

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015)

Radicado: 270012333000201300210 01 (50526)
Demandante: G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA
Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO
–FONADE–

Medio de control: Controversias contractuales –art. 142 Ley 1437 de 2011–

Procede el despacho a pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la decisión adoptada el 19 de febrero de 2014 en la audiencia inicial del artículo 180 del C.P.A.C.A., a través de la cual el Tribunal Administrativo del Chocó declaró probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el FONADE en el escrito de contestación a la demanda (fls. 142 a 150, c. ppl. 3).

1. ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Chocó el 25 de junio de 2013, la sociedad G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, obrando a través de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales –art. 141 del C.P.A.C.A.- en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, con el propósito de que efectúen las siguientes declaraciones relevantes: i) que se declare la ruptura del equilibrio económico del contrato n.º 2072122 del 29 de noviembre de 2007, suscrito entre FONADE –contratante- y la sociedad demandante –contratista-; ii) que se declare que el FONADE incumplió las obligaciones legales y convencionales derivadas del contrato n.º 2072122 del 29 de noviembre de 2007; iii) que se condene al FONADE a pagar a título de restablecimiento del equilibrio económico del

contrato la suma de \$52.449.850.962.00 o, en su defecto, las sumas que se establezcan en el proceso; iv) que se condene al FONADE a pagar a título de indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, los rendimientos de las sumas correspondientes a los mayores costos soportados por la sociedad demandante; v) que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación con número de radicación 2010-500-018721-1 enviada el 13 de agosto de 2010 por parte de FONADE, a través de la cual esta entidad dio cumplimiento al acta de liquidación del contrato e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de \$86.676.923; vi) que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene al FONADE a restituir el valor pagado por concepto de la cláusula penal pecuniaria a la sociedad G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, es decir, la suma equivalente a \$86.679.923, debidamente actualizada conforme el I.P.C. y, finalmente, vii) que se condene al FONADE a pagar a título de indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, los rendimientos de las sumas correspondientes al valor pagado por razón de la cláusula penal, desde que se efectuó su pago hasta la fecha en la que quede ejecutoriada la sentencia (fls. 1 a 65, c. ppl. 1.). De acuerdo con la reforma a la demanda aceptada con posterioridad por el *a quo* (fls. 427 a 493, c. ppl. 2), las pretensiones quedaron formuladas en los siguientes términos:

PRIMERO: Que se declare que por hechos no imputables a G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal n.º 2072122 de fecha 29 de noviembre de 2007, suscrito con el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda.

SEGUNDO: Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE ha incumplido sus obligaciones legales y convencionales derivadas del contrato estatal n.º 2072122 de fecha 29 de noviembre de 2007, toda vez que no ha mantenido ni restablecido el equilibrio de la ecuación contractual a lo largo del desarrollo y ejecución del mismo.

TERCERO: Que como consecuencia de lo anterior, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, a título de

restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal n.º 2072122 de fecha 29 de noviembre de 2007, a pagar a G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, la suma de cincuenta y dos mil cuatrocientos noventa y nueve millones ochocientos cincuenta mil novecientos sesenta y dos pesos (\$52.499.850.962), o, en su defecto, las sumas que establezcan los Honorables Magistrados, de acuerdo con las pruebas que se decreten y practiquen en el proceso.

CUARTO: Que las sumas que resulten de la pretensión anterior, se actualicen debidamente, de conformidad con el índice de precios al consumidor (I.P.C.) que certifique el DANE, desde la fecha en que se causaron los mayores costos que determinaron la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal n.º 2072122 de fecha 29 de noviembre de 2007 hasta la fecha en que se profiera la sentencia.

QUINTO: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, a pagar a título de indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, a G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, los rendimientos de las sumas correspondientes a los mayores costos soportados por ésta y que hayan sido probados en el proceso, desde las fechas en que se causaron los mayores costos, hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia, con base en el DTF aplicable a este período, que certifique la Superintendencia Financiera.

SEXTO: Que se declare la NULIDAD del acto administrativo contenido en la comunicación con número de radicación 2010-500-018721-1 enviada el día 13 de agosto de 2010 por parte de FONADE, la cual se hizo efectiva en el acta de liquidación, y mediante la cual se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de ochenta y seis millones seiscientos setenta y seis mil novecientos veintitrés pesos (\$86.676.923).

SÉPTIMO: Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, a restituir el valor pagado por concepto de cláusula penal pecuniaria a la sociedad G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, correspondiente a la suma de ochenta y seis millones seiscientos setenta y seis mil novecientos veintitrés pesos (\$86.676.923), actualizado debidamente, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) certificado por el DANE.

OCTAVO: Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, a pagar a título de indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, a G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, los rendimientos de las sumas correspondientes al valor pagado por razón de la cláusula penal, desde que se hizo efectivo el mencionado pago, hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia,

con base en el DTF aplicable a este período, que certifique la Superintendencia Financiera.

(...)

2. De acuerdo con los hechos descritos en el escrito de reforma a la demanda (fls. 438 a 458, c. ppl. 2), se tienen como antecedentes relevantes del contrato objeto de controversia –contrato de consultoría n.º 2072122 del 29 de noviembre de 2007- los que se resume a continuación (fls. 438 a 458, c. ppl. 2):

2.1. El 2 de octubre de 2006, entre el FONADE y la Agencia Nacional de Hidrocarburos se suscribió el Convenio de Gerencia Integral de Proyectos n.º 196040, cuyo objeto era el siguiente: *“Aunar esfuerzos entre la AGENCIA y FONADE para ejecutar los proyectos de la Agencia Nacional de Hidrocarburos relacionados en el Anexo 1 del presente convenio, (...)”*.

2.2. En desarrollo del objeto fijado, el convenio antes mencionado consignó en el literal e) de su cláusula segunda que sería obligación a cargo del FONADE la selección y contratación de las interventorías y/o supervisiones, según fuera el caso, requeridas para hacer seguimiento y control al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de los contratos celebrados en desarrollo del Convenio n.º 196040. A continuación se transcribe la obligación adquirida por el FONADE (fl. 119, c. ppl. 1.):

e) Seleccionar y contratar las interventorías y/o supervisiones, según sea el caso, requeridas para hacer el seguimiento y control al cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de los contratos celebrados en desarrollo del presente convenio.

