondiente⁷.

23. Además, alegó “*indebida representación*” y “*falta de legitimación en la causa por activa*” por activa, dado que la demandante carecía de facultades para solicitar la nulidad de la resolución que declaró el incumplimiento del convenio, toda vez que la controversia no versaba sobre un contrato de seguro, sino frente a una fianza, la cual correspondía a una obligación accesoria, con características sustanciales distintas a las de una póliza expedida por una aseguradora legalmente constituida.

⁷ Las excepciones relacionadas con la acción idónea fueron negadas en la audiencia inicial del 5 de noviembre de 2019 (folios 170 a 174 del cuaderno 2).



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

24. En todo caso, la demandante estuvo al tanto de lo ocurrido con la Corporación Vivienda Digna, pues se hizo parte de otras actuaciones por incumplimiento que precedieron a las determinaciones cuestionadas. Tan es así que fue citada, junto con dicha corporación, en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a la audiencia en la que se declaró la terminación unilateral del convenio y se ordenó hacer efectiva la garantía. Asunto distinto es que tales sujetos no hubiesen comparecido.

25. En su criterio, no hay duda frente a la estructuración del incumplimiento endilgado, en cuanto debieron construirse 100 casas, pero solo se hicieron 40, las cuales tenían deficiencias estructurales y arquitectónicas. Otras 24 quedaron en proceso de construcción, pero también con falencias. Incumplimiento del que, precisamente, dan cuenta los reportes de las visitas efectuadas por distintas autoridades, tales como el Departamento Nacional de Planeación.

26. A su juicio, se trató de un caso de corrupción, tan es así que por estos hechos fue presentada una acción popular, y tanto la Contraloría General de la República como la Procuraduría General de la Nación, iniciaron las investigaciones respectivas.

Decisión de las excepciones

27. En la audiencia inicial del 5 de noviembre de 2019⁸, el Tribunal Administrativo de Nariño concluyó que la acción de controversias contractuales resultaba idónea, en tanto se cuestionó la legalidad de las decisiones adoptadas con ocasión de la terminación unilateral del convenio celebrado por el municipio de Sandoná con la Corporación Vivienda Digna.

28. En cuanto a la indebida representación de la demandante, el *a quo* indicó que la incongruencia entre el enunciado invocado y la sustentación que se le dio impedía un estudio de fondo respecto de ese punto.

La sentencia de primera instancia

29. El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2022, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 018 del 16 de enero de 2015, expedida por la alcaldía municipal de Sandoná, respecto de los numerales 2 y 3 de su parte resolutive; de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 010 del 11 de agosto de 2015 y 011 del 20 de octubre de 2015, emitidas por la Secretaría de Planeación del municipio de Sandoná; conforme a los argumentos vertidos en la parte motiva de esta providencia.

⁸ Índice número 2 de la plataforma tecnológica Samai del Consejo de Estado.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

TERCERO. ORDENAR al municipio de Sandoná, proceda a la devolución de los dineros pagados por Sufianza S.A.S. con ocasión de las disposiciones relacionadas en los numerales 1º y 2º de este fallo, previa acreditación de la erogación efectuada por la demandante.

Las sumas que resulten a favor de Sufianza S.A.S., deberán ser indexadas aplicando para ese efecto la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente **R** se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la suma cancelada por la demandante en favor de la administración, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente al momento en que se efectuó el pago.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Condenar parcialmente en costas de primera instancia a la parte demandada y a favor de la parte demandante al concederse parcialmente sus súplicas, un 80%. Se liquidarán por secretaría en los términos de los artículos 365 y 366 del C.G.P. (...)."

30. En primer lugar, precisó que, independientemente del tipo de garantía otorgado por Sufianza S.A.S. -póliza de seguro o fianza-, lo cierto es que le asistía a dicha sociedad un claro interés en el *sub lite*, dadas las obligaciones que adquirió como garante del respectivo convenio.

31. Luego, concluyó que la entidad incurrió en varias falencias que implicaron la vulneración del debido proceso, dado que: **i)** no citó de forma adecuada a la corporación contratista ni a Sufianza S.A.S. a la audiencia en la que fue declarado el incumplimiento; y **ii)** en las respectivas citaciones, el acta de la diligencia y en la correspondiente determinación -Resolución No. 18 del 16 de enero de 2015- no se indicó el grado de incumplimiento ni el monto de los perjuicios causados.

32. Si bien las falencias de la Resolución No. 18 del 16 de enero de 2015 implican la nulidad de las Resoluciones Nos. 010 y 011 de 2015⁹, por tratarse de actuaciones que se sustentaron en la primera de las mencionadas, lo cierto es que también presentan deficiencias propias, pues en la liquidación practicada por su intermedio no se incluyeron argumentos sobre el estado de ejecución del convenio, ni frente a la justificación para hacer efectivos todos los amparos.

33. Por otro lado, el Tribunal precisó que la declaratoria de nulidad se limitaría a los puntos de interés directo de Sufianza S.A.S., porque el propósito de la demanda de la referencia era, precisamente, la salvaguarda de los derechos de la garante.

⁹ En la parte resolutive del fallo, en este punto, se resolvió:

"SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 010 del 11 de agosto de 2015 y 011 del 20 de octubre de 2015, emitidas por la **Secretaría de Planeación** del municipio de Sandoná; conforme a los argumentos vertidos en la parte motiva de esta providencia" (se destaca).

La anterior declaración fue corregida mediante auto del 24 de noviembre de 2023, en el sentido de precisar que la autoridad que profirió las Resoluciones Nos. 10 y 11 de 2015 no fue el secretario de planeación, sino el secretario de hacienda de Sandoná (Índice número 2 de la plataforma tecnológica Samai del Consejo de Estado).



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

34. En cuanto a los perjuicios causados, en el fallo se indicó que, en caso de que la actora hubiese sufragado alguna suma, el municipio de Sandoná debía reembolsarla, con la respectiva indexación. No se accedió a reconocimientos adicionales, por no encontrarse acreditados.

35. Finalmente, condenó en costas a la accionada.

El recurso de apelación

36. La parte demandada interpuso recurso de apelación¹⁰ contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

37. *“Cumplimiento de los requisitos del debido proceso”*: No se vulneró derecho fundamental alguno de Sufianza S.A.S., la cual, además de haber sido citada a la diligencia, conoció las razones que llevaron a la adopción de la decisión pertinente, lo cual da cuenta de la observancia de las garantías de defensa y contradicción.

38. *“Inexistencia de pagos realizados por parte de Sufianza S.A.S. a favor del municipio de Sandoná”*: La demandante no efectuó pago alguno con ocasión de las decisiones demandadas, de ahí que no resulte procedente el reembolso ordenado.

39. *“La condena en costas no tuvo en cuenta lo establecido en la norma”*: En virtud de lo previsto en los numerales 5 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, la condena en costas procede siempre que se advierta que se causaron, lo que no se cumple en el *sub lite*, pues con el trámite del proceso no se generó erogación alguna.

Trámite relevante de segunda instancia

40. El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 4 de marzo de 2024 y la Sala, a través de providencia del 30 de agosto siguiente, en ejercicio de sus facultades oficiosas en materia probatoria, ordenó requerir a Servientrega S.A. para que rindiera informe sobre las fechas de envío, recepción, devolución y/o rechazo de la citación remitida por el municipio de Sandoná a Sufianza S.A.S., en relación con la audiencia en la que se declaró el incumplimiento del convenio objeto de la *litis*, documental que fue allegada al proceso, el 19 de diciembre de 2024¹¹ y, luego, fue puesta en conocimiento de las partes, sin que formularan objeciones frente a su incorporación.

