



120

Tribunal Administrativo de Norte de Santander
San José de Cúcuta, diecinueve (19) de junio de dos mil quince (2015)
Magistrado Sustanciador: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

RADICADO: No. 54-001-23-33-000-2013-00216-00
ACCIONANTE: DISEÑOS, INTERVENTORÍAS Y SERVICIOS S.A.S.
DESSAU CEI SAS
DEMANDADO: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO
FONADE
MEDIO DE CONTROL: CONTRACTUAL

Entra el Despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante, en contra de la providencia de fecha 20 de Abril 2015, proferida por éste Despacho, mediante el cual se DECLARA la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto, remitiendo el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial de la Ciudad de Bogotá, a fin de que sea repartido entre los Juzgados Civiles del Circuito de esa ciudad.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

En el presente caso la entidad accionante interpone recurso de reposición contra el auto del 20 de abril de 2015 haciendo las siguientes consideraciones:

❖ El Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, El Ministerio de Transportes, el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, suscribieron el Convenio Interadministrativo de gerenciar Integral de Proyectos No 200925 del 23 de abril de 2009, cuyo objeto fue “gerenciar, promocionar, ejecutar y financiar los proyectos denominados “CARRETERA DE LA SOBERANÍA” y “TRANSVERSAL DE LA MACARENA”, aunando esfuerzo para 1) Estudios y diseños gestión social, predial, ambiental y mejoramiento del proyecto “CARRETERA DE LA SOBERANIA”, Tramo “ La lejía –Saravena, hasta el momento de los recurso. 2) Estudios y diseños, gestión social, predial, ambiental y mejoramiento del proyecto “TRANSVERSAL DE LA MACARENA”, Tramo San Juan de Arama –La Uribe- Colombia -Bayara hasta el monto de los recursos”.

Agrega así mismo, que entre los considerandos, se incluyeron:

“4) Que según el artículo 95 de la ley 489 de diciembre de 29 de 1998, “La entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar con el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro (...) 8) Que igualmente como cogestor, FONADE participo en el proyecto de la vía TAME-ARAUCA, con la experiencia comprobada en la ejecución de obras de similar naturaleza”.

❖ Dentro de las condiciones pactadas en el convenio No 200295, las partes acordaron que cada una de ellas tendría un rol para su ejecución así:

“CLAUSULA CUARTA: PARTICIPACIÓN FUNCIONAL DE LAS PARTES; En desarrollo del presente Convenio cada una de las partes participan en el proyecto de la siguiente forma: MINISTERIO DE TRANSPORTE: En calidad de Promotor; INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS: Asesor Técnico y Financiado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL: Ejecutor y FONADE: Gerente Integral de los proyectos.”

❖ Igualmente, para el cumplimiento de esa participación funcional las partes asignaron expresamente las obligaciones que cada uno tendría que cumplir. Para los efectos de este recurso, transcribiendo las radicadas en cabeza de FONADE entre las cuales resalta:

“CLAUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES a) **Prestar la asesoría jurídica, administrativa y financiera, así como adelantar las acciones de coordinación y de control a que haya lugar para el adecuado y cabal desarrollo de los proyectos objeto del presente convenio.** b) Estructurar, coordinación y realizar los actos necesarios para la ejecución del objeto del presente convenio, respondiendo de su ejecución por su cuenta y riesgo, de conformidad con el Plan Operativo establecido para los proyectos. c) Por razones de seguridad, FONADE **seleccionará el personal requerido para la ejecución de los trabajos,** de acuerdo con las hojas de vida que previamente remita el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – Ejército Nacional – Jefatura de Ingenieros Militares – Unidades de Ingenieros Militares. d) **Realizar la contratación de los Estudios y Diseños, Gestión Social, Predial y Ambiental, y además bienes y servicios que se requieran, bajo el marco de la Ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario 2474 de 2008, tales como la interventoría del proyecto, las consultorías o asesorías necesarias antecedentes y concomitante a la ejecución de los estudios y diseños, y de la otra, las obras adicionales que no ejecute directamente el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – Ejército Nacional – jefatura de Ingenieros Militares – Unidades de Ingenieros Militares, el alquiler de maquinaria y suministro de materiales y equipos, de conformidad con el manual de Contratación de FONADE.** e) FONADE atenderá las solicitudes realizadas por la Jefatura de Ingenieros Militares – Unidades de Ingenieros Militares, para la adquisición o contratación del personal, maquinaria y equipos requeridos, cuando la Jefatura de Ingenieros Militares lo requiere, por no disponer de estos de Acuerdo con el Plan Operativo f) FONADE en virtud del acuerdo contractual para lograr los cometidos señalados en el objeto del convenio, aportara a este, los rendimientos financieros que se generen previo