2.3. Con ocasión de la obligación adquirida en el literal e) de la cláusula segunda del Convenio n.º 196040, el 27 de abril de 2007, el FONADE abrió el proceso de selección IPG/2135-196040 con el propósito de contratar la *“Consultoría para la adquisición, cubrimiento completo, procesamiento e interpretación de 338 Km de líneas sísmicas 2D en el proyecto Chocó – Buenaventura en la cuenca Atrato San Juan”*. En este proceso de selección

resultó elegida la propuesta presentada por la sociedad G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA.

2.4. Por resultar ganadora en el proceso de selección IPG/2135-196040, el 29 de noviembre de 2007, el FONADE suscribió con la sociedad G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA el contrato de consultoría n.º 2072122 dentro del convenio n.º 196040, por valor total de \$42.257.799.689.00 M/cte (fls. 119 a 130, c. ppl. 1). El objeto de este contrato se definió en su cláusula primera de la siguiente manera (fl. 120, c. ppl. 1):

CLÁUSULAS: CLÁUSULA 1: OBJETO.- EL CONTRATISTA se compromete a realizar la CONSULTORÍA PARA LA ADQUISICIÓN, CUBRIMIENTO COMPLETO, PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE 338 KM DE LÍNEAS SÍSMICAS 2D EN EL PROYECTO CHOCÓ BUENAVENTURA – EN LA CUENCA ATRATO SAN JUAN de conformidad con las especificaciones establecidas en las Reglas de Participación del Proceso de Selección IPG/2135-196040 y en la propuesta presentada, documentos que hacen parte integral del presente contrato.

2.5. Toda vez que para poder desarrollar el proyecto contratado era necesario cumplir con ciertos requisitos como la socialización del proyecto y la consulta previa a las etnias o comunidades indígenas asentadas el lugar de su realización, los cuales no habían sido previstos en el pliego de condiciones o en el contrato de consultoría celebrado, fue necesario que en diversas ocasiones se ampliara el plazo pactado en el contrato de consultoría n.º 2072122. No obstante, frente a este punto expresó la parte demandante que estas ampliaciones del plazo no obedecieron a demoras o incumplimientos de sus obligaciones contractuales, sino a hechos o situaciones no previstas por la entidad contratante al iniciar el trámite de contratación de la consultoría, los cuales, inclusive, afirma le generaron gastos adicionales a los presupuestados por la entidad contratante en la licitación.

2.6. Por considerar que la contratista G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA había incurrido en demoras en la ejecución del objeto

contractual, mediante comunicación del 13 de agosto de 2013, el FONADE le informó a dicha sociedad que haría efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada¹ en razón a un incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del contrato, la cual equivalía a la suma de \$86.676.923.

2.7. A pesar de que en el acta de liquidación del contrato de consultoría n.º 2072122 suscrita el 11 de agosto de 2011 por la sociedad G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA y el FONADE se consignó que la sociedad contratista había dado cabal cumplimiento a las obligaciones adquiridas, en el cruce de cuentas efectuado en la misma acta el FONADE le descontó a G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA el valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria del contrato, a saber, la suma de \$86.676.923, tal como se lo había informado en la comunicación del 13 de agosto de 2013.

2.8. Debido a que el contratista G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA no se encontraba conforme con la liquidación del contrato de consultoría n.º 2072122, en el acta de liquidación del 11 de agosto de 2011 dejó constancia de que se reservaba el derecho a reclamar por los mayores costos generados durante la ejecución del contrato por una serie de actuaciones y situaciones que enumeró, entre las que se encontraban i) las demoras en los procedimientos de consulta previa por causas no imputables a la sociedad contratista y ii) el cumplimiento de las condiciones laborales particulares exigidas por las comunidades indígenas asentadas en el lugar de la realización del proyecto (fl. 457 a 458, c. ppl. 1).

¹ La cláusula penal pecuniaria del contrato de consultoría señalaba: *CLÁUSULA 10: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.- En caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo del Contratista, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que FONADE pueda solicitar al Contratista la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que excedan del valor de la cláusula penal pecuniaria. El contratista autoriza que FONADE descuente de las sumas que le adeude, los valores correspondientes a la cláusula penal pecuniaria.*

2.9. Conforme los antecedentes contractuales antes descritos, el contratista G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA presentó la demanda contractual de la referencia para solicitar, principalmente, i) el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de consultoría n.º 2072122 y ii) la devolución del valor descontado en la liquidación del contrato por concepto de la cláusula penal pecuniaria del contrato, a saber, la suma de \$86.676.923.

2. EXCEPCIÓN PROPUESTA COMO PREVIA

En el escrito de contestación a la demanda el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- propuso, entre otras, la **excepción previa de falta de jurisdicción**², la cual sustentó en los siguientes términos (fls. 628 a 654 y 703 a 704, c. ppl. 2.):

2.1. Argumentó que si bien el numeral 2º del artículo 104³ del C.P.A.C.A. le atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias relativas a contratos de todas las entidades que tengan el carácter de públicas, sin importar el régimen jurídico que apliquen, existe una excepción a dicha regla general en el numeral 1º del artículo 105⁴ de la

² Resulta pertinente poner de presente que aunque el FONADE también propuso como excepciones previas la falta de juramento estimatorio y la ausencia de cauda para pedir -falta de legitimación en la causa por activa-, el despacho se limitará a pronunciarse sobre la decisión relativa a la falta de jurisdicción por cuanto esta fue la única excepción previa que fue resuelta por el *a quo* en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., y sobre la cual versó el recurso de apelación interpuesto y concedido.

³ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 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. (...)”.

⁴ “Artículo 105. Excepciones. 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. (...)”.

misma Ley 1437 de 2011, según la cual se encuentran excluidas del conocimiento de esta jurisdicción aquellos asuntos referentes a contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, siempre que correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

2.2. Con fundamento en el anterior argumento, señaló que como la demanda presentada por la sociedad G2 SEISMIC LTDA. SUCURSAL COLOMBIA versa sobre un contrato de derecho privado suscrito con el FONADE, entidad de naturaleza financiera según el artículo 1⁰⁵ del Decreto n.º 2168 de 1992, y que dicho contrato fue celebrado en cumplimiento a un convenio interadministrativo celebrado con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, el mismo correspondió al giro ordinario de los negocios de la entidad pública financiera demandada y, por ende, no es susceptible de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A.