41. De otro lado, el 19 de septiembre de 2024, la accionante formuló solicitud probatoria para que se indagara sobre el trámite de citación de la Corporación Vivienda Digna en relación con la aludida diligencia. Petición rechazada por extemporánea el 11 de octubre siguiente, decisión que se encuentra en firme¹².

¹⁰ Escrito radicado el 7 de octubre de 2022, Índice número 2 del historial de actuaciones de SAMAI del Consejo de Estado.

¹¹ Índices 6,27 y 57 de la plataforma tecnológica Samai del Consejo de Estado.

¹² El 1° de noviembre de la misma anualidad, la parte actora insistió en la práctica de la prueba, frente a lo cual, el 5 de diciembre de tal año, el despacho ponente ordenó estarse a lo decidido en la



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

42. A través de auto del 3 de abril de 2025¹³, se corrió traslado para alegar de conclusión. En esta oportunidad, la parte actora sostuvo que la sentencia de primera instancia debía confirmarse, dada la vulneración del debido proceso de la Corporación Vivienda Digna¹⁴. A su vez, la entidad demandada: **i)** reiteró los argumentos de inconformidad planteados en su apelación; **ii)** insistió en la observancia de la garantía de defensa y contradicción en la declaratoria de incumplimiento. Agregó que la garante no estaba habilitada para cuestionar el acto de liquidación del convenio¹⁵.

CONSIDERACIONES

43. Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, y evidenciado el cumplimiento de los presupuestos procesales, el agotamiento del requisito de conciliación extrajudicial, así como el de demanda en forma, procede la Sala a decidir la segunda instancia de la presente litis.

El objeto del recurso de apelación interpuesto y los problemas jurídicos para resolver la controversia

44. De conformidad con el artículo 320 del CGP, la competencia del juez de segunda instancia la delimitan los cargos planteados contra la decisión recurrida, sin que la carga de sustentación se entienda satisfecha con la mera manifestación de inconformidad, ni tampoco con la llana petición de revocatoria de la decisión pertinente. Para ello es necesario el ataque concreto de los fundamentos de hecho y/o de derecho de los que se disiente¹⁶, pues al superior no le corresponde “*suponer las razones de inconformidad de la parte apelante frente a la sentencia y, por esa vía, de suplir las cargas que legalmente le han sido impuestas a ella*”¹⁷.

45. Así las cosas, los reproches del municipio de Sandoná se centran en: **(i)** la observancia del debido proceso de Sufianza S.A.S.; **(ii)** la inexistencia de pagos por parte de la garante; y **(iii)** la improcedencia de la condena en costas de primera instancia. La Sala aclara que, no se incluirá en el examen de la alzada, lo señalado por la entidad en sus alegatos de conclusión de segunda instancia, frente a las facultades del garante para cuestionar la liquidación del contrato, porque los cuestionamientos contra la decisión del *a quo* se debieron formular dentro del

providencia precedente, decisión recurrida en sede reposición y, en subsidio, súplica. El primer recurso fue resuelto de manera desfavorable el 23 de enero de 2025, y el segundo fue concedido ante el magistrado que seguía en turno –consejero José Roberto Sáchica Méndez– (índices 36, 47, 54 y 59 de la plataforma tecnológica Samai del Consejo de Estado). Recibidas las diligencias para el trámite de la súplica, la accionante allegó memorial de desistimiento de tal recurso, el cual, previo traslado a los demás sujetos, fue aceptado por el ponente mediante providencia del 11 de marzo de 2025, notificado por estado del 18 de marzo siguiente. Índice 82 de la plataforma tecnológica de Samai.

¹³ Índice 85 de Samai.

¹⁴ Índice 89 de Samai.

¹⁵ Índice 91 de Samai.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2022, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 54.120.

¹⁷ *Ídem* y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, expediente 44.707, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

término establecido para apelar y, en todo caso, lo referente a la liquidación del convenio no hace parte de la controversia, dado que esta tiene como eje la legalidad de la declaratoria de incumplimiento, así como de las determinaciones por medio de las cuales se estableció la suma a pagar por la garante.

46. De este modo, con base en el escrito de impugnación, los problemas jurídicos concretos a resolver en esta instancia son: **i)** ¿frente a la demandante se garantizó el debido proceso en lo relacionado con la declaratoria de incumplimiento y posterior terminación unilateral del convenio? En caso de que este reparo no prospere, se deberá establecer si: **ii)** ¿hay lugar a la orden de devolución de lo pagado, a pesar de que no se acreditó erogación alguna?; y **iii)** ¿resulta procedente la condena en costas de primera instancia, aunque no se hubiesen acreditado gastos al respecto?

47. La Sala, en relación con el primer cuestionamiento, precisa que, si bien la demandada no se pronunció de manera específica en su recurso frente a la obligación reprochada por el *a quo* de incluir, entre otros, en la citación a la audiencia, el grado de incumplimiento y los perjuicios que ello generó, lo cierto es que sí sostuvo que le brindó a la accionante la información necesaria y determinante para adoptar la decisión cuestionada. Esta argumentación, aunque formulada de manera general, denota una oposición frente a lo señalado por el tribunal, razón por la cual la Subsección abordará este aspecto, en tanto fue efectivamente debatido, aunque no desarrollado en amplitud y con el rigor técnico deseable. Al respecto, resulta de especial relevancia el principio *pro actione*¹⁸, aplicable en materia de interpretación de recursos, en garantía de acceso y protección a los derechos de contradicción y defensa.

48. Previo a abordar los cargos planteados, la Sala determinará: **(a)** la legitimación de Sufianza S.A.S., para cuestionar, vía controversias contractuales, la declaratoria de incumplimiento, con la consecuente orden de hacer efectiva la garantía; **(b)** la naturaleza del acuerdo amparado; **(c)** el régimen jurídico del convenio, y **(d)** el alcance de las decisiones proferidas por el municipio de Sandoná, punto en el marco del cual, además, se precisará el tipo de garantía otorgada por la accionante.

La legitimación de la fiadora

49. Si bien, se ha considerado que, tratándose de garantes, solo las aseguradoras están habilitadas para ejercer la acción de controversias contractuales, la Sala estima que, en este caso, esa legitimación también es atribuible a Sufianza S.A.S., pues, a pesar de no tener la calidad citada, otorgó una fianza no bancaria (como se explicará más adelante), con cargo a la cual el municipio de Sandoná pretende hacer efectiva la indemnización derivada del incumplimiento de la Corporación Vivienda Digna. Precisamente, lo que se cuestiona en este caso son las determinaciones mediante las cuales la entidad le ordenó a la accionante, en su condición de fiadora, asumir las consecuencias patrimoniales del proceder de tal

¹⁸ La Sala, ante la duda de si la apelación permite abordar el caso en segunda instancia, en punto de los aspectos fundantes de la decisión de primera instancia, opta por una interpretación favorable y amplia de los argumentos del recurso, por lo que no descartará *prima facie* la decisión del caso, sino que emitirá decisión de fondo.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

Corporación. Esta situación implica una carga que, de resultar procedente, debe ser satisfecha con **su propio patrimonio**, por tratarse de una garantía de naturaleza personal, según lo previsto en el artículo 65 del Código Civil¹⁹.

