



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Sustanciador: Dr. EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUÍ
San José de Cúcuta, veinte (20) de Abril del dos mil Quince (2015)

Radicación número: 54-001-23-33-000-2013-00216-00
Actor: DISEÑOS INTERVENTORÍAS Y SERVICIOS S.A.S.
DESSAU CEI SAS.
Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE
DESARROLLO FONADE
Medio de control: CONTRACTUAL

Sería el caso entrar a estudiar el análisis de admisión dentro del presente proceso, si no se observara que éste Despacho carece de jurisdicción para proferir sentencia dentro del presente asunto, tal y como se verá a continuación.

I. CONSIDERACIONES:

Revisada la demanda en su integridad, encuentra este Despacho que no es competente para tramitar el presente medio de control teniendo en cuenta lo siguiente:

1.1 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).

1.2 Es importante señalar que el medio de control de controversias contractuales va dirigido a las partes de un contrato del Estado, por consiguiente,

Rad. 54-001-23-33-000-2013-000216-00

Actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Auto.

este medio se aplica a los actos jurídicos que celebran las entidades públicas, es así como el H. Consejo de Estado ha expresado¹:

“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 (...)

1.3 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)*

Esto es, destaca que la jurisdicción administrativa, no conocerá 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 cuando corresponda el giro ordinario de los negocios de dichas entidades.

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 de la artículo 150 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-

¹ 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)

Rad. 54-001-23-33-000-2013-000216-00
 Actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE
 Auto.

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 Estado², 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.

² 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)

Rad. 54-001-23-33-000-2013-000216-00

Actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Auto.

*'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.

1.4 Ahora bien, y estudiando el caso concreto lo primero que se debe advertir, es que el Decreto 288 del 2004 señala que –FONADE- es un Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Empresa e Industrial comercial del Estado de naturaleza especial de carácter financiero, dicho Decreto señala: “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

Rad. 54-001-23-33-000-2013-000216-00

Actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Auto.

vigilada por la Superintendencia, Bancaria. Tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá"; Por lo anterior es evidente que -FONADE- es una empresa de carácter financiero, razón por la cual la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no conoce de los contratos expedidos por dichas entidades, tal y como expresamente lo señala el artículo 105 del C.P.A.C.A.

Así mismo, y aunado a lo anterior, en el caso sub – examine se controvierte el incumplimiento del contrato No 2092649 del 2009 suscrito entre DISEÑOS, INTERVENTORÍAS Y SERVICIOS S.A.S. DESSAY CE ISAS y el Fondo Financiero de Proyectos y Desarrollo –FONADE- esta última entidad de carácter financiera tal y como se señala en el Decreto 288 del 2004 como ya se señaló y la que cumple las siguientes funciones:

- *"Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.*
- *Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.*
- *Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.*
- *Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.*
- *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.*
- *Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.*
- *Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión.*
- *Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo.*
- *Realizar inversiones de portafolio con los recursos que reciba en desarrollo de su objeto social.*
- *Manejar las cuentas en moneda nacional o extranjera necesarias para su operación o el desarrollo o la ejecución de proyectos que ejecute o administre." (Subraya fuera de texto)*

Por todo lo anterior, se tiene que en el medio de control objeto de estudio, recae sobre el contrato de consultoría 2092649 del 15 de octubre de 2009, contrato que tiene su origen en el Convenio Interadministrativo No 200925 suscrito entre –FONADE- Y EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, EL MINISTERIO DE TRANSPORTE – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, Cuyo objeto lo era "gerenciar, promocionar, ejecutar y financiar los

Rad. 54-001-23-33-000-2013-000216-00

Actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Auto.

proyectos denominados “ CARRETERA LA SOBERANÍA y “TRANSVERSAL DE LA MACARENA”.

Dentro del convenio arriba citado, en la Cláusula Cuarta que dice relación a la participación funcional de las partes, se tiene que –FONADE- es **Gerente Integral de los proyectos**.³ ; así mismo en cuanto a las obligaciones de las partes en la Cláusula Quinta frente a –FONADE- se señaló⁴:

“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 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 le remita el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –Ejército Nacional – Jefatura de Ingenieros Militares -Unidades de Ingenieros Militares. d) Realizar la contratación de los Estudios, Diseños, Gestión Social, Predial y Ambiental y demás bienes y servicios que se requieran, bajo el marco de la ley 150 de 2007 su Decreto reglamentario 2474 de 2008, tales como la interventoría de proyectos, las consultorías o asesorías necesarias antecedente y con la ejecución de los estudios diseños, y de la obra, 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, unidad de ingenieros militares, para la adquisición o contratación de personal, maquinaria y equipos requeridos, cuando la jefatura de ingenieros militares lo requieran, por no disponer de estos, de acuerdo con el plan operativo. f) FONADE en virtud del acuerdo contractual y 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, tasas, y 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 financiero por parte de FONADE se realizará previa definición de la destinación de los recurso a los proyectos dentro del plazo contractual del convenio g) FONADE deberá hacer entrega formal de los obras ejecutadas mediante acta de entrega y recibo de INVIAS h) Girar a favor del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL los recursos en la forma prevista en la cláusula sexta por concepto demerito y desgaste del equipo, en la ejecución del mejoramiento de la “CARRETERA DE LA SOBERANÍA” y el mejoramiento y construcción de la “ TRANSVERSAL DE LA MACARENA” (...).”

³ Folio 6 Cuaderno de Pruebas No 1

⁴ *Ibidem*.

Rad. 54-001-23-33-000-2013-000216-00

Actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Auto.

Aplicando lo anterior al caso concreto tenemos que, en primer lugar, el contrato respecto del cual versa la controversia planteada, fue suscrito por una entidad financiera, en ejercicio del giro ordinario de sus funciones, vigilada por la superintendencia financiera, debido a que dentro de los compromisos de FONADE con la suscripción del convenio demandado se encuentran la de gerenciar, realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta, así como las de celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo., lo cual hace que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa carezca de competencia para conocer de éste tipo de contratos por mandato expreso de artículo 105 del C.P.A.C.A., encontrando pertinente el Despacho en atención a lo normado en el artículo 168 del C.P.A.C.A., remitir el expediente de la referencia a la Jurisdicción Ordinaria a fin de que se avoque el conocimiento del presente proceso.

Se deja claro que lo que impide a éste Tribunal seguir conociendo del presente proceso, no es en qué extremo de la litis se encuentre la entidad financiera, sino sus compromisos dentro del contrato controvertido (el giro de sus negocios), la calidad que ostente y si es vigilada por la superintendencia financiera.

Finalmente, para surtir la remisión que se hace a la Justicia ordinaria, se le dará aplicación al artículo 28 del Código General del Proceso en su numeral 10º en el que se señala que *"en los procesos contenciosos en que sea parte una entidad territorial, o una entidad descentralizada por servicios o cualquier otra entidad pública, conocerá en forma privativa el juez del domicilio de la respectiva entidad"*, por lo anterior, el presente proceso se deberá remitir a la Oficina de Apoyo Judicial de Bogotá a fin de que sea repartido entre los Juzgados Civiles del Circuito de dicha ciudad, teniendo en cuenta que el domicilio de -FONADE- que es una entidad descentralizada, lo es la ciudad de Bogotá.

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

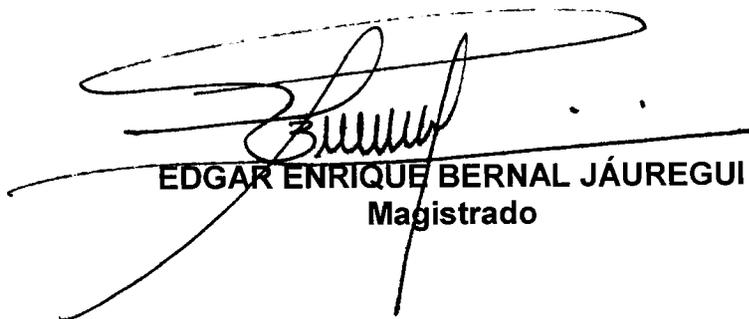
RESUELVE

Rad. 54-001-23-33-000-2013-000216-00
Actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE
Auto.

PRIMERO: DECLÁRESE la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: REMÍTASE el expediente de la referencia, una vez ejecutoriada la presente decisión, 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, de conformidad a las consideraciones expuestas en ese proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

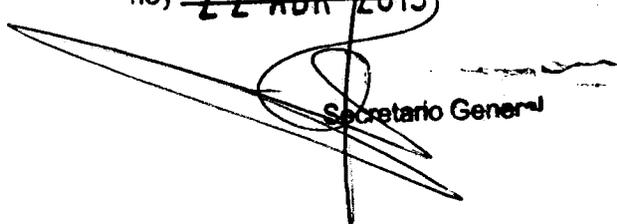


EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



**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 22 ABR 2015



Secretario General