2.3. De igual forma, agregó que el contrato objeto de controversia sí había sido celebrado por el FONADE en ejercicio del giro ordinario de sus negocios, por cuanto el Decreto n.º 288 de 2004, a través del cual se modificó la estructura del Fondo Financiero de Desarrollo – Fonade, además de ratificar el carácter financiero de esa entidad, le atribuyó en su artículo 3º las funciones específicas de promover, estructurar, **gerenciar**, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales, de ahí que estuviera facultada y fuera acorde con su objeto social la función de gerenciar proyectos de desarrollo financiados por terceros, tal como sucedió en el presente caso cuando suscribió el contrato con la demandante en ejecución del Convenio

⁵ “Artículo 1º. Nombre y naturaleza.- Reestructurase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una empresa Industrial y Comercial del Estad, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.”

Interadministrativo n.º 196040 del 2 de octubre de 2006, denominado “*Convenio Interadministrativo de Gerencia de Proyectos*”.

2.4. Por último, indicó que según las obligaciones adquiridas por el FONADE en el Convenio Interadministrativo n.º 196040 del 2 de octubre de 2006, específicamente la contenida en el literal a) de la cláusula segunda, era su deber ejercer la **gerencia** de los proyectos relacionados en el anexo 1 del convenio, entre los que se encontraba el de aunar esfuerzos con la Agencia Nacional de Hidrocarburos para ejecutar, entre otros: i) la “*Consultoría e interventoría para los estudios geológicos, cuenca Chocó área de Buenaventura y Cuenca Sinú – San Jacinto*”; ii) la “*Consultoría e interventoría para los estudios geológicos, geoquímica de rocas y crudos cuenca Chocó área de Buenaventura, evolución térmica de la cuenca Sinú – San Jacinto y modelación estructural en la cordillera oriental*” y iii) la “*Consultoría e interventoría de gestión de información, recuperación de información técnica que se encuentra en las oficinas y distritos de Ecopetrol y preservación de información documental cargada en la base de datos Panagón*”.

De acuerdo con los argumentos expuestos, el demandado FONADE solicitó que se declarara la excepción previa de falta de jurisdicción por tratar el asunto sobre una controversia relativa a un contrato suscrito por una entidad pública de naturaleza financiera, en desarrollo del giro ordinario de sus negocios.

3. OPOSICIÓN A LA EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN

A través de memorial radicado el 19 de diciembre de 2013, la parte demandante se opuso a la prosperidad de la excepción previa de falta de jurisdicción planteada por el FONADE en el escrito de contestación a la demanda, por las razones que se resumen a continuación (fls. 708 a 716 y 720 a 729, c. ppl. 2.):

3.1. Comenzó afirmando que en el ordenamiento jurídico colombiano, por regla general, se le asignaba a los jueces administrativos el conocimiento de las controversias derivadas de actos o contratos en los que estén involucradas entidades públicas. No obstante, aclaró que el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 establecía una excepción a esa regla al consignar en su numeral 1º que estaban excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las controversias relativas a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de financieras, siempre y cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades.

3.2. Manifestó que para poder considerar que un asunto se encuentra excluido del conocimiento de esta jurisdicción conforme el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A., es necesario que se cumplan dos requisitos, a saber: i) uno de carácter subjetivo, referido a que la demandada sea una entidad pública cuyo objeto social sea la intermediación financiera y ii) uno de carácter objetivo, que guarda relación con que los actos o contratos objeto de controversia sean producto del giro ordinario de los negocios de dichas entidades financieras.

3.3. Expresó que fue con base en un criterio de especialidad que el legislador decidió otorgar al juez ordinario el conocimiento de las controversias contractuales referentes a asuntos financieros. Sin embargo, sostuvo que esa excepción debe ser interpretada de manera restrictiva en razón a la competencia general que ostenta la jurisdicción de lo contencioso administrativo en materia de controversias en las que se encuentren inmersas entidades estatales.

3.4. Indicó que en el presente asunto no había lugar a declarar la excepción de falta de jurisdicción porque aunque el FONADE es una entidad pública financiera, el contrato objeto de controversia no fue celebrado en el marco del giro ordinario de los negocios propios de la actividad financiera, ya que

si se revisa el Estatuto Orgánico Financiero en su artículo 288⁶, el cual hace mención a las funciones financieras propias del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, es posible constatar que dentro de las mismas no se encuentra contemplada la que dio lugar al contrato de consultoría suscrito con la sociedad G2 SEISMIC LTDA. SURCURSAL COLOMBIA.

3.5. De igual forma, señaló que tampoco podía considerarse que el contrato estatal suscrito entre G2 SEISMIC LTDA. SUCURSAL COLOMBIA y el FONADE fuera propio de una actividad financiera porque este surgió con ocasión de un convenio interadministrativo, en el que el FONADE se comprometió a desarrollar actividades o proyectos de utilidad pública propios de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, entidad estatal que según su objetivo no se encuentra instituida con el fin de ejecutar actuación de naturaleza o índole financiero⁷.

⁶ “Artículo 288 del Estatuto Orgánico Financiero.- Funciones. // 1. Funciones. En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- podrá realizar las siguientes funciones: // a. Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo; // b. Realizar operaciones de crédito interno y externo, con sujeción a las normas pertinentes; // c. Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos de fideicomiso, garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos; // d. Celebrar contratos de fiducia y encargo fiduciario para administrar recursos que transfieran terceros para financiar la ejecución de programas relacionados con su objeto social; // e. Otorgar avales y garantías para créditos destinados a la fase de preparación de proyectos, y esquemas de gerencia de proyectos según prioridades y condiciones determinadas por la Junta Directiva; // f. Vender o negociar su cartera o efectuar titularización pasiva de la misma; // g. Impulsar el desarrollo de las firmas consultoras nacionales en sectores críticos para el desarrollo económico según los mecanismos que determine la Junta Directiva; // h. Organizar, actualizar y divulgar el Registro Nacional de Consultores, y // i. Celebrar los contratos de fomento de actividades científicas, tecnológicas y ambientales y los demás contratos necesarios dentro de los límites de su objeto. // 2. Contratos. Los contratos de financiamiento que celebre la entidad tendrán como fuente su actual patrimonio, operaciones de crédito interno y externo y colocación de bonos. // 3. Financiamiento no reembolsable. A partir del año de 1994, el financiamiento no reembolsable se hará contra apropiaciones del presupuesto nacional o con las utilidades liquidadas y asignadas a la entidad sin deteriorar su patrimonio en términos reales.”