50. La fianza, a diferencia de otras garantías, como la bancaria a primer requerimiento, no constituye una obligación autónoma, ni incondicional. Esta última es exigible sin necesidad de requerimiento previo ni audiencia del garante, por sustentarse en una relación jurídica independiente, de ahí que solo se requiera la reclamación del beneficiario. La fianza supone una relación accesorio cuya existencia y exigibilidad están directamente vinculadas al cumplimiento o incumplimiento del deudor principal, es decir, el fiador asume el riesgo de responder como deudor si se prueba la inobservancia de lo acordado. Además, no tiene un respaldo real (como la hipoteca, la prenda o un depósito), no recae sobre un objeto determinado, sino, se insiste, **sobre los bienes del fiador**.

51. El artículo 2361 del *ejusdem* define la fianza como “una obligación **accesoria**²⁰, en virtud de la cual una o más personas **responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte**, si el deudor principal no la cumple” (se destaca). En concordancia, el artículo 2369 *ejusdem* señala que “[a]fianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva”. Es decir, no se garantiza que la obligación se cumpla, sino la indemnización de los perjuicios que se generen.

52. En ese contexto, frente a la demandante existe una relación directa con la obligación principal, cuyo incumplimiento se declaró, lo que le otorga un interés jurídicamente relevante para cuestionar la legalidad de dicha determinación, en defensa de los efectos económicos directos que puedan derivarse de su calidad de fiadora²¹, los cuales, se reitera, implican el riesgo de su propio patrimonio. En atención a esta afectación, el Tribunal inadmitió la demanda presentada por Sufianza S.A.S., pues, inicialmente, planteó sus pretensiones al amparo de la nulidad y restablecimiento, contra las Resoluciones Nos. 010 y 011 de 2015, mediante las cuales se le fijó el monto a pagar por el incumplimiento del convenio que garantizó. A juicio del *a quo*, el asunto debía tramitarse en los términos propios de la acción de controversias contractuales, y se debía solicitar la nulidad de la

¹⁹ “Artículo 65. Cautiones. Cautión significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”

²⁰ Frente a esta característica, resulta pertinente traer a colación lo previstos en los artículos 1499 y 2406 del Código Civil, así:

“Artículo 1499. Contrato principal y accesorio. El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y **accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella** (...).

Artículo 2406. Causales de extinción de la fianza. La fianza se extingue en todo o parte, por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales, y además:

1. Por el relevo de la fianza en todo o parte, concedido por el acreedor al fiador.

2. En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse.

3. **Por la extinción de la obligación principal en todo o parte**” (se destaca).

²¹ No obstante, la referida legitimación no se extiende para reclamar perjuicios indirectos a título de daño emergente y/o lucro cesante como los rogados a través de la pretensión quinta del libelo introductorio.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

Resolución 018 de 2015, por medio del cual el municipio de Sandoná declaró el incumplimiento, ordenó hacer efectiva la garantía No. 100 y dispuso la liquidación unilateral del convenio, acto que, en su criterio, afectó directamente a la actora. Contra el auto inadmisorio se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto de manera desfavorable. Posteriormente, el 13 de septiembre de 2016, se presentó el memorial de subsanación y la demanda fue admitida el 1° de febrero de 2017.

53. Así las cosas, no puede restringirse la legitimación del fiador cuando lo que está en discusión es la legalidad de la resolución que declaró el incumplimiento y ordenó la efectividad de una garantía de naturaleza personal, aunado a que fue en tales términos que se ordenó la subsanación de la demanda y, en estos términos, fue tramitado el proceso. La restricción de la posibilidad de cuestionamiento judicial frente al fiador desconocería los principios de contradicción y de defensa, así como las consecuencias derivadas del alcance de la fianza.

Naturaleza del acuerdo amparado por Sufianza S.A.S.

54. El 05 de agosto de 2009, el municipio de Sandoná y la Corporación Vivienda Digna²², suscribieron un convenio de asociación, con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998²³, para lo cual acordaron (transcripción literal, con sus propios énfasis, errores ortográficos y de digitación):

“PRIMERA. OBJETO: El presente CONVENIO DE ASOCIACIÓN, tiene por objeto LA FORMULACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO DENOMINADO: ‘CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL EN SITIO PROPIO PARA 100 FAMILIAS DAMNIFICADAS POR LA OLA INVERNAL MUNICIPIO DE SANDONÁ, DEPARTAMENTO DE NARIÑO (...). [Las partes] (...) se encargarán de la canalización de recursos financieros, técnicos y humanos para presentar [el proyecto] ante el FONDO NACIONAL DE REGALÍAS – FNR’²⁴.

55. Las partes pactaron que al municipio de Sandoná le correspondía: **i)** radicar el proyecto ante el Fondo Nacional de Regalías –en adelante FNR–; **ii)** hacer aportes representados en bienes y servicios por valor de \$35’156.000. Desembolsados los recursos por parte del FNR, la entidad destinaría para el proyecto el valor de \$1.227’264.000. A su vez, la Corporación de Vivienda Digna debía aportar bienes y servicios valorados en \$47’900.000, distribuidos de la siguiente manera: **a)** estudios y diseños por \$15’890.000, que comprendían las labores de recolección de la información, diligenciamiento de los formatos requeridos para la aprobación del proyecto por parte del FNR, incluidos los soportes estructurales y presupuestales; **b)** aspectos ambientales y comunitarios por valor de \$31’960.000, correspondientes a una brigada de salud, talleres para la comunidad sobre reforestación y

²² Persona jurídica sin ánimo de lucro, de derecho privado, según lo indicado en el convenio. (Folios 75 a 79 del cuaderno 1 del expediente digital, obrante en el índice 2 de Samai).

²³ “Artículo 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán (...) asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación (...).

Los convenios de asociación (...) se celebrarán de conformidad con (...) el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación (...)” (se destaca).

²⁴ Folios 72 a 76 del cuaderno 1 del expediente físico.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

mantenimiento del pozo séptico. La sumatoria de los aportes ascendía a \$1.310'360.000, más \$159'800.000, que estarían a cargo de la comunidad, sin que en el convenio se referenciara la razón o justificación de ello.

56. De otro lado, se pactó que el representante legal de la corporación sería el gerente del convenio, quien, entre otros, tendría a su cargo la contratación de lo que se requiriera para la ejecución del proyecto.

57. El objeto fue modificado parcialmente a través de otrosí del 19 de abril de 2010, en los siguientes términos (mayúsculas y ortografía del texto original):

*“[L]as partes se comprometen: (a) **en una primera etapa, a aunar esfuerzos para la presentación del proyecto ante el Fondo Nacional de Regalías – FNR** por parte del MUNICIPIO con la finalidad de obtener los recursos indispensables para la ejecución del proyecto, y (b) si el FNR aprueba dichos recursos, en una segunda etapa, a llevar a cabo el proyecto de **construcción de las CIEN (100) viviendas de interés social rurales a través de la CORPORACIÓN VIVIENDA DIGNA** (...)”²⁵ (se destaca).*

58. El 25 de agosto de 2010, las partes, dada la certeza del presupuesto aprobado por el FNR, a través de un nuevo otrosí, precisaron, entre otros, los siguientes aspectos: *i)* valor total: \$1.598'.000.000, de los cuales el municipio de Sandoná aportaría \$159'800.000, representados en bienes y servicios; la comunidad otros \$159'800.000, en mano de obra no calificada. El valor restante provendría del fondo (\$1.278'400.000), los cuales se entregarían a la Corporación en 3 desembolsos (30%, 50% y 20%), según *“el avance (...) de las viviendas a construir”*; *ii)* la citada corporación debía constituir garantía única de cumplimiento expedida por compañía de seguros; y *iii)* la vigencia del convenio se sujetaría al cronograma del proyecto presentado, según el término de la obra más dos años²⁶.

