



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

San Andrés Isla, junio dieciocho (18) de 2021

<b>Medio de control</b>	Controversias Contractuales
<b>Radicado</b>	88-001-23-33-000-2020-00003-00
<b>Demandante</b>	Fondo Nacional de Turismo –FONTUR-
<b>Demandado</b>	Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo –FONADE-
<b>Magistrado Ponente</b>	Jesús Guillermo Guerrero González

Visible en archivo PDF No. 8 del expediente electrónico, reposa contestación del libelo petitorio allegada por la entidad ENTERRITORIO (antes FONADE) dentro de la cual elevo las excepciones previas de “falta de jurisdicción” y “pleito pendiente”.

Como fundamento de los medios exceptivos propuestos expuso:

**1. Falta de Jurisdicción.**

Argumenta el demandado que el objeto de la controversia dentro del presente proceso atina al giro ordinario de los negocios de FONADE y que por ello, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 105 del CPACA en conjunción con los artículos 1 y 2 del Decreto 288 de 2004, el conocimiento de la presente controversia correspondería a la jurisdicción ordinaria, específicamente a los jueces civiles del circuito de Bogotá y NO a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

**2. Pleito Pendiente.**

Al respecto alegó que:

*“El presente proceso tiene como objeto resolver las controversias que surgieron entre las partes con ocasión del Convenio M – 107 de 2011 (en la numeración de FONTUR), o 211029 (en la numeración de FONADE).*

*Con el fin de resolver esa misma controversia, FONADE presentó demanda ordinaria en contra de FONTUR la cual correspondió al Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá bajo el número de radicación 11001310302320190003800, proceso en el cual se debaten los mismos hechos y argumentos que se exponen en el presente trámite, como se demuestra con la reforma a la demanda y la contestación que se anexan a este escrito”.*

*En cuanto a la identidad de causa, es claro que de manera general, las pretensiones que aquí plantea el demandante se sustentan en los mismos hechos y argumentos en que ha fundamentado su defensa en el otro proceso, y en igual sentido, las excepciones*



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

*que en este escrito se formulan, tienen como sustento los mismos hechos y argumentos que dieron origen a la demanda conocida por el Juez del Circuito.”*

Por su lado, al descorrer el traslado sobre las excepciones propuestas, la parte demandante aseveró que:

*“la actividad desarrollada por **FONADE** en el contrato que él estructuró y celebrado con **FONTUR** no es, ni por asomo, una actividad financiera, de aquellas que corresponde al giro ordinario de los negocios de una entidad financiera. Por el contrario, el objeto de dicho contrato fue prestarle a **FONTUR** la gerencia integral del proyecto de construcción del Muelle Turístico de los Lancharos y plataforma del Muelle en Johnny Cay, en San Andrés.*

Por su lado con relación al pleito pendiente dijo:

*“...Es claro entonces que para que exista pleito pendiente se requiere que las pretensiones de uno y otros procesos sean a tal punto similares, que el fallo de uno genere cosa juzgada en el otro, es decir, no basta una similitud de objeto litigioso.*

*En el caso presente, si bien es cierto que los dos procesos en cuestión tienen relación en cuanto a los hechos, no puede concluirse —tal y como se evidencia de la lectura de la reforma a la demanda de aquel proceso y la demanda del presente— que lo que haya de decidirse en el primero impida que se pueda fallar o genere cosa juzgada en el segundo.*

*...Bajo la lectura de **ENTERRITORIO**, quien hubiera demandado primero tendría el derecho a llevar adelante su proceso, impidiéndole a su contraparte hacer lo propio o forzándola a una reconvencción. Esa lectura se aparta de las normas procesales y desconoce el derecho a un debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.*

**De la Naturaleza de FONADE y la Falta de Jurisdicción. (Reiteración de jurisprudencia, SU-242 de 2015)**

El Decreto 288 de 2004, modificó la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE. Así, mantuvo su naturaleza jurídica como Empresa Industrial y Comercial del Estado, su carácter financiero, la personería jurídica propia, al igual que su autonomía administrativa, y fue incluida entre las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera<sup>1</sup>.

Como objeto principal del FONADE se estableció que sería: “... *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.*”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1º Decreto 288 de 2004.