⁷ El objetivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos fue definido en el artículo 3 del Decreto 4137 de 2011, en los siguientes términos: “OBJETIVO. Como consecuencia del cambio de naturaleza, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, tiene como objetivo administrar integralmente las reservas y recursos hidrocarburíferos de propiedad de la Nación; promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y contribuir a la seguridad energética nacional.”

3.6. Por otra parte, sostuvo que a pesar de que el Decreto 288 de 2004 consagró como funciones del FONADE aquellas relacionadas con la promoción, estructura, gerencia, ejecución y evaluación de proyectos, esto no quiere decir que por el simple hecho de haber sido otorgadas a una entidad de carácter financiero pueden ser consideradas actividades propias del sector financiero, pues solamente tienen esa calidad las señaladas expresamente en el artículo 288 del Estatuto Orgánico Financiero –Decreto 663 del 2 de abril de 1993, con sus modificaciones-.

3.7. Finalmente, concluyó expresando que erraba la entidad demandada al estimar que la exclusión introducida en el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A. comprendía todas aquellas actividades o actuaciones que efectuaran las entidades públicas de carácter financiero, ya que de llegar a entenderlo así se desconocería la regla general de competencia contenida en el artículo 104 *ibídem*.

Con fundamento en lo anteriores argumentos, la parte demandante solicitó que se denegara la prosperidad de la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el FONADE.

4. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El 19 de febrero de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. en el proceso de la referencia, y estando en la etapa de resolver sobre las excepciones previas propuestas, el Tribunal Administrativo del Chocó declaró probada la excepción previa de falta de jurisdicción y, como consecuencia de ello, ordenó la remisión del expediente a los Juzgados Civiles del Circuito de Quibdó, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Código General del Proceso (fls. 142 a 150, c. ppl. 3.). En síntesis, los argumentos utilizados para declarar la falta de legitimación en la causa por activa fueron los siguientes -información obtenida del cd obrante en folio 141 del c. ppl. 3., así como del acta elaborada por el *a quo* en la fecha de la audiencia- :

4.1. Comenzó el *a quo* señalando que la Ley 1437 de 2011 había dispuesto en su artículo 105 algunas excepciones a la regla general de competencia establecida en esa misma codificación –artículo 104-, y que en virtud de esa exclusión la jurisdicción de lo contencioso administrativo no era competente para conocer, entre otros casos, sobre las controversias relativas a 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.

4.2. Precisado lo anterior, refirió el carácter financiero del FONADE y destacó que en los artículos 2 y 3 del Decreto 288 de 2004, por el cual se modificó la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo y se dictan otras disposiciones, se encuentran previstos el **objeto y funciones** del FONADE, respectivamente, y que de ellos se desprende con claridad que el objeto principal de esa entidad pública financiera es el de ser **agente** en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo - preparación, financiación y administración de estudios, y preparación, financiación y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas-, para lo cual se le ha otorgado, entre otras, la función específica de **gerenciar**.

4.3. Por otro lado, expresó que según la jurisprudencia de esta Corporación debía entenderse que el concepto de **giro ordinario de los negocios financieros** hacía referencia a aquellas negociaciones o actos que se celebraran conforme al **objeto social principal** de la entidad dedicada a esa actividad económica, es decir, que solo puede considerarse que un contrato o acto hace parte del giro ordinario de los negocios de una entidad financiera, en aquellos eventos en los que guarden relación directa con su objeto social principal.

4.4. Bajo esta línea argumentativa, concluyó el *a quo* que como el contrato objeto de controversia –contrato de consultoría n.º 2072122 del 29 de noviembre de 2007- lo suscribió el FONADE en el ejercicio de su función de

gerenciar proyectos, la cual corresponde al giro ordinario de los negocios de dicha entidad financiera por encontrarse prevista en su objeto, era aplicable la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 y, por ende, se imponía declarar la excepción previa de falta de jurisdicción.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Una vez declarada la excepción previa de falta de jurisdicción en la audiencia inicial celebrada el 19 de febrero de 2014, el apoderado judicial de la parte demandante solicitó el uso de la palabra e interpuso recurso de apelación en el que reiteró los argumentos de oposición expuestos con anterioridad⁸ y adicionó los que se resumen a continuación⁹:

5.1. Explicó que cuando se discutió en el congreso el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la Ley 1437 de 2011, en las ponencias presentadas se procuró afianzar el criterio de la especialización –criterio material- para que esta conociera de los actos, hechos, operaciones y relacionados con el ejercicio de la función administrativa.

5.2. De igual forma, añadió que en los debates suscitados en el congreso también se estableció que era mejor que la jurisdicción ordinaria conociera de las controversias sobre responsabilidad contractual o extracontractual de las instituciones financieras, entre otras, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de estas, porque se consideró que dichos asuntos tenían una connotación de derecho privado que no correspondía con la finalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁸ Reiteró los motivos de oposición expuestos en el memorial radicado el 19 de diciembre de 2013 (fls. 708 a 716 y 720 a 729, c. ppl. 2.).

⁹ La sustentación del recurso de apelación se encuentra grabada en el cd obrante en el folio 141 del cuaderno principal 3 e inicia en el minuto 35 con 30 segundos y finaliza en el minuto 41 con 38 segundos.

5.3. Con base en lo anterior, afirmó que la interpretación correcta del artículo 105 del C.P.A.C.A. es que solamente se encuentra excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aquellos asuntos netamente financieros que se encuentran definidos como tales en el Estatuto Orgánico Financiero –art. 288-.