59. Luego, mediante otrosí del 28 de julio de 2011, las partes establecieron que el plazo de ejecución iría del *“5 de agosto de 2010 fecha de inicio y perfeccionamiento del convenio hasta el 4 de abril de 2013, más dos años después de la duración de la obra”*²⁷.

60. En este orden de ideas, la garantía otorgada por Sufianza S.A.S. y sobre cual versa la *litis*, tuvo como fundamento el convenio de asociación que la Corporación Vivienda Digna y el municipio de Sandoná celebraron al amparo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que autoriza a las entidades estatales para asociarse con personas jurídicas particulares para el desarrollo de sus cometidos²⁸, naturaleza que en este caso no fue objeto de discusión ante el *a quo*, ni a través de la alzada.

²⁵ Folios 201 y 202 del cuaderno 1 del expediente físico.

²⁶ Folios 43 a 47 del cuaderno 1 del expediente físico.

²⁷ Folio 208 del cuaderno 1 del expediente físico.

²⁸ La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, al analizar el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, precisó:

“6.2. (...) [E]l legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, [y establece], en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados ‘de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política’, lo que



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

61. En todo caso, la falta de discusión acerca de la naturaleza y alcance del acuerdo no sería impedimento para que la Sala, en ejercicio de sus facultades oficiosas, abordara tales puntos, incluido el análisis de licitud del objeto pactado. Sin embargo, tal estudio no es procedente, en cuanto la Corporación Vivienda Digna -contratista- no fue vinculada al *sub lite*, dado que el litigio fue promovido únicamente por la garante Sufianza S.A.S. contra el municipio de Sandoná, sin que se hubieran efectuado vinculaciones adicionales.

Régimen jurídico del convenio de asociación suscrito entre la Corporación de Vivienda Digna y el municipio de Sandoná

62. Como lo ha sostenido esta Subsección²⁹, el régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación celebrados en vigencia del Decreto 777 de 1992, es el derecho privado. Esto, con fundamento en el inciso 2° del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, según el cual *“los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política (...)”*. Esta remisión se ha entendido aplicable frente a los decretos autónomos que reglamentan dicha norma constitucional y únicamente respecto de aquellos asuntos que no se encuentren expresamente regulados en la ley.

63. En ese sentido, como para la fecha de suscripción del convenio *sub lite* -5 de agosto de 2009- se encontraba vigente el artículo 1° del Decreto 777 de 1992, que establecía que este tipo de negocios jurídicos *“se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”*, aquel es el régimen aplicable al caso que se estudia.

64. En cuanto a los puntos directamente desarrollados³⁰, el citado decreto se ocupó del tipo de garantías procedentes (artículo 5), y de la potestad de terminación unilateral por incumplimiento -artículo 15- así: *“La entidad contratante podrá dar por terminados unilateralmente los contratos (...) a que se refiere el presente Decreto y exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar, cuando éstas incurran en incumplimiento de sus obligaciones contractuales”*. Disposición que, en atención a su carácter específico, no resultó derogada por la Ley 80 de 1993³¹.

significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, (...) impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política”.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de marzo de 2025, expediente 63.262, M.P. María Adriana Marín.

³⁰ Corte Constitucional, C-324 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Además, C-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, sobre control judicial de reglamentos autónomos.

³¹ *“La doctrina, por su parte, ha indicado en similar sentido que los contratos celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro cuya génesis se desprende del artículo 355 de la Carta Política, que a su vez están circunscriptos por el Decreto 777 de 1992, no se encuentran cobijados*



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

65. Aclarado lo anterior, se concluye que el régimen del convenio de asociación que dio origen al proceso de la referencia estaba integrado por: **i)** el derecho privado, y **ii)** lo regulado expresamente por el Decreto 777 de 1992, incluido el tipo de garantías (pero no su exigibilidad), la facultad de terminación unilateral por incumplimiento y lo referente a las cláusulas excepcionales³². Además, estaba sujeto a los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, así como a las reglas fiscales de ejecución de los presupuestos públicos³³.

Naturaleza de las decisiones proferidas por el municipio de Sandoná

66. En la audiencia del 16 de enero de 2015³⁴, el alcalde de Sandoná concluyó que el convenio analizado fue incumplido por la Corporación Vivienda Digna, pues los pagos efectuados ascendieron a \$935'089.920 y, de lo informado por el supervisor y la interventoría, solo se construyeron 40 viviendas, entregadas en un 95%, 20 en un avance del 50%, y no se adelantó ninguna obra frente a los 40 beneficiarios restantes. Además, la corporación no rindió los informes que le correspondían. Con fundamento en esta situación, la entidad profirió la Resolución No. 018 del 16 de enero de 2015³⁵, por medio de la cual adoptó las siguientes determinaciones (transcripción en su tenor literal, con sus propios énfasis, errores ortográficos y de digitación):

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la terminación unilateral por incumplimiento del convenio de Asociación celebrado entre el Municipio de Sandoná y la Corporación VIVIENDA DIGNA (...).

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del siniestro del convenio de Asociación del 5 de agosto de 2009 ya detallado a partir de la presente fecha.

ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento N° 100, expedida por la compañía de seguros SUFIANZA S.A.S. el día 31 de agosto de 2011, por el monto cubierto por la garantía y que deberá ser cancelado a Municipio de Sandoná dentro de los treinta (30) días calendarios posteriores a la ejecutoria del presente acto administrativo (...).

(...) ARTÍCULO SEXTO: Procédase a la liquidación unilateral del contrato dentro de las previsiones del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 19 de 2012" (Mayúsculas y ortografía del texto original).

67. El 17 de enero de 2015, el municipio de Sandoná liquidó de manera unilateral el convenio³⁶, para lo cual indicó que: **i)** del total de \$1.598'000.000 fueron ejecutados \$960'207.200; y **ii)** el cumplimiento del convenio era del 40%.

por la Ley 80 de 1993". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz, auto de 3 de diciembre de 2014, radicado 51832.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de agosto de 2018, expediente 57.122, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

³³ En el mismo decreto se estableció: "Artículo 14º.- Los contratos a que se refiere el presente Decreto estarán sujetos al respectivo registro presupuestal y al control fiscal posterior por parte de las respectivas Contralorías (...)".

³⁴ Folios 60 a 67 del cuaderno físico 1.

³⁵ Folios 57 y 58 del cuaderno digital 1.

³⁶ Folio 68 del cuaderno físico 1.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

68. Luego, mediante la Resolución 010 del 11 de agosto siguiente³⁷, confirmada por la Resolución 011 del 20 de octubre de la misma anualidad³⁸, el secretario de hacienda del municipio de Sandoná practicó la “*liquidación oficial de la garantía única de cumplimiento*”, para lo cual estableció que la suma a pagar por Sufianza S.A.S. era de \$743’768.000, integrada por los siguientes rubros: *i)* \$159’800.000 por cumplimiento; *ii)* \$345’168.000 por buen manejo del anticipo; *iii)* \$79’000.000 por salarios y prestaciones sociales; y *iv)* \$159’000.000 por estabilidad de la obra. Los referidos rubros corresponden exactamente con lo amparado en la fianza (garantía No. 100 de fecha 17 de septiembre de 2010 expedida por el recurrente) en punto de las obligaciones y valores afianzados.