<sup>2</sup> Artículo 2º Ibídem.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

En desarrollo del mismo, el FONADE cumple las siguientes funciones: i) promover, estructurar, gerencia, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales; ii) realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta; iii) celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo, entre otras<sup>3</sup>.

En conclusión, FONADE en la actualidad es: i) Empresa Industrial y Comercial del Estado<sup>4</sup>; ii) tiene carácter financiero; iii) cuenta con autonomía administrativa; iv) se encuentra vinculada al Departamento Nacional de Planeación; y v) está vigilada por la Superintendencia Financiera.

Ahora bien, el régimen contractual de las entidades públicas está determinado por la ley. En **sentencia C-388 de 1996**<sup>5</sup>, la Corte Constitucional afirmó que:

*“... antes de la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, ordenamiento del cual forma parte la norma parcialmente impugnada, los contratos que los órganos del Estado estaban autorizados a celebrar se clasificaban en: contratos administrativos; contratos privados con cláusula de caducidad, y contratos privados de la administración, cada uno de los cuales estaba sometido a una jurisdicción distinta, así: los dos primeros a la jurisdicción contencioso administrativa y los últimos a la jurisdicción ordinaria. A partir de la vigencia del estatuto citado, el legislador decidió abolir tal clasificación y reunir en una sola categoría los contratos de todo orden en los que intervenga una entidad del Estado, creando los que denominó contratos estatales, cuya definición aparece consignada en el artículo 32 ibídem, (...), esto es, los contratos de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión (...).”*

Por su parte, el Consejo de Estado reiteró que:

*“... 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*

<sup>3</sup> Artículo 3º Ibídem.

<sup>4</sup> El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 define las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de la siguiente manera: *“Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:*

*a) Personería jurídica;*

*b) Autonomía administrativa y financiera;*

*c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.*

*El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.*

*A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2o., 4o., 5o., 6o., 12, 13, 17, 27, numerales 2o., 3o., 4o., 5o., y 7o., y 183 de la Ley 142 de 1994.”*

<sup>5</sup> M.P Carlos Gaviria Díaz.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

*u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido ha dicho la Sala:*

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’ (...)**”<sup>67</sup>*

El Estatuto General de la Contratación Pública en Colombia está contenido en la Ley 80 de 1993, además de otras disposiciones normativas. Esta ley tiene **vocación universal**<sup>8</sup>, derivada de su objetivo general de: “...*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.*”<sup>9</sup>, lo que implica que se aplican a todas las entidades públicas que comprenden: organismos públicos con o sin personería jurídica, no solo de la rama ejecutiva, sino también de la administración en un sentido más amplio, que incluyen los demás órganos que ejercen funciones públicas como la legislativa y la judicial; organismos independientes, empresas industriales y comerciales del Estado, entre otras.

Todas estas entidades, enunciadas en el artículo 2º de la mencionada ley, desarrollan sus actividades bajo el concepto de **contrato estatal**, con el que se superó la antigua distinción entre contrato administrativo y contratos de derecho privado<sup>10</sup>.

En efecto, la noción de contrato estatal se encuentra definida por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, **previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales**, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”* (negrillas fuera de texto)

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2014, radicado 760012331000200001885-01, expediente 26.765, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra, demandante Gloria Lyda Rengifo Alarcón acción de controversias contractuales.

<sup>8</sup> Benavides José Luis. El contrato estatal, entre lo público y lo privado. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2005, Bogotá. Pág. 50.

<sup>9</sup> Artículo 1º Ley 80 de 1993.

<sup>10</sup> Benavides José Luis, Ob cit. Ibídem.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

La misma norma establece, de forma enunciativa, las clases de contratos estatales, entre los que se encuentran los siguientes: i) de obra<sup>11</sup>; ii) consultoría<sup>12</sup>; iii) prestación de servicios<sup>13</sup>; y iv) consultoría<sup>14</sup>.