5.4. Por último, insistió en que el contrato de consultoría en sísmica celebrado por la sociedad G2 SEISMIC LTDA. SUCURSAL COLOMBIA con el FONADE no tenía la connotación de financiero, ni correspondía al giro ordinario de los negocios de una entidad financiera, por cuanto desarrollaba operaciones que guardaban relación con la actividad petrolera en el subsuelo colombiano, las cuales son de utilidad pública e involucran el interés general, de ahí que considere que su conocimiento corresponde a esta jurisdicción por el objeto del contrato y la especialidad de los jueces administrativos.

6. TRASLADO DEL RECURSO

Durante el traslado del recurso de apelación consagrado en el numeral 1º del artículo 244¹⁰ del C.P.A.C.A., tanto el apoderado del FONADE como el representante del Ministerio Público manifestaron que coadyuvaban la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó en la audiencia inicial.

¹⁰ “Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: // 1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta. // 2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado. // 3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano. // 4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso.”

7.- TRÁMITE PROCESAL

Antes de finalizar la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo del Chocó concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión relativa a declarar la excepción previa de falta de jurisdicción.

Por reparto del 28 de marzo de 2014, el conocimiento del recurso de apelación le correspondió a la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación (fl. 211, c. ppl. 3.), el cual debe ser resuelto de plano en los términos del numeral 3º del artículo 244 del C.P.A.C.A.

8. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar si en el presente caso había lugar a declarar la excepción previa de falta de jurisdicción por aplicación del numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A. o, si por el contrario, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo asumir el conocimiento de la controversia contractual suscitada entre la sociedad G2 SEISMIC LTDA. SUCURSAL COLOMBIA y el FONADE, de conformidad con lo previsto en el artículo 104 del mismo C.P.A.C.A.

Para efectos de desarrollar el problema jurídico antes planteado, el despacho considera necesario abordar las siguientes temáticas: i) el objeto de la jurisdicción según la Ley 1437 de 2011 y la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 de esa misma normatividad y ii) qué constituye el giro ordinario de los negocios de una entidad financiera.

9. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta Corporación conoce en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos contra los autos proferidos por los tribunales administrativos, frente a los cuales sea procedente este medio de impugnación.

Así mismo, se encuentra que este despacho es competente para decidir el recurso de apelación presentado, por cuanto el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A. indica que es procedente la apelación contra el auto que decida sobre las excepciones previas, y el artículo 125 *ibídem* prevé que únicamente le corresponde a la Sala adoptar las decisiones de que tratan los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 *ibídem*, dentro de las cuales no se enmarca la relativa a la falta de jurisdicción.

10. CONSIDERACIONES

El despacho considera que en el presente caso se debe confirmar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó en la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de febrero de 2014, mediante la cual declaró probada la excepción previa de falta de jurisdicción y, como consecuencia de ello, ordenó la remisión del expediente a los Juzgados Civiles del Circuito del Chocó –reparto-, por los motivos que se exponen a continuación:

10.1. El objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo según la Ley 1437 de 2011 y la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 de esa misma normatividad

10.1.1. Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, para la jurisprudencia de esta Corporación era claro que de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006 al artículo 82¹¹ del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, el criterio

¹¹ “Artículo 82.- Modificado. Decreto 2304 de 1989, art. 12. Modificado. Ley 446 de 1998, art. 30. Modificado. Ley 1107 de 2006, art. 1. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50 % y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley. // Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. // La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

que predominaba a efectos de establecer si una controversia o litigio le correspondía o no a esta jurisdicción era el **orgánico**, pues, por regla general, le estaba asignado el conocimiento de aquellos asuntos en los que fuera parte una entidad de carácter público¹².

10.1.2. No obstante lo anterior, con ocasión de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo previsto en la Ley 1437 de 2011, el legislador decidió redefinir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo al establecer lo siguiente en el artículo 104 de la codificación antes mencionada:

*Artículo 104.- La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de **las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.***

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera 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.

¹² Respecto de la prevalencia del criterio orgánico para determinar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, esta la Sala en auto del 29 de agosto de 2013, radicado número 45643, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, expresó lo siguiente: (...) *Del contenido de la norma antes transcrita, se encuentra que con la modificación introducida por la Ley 1107 de 2006, el criterio predominante para determinar si una controversia o litigio pertenece o no a esta jurisdicción es el orgánico, pues, en principio, bastaría con constatar que una de las partes del litigio o controversia es una entidad pública o una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50 % para que sea competente esta jurisdicción. No obstante lo anterior, debe aclararse que aunque la norma acogió en mayor medida un factor orgánico, también estableció un factor de competencia funcional al establecer que esta jurisdicción sería competente para resolver sobre las controversias y litigios de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos 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.

Parágrafo.- Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%. Negrilla fuera de texto.

10.1.3. De acuerdo con el contenido de la norma antes citada, es posible interpretar que el legislador se valió de dos (2) componentes básicos para establecer la competencia de esta jurisdicción, a saber: i) un primer **componente general** que se encuentra introducido en el inciso primero de la norma, según el cual le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, **sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa** y ii) un segundo componente que se podría catalogar como **complementario o específico**, en el que estarían comprendidos todos aquellos asuntos enumerados del 1 al 7 en la disposición en cuestión.

10.1.4. De igual forma, a diferencia de la anterior codificación procesal y de manera innovadora, el legislador reconoció en el inciso primero del precitado artículo 104 la existencia de una serie de competencias específicas o especiales atribuidas por la Constitución y la ley a esta jurisdicción, entre las que se encontraría, por ejemplo: i) el conocimiento de

las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no se encuentre asignada a la Corte Constitucional –numeral 2º del artículo 237 de la Constitución Política- y ii) la competencia general sobre asuntos de naturaleza minera –artículos 293 y 295 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas)-.

10.1.5. Si bien es cierto que el componente general consagrado en el inciso primero del artículo 104 del C.P.A.C.A. no es del todo claro respecto al criterio predominante para establecer la competencia de esta jurisdicción, situación que puso de presente y desarrolló esta Corporación a profundidad en pronunciamiento del 12 de febrero de 2014¹³, es posible inferir de su contenido conceptual que el legislador optó en esta parte general por privilegiar o dar mayor relevancia a un criterio relativo a la especialidad del asunto –criterio material-, al supeditar o condicionar el conocimientos de las controversias **a que se encuentren sujetas al derecho administrativo**, independientemente del carácter público que ostente cualquiera de las partes en conflicto –criterio orgánico-.

