**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Empresa industrial y comercial del Estado – Competencia**

Corresponde determinar si es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para conocer de la controversia contractual promovida contra una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, como es el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, con ocasión del recurso de apelación propuesto por esa Entidad contra el auto dictado por el *a–quo* en el curso de la audiencia inicial que desestimó la excepción de falta de jurisdicción. Al respecto el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece que a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo corresponde conocer las causas i) prescritas en la Constitución y las leyes especiales, ii) de los conflictos que se originen en un actos, contratos, hechos, omisiones u operaciones de derecho administrativo donde estén involucradas entidades públicas o particulares que ejercen función administrativa y iii) de otros siete (7) asuntos expresamente enlistados en el artículo comentado…Por otra parte, el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 dispone que *“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 éstas correspondan al giro ordinario de sus negocios compete dirimirlos a la Jurisdicción Ordinaria. En consecuencia, aquellos litigios que no se desprendan del giro ordinario de los negocios de tales instituciones caen bajo la órbita de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – FONADE – Naturaleza jurídica

Fonade es una institución que nació como establecimiento público del orden nacional, mediante el Decreto No. 3068 de 1968, bajo la denominación de Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio, el Presidente de la República reestructuró la entidad, mediante el Decreto 2168 de 1992, pasando a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación, así que le asignó carácter financiero. Igualmente, estableció como objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo. Posteriormente, en el 2004, mediante el Decreto No. 288, se modificó su estructura, pero se conservó la naturaleza jurídica asignada en la anterior norma, y se añadió a la lista de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. En estos términos, actualmente Fonade es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, vigilada por la Superintendencia Financiera. Hecha esta precisión, hay que analizar si esta jurisdicción conoce el litigio planteado o se debe remitir a la justicia ordinaria.

**GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS – Artículo 105 del CPACA – Interpretación**

Atendiendo a esta naturaleza jurídica, se hace necesario examinar cómo se aplica el artículo 105 de la Ley 1437, porque siendo Fonade una institución financiera sus controversias contractuales y de reparación directa quedan vinculadas a esta disposición, no así las de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras. Dado lo expuesto, corresponde establecer a qué apunta la expresión *giro ordinario de los negocios* empleada en el art. 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sí solo se refiere a las actividades financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores, o a todas las actividades que dichas entidades desarrollan. Sobre este concepto, se precisa que hace referencia a las actividades propias del objeto social de la entidad financiera, es decir, lo que se hace en desarrollo del cometido para el cual fue creada, así como también a las actividades conexas q que guardan estrecha relación con el objeto social de la entidad, siendo necesarias para el desarrollo de la función principal expresamente establecida en las normas legales.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Controversia contrato del giro ordinario del negocio financiero – Competencia juez ordinario**

Aplicada esta filosofía al caso concreto, la pregunta que cabe formular, para definir si se tiene jurisdicción para conocer el litigio, es: ¿el contrato suscrito hace parte del giro ordinario del negocio financiero de FONADE, teniendo en cuenta que se trata de una entidad de carácter financiero? Y sobre la anterior base expuesta, se concluye que el contrato de interventoría No. 2080454 celebrado el 11 de marzo de 2008 objeto de esta controversia se ubica dentro del giro ordinario de las actividades de Fonade toda vez que el mismo se encuentra estrechamente vinculado a la promoción, gerencia, ejecución y/o evaluación de un proyecto de desarrollo (Art. 3.1 Decreto 288 de 2004), entendiendo por tal toda actividad planificada y dirigida a objetivos específicos de mejoramiento de calidad de vida, promoción del crecimiento económico o desarrollo social en una región y, precisamente, la interventoría técnica, administrativa y financiera contratada versa sobre proyectos de agua potable y saneamiento básico en los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Sucre, Córdoba, San Andrés, La Guajira y Magdalena, respecto de los cuales se hace indiscutible su calificación como proyectos de desarrollo. Así, se sigue que como esta Jurisdicción conoce de las controversias contractuales o extracontractuales que no se enmarquen dentro del giro ordinario de los negocios de las Entidades públicas que tienen el carácter de financieras, aseguradoras, intermediaras de seguros o valores y el contrato objeto del pleito *sub judice* se inscribe dentro del giro ordinario de Fonade, que es una institución financiera, se concluye que es la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Civil a quien le corresponde asumir el conocimiento del asunto. Como tal cosa es así, se dispondrá revocar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Atlántico, declarar próspera la excepción de falta de jurisdicción formulada por Fonade y ordenar la remisión de las actuaciones a los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla (Reparto) para lo de su competencia.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 08001-23-33-006-2015-00484-01(59277)**

**Actor: CONSORCIO INTERMUN**

**Demandado: FONADE**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO)**

Resuelve el Despacho el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el auto del 28 de abril del 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Atlántico, en el que se rechazó la excepción de falta de jurisdicción propuesta en el curso de la audiencia inicial.