descuento de todos los costos, gastos impuestos, tasa contribuciones que dicho aporte pueda generar, para lo cual es indispensable contar con el visto bueno del Comité Operativo del Convenio, previa suscripción del documento adicional. El aporte de rendimientos financieros por parte de FONADE se realizará previa definición de la destinación de los recursos a los proyectos dentro del plazo contractual del convenio. g) FONADE deberá **hacer entrega formal de las obras ejecutadas mediante acta de entrega y recibo al INVIAS;** h) **Girar a favor del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL los recursos en la forma prevista en la cláusula sexta por concepto de mérito y desgaste del equipo**, en la ejecución del mejoramiento de la “CARRETERA DE LA SOBERANÍA”, y del mejoramiento y construcción de la TRANSVERSAL DE LA MACARENA PARÁGRAFO: FONADE cobrará al INVIAS a **título de costos de gerencia** un valor de DIEZ MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$10.257.330.000) MONEDA CORRIENTE, los cuales serán descontados por FONADE proporcionalmente de los recursos que se les transfieren así como los gravámenes de los movimientos financieros, de conformidad con el informe de gestión y de avance del convenio.”

Conforme con lo anterior, FONADE suscribió el Convenio No 200295, no en su condición de entidad financiera, sino como entidad estatal con experiencia como cogestor en la ejecución de obras similares a las que eran objeto del convenio, razón por la que participó en condición de **Gerente Integral de proyectos**.

Es por ello también que las funciones y obligaciones asignadas a FONADE son todas de orden administrativo y gerencial como son (i) asesorar jurídica, administrativa y financieramente al proyecto, (ii) coordinar y controlar el adecuado y cabal desarrollo de los proyectos, (iii) estructurar coordinar y relacionar todos los actos necesarios para la ejecución del objeto del convenio, (iv) seleccionar el personal requerido para la ejecución de los trabajos, v) **contratar todos los bienes y servicios requeridos dando cumplimiento al Régimen de Contratación Estatal**, vi) atender las solicitudes del Ejército en relación con personal, maquinaria y equipos, f) aportar al convenio los rendimientos financieros generados, g) entregar formalmente mediante acta las obras ejecutadas al INVIAS; y vii) Girar la contraprestación al MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL.

Incluso, por las labores administrativas y gerenciales realizadas, FONADE recibirá un pago **a título de costos de gerencia** por DIEZ MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$10.257.330.000.00) MONEDA CORRIENTE.

Igualmente, fue así como, **en cumplimiento de su obligación de contratar los bienes y servicios necesarios**, adelantó el CONCURSO DE MÉRITOS No 044-2009, para contratar los “ESTUDIOS Y DISEÑOS , GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL YA AMBIENTAL, PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS, GRUPO 1 “CARRETERA DE LA SOBERANÍA” TRAMO LA LEJÍA (NORTE DE SANTANDER) – SARAVERA (ARAUCA) GRUPO 2: “TRANSVERSAL DE LA MACARENA”. TRAMO SAN JUAN DE ARAMA (META) – BARAYA (HUILA). EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD”, en cuyo pliego de condiciones estableció:

“1.7 RÉGIMEN JURÍDICA Y FUNDAMENTOS DE LA MODALIDAD DE SELECCIÓN

El presente proceso de selección, así como el contrato que de él se derive están sujetos a la Constitución Política, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y al presente pliego de condiciones. La modalidad de selección –Concurso de Méritos Abierto con Propuesta Técnica Simplificada – fue adoptada teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que el objeto del contrato cuya celebración se pretende es de consultoría de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 54 y siguientes del Decreto 2424 de 2008.”

Del mencionado concurso de méritos surgió el contrato No 2092649 suscrito con el CONSORCIO DIS-CEI que ahora da lugar al presente proceso de controversia contractuales, quedando claro que FONADE actuó para los efectos en **entidad estatal contratante**, conforme lo establece el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, como **parte de un contrato estatal** en las condiciones señaladas en el artículo 141 del Código de Procedimiento y de los Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011, y como entidad pública, de acuerdo con la definición que para el efecto establece el artículo 104 del mismo Código –Ley 1437 de 2011-

Conforme a lo anterior resulta evidente que si bien FONADE, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, como en efecto lo establece el Decreto 288 de 2004, ni el Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos No 200925 del 23 de abril de 2009, ni el Contrato de Consultoría NO 20920649 fueron celebrados por FONADE en el giro ordinario de sus negocios.

En consecuencia, el presente proceso de controversia contractuales no se encuentran previsto dentro de las excepciones señaladas en el artículo 105 del

122

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011- y por tanto si le corresponden conocer de este proceso la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo que señala el artículo 104 de dicho código.

