

RADICACIÓN: 08001-31-53-016-2023-00053-00h.

REFERENCIA: DECLARATIVO VERBAL

DEMANDANTE: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER.

DEMANDADO: CONSTRUCTORA A CRUZ S.A.S., como único y actual miembro del CONSORCIO LAS GARDENIAS.

JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla, dos (02) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Procede el Despacho a resolver la excepción previa denominada “*FALTA DE JURISDICCÓN Y COMPETENCIA*”, elevada por la sociedad demandada CONSTRUCTORA A CRUZ S.A.S., como único y actual miembro del CONSORCIO LAS GARDENIAS.

CONSIDERACIONES

La parte demandada en el proceso verbal declarativo y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda, podrá proponer excepciones previas. Estos mecanismos de defensa están encaminados a subsanar los yerros en que pudo haberse incurrido en la demanda y que generarían futuras nulidades o irregularidades procesales, impidiendo el proferimiento de un fallo de fondo o conllevando a una inadecuada tramitación del correspondiente asunto.

En efecto, las excepciones previas son medios defensivos enlistados taxativamente en el Código General del Proceso, a través de los cuales la parte demandada puede alegar la inadecuada conformación de la relación jurídica procesal y, consecuentemente, evidenciar yerros que, hasta tanto no sean subsanados en la forma que corresponda, impiden la continuación del proceso; es decir, que la finalidad de tales medios exceptivos es la de purificar la actuación, desde el principio, de los vicios que tenga -principalmente de forma-, controlando así los presupuestos procesales para dejar regularizado el proceso desde el comienzo, y así evitar posteriores nulidades o fallos inhibitorios.

Ahora bien, es preciso analizar la excepción previa denominada “**FALTA DE JURISDICCÓN Y COMPETENCIA**”, alegada por la demandada CONSTRUCTORA A CRUZ S.A.S., como único y actual miembro del CONSORCIO LAS GARDENIAS, la cual se sustenta en los siguientes fundamentos:

“...El legislador ha incorporado en el numeral 1° del artículo 100 del Código General del Proceso, la falta de jurisdicción y competencia como un supuesto fáctico susceptible de ser alegado como excepción previa por el extremo pasivo de la litis, a partir del cual se advierte que como la relación contractual se derivó de un contrato que se ejecutó con recursos de carácter público, puesto que los mismos provinieron del Ministerio de Educación, razón por la que cual la jurisdicción y competencia para avocar conocimiento del presente proceso, le corresponde a la Jurisdicción contenciosa administrativa.”

En lo relativo a la competencia, normativa y jurisprudencialmente se han establecido diversos factores por medio de los cuales se endilga la competencia de un proceso judicial, entre ellos se comprende el factor objetivo, por medio del cual se distribuyen las especialidades de las áreas de jurisdicción, habida cuenta que estas pueden ser civil, penal, laboral, administrativas, entre otras... ”.

“...Una vez formuladas estas precisiones conceptuales en torno a la aplicación y los efectos de la competencia a la luz del factor objetivo, es necesario explicar en detalle las razones por las cuales dentro del caso concreto que nos ocupa se impone la necesidad de aplicar por parte de su señoría, la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia establecida en el numeral 1° del artículo 100 del Código General del Proceso.

Lo primero que se debe indicar es que el Ministerio de Educación Nacional fue la entidad que proporcionó la integridad de los recursos económicos que derivaron en la suscripción del contrato de obra PAF-MME-025-2015, cuyo objeto es “Construcción infraestructura educativa ubicada en la Urbanización Las Gardenias en el Distrito de Barranquilla, Departamento del Atlántico.”

El Ministerio de Educación celebró el contrato interadministrativo No. 1000 de 02 de octubre de 2013 con FINDETER, el cual tenía por objeto entre otros la administración de recursos públicos para la contratación de los estudios, diseños y construcción de las obras e interventorías relativos a la infraestructura educativa en los municipios que dicho ministerio priorizó en su momento.

La esencia de los contratos o convenios interadministrativos está prevista en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, atendiendo a que son negocios jurídicos que se celebran entre dos o más entidades públicas con el objetivo de coordinar y cooperar en la ejecución de funciones administrativas de interés común de las partes suscribientes.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos estatales son “...todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”

De la norma contractual transcrita se puede dilucidar sin lugar a equívocos, que la esencia de los contratos interadministrativos es de carácter estatal y la génesis del contrato de obra reposa en el mencionado contrato interadministrativo, más allá de que FINDETER que también es una entidad estatal, efectuara contrato con las diversas fiduciarias para la contratación del proyecto, puesto que estas equivalentemente estarían administrando unos recursos económicos de connotación pública.

