



# Tribunal Administrativo de Norte de Santander

San José de Cúcuta, cinco (05) de Junio de dos mil Quince (2015)

Magistrado Sustanciador: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

**RADICADO:** No. 54-001-23-33-000-2013-00381-00  
**ACCIONANTE:** FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE  
**DEMANDADO:** NACIÓN - MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO y MUNICIPIO DE OCAÑA  
**MEDIO DE CONTROL:** CONTRACTUAL

Entra el Despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, en contra de la providencia de fecha 27 de febrero de 2015, proferida por éste Despacho, mediante el cual se declaró la falta de jurisdicción, ordenando la remisión del proceso de la referencia.

## I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

### 1. FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

Expone que desde la expedición del artículo 32 parágrafo 1° de la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y ley 1450 de 2011, al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo por regla general no le será aplicable el estatuto de contratación administrativa, a menos que sea, para la contratación por fuera del giro ordinario de sus negocios.

Precisa que en un caso donde contrate FONADE se pueden presentar 3 situaciones particulares que son: que FONADE contrate con particulares, caso en el cual siendo FONADE una entidad de naturaleza financiera y que los contratistas ostentan una calidad de particulares, se deberá dar aplicación a lo establecido en el art. 15 de la Ley 1150 de 2007, en consecuencia todos los contratos celebrados entre dichas entidades están excluidos del régimen de contratación estatal.

---

No obstante señala que debe aplicársele el art. 13 de la Ley 1150 de 2007, consistente en que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del estatuto general de contratación de la administración pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la constitución política y están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos para la contratación estatal.

El segundo caso planteado es cuando la contratación se celebre entre FONADE y entidades públicas excluidas de la ley 80 de 1993, caso similar al mencionado, donde no se debe regir por el estatuto general de contratación pública.

Y por último la contratación entre FONADE y entidades públicas a las cuales se les debe aplicar la ley 80 de 1993, manifestando que éste es el caso en litigio, donde si bien es cierto a FONADE no se le aplica en principio la ley 80 de 1993, a las otras entidades con las cuales firmó el convenio interadministrativo 2070291 de 2007, esto es el Municipio de Ocaña y el Ministerio de vivienda, ciudad y territorio, si están sometidas a la aplicación de la ley mencionada.

Señala que el Juez competente para resolver conflictos jurídicos contractuales según lo preceptuado en los artículos 104 y 105 del CPACA es el Juez administrativo, en ese sentido menciona que el Consejo de Estado ha mencionado que el giro ordinario de los negocios corresponde a aquellas funciones asignadas por la ley y que corresponden a actividades típicamente financieras, los que se celebren en conexión de estas actividades típicamente financieras y lo que resultan necesarios para la existencia de FONADE, como contratos laborales, mantenimiento de sedes o contratación de personal.

Considera que se debe aplicar lo regulado en el art. 104 del CPACA, y no el artículo 105 debido a que éste último es una excepción a la regla general consagrada en el artículo 104 del CPACA, el cual debe ser aplicado siempre y cuando se ventilen situaciones en las cuales se analicen contratos que las entidades de carácter financiero como FONADE suscriban dentro del giro ordinario de sus negocios con personas naturales o jurídicas privadas, o públicas que tengan la misma naturaleza de FONADE, destacando jurisprudencia del

657

Consejo de Estado en tal sentido, razones por las cuales considera se debe reponer el auto que dispuso remitir el proceso de la referencia por falta de jurisdicción.

## **2. MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO**

Por su parte el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio manifiesta que al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, por regla general no le será aplicable el estatuto de contratación administrativa, a menos que sea para la contratación por fuera del giro ordinario de sus negocios, destacando también las 3 situaciones particulares cuando se contrata con FONADE, esto es, que se contrate entre a) FONADE y un particular, b) FONADE y una entidad pública excluida de la ley 80 de 1993 y c) FONADE y entidades públicas a las cuales se les debe aplicar la ley 80 de 1993.