Con fundamento en lo anterior, solicita respetuosamente se revoque el auto recurrido, y que el proceso permanezca para conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de acuerdo con la decisión proferida por el Consejo de Estado el 4 de marzo de 2015.

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 la parte actora, el día 27 de abril de 2015¹.

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

Para destacar que toda la argumentación del recurso en estudio está sustentado en razón a que FONADE suscribió el convenio N° 200295, no en su condición de entidad financiera, sino como una entidad pública en general de orden administrativo, como una de las señaladas en el artículo 2° de la ley 80 de 1993, razón por la que considera la actora en su recurso, que ni el convenio N° 200295 del 23 de abril de 2009, ni el contrato de consultoría N° 2092649 los celebró FONADE en desarrollo del giro ordinario de sus negocios, por lo que no se encuentra esta controversia en las excepciones del artículo 105 del CPACA.

Controversia similar desarrollada tanto por la jurisprudencia como de la doctrina pero 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 de alguna actividad de aquellas determinadas 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

¹ Folio 112 a 117 del cuaderno principal.

723

jurisdicción contenciosa administrativa tal como lo señala el numeral 1º 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 la 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.

2.2.1. Se tiene en primer lugar que verificado el Contrato No 2092649, suscrito entre DISEÑOS INTERVENTORIA Y SERVICIOS S.A.S. DESSAY CE ISAS y el Fondo Financiera de Proyectos y Desarrollo –FONADE- cuyo cumplimiento ahora se demanda, se puede determinar que en él se indicó el siguiente objeto contractual:

“(…) realizar los ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VÍAS, GRUPO 1: “CARRETERA DE LA SOBERANÍA”, TRAMO LA LEJÍA (NORTE DE SANTANDER) – SARAVENA (ARAUCA); EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD”.

Ahora bien, el contrato anterior nace a partir del Convenio Interadministrativo No 200925 suscrito entre –FONADE- y EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, EL MISTERIO DE TRANSPORTE, -INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVIAS-, cuyo objeto es. “gerenciar, promocionar, ejecutar y financiar los proyectos denominados “CARRETERA LA SOBERANIA y TRANSVERSAL DE LA MACARENA”, así mismo dentro de su cláusula cuarta en cuanto a la participación funcional de las partes señala que FONADE es el Gerente Integral de los Proyectos, finalmente puede destacar este despacho la obligación de FONADE de realizar contratación así:

CLÁUSULA QUINTA.- OBLIGACIONES DE FONADE. *Atendiendo a la calidad definida para cada una de las partes en la cláusula cuarta del presente convenio, las mismas tendrán las siguientes obligaciones (...)* **FONADE: (...)** *d) Realizar la contratación de los Estudios y Diseños, Gestión Social, Predial y Ambiental, y además bienes y servicios que se requieran, bajo el marco de la Ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario 2474 de 2008, tales como la interventoría del proyecto, las consultorías o asesorías necesaria antecedentes y concomitante a la ejecución de los estudios y diseños, y de la otra, las obras adicionales que no ejecute directamente el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – Ejército Nacional – jefatura de Ingenieros Militares – Unidades de Ingenieros Militares, el alquiler de maquinaria y suministro de materiales y equipos, de conformidad con el manual de Contratación de FONADE.* (Subraya fuera de texto)

Tenemos como se ha venido destacando, que efectivamente el problema planteado en el recurso interpuesto, lo está en determinar si el contrato que originó la presente acción es del giro ordinario de las actividades del FONADE.

Se tiene entonces que revisado por el Despacho el objeto del contrato cuya la controversia acá se plantea, si corresponde a las del giro ordinario de las actividades de la demandada, por lo tanto, no corresponde a esta jurisdicción de lo contencioso administrativa el conocimiento del mismo, sino a la jurisdicción ordinaria como se afirmó en el auto objeto del recurso.

Para lo anterior es necesario precisar 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 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 expresado²:

“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.

Todo el debate para establecer la jurisdicción que debe conocer de estas clases de controversias. En este punto y antes de abordar el 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-

² 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)

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 Estado³, 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.

(...)

‘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

³ 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)

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 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 indeterminado⁴, 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.*

(.....)

Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social⁵, sino

“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.”

⁵ 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: (...)”

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 contrato de consultoría N° 2092649 celebrado por FONADE y el CONSORCIO DIS – CEI, con fundamento o en desarrollo del “CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE GERENCIA DE PROYECTOS PARA LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL Y MEJORAMIENTO DEL PROYECTO “CARRETERA DE LA SOBERANÍA” TRAMO LA LEJIA – SARAVERA Y LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL, MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DEL PROYECTO “TRANSVERSAL DE LA MACARENA” TRAMO SAN JUAN DE ARAMA – LA URIBE – COLOMBIA – BARAYA, EN DESARROLLO DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD” N° 200925, suscrito por el MINISTERIO DE LA DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, EL MINISTERIO DE TRANSPORTE, EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS Y FONADE, en desarrollo para este ultimo de las facultades otorgadas en el decreto 288 de 2004.