69. La citada Resolución 018 de 2015 constituye acto administrativo por haber sido proferida en virtud de las prerrogativas establecidas en el artículo 15 del Decreto 777 de 1992, que, como se ha explicado, habilitaba a la entidad para terminar unilateralmente el convenio de asociación por incumplimiento, y “*exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar*”, disposición cuyo alcance ha sido definido por la Subsección, en los siguientes términos:

“En lo que importa para este caso se establece que, aunque al convenio asociativo no le fuera aplicable la Ley 80 de 1993, es claro que en (...) las entidades públicas contratantes, de acuerdo con el Decreto 777, estaban dotadas de competencia para declarar unilateralmente la terminación del contrato y exigir el pago de los perjuicios, de lo cual se infiere que los podía establecer.

(...) [L]a facultad de declarar la terminación unilateral para hacer exigibles los perjuicios correspondientes al incumplimiento permitía también declarar dicho incumplimiento con el fin de hacer valer el derecho a la indemnización perjuicios”³⁹ (se destaca).

70. A su vez, las determinaciones contenidas en las Resoluciones Nos. 010 del 11 de agosto de 2015 y 011 del 20 de octubre de la misma anualidad, a través de las cuales la entidad estableció el monto que, a su juicio, debía ser asumido por la fiadora, corresponden a actos jurídicos contractuales privados, en atención al régimen aplicable a los convenios de asociación.

71. En este asunto la Corporación Vivienda Digna constituyó una fianza no bancaria, la cual fue otorgada el 17 de septiembre de 2010 por Sufianza S.A.S., sociedad que no tenía la calidad de aseguradora, ni de entidad bancaria, y que se obligó con fundamento en el Código Civil, en los siguientes términos (mayúsculas y ortografía del texto original):

“OBJETO: AMPARA LOS PERJUICIOS MATERIALES DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL AFIANZADO (...). OBLIGACIONES AFIANZADAS (...) VALORES AFIANZADOS (...)

³⁷ Folios 59 y 60 del cuaderno digital 1.

³⁸ Folios 61 y 62 del cuaderno digital 1.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de agosto de 2018, expediente 57.122, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

Cumplimiento 159.800.000 (...) Buen Manejo del Anticipo 345.168.000 (...) Salarios y Prestaciones Sociales 79.900.00 (...) Estabilidad de la obra 159.800.000".

72. Según los artículos 65 y 2361 del Código Civil, la fianza es una obligación accesoria que se adquiere para asegurar otra y, en virtud de la cual, se responde por una obligación ajena *"comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple"*. En concordancia, el artículo 2369 *ejusdem* señala que *"[a]fianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva"*. Es decir, no se garantiza que la obligación se cumpla, sino la indemnización de los perjuicios que se generen, carga que, precisamente, en este caso, asumió Sufianza S.A.S., con sujeción al Código Civil.

73. Sobre el alcance de la fianza y el seguro de cumplimiento, la doctrina ha considerado: *"La función económico-jurídica de las dos instituciones es uniforme. – Afianzando un hecho ajeno se afianza solo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva- (C. C., art. 2369, inc. 3). Por su parte, el seguro de cumplimiento provee a la indemnización del asegurado en caso de incumplimiento del contratista. Uno y otra, el seguro y la fianza dan origen a la subrogación (...). **Lo que no es uniforme es su operación técnico-comercial**"* (se destaca)⁴⁰.

74. En concordancia, la Corte Suprema de Justicia, frente al alcance de la garantía analizada, ha señalado ⁴¹:

*"[A]mbos contratos constituyen **cauciones de tipo personal**, [y] (...) tienden a precaver los efectos nocivos en el patrimonio del asegurado o afianzado, como consecuencia de un hecho futuro e incierto (...) [.] [E]n ninguno de los dos contratos, el asegurador y el fiador, pueden obligarse a más de lo que se comprometió el deudor o de lo que expresamente hayan convenido.*

*(...) **Concerniente a las diferencias**, usualmente se evoca que: a) la fianza puede ser gratuita u onerosa, mientras que el seguro es, siempre, oneroso, b) la aseguradora asume obligación propia, en cambio, la fianza involucra una obligación ajena, c) en el contrato de seguro, la aseguradora, frente al siniestro, bien puede optar por cancelar la indemnización o reponer la pérdida sufrida por el asegurado, mientras que **en la fianza el fiador siempre debe satisfacer la obligación debida**, d) en la fianza existe el beneficio de excusión, mientras que el contrato de seguro no brinda esa prerrogativa al asegurador, e) **la fianza la puede extender, regularmente, cualquier persona**, en cambio, el seguro debe expedirse por una entidad especializada como es una aseguradora, f) las empresas aseguradoras, cualquier ramo en que operen, incluido, desde luego, el de cumplimiento, están bajo la vigilancia de la autoridad competente, amén de que controlan el producto mismo en cuanto a sus condiciones generales y especiales; cosa diferente sucede en **los contratos de fianza que no tienen, en línea de principio, control alguno, ni previo ni posterior**, g) no existe la posibilidad que el acreedor o afianzado, reclame la sustitución o cambio del asegurador (afianzador), ante una eventual insolvencia; y, h) el asegurador, ante el pago de la indemnización, a pesar de la subrogación que opera, no*

⁴⁰ J. Efrén Ossa, "Teoría general del seguro" (2ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1991), pág. 474, citado en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de agosto de 2008, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, radicado 11001 31 03 016 1994 03216 01.

⁴¹ Corte de Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva del 15 de agosto de 2008, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, radicado 11001 31 03 016 1994 03216 01.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

puede pretender que el responsable del daño le reconozca perjuicios, como sí acontece con el fiador.

(...) [S]on dos modalidades contractuales independientes y (...) cada uno tiene su propia regulación, por tanto, el primero responderá a su esencia de tal y el afianzamiento por su lado asumirá lo propio (...)" (se destaca).

75. Así las cosas, en el presente asunto se otorgó una fianza en las condiciones enunciadas, y con sujeción al Código Civil, el cual regula este tipo de garantía en los artículos 2361 a 2408, normativa que de cara a su efectividad no establece ningún procedimiento especial, sino que para tal fin basta con el respectivo requerimiento de pago. Incluso, el fiador puede hacerlo pago *motu proprio*⁴². Esto, sin perjuicio del beneficio de excusión, establecido en el artículo 2383 *ejusdem*, que prevé “[e]l fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes de deudor principal”. En caso de que el fiador no haga el pago voluntariamente, al acreedor le corresponderá adelantar las acciones judiciales pertinentes. Frente a esto último, se recaba que, en materia de garantías, tratándose de convenios de asociación y del régimen privado aplicable en ese punto, los requerimientos de pago formulados por las entidades deben entenderse como una mera reclamación, que no goza de los atributos propios de los actos administrativos, como el carácter ejecutivo y su consecuente capacidad de producir efectos, incluso, contra la voluntad de su destinatario.

76. El Decreto 777 de 1992, en su artículo 5, estableció el tipo de garantías aplicables, para lo cual se precisó que el contratista debía constituir para tal fin **“fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria”**. En todo caso, en los contratos con valor inferior a 100 smmlv serían aceptables **“otras garantías reales o personales”**, que la entidad estimara suficientes⁴³.

77. Una de las garantías de tipo personal consagradas en nuestro ordenamiento jurídico es la fianza. El artículo 65 del Código Civil⁴⁴ la califica como un tipo de caución, por tratarse de una obligación que se adquiere para asegurar otra. A su vez, el artículo 2361 *ejusdem* la define como **“una obligación accesoria**⁴⁵, en virtud

⁴² “Artículo 2379. Pago de la deuda por el fiador. El fiador podrá hacer el pago de la deuda aún antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal (...).