Sumado a ello indica que no debe obviarse la naturaleza jurídica de los entes demandados: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y Municipio de Ocaña, los cuales deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa según lo preceptuado en el art. 104 del CPACA, por ser estas entidades públicas, lo cual asignaría la competencia automática a la jurisdicción administrativa, destacando que el art. 105 del CPACA contempla una excepción a la regla general de la mencionada norma (art. 104), la cual debe aplicarse en una forma restrictiva y no análoga, manifestando que ésta excepción debe emplearse en contratos suscritos entre FONADE y personas naturales o jurídicas privadas o públicas que tengan la misma naturaleza de FONADE.

Pone de presente que en un conflicto de competencia planteado similar al objeto de estudio se estableció que la competencia será de la Jurisdicción Administrativa, razones por las cuales solicita se reponga el auto de fecha 27 de febrero de la presente anualidad.

## **II. CONSIDERACIONES.**

### **2.1. De la procedencia del recurso.-**

-----  
El capítulo XII de la ley 1437 del 2011, regula los recursos ordinarios y el trámite, dentro de los procesos judiciales iniciados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, razón por la cual, el artículo 242 del CPACA consagra respecto al recurso de reposición:

*“Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.*

*En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.”*

Encontrándose que la decisión controvertida no es susceptible del recurso de apelación ni de súplica según lo preceptuado en los artículos 243 y 246 del CPACA, lo cual hace plenamente viable el presente recurso, dando aplicación a la ley 1564 de 2012 actual Código General del Proceso norma que derogó expresamente al Código de Procedimiento Civil, la cual en su artículo 318 señala frente a la procedencia y oportunidad de interposición del mencionado medio de impugnación que:

*“Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.*

*El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.*

*El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.*

*El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.*

*Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.*

**Parágrafo.**

*Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.”*

Teniendo en cuenta la normatividad expuesta, se colige que es procedente el recurso de reposición interpuesto de forma oportuna por FONADE y el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, el día 3 de marzo de 2015<sup>1</sup>.

## 2.2. De la decisión en el *sub examine*.-

Para destacar que toda la argumentación de los recursos en estudio están sustentados en la controversia desarrollada tanto por la jurisprudencia como de la doctrina sobre el régimen de contratación aplicable a unas instituciones públicas como las financieras, de conformidad a lo establecido en el artículo 32 parágrafo 1° de la ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y concretamente a el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo que por regla general no le sería aplicable el estatuto de contratación administrativa, a menos que sea, para la contratación por fuera del giro ordinario de sus negocios, tema de importancia y central en el presente caso, pero no referido al régimen de contratación sino al excepcional de exclusión de la jurisdicción contenciosa administrativa tal como lo señala el numeral 1° del artículo 105 del CPACA.

Es que esta excepción es novedosa en la legislación de lo contencioso administrativo, inclusive en la jurisprudencia, precisando en el concepto del giro ordinario de los negocios como presupuesto y objeto de la acción contenciosa administrativa, existiendo si antecedentes pero referidos como se anotó antes, a la aplicación del régimen jurídico de los contratos de la administración, es decir, dicho concepto de "giro ordinario de los negocios" se ha tenido en cuenta por el legislador, por la doctrina y la jurisprudencia, es para determinar el sometimiento o no a las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, valga reiterar, como concepto procesal para llegar al contrato estatal que celebran las entidades financieras de naturaleza pública, y así seguidamente si fuere el caso establecer al juez del contrato, pero no para desarrollar el tema sobre el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa y sus excepciones.

Con estas precisiones se tiene que el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo preceptúa:

**"Artículo 141. Controversias contractuales: Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los**

<sup>1</sup> Folio 615 a 641 del cuaderno principal No. 3.