“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;” (...)

En desarrollo de dicho convenio interadministrativo N° 200925 se acordó en la cláusula primera como compromiso de las partes la de **gerenciar, promocionar ejecutar y financiar** los proyectos denominados “CARRETERA LA SOBERANÍA y “TRANSVERSAL DE LA MACARENA”. Igual en la cláusula cuarta se determina la participación de las partes en la que FONADE participa como “gerente integral de los proyectos” y dentro de las obligaciones de las partes acordadas en la cláusula quinta se estableció la de FONADE en el literal d) Realizar la contratación de los Estudios y Diseños, Gestión Social, Predial, Ambiental, y demás bienes y servicios que se requieran, tales como la interventoría del proyecto, las consultorías o asesorías necesarias.

El contrato de consultoría N° 2092649 celebrado por FONADE y el CONSORCIO DIS – CEI, tiene como objeto en su cláusula primera la de “... realizar la ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VIAS, GRUPO 1: “CARRETERA DE LA SOBERANÍA” TRAMO LA LEJIA (NORTE DE SANTANDER) – SARAVERA (ARAUCA); EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD”,

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.

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 proyectos de N° 200925 para **gerenciar, promocionar ejecutar y financiar** los proyectos denominados “CARRETERA LA SOBERANÍA y “TRANSVERSAL DE LA MACARENA”, luego el contrato de consultoría N° 2092649 con el CONSORCIO DIS – CEI, con objeto de “..realizar

la ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LAS VIAS, GRUPO 1: "CARRETERA DE LA SOBERANÍA" TRAMO LA LEJIA (NORTE DE SANTANDER) – SARAVERENA (ARAUCA); EN DESARROLLO DEL PROGRAMA DE CORREDORES ARTERIALES COMPLEMENTARIOS DE COMPETITIVIDAD", 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. N° 200925, corresponden a funciones del giro ordinario de sus negocios, sin que la aplicación del artículo 105 del CPACA esté condicionada, como lo dicen la recurrente, 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, pautas que cumple a cabalidad el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, descartándose con la lectura de éste artículo, la apreciación de la recurrente, relacionado con que FONADE celebró el contrato objeto del medio de control, no en ejercicio de sus funciones de entidad financiera, sino como una entidad pública en función administrativa, razón por la cual, el Despacho decide no reponer la decisión adoptada en providencia de fecha 20 de abril de 2015.

De todas formas es preciso afirmar que 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 esta controversia sea excluida del objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa, como lo establece el numeral 1° del artículo 105 de la ley 1437 de 2011.

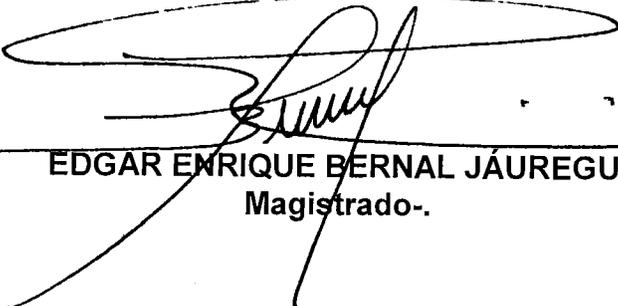
Por todo lo anterior es evidente que el contrato suscrito y acá controvertido es del giro ordinario de los negocios de la institución demandada, por lo tanto se encuentra dentro del régimen excepcional consagrado en el numeral 1º artículo 105 del CPACA, tal y como lo definió en providencia anterior este despacho, por lo que lo pertinente es remitir el expediente a la Jurisdicción ordinaria para que avoque el conocimiento, razón por la cual no se repondrá el mismo.

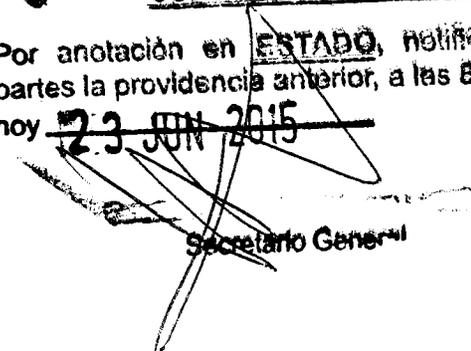
En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER la providencia del 20 de abril del 2015, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
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 ~~23 JUN 2015~~

Secretario General