**ANTECEDENTES**

**1**. En demanda presentada el 24 de septiembre del 2015, el Consorcio Intermun promovió el medio de control de controversias contractuales en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), con el fin de que lo indemnice como consecuencia de los hechos y omisiones generados con la ejecución del contrato de interventoría No. 2080454 suscrito el 11 de marzo de 2008. Como fundamento de sus pretensiones narró los siguientes hechos:

Indicaron que el 29 de febrero de 2008, el Fondo Financiero de Desarrollo –FONADE- mediante comunicación No. 2008EE4370 acogió la propuesta del Grupo de Evaluación y Contratación, y adjudicó la interventoría del proyecto al Consorcio Intermun.

El 11 de marzo de 2008, se celebró el contrato de interventoría 2080454 entre FONADE y el Consorcio Intermun, cuyo objeto era la *“interventoría técnica, administrativa y financiera a los proyectos de agua potable y saneamiento básico de entidades territoriales, Grupo 3 Costa Atlántico (Departamento de Atlántico, Bolívar, Cesar, Sucre, Córdoba, San Andrés, La Guajira y Magdalena).”*

**2**. Mediante auto del 8 de julio de 2016 el Tribunal Administrativo de Atlántico admitió la demanda, y posteriormente en proveído del 14 de marzo de 2017 fijó el día 28 de abril de 2017 a las 10:30 a.m. para realizar la audiencia inicial. Llevada a cabo la misma, en la fecha señalada, el *A quo* declaró impróspera la excepción de falta de jurisdicción planteada por la parte demandada-FONADE, al considerar que *“ no basta que FONADE sea una institución financiera sujeta a vigilancia de la Superintendencia Financiera para que todas sus actividades estén excluidas de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues además de ese criterio orgánico, se deberá examinar el elemento material contenido en la parte final del numeral primero del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011*, *por cuanto la controversia contractual traída a conocimiento no hace parte del giro ordinario de los negocios de la entidad demandada y el objeto del contrato de interventoría No. 2080454 tampoco está en conexidad con el giro ordinario de sus actividades*”.

**3.** Inconforme con la decisión, la demandada interpuso recurso de apelación a través del cual sostuvo que no le asiste razón al Tribunal debido a que se desconoció el carácter financiero que ostenta la entidad accionada, además que el contrato objeto del litigio si hace parte del giro ordinario de sus actividades, por ende si cumplía con los supuestos establecidos en el artículo 105 numeral primero de la Ley 1437 de 2011, para que su competencia correspondiera a la jurisdicción ordinaria.

**4**. La parte demandante por su parte manifestó que aun cuando el articulo 105 numeral primero de la Ley 1437 de 2011 trae una excepción respecto de las entidades financieras, esta es de carácter restrictivo, pues no depende solo de la naturaleza jurídica, sino que además la controversia debe estar relacionada con el giro ordinario de sus negocios, es decir, la actividad financiera propiamente dicha.

**CONSIDERACIONES**

**1.-** Corresponde determinar si es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para conocer de la controversia contractual promovida contra una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, como es el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, con ocasión del recurso de apelación propuesto por esa Entidad contra el auto dictado por el *a-quo* en el curso de la audiencia inicial que desestimó la excepción de falta de jurisdicción.

**2.-** Al respecto el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece que a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo corresponde conocer las causas i) prescritas en la Constitución y las leyes especiales, ii) de los conflictos que se originen en un actos, contratos, hechos, omisiones u operaciones de derecho administrativo donde estén involucradas entidades públicas o particulares que ejercen función administrativa y iii) de otros siete (7) asuntos expresamente enlistados en el artículo comentado, en los siguientes términos:

“Ley 1437 de 2011. Artículo 104. (…)

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

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.

3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.”

**3.-** Por otra parte, el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 dispone que *“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 éstas correspondan al giro ordinario de sus negocios compete dirimirlos a la Jurisdicción Ordinaria. En consecuencia, aquellos litigios que no se desprendan del giro ordinario de los negocios de tales instituciones caen bajo la órbita de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**4.- El caso concreto**

4.1.- En el presente caso, Fonade celebró el contrato de interventoría No. 2080454 con el Consorcio Intermun, cuyo objeto fue la “interventoría *técnica, administrativa y financiera* *a los proyectos de agua potable y saneamiento básico de entidades territoriales, Grupo 3 Costa Atlántico (Departamento de Atlántico, Bolívar, Cesar, Sucre, Córdoba, San Andrés, La Guajira y Magdalena).”*

4.2.- Así mismo, se tiene que el contrato fue pactado por el valor de $1.572.665.556 y se dispuso que la interventoría solo recibiría pagos en relación directa con los avances de cada obra, se estipuló además con un plazo de ejecución de nueve (9) meses, contados a partir del 9 de mayo de 2008, plazo que fue ampliado un gran número de veces extendiéndose su cumplimiento hasta por cincuenta y nueve (59) meses.