---

*actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley (...)" (subraya y negrilla fuera de texto).*

Es importante señalar que el medio de control de controversias contractuales va dirigido a las partes de un contrato del Estado, por consiguiente, este medio se aplica a los actos jurídicos que celebran las entidades públicas, es así como el H. Consejo de Estado ha expresado<sup>2</sup>:

*"la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que son contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participen de esa misma naturaleza.*

*(...) De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de esta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado (...)"*

Así mismo, el artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo menciona 4 eventos exceptuados del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, entre los cuales destaca en su numeral primero:

*"1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el **carácter de instituciones financieras**, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan **al giro ordinario de los negocios de dichas entidades**, incluyendo los procesos ejecutivos." (negrilla fuera de texto)*

Esta norma señala que la jurisdicción administrativa no conoce de procesos en los que se ventile la responsabilidad extracontractual o la relativa a contratos celebrados con entidades que tengan el carácter de instituciones financieras, vigilados por la superintendencia financiera siempre y cuando la actividad demandada corresponda a una el giro ordinario de los negocios de dichas entidades, para el presente caso FONADE.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Subsección A, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, Bogotá D.C. veinticuatro (24) de mayo de 2012; radicación número: 76001-23-25-000-1999-00272-01 (21181)

Todo el debate para establecer la jurisdicción que debe conocer de estas clases de controversias. En este punto y antes de abordar el estudio del caso concreto, es menester definir el alcance de la noción del giro ordinario de los negocios, en el contexto del artículo 105 del CPACA, para lo cual es menester traer a referencia el Auto proferido por el H. Consejero ENRIQUE GIL BOTERO el 12 de febrero del 2014 dentro del medio de control de controversias contractuales en el Radicado 25000-23-36-000-2012-00679-012 (47-0.3) en el cual –FONADE- se encontraba demandado, en dicho auto se señaló:

***“Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” –tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también “giro ordinario de los negocios” –como lo denominan otras normas-, hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria.***

*Desde luego que la realización de una actividad que no cumpla estos requisitos estará prohibida, y esto tanto en el derecho financiero como en el societario común.*

*A esta misma conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>3</sup>, organismo que, haciendo un interesante análisis del concepto “giro ordinario de los negocios”, en materia financiera, cita la circular externa N° 055 de 1.997 de la Superintendencia Bancaria, la cual hizo el análisis sobre los actos y contratos conexos con las operaciones financieras y de seguros, y estableció que:*

*(...) la doctrina de la especialidad en punto del objeto social que consagra el artículo 99 del Código de Comercio **resulta aplicable a las sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria** en razón a lo preceptuado por el artículo 2034 ibídem, toda vez que ella no pugna en forma alguna con las disposiciones imperativas de carácter especial que rigen tales entidades y, por el contrario, se acompasa armónicamente con los referidos estatutos excepcionales en la medida en que ambas figuras apuntan a la misma finalidad, cual es la de que las sociedades comerciales ordinarias en el primer caso y financieras en el segundo, **hagan uso de su capacidad jurídica dentro de los precisos límites de su respectivo objeto social.***

*(...)*

<sup>3</sup> A nivel de línea jurisprudencial debe destacarse que, mediante la sentencia de la Sección Cuarta, de junio 14 de 1996 –Rad. 7450-, ya el Consejo de Estado había reflexionado de manera similar a este respecto. En particular, dijo sobre las sociedades fiduciarias, que “... como sociedades mercantiles que son (art. 100 C. Co.), en armonía con lo previsto en el art. 99 del C. Co., se halla restringida a las operaciones que constituye su objeto social, las cuales, se encuentran expresamente autorizadas por la ley; así mismo, dicho atributo se extiende a aquellos actos que tengan por finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia de la actividad de la compañía y a los actos directamente relacionados con la actividad principal, cuya armonía con esta, tal como lo expresa la Superintendencia Bancaria en la resolución por la cual se multó a... ‘deberá siempre expresarse a través de una relación instrumental -de medio a fin- cuyos extremos serán, en su orden, el acto considerado y la empresa o actividad prevista en los estatutos de la compañía’ ” (Negrillas fuera de texto)