⁴³ “Artículo 5. El contratista se obligará a constituir garantías adecuadas de manejo y cumplimiento cuya cuantía será determinada en cada caso por la entidad contratante. Dichas garantías podrán consistir en fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales podrán aceptarse otras garantías reales o personales, que a juicio de la entidad pública contratante garanticen el manejo adecuado de los recursos”.

⁴⁴ “Artículo 65. Cauciones. Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”

⁴⁵ Frente a esta característica, resulta pertinente traer a colación lo previstos en los artículos 1499 y 2406 del Código Civil, así:

“Artículo 1499. Contrato principal y accesorio. El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y **accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella** (...).



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple" (se destaca).

78. El convenio sub examine, tuvo un valor superior a 100 smmlv, por tanto, no eran procedentes "**otras garantías reales o personales**", sino que las aplicables eran la póliza de seguros de compañía habilitada o la fianza de bancos. En este caso, se optó por la primera de las citadas, para lo cual las partes pactaron que la Corporación Vivienda Digna aportaría tal garantía, la cual cubriría los siguientes amparos: **i)** cumplimiento; **ii)** estabilidad de la obra; **iii)** pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal; **iv)** buen manejo y correcta inversión del anticipo⁴⁶.

79. No obstante, como se explicó, la Corporación Vivienda Digna constituyó una garantía distinta a la que correspondía: una fianza no bancaria. La Sala se abstendrá de adoptar alguna determinación sobre esta falencia, en atención a la ausencia de pretensiones en tal sentido y, como se explicó, a la falta de comparecencia de la Corporación Vivienda Digna *—sujeto que pactó con la demandante el otorgamiento de la fianza allegada—*, lo que excluye el ejercicio de facultades oficiosas en ese punto. En todo caso, los errores en el aporte y aprobación de las garantías no comprometen la validez del convenio, pues corresponden a situaciones propias de su etapa de ejecución. Además, la accionante no puede beneficiarse de la situación advertida, habida cuenta de que fue su decisión amparar un negocio jurídico para el que carecía de habilitación.

80. Ahora bien, la Sala, al resolver los reparos de los apelantes, tomará en consideración el tipo de garantía otorgado, pues es, precisamente, a partir de este que se deben determinar los términos en los que se debía hacer efectivo dicho amparo.

Artículo 2406. Causales de extinción de la fianza. La fianza se extingue en todo o parte, por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales, y además:

1. Por el relevo de la fianza en todo o parte, concedido por el acreedor al fiador.
2. En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse.
3. **Por la extinción de la obligación principal en todo o parte**" (se destaca).

⁴⁶ Al respecto, en la cláusula quinta del convenio de asociación se indicó (mayúsculas y ortografía del texto original):

"QUINTA. GARANTÍAS. CORPORACIÓN VIVIENDA DIGNA se compromete a suscribir garantía única de cumplimiento expedida por una compañía de seguros debidamente legalizada en el país, que cubra los siguientes amparos: **1) Cumplimiento:** del convenio equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del convenio cuya vigencia será igual a la duración del convenio y cinco (05) meses más, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento (D.4828/2008, art. 7, Núm. 7.4). **2) Estabilidad de la obra:** equivalente al diez por ciento (10%) del valor total final de la obra, vigente por los tres (3) años contados a partir de la fecha del acta de entrega y recibo final de la obra **3. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal** equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del convenio, y,

sus adiciones si a ello hubiere lugar, y deberá extenderse por el término de vigencia del Convenio y tres (3) años más, contados a partir de su perfeccionamiento (...). Buen manejo y correcta inversión del anticipo cuya cuantía será equivalente al cien por ciento.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

81. Establecida la naturaleza del acuerdo en el marco del cual surgió la controversia, el régimen jurídico aplicable, así como el tipo de garantía otorgado y el alcance de las decisiones cuestionadas, la Sala abordará los cargos de apelación.

La garantía del debido proceso de Sufianza S.A.S.

82. La discusión planteada en el recurso de apelación versa sobre la citación efectiva de Sufianza S.A.S. a la audiencia del 16 de enero de 2015, en la que la entidad declaró el incumplimiento y ordenó la terminación unilateral del convenio de asociación, actuación que la Sala encuentra acreditada. En efecto, en el expediente obra la citación del 27 de diciembre de 2014 efectuada a la accionante para la audiencia que se llevaría a cabo el 9 de enero siguiente. Al respecto, se sostuvo que en la visita practicada por la entidad con la interventoría⁴⁷, fue advertido un atraso del 60%, y el acta, según lo indicado en la comunicación, fue remitida como anexo. También fue aportada la comunicación del 2 de enero de 2015⁴⁸, a través de la cual el municipio de Sandoná le avisó a la demandante sobre el aplazamiento de la audiencia para el 16 de enero de 2015.

83. A este proceso se allegó el reporte de entrega exitoso de la segunda de las citaciones referenciadas⁴⁹, lo que es suficiente para resolver de manera favorable el cargo de apelación, pues la accionante no manifestó su desconocimiento frente a la comunicación del 27 de diciembre de 2024⁵⁰, sino que centró su reproche en la falta de información sobre el aplazamiento⁵¹.

84. Las diligencias analizadas, como se explicó, fueron adelantadas por la entidad en virtud de la facultad de terminación unilateral conferida por el artículo 15 del Decreto 777 de 1992. En cuanto al ejercicio de esta competencia, la Subsección B de la Sección Tercera, en sentencia del 26 de julio de 2021⁵², sostuvo:

⁴⁷ Al respecto, en la citación no se referenció la fecha.

⁴⁸ Folio 253 del cuaderno 1 del expediente físico.

⁴⁹ Índice 57 la plataforma tecnológica Samai. El cual fue allegado a esta instancia en virtud de la prueba de oficio decretado por la Subsección el 30 de agosto de 2024.

⁵⁰ En el expediente no obra constancia de entrega, sino solo la comunicación con un sello de empresa de mensajería, lo que permite inferir que fue puesto a disposición del servicio postal, situación que al analizarla en concordancia con la demanda, permite concluir que la demandante conoció su contenido, al punto de que se limitó a cuestionar la falta de información del aplazamiento.

⁵¹ Al respecto, se sostuvo (mayúsculas y ortografía del texto original):

*“Al expedir la Resolución No. 018 del 16 de enero de 2015 (...), el Alcalde Municipal de Sandoná vulneró normas de orden constitucional (...), lo anterior debido a que la entidad que represento **no fue citada apropiadamente a la audiencia que se llevó a cabo el día 16 de enero de 2015** y en la cual la administración Municipal de Sandoná decide adoptar la decisión de terminar unilateralmente el convenio de Asociación del 5 de agosto de 2009 (...). En el caso que nos ocupa, la entidad estatal no envió por correo certificado la citación a la entidad que represento, motivo por el cual nunca se enteró **que la audiencia que inicialmente se había fijado para el día 9 de enero de 2015, había sido aplazada para el día 16 del mismo mes y año**, al no efectuarse la citación en debida forma, la entidad aseguradora que represento **no pudo acudir a la audiencia celebrada el día 16 de enero de 2015** y por esta razón no pudo controvertir los supuestos de hecho y de derecho descritos en la decisión de terminación unilateral emitida por la administración y de otra parte no pudo aportar los medios probatorios necesarios para desestimar esos supuestos de hecho, vulnerando de esta forma el debido proceso, y el derecho a la defensa de mi representada, etapa en la cual se le hubiera dado la oportunidad de ser oída y ejercer su derecho de defensa y de contradicción”* (Negritas y subrayado fuera del texto original).