10.1.6. Esta intención se hizo evidente en los debates adelantados al interior del Congreso de la República cuando en el primer debate llevado a cabo ante la Comisión Primera del Senado se dejó claro el propósito de redefinir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo acudiendo, principalmente, al criterio material. En este sentido se expresó lo siguiente en las discusiones realizadas por el legislador¹⁴:

Con el fin de afianzar el criterio de la especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un criterio material que hace que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones relacionados con el objeto de la función administrativa.

¹³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 12 de febrero de 2014, exp. n.º 47.083, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁴ Gaceta número 1173 del 17 de noviembre de 2009. Exposición de motivos de la ponencia para el primer debate en el Senado al Proyecto de Ley n.º 198 de 2009, Senado, pg. 62.

10.1.7. No obstante lo anterior, en el mismo debate suscitado en la Comisión Primera del Senado 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 expresó¹⁵:

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 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.

10.1.8. De igual forma, esta interpretación también encuentra respaldo en las memorias elaboradas sobre las discusiones suscitadas frente al proyecto de nuevo código¹⁶, en las cuales al tratar el objeto de la jurisdicción

¹⁵ 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.

¹⁶ SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejo de Estado, *Memorias de la Ley 1437 de 2011*, Volúmenes I a V, Imprenta Nacional, Bogotá D.C. sin fecha.

desarrollado por el artículo 104 del proyecto de nuevo código, se dejó ver la posición mayoritaria de varios Consejeros de Estado de dar mayor relevancia al criterio material sobre el orgánico, a efectos privilegiar la especialidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, se transcribe la conclusión plasmada en el documento elaborado el 4 de junio de 2008 –Reunión de coordinación entre las Subcomisiones- y algunas de las intervenciones en las que se deja ver esa intención:

En documento del 4 de junio de 2008, las Subcomisiones que discutieron el tema del objeto de la jurisdicción concluyeron lo siguiente¹⁷:

Conclusión

Acoger el criterio material que determine la función administrativa, sin excluir el criterio orgánico, el cual se adoptaría exclusivamente para los juicios específicos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, y definir claramente el tema de las exclusiones, analizando si el tema de los servicios públicos y los procesos ejecutivos serán de conocimiento de la jurisdicción.

10.1.9. A su vez, se encuentran las siguientes intervenciones relevantes en cuanto al enfoque que se le quiso dar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

- Sesión número 17, intervención del Consejero doctor Héctor Romero Díaz¹⁸:

Doctor Romero: En términos generales, en esta primera propuesta de nuestra Subcomisión se adopta un criterio material para definir los asuntos de conocimiento de la jurisdicción, y se elabora una lista de los procesos que corresponde conocer a la jurisdicción y de los que no. Dicha lista se hizo fundamentalmente teniendo en cuenta los conflictos de competencia que se han presentado con mayor frecuencia, pensando que tal vez de esta manera se podrían evitar. (...)

- Sesión número 32, intervención del Consejero doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta¹⁹:

¹⁷ SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejo de Estado, *Memorias de la Ley 1437 de 2011*, Volumen III, Parte A, Imprenta Nacional, Bogotá D.C. 2014, p. 377.

¹⁸ *Ibídem*.

¹⁹ *Ibídem*, p. 379.

Doctor Ostau de Lafont: Siempre he sido partidario del criterio funcional, porque considero que la función es la que realmente determina el criterio de especialidad que ha justificado históricamente la existencia de esta jurisdicción y no el criterio orgánico.

También vale la pena recordar que en Paipa esta Comisión definió que el criterio a adoptar sería el de la función administrativa, aunque algunos miembros continúen defendiendo el criterio orgánico. Inclusive, se consideró que era conveniente que se establecieran claramente las excepciones correspondientes, para dar esa claridad al administrado y usuario de la justicia en el país. (...)

10.1.10. Bajo esta perspectiva, es evidente que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011- modificó el objeto de la jurisdicción con el propósito de que se privilegiara la **especialidad** como criterio fundamental de determinación de competencia, pues no por otro motivo se indicó en la cláusula general de competencia prevista en el inciso primero del artículo 104 que no bastaba con que estuviera involucrada una entidad pública en la controversia o litigio para que fuera de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo –criterio orgánico-, sino que también era indispensable que los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones generadores de responsabilidad estuvieran sometidos al **derecho administrativo**, componente material con el que se procuró orientar a la jurisdicción a una especialidad específica y concreta.

10.1.11. Sin embargo, vale la pena aclarar que el criterio material no es absoluto y el único que debe ser tenido en cuenta a fin de establecer la competencia de esta jurisdicción, ya que no puede pasarse por alto que el mismo artículo 104, tanto en su componente general como en el específico, refiere algunos eventos en los que es indispensable complementar ese elemento material con el criterio orgánico o simplemente se vale de este último para efectos de determinar la competencia de esta jurisdicción. Esto se evidencia, por ejemplo, en los eventos descritos a continuación: i) cuando se consigna en el inciso primero del artículo 104 que las controversias o litigios además de tener que estar sujetos al derecho administrativo, **deben involucrar a una entidad pública o a un particular**

que ejerza función administrativa –criterios material y orgánico- o ii) cuando establecen los numerales 1º y 2º del artículo 104 que corresponderá a la jurisdicción el conocimiento de los asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual o contractual, **cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas** –criterio orgánico-.

10.1.12. 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.

10.1.13. 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. Negrilla fuera de texto.

10.1.14. De acuerdo con el contenido de la disposición antes transcrita, y como bien lo señaló la parte demandante en su sustentación oral del recurso de apelación, para que se presente la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 es indispensable que se 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.**

10.1.15. De tal manera que solamente se encuentran excluidas del conocimiento de esta jurisdicción aquellas controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y contractual, en las que hagan parte entidades públicas con carácter de instituciones financieras siempre y cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, aspecto este último que se abordará más adelante.

10.1.16. Ahora, cabe mencionar que el motivo por el cual se resolvió incluir esta excepción fue porque se consideró que la jurisdicción ordinaria tenía mayor experiencia en el tema económico financiero y, por ende, era más acorde con su especialidad que conociera este tipo de controversias contractuales y extracontractuales. Esto también fue puesto de presente por algunos de los integrantes de esta Corporación que en su momento hicieron parte de la Comisión Redactora del nuevo código, de las que se destacan las siguientes intervenciones:

- Sesión de Sala Plena del 20 de enero de 2010, intervención de la Consejera doctora Ruth Stella Correa Palacio²⁰:

²⁰SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejo de Estado, *Memorias de la Ley 1437 de 2011*, Volumen III, Parte A, Imprenta Nacional, Bogotá D.C. Sin fecha, p. 443.

Doctora Correa: La intención de la comisión fue que la responsabilidad contractual y extracontractual de esas entidades financieras fuera conocida por la justicia ordinaria, por tratarse de una actividad eminentemente económica. (...).

- Sesión de Sala Plena del 20 de enero de 2010, intervención del Consejero doctor Filemón Jiménez Ochoa²¹:

Doctor Jiménez: (...) No tendría sentido que en esas entidades o sociedades de economía mixta, que tienen un régimen más privado que público, los conflictos sean conocidos por esta jurisdicción.

10.1.17. De igual forma, la Comisión Primera del Senado dejó ver en sus debates que era con ocasión de connotación privada de las temáticas que desarrollaban las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores, que se le asignaba el conocimiento de sus controversias a la jurisdicción ordinaria. Al respecto se sostuvo²²:

Con el fin de evitar confusiones acerca de los asuntos sobre los cuales debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siguiendo las orientaciones contenidas en Códigos recientemente expedidos, como el de Costa Rica, en el artículo 101 del proyecto se señalan expresamente algunas materias que no se comprenden dentro del objeto de la jurisdicción, como por ejemplo:

-Las controversias sobre responsabilidad contractual y extracontractual de las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de esas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos, dado que tienen una connotación de derecho privado que no corresponde a la especialidad de la jurisdicción. Subrayado fuera de texto.

10.1.18. Así las cosas, siendo claro cuál fue el nuevo enfoque que se dio al objeto de la jurisdicción en la Ley 1437 de 2011 y la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 de esa misma normatividad, procederá el despacho a abordar el tema referente a que debe entenderse por “*giro ordinario de los negocios financieros*”.

²¹ *Ibíd*em, p. 443.

²² 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.

10.2. Qué constituye el giro ordinario de los negocios de una entidad pública financiera

10.2.1. La noción de *giro ordinario de los negocios* constituye un concepto jurídico indeterminado que por la amplitud de sus elementos podría dar lugar a diversas interpretaciones en cuanto a lo que su aplicación o alcance supone. No obstante, esta Corporación antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 ya se había pronunciado respecto de los alcances de una disposición similar contenida en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación Pública- que acudía a la noción *giro ordinario de las actividades propias de su objeto social*, no para establecer la jurisdicción competente, sino con el fin de determinar el régimen jurídico aplicable al contrato. Esta disposición señalaba lo siguiente:

*Parágrafo 1º. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que **correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.*** Negrilla fuera de texto.

10.2.2. En un principio, la jurisprudencia de esta Corporación interpretó que la noción *giro ordinario de los negocios* se refería o relacionaba con dos tipos de actividades o negocios como tal, a saber: i) con las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o funciones principales, expresamente definidas por la ley, y ii) con todo aquello que fuera conexo a las funciones principales y que se realizara para el desarrollo de estas. Al respecto se expresó²³:

[E]l giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” (...), hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2011, exp. n.º 25000232600019950155501, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

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 una relación de medio a fin, estrecha y complementaria. (...)

10.2.3. 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 continuación²⁴:

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”.

10.2.4. Ahora, en cuanto al giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras, esta Corporación también 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 principal²⁵.

10.2.5. A su vez, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sostuvo en reciente pronunciamiento, al resolver un conflicto suscitado entre las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo, que la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A. operaba en aquellos eventos en los que la controversia involucrara a una entidad pública de carácter financiero, y que se advirtiera que el conflicto surgió con ocasión del desarrollo normal de su objeto social,

²⁴ *Ibídem.*

²⁵ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 2005, exp. n.º 218085, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

pues era precisamente en virtud de la actividad económica que realiza ese tipo de entidades que se le asignó su conocimiento a la jurisdicción ordinaria. A continuación se transcribe lo pertinente²⁶:

Conforme a lo anterior, la Sala advierte que si bien las entidades demandadas son entidades públicas, también lo es que dichas instituciones desarrollan actividades de naturaleza comercial y de gestión económica, las cuales no obedecen a funciones que tradicionalmente desarrolla el Estado, sino por el contrario, implica que actúe en el mercado como un particular y no como una entidad pública, siendo más efectivo la aplicación del régimen jurídico privado para el desarrollo normal de su objeto social y adicionalmente están bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, configurándose de tal forma, un asunto exceptuado del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, el objeto social de las entidades demandadas, no constituye una función pública, porque la ejecución y desarrollo de los negocios fiduciarios en general, no puede ser catalogada como una actividad que resulte del ejercicio de las prerrogativas propias del Estado. Esto significa, que el juez natural para resolver la controversia suscitada entre las partes corresponde a aquellos del giro ordinario de los negocios de las instituciones demandadas, es el ordinario civil.

10.2.6. Como se puede evidenciar, los diversos pronunciamientos mencionados en ningún momento establecen una distinción entre el objeto social de la entidad pública financiera y las actividades catalogadas como financieras en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto 663 de 1993-, a efectos de definir cuáles son los actos, actividades o negocios que forman parte del giro ordinario de los negocios de las entidades que ostentan el carácter de financieras. Por el contrario, lo que se observa es que la jurisprudencia se ha valido tanto del objeto social como de la legislación referente a la actividad económica financiera, para establecer qué actuaciones o negocios se encuentran inmersos en la noción indeterminada de *giro ordinario de los negocios financieros*.

10.2.7. De tal manera, según la interpretación realizada no solo pueden ser catalogados como actos o negocios propios del giro ordinario de los negocios financieros aquellos que tengan relación con las actividades

²⁶ Ver: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 2 de abril de 2014, exp. n.º 110010102000201302664 00, M.P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño.

financieras propiamente definidas en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, sino que también pueden formar parte de esa noción indeterminada los actos, actividades o negocios que se realicen en cumplimiento del objeto social propio de la entidad pública financiera.

10.2.8. La anterior interpretación es apenas razonable si se tiene en cuenta que lo pretendido por el legislador al establecer la exclusión del conocimiento de las controversias relativas a las actividades de las entidades públicas que tuvieran el carácter de financieras, era precisamente que en lo referente a su objeto social conociera la jurisdicción especializada en temas económicos y financieros, esto es, la jurisdicción ordinaria.

10.2.9. En este contexto, puede concluirse que la noción *giro ordinario de los negocios de las entidades financieras* comprende todas aquellas actividades o negocios relacionados a continuación: i) los que guarden relación con el objeto social de la entidad pública de carácter financiero o con las funciones catalogadas como financieras en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- y ii) los que sean conexos al objeto social o actividad financiera determinada en la ley y tengan como finalidad el desarrollo o ejecución de los mismos.

10.2.10. 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*

10.2.11. Aclarado lo anterior, el despacho procederá a analizar el caso concreto con el fin de establecer si en el asunto de la referencia se presenta la falta de jurisdicción.

10.3. Caso concreto

10.3.1. Comoquiera que en el presente caso se encuentra plenamente establecido que el Fondo Financiero de Desarrollo – FONADE se encuentra constituido como una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero²⁷, se tendrá por cumplido el elemento orgánico exigido en el numeral 1º del artículo 105 y se procederá a estudiar el elemento material relativo a la noción de *giro ordinario de los negocios financieros*.

10.3.2. Así las cosas, observa el despacho que la controversia contractual de la referencia surgió con ocasión de las diferencias suscitadas en relación con el contrato de consultoría n.º 2072122 del 29 de noviembre de 2007, el cual se celebró en desarrollo al Convenio de Gerencia Integral de Proyectos n.º 196040 del 2 de octubre de 2006, suscrito entre el FONADE y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, cuyo objeto era aunar esfuerzos para el desarrollo de proyectos propios de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

10.3.3. Bajo estos antecedentes, se tiene que el negocio jurídico materializado en el contrato de consultoría n.º 2072122 del 29 de noviembre de 2007, suscrito entre el FONADE y la sociedad G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA, pertenece al giro ordinario de las actividades financieras definidas para el 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”,* así como *“3.9. Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo”*.

²⁷ Decreto n.º 2168 de 1992: *“Artículo 1º. Nombre y naturaleza.- Reestructurase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una empresa Industrial y Comercial del Estad, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.”*

10.3.4. En este orden de ideas, debido a que la controversia contractual objeto de discusión pertenece al giro ordinario de los negocios del FONADE, pues el contrato de consultoría se celebró en el marco de la gerencia y ejecución de un proyecto de desarrollo, acertó el *a quo* al declarar la excepción previa de falta de jurisdicción con fundamento en el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A.

10.3.5. De igual forma, vale la pena manifestar que no se considera válido el argumento de impugnación consistente en que la comunicación enviada por el FONADE al contratista G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA el 13 de agosto de 2013 constituía un acto administrativo demandable ante esta jurisdicción, por cuanto ese fue un documento meramente informativo que en ningún momento surtió efectos de manera autónoma ni obedeció al ejercicio de una facultad administrativa pues, tal como se refiere en los antecedentes de esta providencia, la cláusula penal pecuniaria del contrato únicamente se hizo efectiva en el acto bilateral de liquidación del contrato, en virtud de una facultad reconocida al contratante en una de las cláusulas del contrato, lo que significa que la decisión se adoptó con base en el convenio expreso de las partes del contrato –autonomía de la voluntad-.

10.3.6. Con base en los argumentos antes expuestos, el despacho confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó en audiencia celebrada el 19 de febrero de 2014, a través de la cual declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y, en consecuencia, se ordenará la remisión del expediente por competencia a los Juzgados Civiles del Circuito de Quibdó –reparto-, conforme lo dispuesto en el artículo 20²⁸ del Código General del Proceso.

²⁸ “Artículo 20. Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia. Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: // 1. Corregido por el artículo 2 del Decreto 1736 de 2012. De los contenciosos de mayor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria salvo los que le correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa. // También conocerán de los procesos contenciosos de mayor cuantía por responsabilidad médica, de cualquier naturaleza y origen, sin consideración a las partes, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa. // 2. De los relativos a propiedad intelectual que no estén atribuidos a la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales que este código atribuye a las autoridades administrativas. // 3. De los de

En mérito de lo expuesto, el despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Chocó en audiencia celebrada el 19 de febrero de 2014, a través de la cual declaró probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el FONADE.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada esta providencia, por Secretaría de la Sección remítase el expediente de la referencia por competencia a los Juzgados Civiles del Circuito de Quibdó, 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.

competencia desleal, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas. // 4. De todas las controversias que surjan con ocasión del contrato de sociedad, o por la aplicación de las normas que gobiernan las demás personas jurídicas de derecho privado, así como de los de nulidad, disolución y liquidación de tales personas, salvo norma en contrario. // 5. De los de expropiación. // 6. De los atribuidos a los jueces de familia en primera instancia, cuando en el circuito no exista juez de familia o promiscuo de familia. // 7. De las acciones populares y de grupo no atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. // 8. De la impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas sometidas al derecho privado, sin perjuicio de la competencia atribuida a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales. // 9. Corregido por el artículo 3 del Decreto 1736 de 2012. De los procesos de mayor cuantía relacionados con el ejercicio de los derechos de los consumidores. // 10. A prevención con los jueces civiles municipales, de las peticiones sobre pruebas extraprocesales, sin consideración a la calidad de las personas interesadas, ni a la autoridad donde se hayan de aducir. // 11. De los demás procesos o asuntos que no estén atribuidos a otro juez.”

CUARTO: Por Secretaría, notifíquese esta providencia conforme lo establece el artículo 201 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

Sánchez/3c