---

*'Frente a las actividades que tengan por finalidad ejercer derechos o cumplir obligaciones, se debe imperativamente entrar a analizar el hecho de análisis, respecto de los actos directamente relacionados con el objeto social o actividades conexas al mismo.*

*'Para tal menester es del caso establecer, por el principio del objeto social reglado, que los actos conexos que se realicen deben necesariamente guardar estrecha relación con la capacidad legal particular. **Cuando se trate de actos conexos, su armonía con el objeto social debe expresarse siempre por medio de una relación de medio a fin, cuyos extremos serán, en su orden, el acto considerado y la empresa o actividades previstas en la ley para las instituciones financieras.***

*'(...) No toda actividad de un establecimiento de crédito se restringe a las operaciones de intermediación financiera, que constituyen su objeto social, sino que también, al igual que los demás particulares pueden realizar una serie de operaciones que se dirijan a crear o modificar las condiciones requeridas para el desarrollo de su actividad o a la conservación, reparación y mejora de los bienes que integran su patrimonio, o a la solución de situaciones coyunturales de iliquidez. **Estas son operaciones para financiarse y funcionar como empresas, no comprendidas entre las propias de la intermediación financiera, pero sí dentro del giro ordinario de sus negocios y a las que se extiende el objeto social como actos requeridos para su adecuado funcionamiento.***

*Desde ese punto de vista, los créditos Interinstitucionales no son medios de captación de recursos sino fuente de financiamiento a los que puede acceder la institución por disposición expresa de la ley o como operación conexas a su objeto social, por virtud de lo previsto en el artículo 99 del Código de Comercio.*

*La Sala de Consulta, a partir de esta –y de otras citas de la doctrina y de los conceptos de la Superintendencia Bancaria- concluye aceptando tal criterio, y dice que:*

*Así las cosas, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los actos y contratos de las entidades comprendidas bajo su regulación que se enmarcan en la función principal y las operaciones autorizadas (con las limitaciones o alcances que se definan a su vez en las normas estatutarias y en la autorización de funcionamiento), son los que sujetos a la autorización y control de la superintendencia bancaria justifican y explican la razón por la cual están sometidos a los estatutos excepcionales del sistema financiero y, por lo mismo, dada su naturaleza corresponden al concepto de giro ordinario de sus negocios.*

Frente al caso concreto lo primero que se debe advertir, es que el Decreto 288 del 2004 señala que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de **carácter financiero**, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y **vigilada por la Superintendencia Bancaria**, con domicilio en la ciudad de Bogotá; razón por la cual las controversias relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual, cuando la misma sea o correspondan al **giro ordinario de los negocios** no son del conocimiento de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, esto sin tener en cuenta el criterio orgánico o material, porque la



660

-----  
excepción la concreta o se reduce es este concepto del giro ordinario, tal y como expresamente lo señala el artículo 105 del CPACA.

De esta manera lo concreta el Consejo de Estado en la sentencia atrás citada y con Radicado 25000-23-36-000-2012-00679-012 (47-0.3)

*“En orden a lo señalado, corresponde establecer a qué se refiere la expresión giro ordinario de los negocios, que emplea el art. 105.1 del CPACA: Debe entenderse en una perspectiva restringida, limitada a las actividades enunciadas por él, esto es: financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores; o la lectura debe hacerse en sentido más amplio, comprendiendo todas las actividades que dichas entidades desarrollan.*

*La Sección Tercera se pronunció sobre el tema, con gran acierto, en la sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 11.575, en la cual expresó sobre este concepto jurídico indeterminado<sup>4</sup>, en el mismo contexto que exige la Ley 1437, sólo que para establecer cuándo la institución financiera se regía por la Ley 80 de 1993 y cuándo por el derecho privado, teniendo en cuenta que la ley disponía que si el contrato hacía parte del giro ordinario de las actividades no se regía por aquélla y si no hacía parte se regía por dicho estatuto. La cita se hace in extenso por su pertinencia para resolver el caso concreto:*