Sin embargo, el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, establece un régimen contractual especial para aquellas entidades públicas que tienen carácter financiero, en el que no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, pues sus actividades se regirán por las normas jurídicas aplicables a las actividades que desarrollan. Así quedó establecido:

*“Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”*

De otra parte, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998<sup>15</sup>, establece que:

*“Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado.”*

En consecuencia, la especial naturaleza jurídica del FONADE, puesto que se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con carácter financiero, hace que su régimen contractual se encuentre regido, en lo sustancial, por el derecho privado. En efecto, en los considerandos del Acuerdo número 002 del 25 de febrero de 2003,

<sup>11</sup> Definido por la ley como aquel que celebran las entidades estatales “... para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

<sup>12</sup> Definido por la ley como aquel que celebran las entidades estatales “... referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”

<sup>13</sup> Entendidos como aquellos celebrados por las entidades estatales “... para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”

<sup>14</sup> Son aquellos celebrados por las entidades estatales con el objeto de “... otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

<sup>15</sup> Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

a través del cual se adoptó el manual de contratación de esa entidad, se estipuló que:

*“... la actividad contractual de FONADE se desarrolla mediante la aplicación de dos regímenes jurídicos: la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios para las actividades propias de su funcionamiento y el derecho privado para el cumplimiento del giro ordinario de sus negocios.”*

En este orden de ideas, esa entidad se encuentra dentro de las excepciones contenidas en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo que no se rige en materia contractual, en lo sustancial, por estas disposiciones, sino que en desarrollo del giro ordinario de sus negocios, se regirá por el derecho privado y en especial por las disposiciones del Estatuto Orgánico Financiero (artículos 286-289).

Esta situación no implica que, por la aplicación de normas exógenas al Estatuto General de Contratación, la naturaleza contractual de esta entidad haya mutado hacia el derecho privado, por el contrario, los contratos que celebre FONADE son **estatales**, puesto que la aplicación sustantiva de normas de derecho privado o financiero, no desvirtúa su naturaleza de **contrato estatal**.

En conclusión, el régimen de contratación de las entidades públicas se encuentra consignado en la Ley 80 de 1993, que estableció la genérica categoría de contratos estatales, a todos aquellos que celebren las entidades públicas enunciadas en el artículo 2 de ese estatuto. Algunas entidades públicas, como el FONADE, se encuentran exceptuadas del régimen contenido en la Ley 80 de 1993, en razón a su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado y su carácter financiero, por lo que sus negocios se rigen por las normas del derecho privado.

Esa condición especial en material contractual, no desvirtúa la naturaleza de **contrato estatal**, puesto que el régimen sustancial aplicable a los mismos, no hace mutar su condición de contrato público.

### **La jurisdicción**

Para la Corte, el concepto de jurisdicción consiste en:

*“... la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que*



## TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

### AUTO No. 064

**SIGCMA**

*todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia<sup>16</sup> que le asigna la ley<sup>17</sup>.<sup>18</sup>*

OVALLE FAVELA entiende la jurisdicción, como la función pública de impartir justicia, que no es susceptible de ser dividida ni clasificada, puesto que:

*“... la función de conocer y juzgar los litigios y de ejecutar lo juzgado, es esencialmente la misma, cualquiera que sea la rama del derecho sustantivo que se aplique a través de dicha función. Sin embargo, diversos sectores de la doctrina, suelen formular algunas divisiones o clasificaciones que, más que referirse a la función jurisdiccional en sí misma, conciernen a los órganos que la ejercen, a la materia sobre la que recae o al ámbito en el que se debe desarrollar.”<sup>19</sup>*

En ese sentido, el profesor Hernando MORALES MOLINA describió que: “Desde el punto de vista de la naturaleza o calidad de las relaciones que constituyen la materia de la jurisdicción, esta se distingue en jurisdicción civil y jurisdicción penal.”<sup>20</sup>. Ahora bien, cuando la clasificación de la jurisdicción se basa en el tipo de competencia de los órganos judiciales, la jurisdicción puede ser: i) *ordinaria*, que es ejercida por los juzgadores, que tienen competencia para conocer de la generalidad de los litigios; y ii) *especial*, aquella que tienen los juzgadores para conocer de cierta clase de litigios<sup>21</sup>.

Dentro de las llamadas jurisdicciones especiales, un sector de la doctrina ubica la contenciosa administrativa, en la que, al igual que en la penal, existe un interés del Estado en el proceso, y a la vez, es el Estado quien lo resuelve<sup>22</sup>. Esta jurisdicción se encarga de juzgar las contiendas en la cuales la administración pública es parte. Ante esta jurisdicción se ejerce un derecho de acción autónomo, que busca que el juez condene a la administración a pagar una indemnización, como consecuencia de sus actos (o hechos) administrativos o para revocar actos administrativos con efectos de anulación<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> Los factores y las condiciones especiales que debe reunir la asignación de una competencia en particular, según lo anotado en la sentencia C-655 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, presentan las siguientes características:

*“La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad.*

*La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad por que no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público puesto que se funda en principios de interés general.”*

<sup>17</sup> Sentencia C-392 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>18</sup> Sentencia C-154 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>19</sup> Ovalle Favela José. Ob. Cit. Pág. 118.

<sup>20</sup> Morales Median Hernando. Ob. Cit. Pág. 17

<sup>21</sup> Ovalle Favela José. Ob. Cit. Pág. 122.

<sup>22</sup> Véscovi Enrique. Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis. 1984. Pág. 124.

<sup>23</sup> Ibídem. Págs. 124-125.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

El artículo 116 de la Carta Política, al referirse a la función pública de administrar justicia, define su vocación constitucional, al establecer que:

*“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.”*

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 270 de 1996, describe la administración de justicia de la siguiente manera:

*“La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”*

Lo anterior permite concluir que la jurisdicción es una función pública en cabeza del Estado, cuyo contenido está definido en dos formas: i) proceso cognitivo y ii) proceso de ejecución. Además, reviste el carácter de única e indivisible, aunque susceptible de clasificaciones, en razón a la naturaleza, calidad o competencia de las relaciones que constituyen la materia de la jurisdicción. En ese sentido, la jurisdicción puede ser ordinaria o especial, en esta última categoría se encuentra la contenciosa administrativa, encargada de juzgar los actos o hechos de la administración pública.

**La competencia y su relación con el principio de juez natural**

No obstante lo expuesto, el concepto de jurisdicción tiende a confundirse con el de competencia. Para el profesor COUTURE, estos dos conceptos no pueden confundirse debido a que:

*“... la expresión jurisdicción designa la naturaleza de la función propia del juzgador; en cambio, la competencia es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado – y no solo a los jurisdiccionales – para indicar la esfera o el ámbito – espacial, material, personal etcétera- dentro del cual aquellos pueden ejercer válidamente las funciones que les son propias.”<sup>24</sup>*

En ese orden, el profesor Hernando MORALES MOLINA, consideraba que:

*“... la competencia es la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la república.”<sup>25</sup>*

MATTIROLO definía la competencia como *“... la medida con que la jurisdicción se distribuye entre las diversas autoridades judiciales.”<sup>26</sup>*

<sup>24</sup> Ovalle Favela, José. Ob. Cit. Pág. 104.

<sup>25</sup> Morales Medina Hernando. Ob.Cit. pág. 21.

<sup>26</sup> Ibidem.



## TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

Así las cosas, la competencia es:

*"... la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos. El juzgador, por el solo hecho de serlo, es titular de la función jurisdiccional, pero no la puede ejercer en cualquier tipo de litigios, sino sólo en aquellos para los que está facultado por la ley; es decir, en aquellos en los que es competente."<sup>27</sup>*

En una perspectiva objetiva, la competencia es la órbita jurídica dentro de la cual se puede ejercer la función pública por el órgano correspondiente, por lo que desde un punto de vista subjetivo, la competencia implica el conjunto de atribuciones otorgadas a dicho órgano para que ejerza su función jurisdiccional<sup>28</sup>. Por esta razón, el juez o tribunal no puede ejercer jurisdicción sino hasta el límite de la competencia que la ley le señala, puesto que la competencia es el ejercicio de la jurisdicción en concreto<sup>29</sup>.

La competencia del órgano jurisdiccional, guarda estrecha relación con el derecho al juez natural. A tal efecto la Corte Constitucional ha establecido que:

*"... el "juez natural" es aquél a quien la Constitución o la ley le ha asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su resolución"<sup>30</sup>.*

*Este principio constituye elemento medular del debido proceso, en la medida en que desarrolla y estructura el postulado constitucional establecido en el artículo 29 superior que señala que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"<sup>31</sup>, principio que figura igualmente en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", entre las garantías judiciales reconocidas a toda persona<sup>32</sup>.*

*Al respecto debe señalarse que la competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc)<sup>33</sup>.<sup>34</sup>*

La forma de distribuir la competencia depende de los factores de asignación de la misma, que de manera enunciativa son: i) objetivo; ii) subjetivo; iii) funcional; iv)

<sup>27</sup> Ovalle Favela, Jose. Ob. Cit. Pág. 125.

<sup>28</sup> Véscovi Enrique. Ob. Cit. Pág. 155.

<sup>29</sup> Morales Medina, Hernando. Pág. 22.

<sup>30</sup> Ver, entre otras las sentencias C-444/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-110/00 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-429/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>31</sup> Subraya la Corte

<sup>32</sup> "8. Garantías judiciales.

*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter."* (Destaca la Corte)

<sup>33</sup> Sentencia C-040/97, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>34</sup> Sentencia C-154 de 2004 M.P.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

territorial; v) por conexión<sup>35</sup>, entre otros. En todo caso, la atribución de una porción determinada de asuntos a distintos órganos judiciales, tiene que ver con el desarrollo de una política procesal, que a su vez responde a la necesidad práctica de una mejor, adecuada y eficiente administración de justicia, así como a un mejor acceso de quienes deben acudir a la misma<sup>36</sup>.

El **factor objetivo o material** que determina la competencia, se relaciona con el objeto del negocio judicial, bien por su propia naturaleza o en razón a su cuantía o valor comercial, es decir, se refiere al contenido especial de la relación jurídica en litigio<sup>37</sup>. En palabras de CARNELUTTI, este criterio hace referencia al “*modo de ser del litigio*”, al vínculo de derecho material que da lugar a la causa<sup>38</sup>.

El **factor subjetivo**, determina la competencia del juez con fundamento en la calidad de las personas interesadas en el respectivo proceso<sup>39</sup>. El **factor funcional**, permite la distribución de competencias a partir de las funciones que determinados jueces están llamados a ejercer en un solo proceso, puesto que se atiende a un criterio de grado, por lo que existen jueces de primera y segunda instancia y tribunales de casación, entre otras.

El **factor territorial**, implica que el Legislador, determina la competencia con fundamento en el lugar del territorio en donde debe adelantarse el juicio. Ahora bien, esta condición está subordinada a los siguientes fueros: i) general o del domicilio; ii) objeto del pleito, por ejemplo, el ejercicio de acciones reales; iii) convencional o contractual; iv) por los hechos; v) exclusivo; vi) concurrentes a elección o sucesivos, entre otros<sup>40</sup>.

Por último, el **factor por conexidad**, con el que se fijan criterios de competencia de las acciones judiciales llamadas conexas, entre las que existe alguna clase de vínculo, bien por provenir de una misma causa o relación jurídica sustantiva (conexidad objetiva) o bien porque intervienen las mismas partes (conexidad subjetiva)<sup>41</sup>, lo que permite o hace necesario su ejercicio en un solo proceso, por ejemplo la acumulación de acciones<sup>42</sup>.

La Corte, en **sentencia C-665 de 1997**<sup>43</sup>, afirmó que:

*“La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad.”*

<sup>35</sup> Morales Medina Hernando. Ob. Cit

<sup>36</sup> Vescoví Enrique. Ob. Cit. Pág. 156.

<sup>37</sup> Ibidem pág. 23.

<sup>38</sup> Vescoví Enrique, Ob. Cit. Pág. 157.

<sup>39</sup> Morales Medina Hernando. Ob. Cit. Pág. 23.

<sup>40</sup> Ibidem. Pág. 25.

<sup>41</sup> Ovalle Favela, José. Ob. Cit. Pág. 130

<sup>42</sup> Morales Medina Hernando. Ob. Cit. Pág. 36.

<sup>43</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

Además que:

*“La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad por que no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público puesto que se funda en principios de interés general.”*

En conclusión, la competencia es la forma en que se concreta el ejercicio de la jurisdicción y guarda estrecha relación con el principio de juez natural. La distribución de competencia entre los diferentes órganos jurisdiccionales, atiende a criterios de razonabilidad del trabajo judicial, eficiencia en la prestación del servicio público de administración de justicia y facilidad de acceso a la misma. En ese sentido, los factores que determinan la competencia son: i) objetivo; ii) subjetivo; iii) funcional; iv) territorial; y v) por conexidad, entre otros.