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 59507, sentencia del 26 de julio de 2021, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

“E.- El debido proceso en la declaratoria de incumplimiento del convenio de asociación

8.- El Convenio que dio lugar a la declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal corresponde a la categoría de **convenios de asociación** establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política (...).

9.- (...) Así, **este incumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 777 de 1992, faculta a la entidad para ‘dar por terminados unilateralmente los contratos con las entidades a que se refiere el presente Decreto y exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar’**, como sucedió en el presente caso.

10.- El (...) contratista (...) **debe ser escuchado por la entidad antes de tomar la decisión**” (se destaca).

85. Si bien la demandante no era la contratista, ello no era óbice para que fuera citada a la actuación, en virtud del interés directo que le asistía, dado que: **i)** era la garante de la obligación; **ii)** podía resultar afectada por las decisiones adoptadas por el municipio; y **iii)** en caso de verse obligada a responder, lo haría con su propio peculio (a diferencia de lo que ocurre en una garantía bancaria a primer requerimiento).

86. Este interés, precisamente, se encuadra dentro de las reglas adjetivas vigentes para la época, previstas en la parte primera de la Ley 1437 de 2011⁵³, aplicables ante la inexistencia de disposiciones específicas en el Decreto 777 de 1992, y dada la naturaleza privada del convenio, que excluía la aplicación del EGCAP⁵⁴, tal como lo ha sostenido esta Subsección⁵⁵. Pues bien, los artículos 37 y 38 del CPACA señalan:

“Artículo 37. Deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta **que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión**, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

Artículo 38. Intervención de terceros. Los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada, en los siguientes casos:
(...)

2. Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios (...).”

87. A juicio de la Sala, las anteriores disposiciones son aplicables a aquellas personas que, dado el vínculo jurídico o fáctico que tienen con una de las partes de

⁵³ Por ser normas procesales se deben aplicar si al momento de la actuación se encontraban vigentes, independiente de la fecha de perfeccionamiento del negocio jurídico.

⁵⁴ Estatuto general de Contratación de la Administración Pública.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de agosto de 2018, expediente 57.122, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

la actuación, o por su situación concreta frente a la relación sustancial objeto de estudio, puedan verse afectados por la decisión que llegue a proferirse.

88. Ese interés jurídico justifica su participación, garantizada por la ley mediante la posibilidad de intervenir en el trámite respectivo para ejercer su derecho de defensa. Además, justifica su participación, garantizada por la ley mediante la posibilidad de intervenir en el trámite respectivo para ejercer su derecho de defensa. Además, en el evento de adoptarse alguna decisión que los afecte, podrán ejercer las respectivas acciones judiciales.

89. De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que en el *sub lite*, en atención a su condición de garante, bastaba con que se le permitiera a Sufianza S.A.S. conocer la actuación y controvertir los fundamentos de la actuación con fundamento en la cual se declaró el incumplimiento y se exigió el pago de los perjuicios causados. Estos propósitos que, al margen de no ser obligatoria, eran pasibles de ser materializados a través de una audiencia en la que se pusiera de presente la situación, sus eventuales consecuencias, se diera la oportunidad de rendir descargos, de solicitar pruebas y de recurrir la determinación adoptada. Etapas que se agotaron en el caso bajo examen⁵⁶ en la diligencia del 16 de enero de 2015, pero la actora no compareció para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

90. Cuestión distinta es la situación de la Corporación Vivienda Digna, que no promovió el proceso de la referencia ni fue vinculada por el Tribunal *a quo*, motivo por el cual no corresponde efectuar ningún pronunciamiento sobre este punto.

91. En línea con lo anterior, la Sala precisa que no era exigible una citación con las características que consideró el *a quo*, consistentes en indicar de manera expresa el grado de incumplimiento y la estimación de los perjuicios, pues tal conclusión se basó en artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, norma que, como se explicó previamente, no era aplicable al *sub lite*, al tratarse de un contrato sometido al régimen privado. No obstante, la Subsección advierte que, en la comunicación del 27 de diciembre de 2014, enviada a la demandante, se detallaron los aspectos relevantes como el estado de ejecución del convenio, los incumplimientos detectados, el avance físico de las obras y los resultados de las visitas técnicas, elementos suficientes para que la convocada entendiera el alcance de la actuación y ejerciera su derecho de defensa. Al respecto, se estimó que se presentaba un atraso del 60%⁵⁷, por lo siguiente:

“En el informe que se relaciona a continuación por parte del Departamento Nacional de Planeación DNP en la visita hecha a la obra por parte de la Entidad Ejecutora y por la Subdirección de Control y Vigilancia, se presentan los resultados obtenidos en la ejecución del convenio en la construcción de 100 viviendas de Interés Social para Familias Damnificadas por Ola Invernal de varias Veredas del Municipio de Sandoná, Departamento de Nariño correspondientes a la ejecución del 40% del contrato.

RESUMEN EJECUTIVO DEL DESARROLLO DE LA VISITA.

⁵⁶ Folios 102 a 109 del cuaderno digital 2.

⁵⁷ Folios 243 y 244 del cuaderno 1.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

Se dio inicio en el Municipio de Sandoná, realizando una inspección visual de las viviendas en cada una de las veredas objeto del presente proyecto, evidenciando 40 viviendas (40%) lo que corresponde a un avance aproximado por unidad de vivienda intervenida del 40%, los espacios y materiales de dichas viviendas corresponden a lo descrito en el proyecto aprobado, sin embargo se evidencian falencias en acabados de las estructuras en concreto, dado que hay hormigueros en la mayoría de las viviendas, los puntos eléctricos se encuentran en las vigas aéreas de amarre y se encontró dos viviendas en donde el tanque de almacenamiento no se instaló porque la altura del espacio para la instalación es muy pequeño, adicionalmente en aproximadamente 10 de las viviendas terminadas los beneficiarios manifiestan haber tenido que comprar parte de los materiales en general, acero y los perfiles para cubierta.

Igualmente se realizó el recorrido por 23 viviendas intervenidas, las cuales fueron abandonadas sin terminar, quedando pendientes las puertas y ventanas, el baño, tanque de almacenamiento, pozo séptico y piso. Se aclara que algunas de estas viviendas se encuentran habitadas por los beneficiarios, quienes en algunos casos las han terminado con recursos propios o simplemente se han pasado en el estado en el que está porque no cuentan con un lugar en donde vivir. Adicionalmente se evidenció 1 vivienda parcialmente construida con recursos y materiales entregados al beneficiario que no había sido visitada por no contarse con evidencia de su levantamiento. Finalmente se efectuaron 64 visitas.

(...) Según fechas de terminación de la obra a la fecha como se puede constatar en el Acta de visita se han construido 40 viviendas de interés social para familias damnificadas por la ola invernal en varias veredas del municipio de Sandoná Departamento de Nariño, lo cual evidencia un avance del 40% lo que indica que están pendientes por construir un 60% para completar el total del proyecto.

MOTIVO DEL REPORTE DEL SINIESTRO

El contratista a la fecha pese a los compromisos establecidos en el acta firmada conjuntamente con la interventoría no ha cumplido con lo estipulado en la misma, donde desde el mes de Agosto del 2013 no se ve avance alguno en la ejecución, presentando un atraso del 60%, donde ya se debió ejecutar en su totalidad el objeto del contrato. La comunidad beneficiaria, veeduría ciudadana, personería y supervisión por parte del Municipio, nos encontramos inconformes con el desarrollo del objeto del contrato pese a los diferentes compromisos establecidos por parte del contratista nunca se han cumplido.