3.3. El concepto “giro ordinario de las actividades” propias del objeto social de las entidades financieras.

*Para determinar la aplicación precisa de la excepción al régimen público de contratación, en la materia que se está analizando, es necesario precisar el concepto de giro ordinario de las actividades propias del objeto social de las entidades financieras, toda vez que la demanda se centra en este punto, al decir que el inciso 3, del art. 21, demandado, es nulo porque incluye la contratación de la póliza global bancaria, como si hiciera parte el giro ordinario de las actividades; cuando, a juicio del actor, no hace parte del mismo.*

**3.3.1.** *El giro ordinario de las actividades propias del objeto social de las entidades financieras, en primer lugar, lo constituye el ejercicio de su “función principal”. Para aproximarse a este concepto baste decir, pues parece bastante obvio, que hace parte del giro ordinario de las actividades propias del objeto social de estas entidades la realización de las actividades descritas para cada una de ellas, en el EOSF.*

(.....)

-----  
*“En este caso, la Sala tiene necesidad de precisar el alcance de este concepto en orden a definir la legalidad de la norma demandada, es decir el art. 21, inciso 3, del decreto 679 de 1994; para ello se atenderá a lo analizado en los precedentes numerales, por cuanto una determinación más precisa no es posible en abstracto, sino caso por caso –partiendo del anterior análisis y llevándolo al problema particular-, a fin de evaluar su adecuación normativa.*

*“En esta ocasión la Sala debe hacerlo en relación con la denominada póliza global bancaria, sobre la cual hay que resolver si pertenece o no al giro ordinario de los negocios financieros.”*

---

*Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social<sup>5</sup>, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.,*

*En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero.*

Termina la sentencia referida modificando el auto que rechazo la demanda por caducidad en el caso, en cambio ordenó la remisión del expediente a la justicia ordinaria, para lo cual concluye en dicha providencia:

*“En los términos indicados, por la naturaleza contractual de la controversia, y **sobre todo porque su objeto pertenece al giro ordinario de los negocios de Fonade**, la Sala carece de jurisdicción y competencia – art. 105.1, según se estudió- y por eso modificará la decisión del tribunal, porque si bien, es correcto que se debe rechazar la demanda, no obedece a la caducidad de la acción, sino a la falta de jurisdicción para pronunciarse sobre cualquier aspecto de ella –art. 168 de la Ley 1437 de 2011.” (El despacho ha resaltado)*

En el caso sub – examine se controvierte el incumplimiento del convenio de apoyo financiero No. 2043814 para la “CONSTRUCCION DE LA SEGUNDA ETAPA DEL INTERCEPTOR DE AGUAS NEGRAS DEL RIO TEJO”, celebrado por el ahora denominado Ministerio de Vivienda , Ciudad y Territorio, FONADE y el municipio de Ocaña, con fundamento o en desarrollo del convenio interadministrativo de GERENCIA DE PROYECTOS suscrito por el ministerio atrás anotado y FONADE en desarrollo de las facultades otorgadas por el Decreto 288 de 2004 (Ver convenio visto a folio 18 del C.P 1) en cuyo objeto FONADE se compromete con el Ministerio a la prestación de: “los servicios técnicos, jurídicos y administrativos y realización de todas las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la interventoría técnica, administrativa y financiera del proyecto denominado “Proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única”, así como coordinar las actividades para la ejecución de las

---

<sup>5</sup> Dice el art. 110.4 del Código de Comercio “Art. 110. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...)”

661

obligaciones de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, Fonade y las entidades a las que se les viabilice proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental. (Subrayado fuera de texto).

Encontramos dentro del objeto y las funciones de FONADE descritas en el decreto 288 de 2004:

**“Artículo 2°. Objeto.** El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, tiene por objeto principal ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas.