Conforme a lo anterior, la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, en materia de controversias contractuales en las que es parte el FONADE, desde la promulgación de la Ley 1107 de 2006, pasó del factor material u objetivo, por el orgánico o subjetivo, por lo que, en materia de solución de controversias contractuales, la mencionada norma ratificó la unidad de jurisdicción contenciosa administrativa, situación que se encontraba clara, en especial, para dirimir los conflictos derivados de la actividad contractual del FONADE.

Sin embargo, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 se decantó nuevamente por el criterio material de competencia al establecer el conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa de aquellas *controversias y litigios sujetos al derecho administrativo ... en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa*, particularizando las controversias originadas en contratos celebrados por entidades estatales así:

- 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del estado*

No obstante lo anterior, se advirtió que se acudiría también al criterio orgánico, pero sólo en algunos eventos en los cuales no fuera posible acudir al ejercicio de la función administrativa a pesar de ser una entidad pública la involucrada. Sobre el particular se expresó<sup>44</sup>:

*Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extracontractual y contractual, cuyo*

<sup>44</sup> Gaceta número 1173 del 27 de mayo de 2010. Exposición de motivos de la ponencia para el primer debate en el Senado al Proyecto de Ley n.º 198 de 2009, Senado, pg. 10.



## TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

### AUTO No. 064

**SIGCMA**

*conocimiento se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes en litigio sea una entidad pública.*

*En este orden de ideas, se precisa que corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer los procesos que se originan por conflictos que surgen en:*

*-Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas excepción hecha de aquellas 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.*

*-Los contratos celebrados por empresas de servicios públicos en que se incluyan cláusulas exorbitantes. -La relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, así como lo referente a la seguridad social de dichos servidores cuando se encuentren en un régimen administrado por una persona de derecho público.*

*-Los ejecutivos que surjan de condenas impuestas, conciliaciones aprobadas en esta jurisdicción, laudos arbitrales en que sea parte una entidad pública o los que se originen en contratos. Se exceptúan los procesos ejecutivos derivados de los contratos celebrados con ocasión del giro ordinario de sus negocios, por instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera.*

En este sentido, es posible concluir que aunque el objeto de la jurisdicción previsto en la Ley 1437 de 2011 tiende a privilegiar la especialidad como criterio determinante de competencia, también se vale a manera complementaria o autónoma del criterio orgánico para definir aquellos asuntos que corresponde conocer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de tal forma que podría afirmarse que nos encontramos ante un régimen mixto de criterios de determinación de competencia –material y orgánico- en el que no tiene carácter absoluto o preferente el elemento material. De ahí que en algunos casos sea necesaria la complementación de criterios –cláusula general de competencia- o simplemente la observancia del criterio orgánico, tal como se advirtió con anterioridad. Además, tampoco puede obviarse que la enunciación específica contenida en los numerales 1 a 7 del artículo 104 prevé algunos temas o asuntos concretos que se encuentran asignados a esta jurisdicción, y que pueden o no tener relación con los criterios antes mencionados.

Por otra parte, la Ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.- estableció en su artículo 105 algunas excepciones expresas a la competencia general y específica atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por el artículo 104, entre las que se destaca la regulada en el numeral primero (1º) que se transcribe a continuación:

**Artículo 105.-** *La jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 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.*

De acuerdo con el contenido de la disposición transcrita, y como bien lo señaló la parte demandada en su presentación del método exceptivo, para que se presente la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 es indispensable que se



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

reúnan dos elementos, a saber: i) un elemento orgánico, que se refiere a que la entidad pública inmersa en la controversia extracontractual o contractual tenga el carácter de institución financiera y ii) un segundo elemento material, que limita la excepción a aquellos **asuntos que correspondan al giro ordinario de los negocios de las instituciones financieras.**

Para el caso particular, considera el despacho incontrovertibles la presencia de los 2 primeros elementos de procedencia de la mencionada excepción de competencia, restando dilucidar lo concerniente a la naturaleza del objeto contractual del convenio M-107 de 2011 (Convenio 211029) y su relación con el giro ordinario de los negocios de las instituciones financieras. Para ello el Consejo de Estado en auto del 17 de junio de 2015, Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero, dentro del expediente No. 50526 definió:

*Esta Corporación ha sido enfática al señalar que el giro ordinario de los negocios no podía comprender todo tipo de actuaciones o negocios, por el contrario, se ha estimado que solamente harían parte del giro ordinario aquellas actividades o negocios que guardaran algún tipo de relación con el objeto principal, tal como se advierte en el aparte que se transcribe a continuación:*

*“Lo anterior tiene un límite obvio. Si bien se amplía el concepto “giro ordinario de los negocios”, abarcando en él las denominadas actividades principales y las actividades conexas, en todo caso no permite incluir los actos que no guarden ningún tipo de relación con el objeto principal, pues esto no se acomoda al artículo 99 del Código de Comercio, y menos aún al EOSF”<sup>45</sup>*

*(...) Ahora, en cuanto al giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras, el honorable Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse en el sentido de reiterar que estas hacen relación i) tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento al objeto social, o de las funciones principales expresamente definidas en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, ii) como a todas aquellas actividades o negocios que son conexas con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal <sup>46</sup>*

*(...) De igual forma, resulta pertinente precisar que aquellas actividades desplegadas por una entidad pública financiera que sean ajenas a su objeto social o a las funciones catalogadas como financieras en la ley, no se encuentran inmersas en la exclusión contenida en el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A. y, por ende, serán de conocimiento exclusivo de esta jurisdicción en los términos del artículo 104 ibídem*

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el objeto del negocio jurídico celebrado entre las partes (Convenio M-107 de 2011/ Convenio 211029) dispuso:

**Objeto:** FONADE se compromete con EL ADMINISTRADOR (FONTUR) a ejecutar la gerencia integral del proyecto “CONSTRUCCION DEL MUELLE TURISTICO DE LOS LANCHEROS Y PLATAFORMA DEL MUELLE DE JHONNY CAY- SAN ANDRES ISLAS”

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2011, exp. n.º 25000232600019950155501, C.P. Danilo Rojas Betancourt

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 2005, exp. n.º 218085, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064**

**SIGCMA**

**SEGUNDA – ALCANCE DEL OBJETO:** *El alcance del convenio contempla la construcción del muelle turístico Los Lancheros y su respectiva interventoría de conformidad con los estudios y diseños técnicos entregados por el ADMINISTRADOR, de acuerdo con la resolución de permiso de intervención de la DIMAR y Coralina expedidos a nombre de la Gobernación y la terminación de la construcción del embarcadero del muelle de Johnny Cay, este último corresponde a la plataforma flotante de embarque de pasajeros a instalar en el muelle existente.*

Conforme a lo anterior, se tiene que el negocio jurídico materializado en el contrato de gerencia de proyectos, suscrito entre el FONADE y el Fondo de Promoción Turística –FONTUR-, pertenece al giro ordinario de las actividades que desarrollan el objeto de FONADE, por cuanto el Decreto 288 de 2004 dispone de manera expresa que: “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*”, motivo por el cual se declarará prospera la excepción elevada por la parte Demandada y, en consecuencia, se ordenará la remisión del expediente por competencia a los Juzgados Civiles de este Circuito judicial conforme lo dispuesto en el artículo 2028 del Código General del Proceso, haciendo anotación en dicha remisión de la existencia de proceso ordinario que correspondió al Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá bajo el número de radicación 11001310302320190003800, con el fin de que se pronuncia respecto del posible pleito pendiente entre las causas.

En mérito de lo expuesto, el despacho

**RESUELVE**

**PRIMERO:** DECLÁRESE probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por FONADE.

**SEGUNDO:** Una vez ejecutoriada esta providencia, por Secretaría de la Sección remítase el expediente de la referencia por competencia a los Juzgados Civiles de este circuito judicial, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO:** En caso de que la jurisdicción ordinaria considere que no es competente para conocer del asunto de la referencia, se propone el conflicto negativo de jurisdicción



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

**AUTO No. 064  
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**SIGCMA**

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**

Magistrado.

**Firmado Por:**

**JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZALEZ**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**6902647030556e32a436d9459e51996d70ff5c69907fc7ac77132bb1dbc071a3**

Documento generado en 22/06/2021 10:25:03 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**