Recuérdese que la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – FINDETER, fue creada por la Ley 57 de 1989, estableciéndose esta como una sociedad pública, anónima del orden nacional y está constituida por la participación exclusiva de entidad públicas, tal como lo disponen los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998.

Se adiciona además que la jurisdicción civil no es la competente para dirimir este asunto litigioso, debido a que en la cláusula de solución de controversias establecida en el contrato de obra se dispuso que dicha jurisdicción tenía competencias de los conflictos relativos a la ejecución y hasta la liquidación del negocio jurídico, y como bien se ha indicado reiteradamente, el contrato de obra No. PAF-MME-025-2015 se encuentra debidamente liquidado, tratándose entonces la presente litis de un asunto postliquidatorio.

CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.- SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:

Para la solución de las controversias que pudieren surgir con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, se puede acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, el arreglo directo, la transacción y el amigable componedor. Para tal efecto, las partes dispondrán de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas requiera a la otra, por escrito en tal sentido, término éste que podrá ser prorrogado de común acuerdo, vencido el cual las partes quedan en plena libertad de acudir a la jurisdicción ordinaria.

Resulta notorio entonces que, el Juzgado 16° Civil del Circuito de Barranquilla, ha obrado abiertamente por fuera de la competencia y la jurisdicción del presente caso, por lo cual, al tenor de los argumentos esbozados, no existen entonces duda alguna que los jueces de la jurisdicción ordinaria no poseen competencia para avocar esta litis.

En virtud de lo expuesto, se impone inexorablemente la necesidad de vincular al litigio al Ministerio de Educación Nacional, en su condición de aportante de todos los recursos utilizados para la

ejecución del proyecto desarrollado por el Consorcio Las Gardenias, en la medida que, como entidad estatal, puede resultar afectada con las resultas del proceso, y especialmente por la demanda de reconvencción que se formula conjuntamente a este escrito de excepciones previas y contestación de la demanda.

Así entonces, ante la necesidad de vincular al Ministerio de Educación Nacional al conflicto jurídico promovido por Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica - FINDETER, se activa automáticamente la figura procesal del fuero de atracción, en virtud de la cual, este conflicto debe surtirse y resolverse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en virtud del medio de control de controversias contractuales, por encontrarse vinculada una entidad de naturaleza estatal...”.

Respecto de los fundamentos anteriores, corresponde tener en cuenta que la excepción previa de “*FALTA DE JURISDICCIÓN*”, la cual se encuentra establecida, como tal expresamente en el numeral 1° del artículo 100 del C. G. del P.: “*Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: 1. Falta de jurisdicción o de competencia...* ”, sobre lo cual hay que considerar, que el concepto de jurisdicción esta se definió como: “*la actividad en que el Estado interviniendo a instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara*”¹.

Así mismo, debe entenderse la Falta de Jurisdicción, como “*...el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente de la civil, por ejemplo: laboral, contencioso-administrativa, familia, penal...* ”², lo cual también puede acontecer de forma contraria, esto es, que el juez civil conozca de un asunto que se encuentre asignado por la ley a otro funcionario judicial diferente.

Ahora bien, el artículo 20 del C. G. del P., señala que: “*Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:*

1. <Inciso corregido por el artículo 2 del Decreto 1736 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> De los contenciosos de mayor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria salvo los que le correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa... ”

Igualmente, el artículo 105 del C.P.A.C.A., consagra: “*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 ... ” (negrilla por fuera del texto).

En relación a la citada norma hay que considerar los siguientes elementos: “*i) un elemento orgánico, que se refiere a que la entidad pública inmersa en la*

¹ MORALES MOLINA; “Curso De Derecho Procesal Civil”; Parte General; Editorial ABC. Bogotá.

² HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, Código General del Proceso Parte General.

*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.**”³ (negrilla por fuera del texto), los cuales no se puede desconocer, so pena de que el asunto quede en cabeza del juez administrativo.*

Sobre lo anterior, corresponde tener en consideración lo planteado por la Corte Constitucional, en el Auto del 753 de 2023, donde se manifestó que:

“...11. El legislador ha establecido una cláusula general de competencias que permite identificar cuándo un litigio debe ser tramitado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Dicha cláusula se encuentra en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011. A su turno, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece en su artículo 2 -literal a- que, para los efectos de lo allí dispuesto, serán entidades estatales “(...) las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) (...).”

12. *Como se puede observar, el legislador ha optado -en principio- por un criterio orgánico o subjetivo, según el cual, corresponderá a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resolver un litigio si en él está involucrada una entidad pública. Y esta entidad pública puede ser parte pasiva de una controversia no solo porque emitió un acto administrativo, sino también porque participó eventualmente en contratos, hechos, omisiones u operaciones administrativas.*

13. *Sin embargo, esta regla general tiene algunas excepciones. Aquellas han sido decantadas en el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011. En lo que concierne al presente asunto, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de: “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.”*

14. *Por su parte, esta Corporación se ha pronunciado, en los Autos 836 y 867 de 2021, sobre el alcance e interpretación de este último enunciado normativo. En ambas ocasiones se estableció que, en tanto la demandada era una empresa industrial y comercial del estado de carácter financiero, quien debía conocer de la demanda en su contra era la Jurisdicción Ordinaria. La Corte estableció, como regla de decisión, que “cuando se discutan controversias relacionadas con la suscripción de entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, no conocerá de las mismas la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre que dichas actividades correspondan al giro ordinario de sus negocios”. (Énfasis propio).*

15. *Para explicar en qué consiste “el giro ordinario de sus negocios”, la Corte expuso el siguiente razonamiento:*

“(...) es claro que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede, o no, conocer de los procesos en los cuales la parte demandada sea una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, dependiendo de la naturaleza del negocio que dio origen a la controversia, ya que, no todas las actividades desplegadas por este tipo de empresas tienen relación con el giro ordinario de sus negocios.

“Sobre este particular, el Consejo de Estado, en auto 2013-00210 de 2015 señaló que “aquellas actividades desplegadas por una entidad pública financiera que sean ajenas a su objeto social o las funciones catalogadas como financieras en la ley, no se encuentran inmersas en la exclusión contenida en el numeral 1º del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, por ende, son de conocimiento exclusivo de la jurisdicción contenciosa administrativa en los términos del artículo 104 ibidem”.

“Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia 25000232600019950155501 indicó que el giro ordinario de los negocios “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

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B, sentencia del 17 de junio de 2015, Radicado: 270012333000201300210 01 (50526), Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

son conexas con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal.”.

16. *En este caso la demanda no se dirige contra una empresa industrial y comercial del Estado, sino contra una sociedad de economía mixta de carácter financiero. De cualquier manera, las sociedades de economía mixta son consideradas entidades estatales para efectos contractuales (cfr., Ley 80 de 1993, artículo 2, literal a). En consecuencia, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no será competente para conocer las demandas que recaigan sobre las actividades de las sociedades de economía mixta de carácter financiero, siempre que dichas actividades hubieren hecho parte del “giro ordinario de sus negocios”. Caso en el cual la jurisdicción competente para conocer del asunto será la ordinaria, en su especialidad civil, en virtud de lo establecido en el artículo 15 del Código General del Proceso...”.*

Bajo tal marco, se observa que se debe denegar la excepción previa solicitada por no estar acreditados los presupuestos de las misma.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4167 de 2011, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter-, es *“una sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo de las anónimas, organizada como un establecimiento de crédito, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.”*⁴ Luego, no hay duda de que se trata de una entidad estatal de carácter financiero.

De acuerdo con sus Estatutos, *“[e]l objeto social de la Financiera es la promoción del desarrollo regional y urbano, mediante la financiación y asesoría en lo referente al diseño, ejecución y administración de proyectos o programas relacionados con las siguientes actividades: // a), b), c) y d) Construcción, dotación y mantenimiento de la planta física de los planteles educativos de preescolar, básica primaria, básica secundaria y media vocacional (...).”*⁵

Igualmente, el objeto social de la Fiduprevisora, es: *“ El objeto social de Fiduciaria La Previsora S.A., es la realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias, por normas generales y a Fiduprevisora por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código del Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriores...”*⁶.

En cumplimiento de dicho objeto, y de acuerdo con lo expuesto en la demanda, Findeter a través la Fiduciaria Inicial FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., el día 27 de abril de 2015, celebró con el CONSORCIO LAS GARDENIAS, el contrato de obra No. PAF-MME-025-2015, cuyo objeto consiste en la *“CONSTRUCCIÓN INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA UBICADA EN LA URBANIZACIÓN LAS GARDENIAS EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA, DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO.”*

Y por un valor conforme al OTRO SÍ MODIFICATORIO No. 6, de dicho contrato de obra que asciende a la suma de: *“CLAUSULA TERCERA. VALOR*

⁴ Decreto 4167 de 2011. Artículo 1.

⁵ Estatutos de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter-. Artículo 5 -literal a-.

⁶ www.fiduprevisora.com.co/wp-content/uploads/2020/03/Notas-a-los-Estados-Financieros-2019-2018.pdf

DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO. El valor total presupuestado es hasta por la suma de NUEVE MIL CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$9.057.915.966.35) (.).”

El plazo del citado contrato No. PAF-MME-025-2015, se estableció conforme al indicado OTRO SÍ MODIFICATORIO No. 6, de la siguiente forma: “*CLÁUSULA QUINTA-PLAZOS: El plazo de ejecución del presente contrato es de quince (15) MESES, a partir de la suscripción del acta de inicio de actividades.*”.

De esta manera, como se advierte, en el presente asunto la controversia gira alrededor de un proceso contractual celebrado por una entidad pública, de carácter financiero, sometida a vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el marco específico del giro ordinario de sus negocios.⁷

Ahora bien, si bien como se dijo por el demandante en la cláusula vigésima cuarta, se pactó por las partes que:

CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.- SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: Para la solución de las controversias que pudieren surgir con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, se puede acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, el arreglo directo, la transacción y el amigable componedor. Para tal efecto, las partes dispondrán de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas requiera a la otra, por escrito en tal sentido, término éste que podrá ser prorrogado de común acuerdo, vencido el cual las partes quedan en plena libertad de acudir a la jurisdicción ordinaria.

Es decir que conforme a esta disposición contractual esta jurisdicción es competente para conocer de los procesos derivados de las controversias relativas a la celebración, ejecución y la liquidación del contrato de obra No. PAF-MME-025-2015.

No obstante, el hecho que la controversia plateada sea de naturaleza pos-contractual, es decir, luego de liquidado el contrato no arrebata la competencia de esta agencia judicial para conocer el asunto, ya que, aunque el acto jurídico haya fenecido aquel no pierde su naturaleza privada luego de su terminación. Máxime que en la cláusula vigésima octava se plasma que la normatividad aplicable al negocio jurídico es de carácter civil y comercial:

CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA.- NORMATIVIDAD APLICABLE: El régimen jurídico aplicable será el previsto en la Constitución Política de Colombia, en las normas civiles y comerciales y por lo dispuesto en el Manual Operativo del Contrato de Fiducia Mercantil del contrato suscrito entre FINDETER y la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA.

En tal sentido, no son de recibo los argumentos referentes a la etapa del contrato afirmado por la parte demandada.

Finalmente, en cuanto al tema de vinculación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN corresponde decir, que si bien es cierto, los recursos económicos del contrato fueron aportados por dicha dependencia ministerial, también lo es, que los mismos fueron entregados a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.

⁷ Decreto 4167 de 2011. Artículo 1.

-Findeter-, en virtud de sus funciones de carácter financiero y del contrato interadministrativo, y aquella suscribió el contrato base de esta acción, por lo cual el citado ministerio al no intervenir en dicho negocio jurídico no puede ser parte dentro de este trámite procesal. Más aun considerando cualquier conflicto derivado de los recursos públicos debe ser dirimido en las citadas entidades públicas.

Por esta razón, la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, es competente para conocer del asunto de conformidad con los artículos 105 de la Ley 1437 de 2011 y 15 del Código General del Proceso, por lo cual es más que evidente la excepción previa se debe denegar en la medida que este Despacho judicial es competente para conocer de este trámite judicial.

En mérito de lo anterior este Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la excepción previa denominada “**FALTA DE JURISDICCÓN Y COMPETENCIA**”, elevada por la sociedad demandada **CONSTRUCTORA A CRUZ S.A.S.**, como único y actual miembro del **CONSORCIO LAS GARDENIAS**, por los motivos anotados.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandada. Tásense y liquídense (Art. 366 C.G.P.)

TERCERO: Fijar como valor de las agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, lo anterior de conformidad al Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZA,



MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA BORJA