**Artículo 3°. Funciones.** En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, podrá realizar las siguientes funciones:

3.1 Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.

3.2 Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.

3.3 Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.

3.4 Realizar operaciones de crédito externo o interno con sujeción a las normas legales vigentes.

3.5 Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos, en las condiciones que autorice el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Bancaria.

3.6 Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.

3.7 Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades líquidas asignadas a la entidad sin deteriorar su patrimonio en términos reales.

3.8 Vender o negociar su cartera o efectuar titularización pasiva de la misma.

3.9 Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.

3.10 Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión.

3.11 Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo.

3.12 Realizar inversiones de portafolio con los recursos que reciba en desarrollo de su objeto social.

“4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;” (...)

---

3.13 Manejar las cuentas en moneda nacional o extranjera necesarias para su operación o el desarrollo o la ejecución de proyectos que ejecute o administre.

3.14 Las demás funciones que le sean asignadas.”

(Subrayado fuera de texto)

Así que FONADE dentro de su objeto social principal, tiene el de ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas, y dentro las funciones que desarrollan dicho objeto encontramos entre otras la de gerenciar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales, como la de celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos y la de prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.

En desarrollo del objeto social y estas funciones Fonade, primero celebró el convenio interadministrativo de gerencia de proyecto N° 27 de 2004 (194048 para Fonade) con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de la época, y luego el convenio de apoyo financiero No. 2043814 para la “CONSTRUCCION DE LA SEGUNDA ETAPA DEL INTERCEPTOR DE AGUAS NEGRAS DEL RIO TEJO”, celebrado por el ahora denominado Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FONADE y el municipio de Ocaña, en desarrollo del convenio interadministrativo de gerencia de proyectos primero citado.

De lo expuesto entonces se reitera que en efecto, las actividades a las cuales se comprometió FONADE en el convenio de apoyo financiero No. 2043814, corresponden a funciones del giro ordinario de sus negocios, sin que la aplicación del artículo 105 del CPACA esté condicionada, como lo dicen las entidades recurrentes, al régimen contractual aplicable o a la calidad que ostenten las entidades con las que contrate FONADE, es decir si son públicas o privadas, debido a que el contenido de la norma señala que están excluidas del conocimiento de la jurisdicción, las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y de los contratos celebrados por entidades públicas que tengan carácter de instituciones financieras, vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de sus negocios,

662

pautas que cumple a cabalidad el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, descartándose con la lectura de éste artículo, la apreciación de los recurrentes, relacionado con que dicha norma hace relación a cuando entidades como FONADE contraten con empresas particulares, debido a que claramente habla de entidades PÚBLICAS que cumplan con los requisitos mencionados, razones por las cuales, el Despacho decide no reponer la decisión adoptada en providencia de fecha 27 de febrero de 2015.

Tal como como la ha sostenido la jurisprudencia, el concepto de *giro ordinario de los negocios*, es un concepto indeterminado que debe ser analizado frente a cada caso concreto, tal como se realizó acá, donde se verificó que efectivamente en el presente caso estamos frente a un contrato celebrado por FONADE, entidad pública de carácter financiera vigilada por la superintendencia financiera, donde el objeto del contrato es de aquellos que se encuentran en el giro ordinario, además de ser el resultado de otro convenio interadministrativo celebrado en ejercicio igualmente de su objeto social y de sus funciones legales, lo que hace que tal controversia sea excluida del objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa, como lo establece el numeral 1º del artículo 105 de la ley 1437 de 2011.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

**RESUELVE**

**PRIMERO: NO REPONER** la providencia de fecha veintisiete (27) de febrero de 2015, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.**

  
**EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI**  
Magistrado-.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
NORTE DE SANTANDER**  
**CONSTANCIA SECRETARIAL**

Por anotación en ESTADO, notifico a las partes la providencia anterior, a las 8:00 a.m. hoy **22 JUN 2015**

  
Secretario General