4.3.- Se sabe que Fonade es una institución que nació como establecimiento público del orden nacional, mediante el Decreto No. 3068 de 1968, bajo la denominación de Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación.

4.4.- Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio, el Presidente de la República reestructuró la entidad, mediante el Decreto 2168 de 1992, pasando a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación, así que le asignó carácter financiero. Igualmente, estableció como objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

4.5.- Posteriormente, en el 2004, mediante el Decreto No. 288, se modificó su estructura, pero se conservó la naturaleza jurídica asignada en la anterior norma, y se añadió a la lista de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera[[1]](#footnote-1). En estos términos, actualmente Fonade es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, vigilada por la Superintendencia Financiera. Hecha esta precisión, hay que analizar si esta jurisdicción conoce el litigio planteado o se debe remitir a la justicia ordinaria.

4.6.- Atendiendo a esta naturaleza jurídica, se hace necesario examinar cómo se aplica el artículo 105 de la Ley 1437, porque siendo Fonade una institución financiera sus controversias contractuales y de reparación directa quedan vinculadas a esta disposición, no así las de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras.

4.7.- Dado lo expuesto, corresponde establecer a qué apunta la expresión *giro ordinario de los negocios* empleada en el art. 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sí solo se refiere a las actividades financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores, o a todas las actividades que dichas entidades desarrollan.

4.8.- Sobre este concepto, se precisa que hace referencia a las actividades propias del objeto social de la entidad financiera, es decir, lo que se hace en desarrollo del cometido para el cual fue creada, así como también a las actividades conexas q que guardan estrecha relación con el objeto social de la entidad, siendo necesarias para el desarrollo de la función principal expresamente establecida en las normas legales.

4.8.- Aplicada esta filosofía al caso concreto, la pregunta que cabe formular, para definir si se tiene jurisdicción para conocer el litigio, es: ¿el contrato suscrito hace parte del giro ordinario del negocio financiero de FONADE, teniendo en cuenta que se trata de una entidad de carácter financiero?

4.9.- Y sobre la anterior base expuesta, se concluye que el contrato de interventoría No. 2080454 celebrado el 11 de marzo de 2008 objeto de esta controversia se ubica dentro del giro ordinario de las actividades de Fonade toda vez que el mismo se encuentra estrechamente vinculado a la promoción, gerencia, ejecución y/o evaluación de un proyecto de desarrollo (Art. 3.1 Decreto 288 de 2004[[2]](#footnote-2)), entendiendo por tal toda actividad planificada y dirigida a objetivos específicos de mejoramiento de calidad de vida, promoción del crecimiento económico o desarrollo social en una región y, precisamente, la interventoría técnica, administrativa y financiera contratada versa sobre proyectos de agua potable y saneamiento básico en los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Sucre, Córdoba, San Andrés, La Guajira y Magdalena, respecto de los cuales se hace indiscutible su calificación como proyectos de desarrollo.

4.10.- Así, se sigue que como esta Jurisdicción conoce de las controversias contractuales o extracontractuales que no se enmarquen dentro del giro ordinario de los negocios de las Entidades públicas que tienen el carácter de financieras, aseguradoras, intermediaras de seguros o valores y el contrato objeto del pleito *sub judice* se inscribe dentro del giro ordinario de Fonade, que es una institución financiera, se concluye que es la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Civil a quien le corresponde asumir el conocimiento del asunto.

4.11.- Como tal cosa es así, se dispondrá revocar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Atlántico, declarar próspera la excepción de falta de jurisdicción formulada por Fonade y ordenar la remisión de las actuaciones a los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla (Reparto) para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto,

**RESUELVE**

**PRIMERO. REVOCAR** el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 28 de abril de 2017, mediante el cual se rechazó la excepción de falta de jurisdicción, y, en su lugar, **DECLARAR** la excepción de falta de jurisdicción planteada por Fonade.

**SEGUNDO. REMITIR** las diligencias a los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla (Reparto), para lo de su competencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

1. “Artículo 1. *Nombre, Naturaleza y Domicilio.* 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. Tendrá su domicilio en la Ciudad de Bogotá.” (Resaltado fuera del texto) [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 288 de 2004. 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. [↑](#footnote-ref-2)