Se allega con el presente documento el Acta de visita conjuntamente con las observaciones citadas en diecinueve (19) folios.

Conforme a lo narrado, se le informa de la misma manera que el expediente del contrato se encuentra en físico disponible en la Alcaldía Municipal de Sandoná, en el Despacho del Alcalde Municipal, ubicado en el Centro Administrativo Municipal, segundo piso, Cra 5 No. 05-40 del Municipio de Sandoná – Nariño, donde podrá obtener la información que considere necesaria y pertinente para el ejercicio de su derecho de defensa”.

92. En concordancia, en la audiencia celebrada el 16 de enero de 2015 se reiteraron los anteriores argumentos; además, se indicó el porcentaje de recursos desembolsados. A su vez, el 17 de enero de 2015, el municipio de Sandoná liquidó



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

de manera unilateral el convenio⁵⁸, precisando que: *i)* del total de los \$1.598'000.000 fueron ejecutados \$960'207.200; y *ii)* su cumplimiento ascendió a un 40%.

93. De este modo, la Sala concluye que, de conformidad con la normativa aplicable (parte primera de la Ley 1437 de 2011), no se configuró la vulneración del debido proceso en los términos señalados por el *a quo*. Si bien el Tribunal se sustentó en disposiciones que no eran aplicables (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011), se constata que el municipio de Sandoná observó las garantías sustanciales mínimas de información, contradicción y defensa, asunto distinto es que la accionante, pese a estar formalmente convocada, no compareció a la diligencia programada para controvertir los hallazgos presentados.

94. De otro lado, la Sala advierte que las decisiones que se profirieron para hacer efectiva la fianza constituida en este asunto⁵⁹, fueron calificadas por el *a quo* erróneamente como actos administrativos, aspecto que, a pesar de no haber sido cuestionado en sede de apelación, debe ser examinado de manera oficiosa, como lo ha considerado esta Sala⁶⁰. En efecto, en aplicación del criterio citado, en concordancia con el principio *iura novit curia* y las facultades derivadas del inciso segundo del artículo 187 del CPACA⁶¹, se concluye que las determinaciones con las que se pretendió exigir a Sufianza S.A.S. el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de la Corporación Vivienda Digna, constituyeron actos jurídicos contractuales de derecho privado, dado el régimen aplicable en este punto frente a los convenios de asociación.

95. Así las cosas, tales determinaciones deben entenderse como una mera reclamación a la fiadora, en los términos del Código Civil, el cual no establece ningún condicionamiento especial para tal fin, aunado a que en la garantía tampoco se pactó, pues solo se indicó que “*el contratante o acreedor se obliga a demostrar el incumplimiento de la obligación afianzada y la cuantía de los perjuicios irrogados*”. Si Sufianza S.A.S. no estaba de acuerdo con el cobro efectuado, en virtud del régimen privado aplicable, tenía la posibilidad de abstenerse de proceder en los términos solicitados, escenario en el cual el municipio de Sandoná podía ejercer las acciones judiciales que estimara pertinentes. En adición, se reitera, que los referidos actos mediante los cuales se practicó la liquidación oficial de la garantía (Resoluciones 010 y 011 de 2011) incluyeron los rubros, obligaciones y valores afianzados exactamente en los términos previstos en la fianza, y el razonamiento de su aplicación fue conocido por la demandante desde el mismo informe de interventoría así como en la citación dentro del procedimiento de declaratoria de incumplimiento materializada en la Resolución 018 (como fue explicado *ut supra*), por lo tanto, la Sala no advierte irregularidad alguna en la producción de los mismos.

⁵⁸ Folio 68 del cuaderno físico 1.

⁵⁹ Las Resoluciones Nos. 010 del 11 de agosto de 2015 y 011 del 20 de octubre de la misma anualidad.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de junio de 2024, M.P. Fernando Alexei Pardo Flórez, expediente 69.488.

⁶¹ En virtud del cual, el iudex de segundo grado “*decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus*”.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

96. En este orden de ideas, la Sala concluye que el municipio de Sandoná no vulneró de forma alguna el debido proceso de la demandante en el procedimiento que culminó con la declaratoria de incumplimiento, terminación anticipada y liquidación oficial de la garantía del convenio de asociación objeto de discusión (del cual la accionante era garante, en virtud de la fianza constituida para tal fin), lo que desvirtúa las razones del *a quo* para acceder parcialmente a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, de ahí que se imponga la revocatoria de su decisión. En consecuencia, se releva la Subsección de pronunciarse sobre los problemas jurídicos derivados y/o consecuenciales fijados en el itinerario de análisis de la alzada.

La condena en costas

97. De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., la Sala condenará en costas a la parte demandante⁶² por ambas instancias, dada la revocatoria de la sentencia dictada por el *a quo*.

98. Las costas incluyen las agencias en derecho, que, según el artículo 366 *ejusdem*, se fijan a partir de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, así como con observancia de la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o por la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales.

99. Así las cosas, la Subsección, con observancia de la actuación desplegada por el apoderado de la entidad demandada durante el trámite del presente proceso, fijará en su favor y a cargo de la parte accionante, las agencias en derecho, en los siguientes términos: **(i)** por la primera instancia, el 2%⁶³ de las pretensiones negadas⁶⁴ (\$14'875.360), y **(ii)** por la segunda, el 1% de lo pedido⁶⁵ (\$7'437.680), para un total del 3%, que equivale a \$22'313.040.

100. Finalmente, en cumplimiento del artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas, con inclusión de las agencias en derecho, se efectuará de manera concentrada en la primera instancia.

⁶² En asuntos como el presente, el magistrado ponente estima que, para condenar en costas a la demandante (no así a la demandada vencida), debe acudirse a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado -con la Ley 2080 de 2021- en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en las actuaciones gobernadas con reglas especiales, como en recursos extraordinarios) corresponde comprobarse si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconoce que no es una interpretación pacífica, por lo que -hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla- acogerá la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, que se inclina por mantener la aplicación del elemento objetivo.

⁶³ En atención a lo señalado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 1887 de 2003, artículo 6, numeral 3.1.1, vigente para la fecha en que se presentó la demanda -*abril de 2016*-.

⁶⁴ Las cuales ascendieron a \$743'768.000.

⁶⁵ Según lo dispuesto en el citado Acuerdo 1887 de 2003, artículo 6, numeral 3.1, que establece como tarifa de agencias en derecho para los procesos contencioso administrativos de segunda instancia con cuantía, hasta el 5% de las pretensiones reconocidas o negadas, según corresponda.



Radicación: 52001233300020160025201 (70.884)
Demandante: Sufianza S.A.S.
Demandada: Municipio de Sandoná
Referencia: Controversias contractuales

101. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 15 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS por ambas instancias a la parte demandante, cuya liquidación adelantará de manera concentrada el *a quo*, según lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para el efecto, las agencias en derecho a cargo Sufianza S.A.S., y a favor del municipio de Sandoná, se fijan así: **i)** por la primera instancia, 2% de las pretensiones negadas (\$14'875.360), y **ii)** por la segunda, el 1% de lo pedido (\$7'437.680), para un total del 3%, que equivale a \$22'313.040.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente de este proceso al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
CON ACLARACIÓN DE VOTO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF