

**Sentencia SU242/15**

Referencia: Expediente T-4.092.078

Acción de tutela instaurada por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo–FONADE contra del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A y otro.

Procedencia: Consejo de Estado, Sección Quinta.

Asunto: Acción de tutela contra providencias judiciales. Ausencia de vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Magistrada Ponente:  
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil quince (2015)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luís Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Martha Victoria Sáchica Méndez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

**SENTENCIA**

En la revisión de las sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 27 de septiembre de 2012 -en primera instancia- y por la Sección Quinta de esa misma Corporación, el 25 de julio de 2013 -en segunda instancia-, dentro de la acción de tutela promovida por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo–FONADE contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El expediente fue remitido a esta Corporación por la Secretaría General de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Once de Selección de esta Corporación, mediante auto del 28 de julio de 2013, escogió para su revisión el expediente de la referencia. La Sala Plena asumió el conocimiento del asunto con

fundamento en el artículo 54A de su Reglamento Interno, en sesión del 29 de enero de 2014 y mediante auto del 5 de febrero de 2014, el Despacho del magistrado sustanciador de aquel momento, revolvió suspender los términos para proferir sentencia.

## I. ANTECEDENTES

FONADE presentó acción de tutela el 31 de agosto de 2012, en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso y en especial el acceso a la administración de justicia, al proferir dentro del proceso judicial de controversias contractuales, las providencias que rechazaron en primera y segunda instancia la demanda formulada por la entidad accionante. Dichas decisiones concluyeron que la acción había caducado porque transcurrieron más de dos años desde el momento de la liquidación de los contratos celebrados con los Consorcios Diseños Carcelarios e Intercarceles.

En ese sentido, alegó el Fondo que el desconocimiento de sus derechos fundamentales, se debió a la indebida interpretación y aplicación de las normas procesales que regulan la caducidad de las acciones contencioso administrativas, cuando las controversias gravitan en torno a contratos regidos por el derecho privado, a los que se les aplican términos de prescripción civil, que habían empezado a correr antes de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006.

Estas actuaciones según el órgano accionante, son presuntamente generadoras de vía de hecho por *defecto sustancial* porque: i) desconocieron los artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887; ii) se apartaron de la jurisprudencia del Consejo de Estado; y iii) no se pronunciaron de forma expresa sobre los motivos de la apelación del auto que decretó la caducidad de la acción y el rechazo de la demanda.

Además, consideró que se ha producido un *defecto fáctico*, puesto que el juez de instancia, al aplicar la Ley 1107 de 2006, no tuvo en cuenta que los hechos en que se funda la demanda, ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la mencionada norma, acaecida el 27 de diciembre de 2006.

Por estas razones, el Fondo solicitó al juez de tutela dejar sin efecto jurídico las siguientes providencias: i) del 6 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; ii) del 30 de noviembre de 2011; y iii) del 7 de marzo de 2012, estas últimas proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado bajo el número 25000232600020100016801. Para que en consecuencia, se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitir la demanda instaurada por FONADE en contra del Consorcio Diseños Carcelarios 2005 y el Consorcio Intercarceles, en ejercicio de la acción de controversias contractuales.

## Hechos relevantes

1. FONADE celebró contrato de consultoría número 2051457 del 15 de junio de 2005, con el Consorcio Diseños Carcelarios 2005, cuyo objeto era “... *realizar los estudios y diseños de preinversión para la construcción de establecimientos carcelarios de reclusión a nivel nacional para el grupo I*”<sup>1</sup>.

2. Según la cláusula quinta del mencionado contrato, el plazo fijado para la ejecución de los estudios y diseños era “... *de máximo 6 meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato, la aprobación de las garantías por parte de la asesoría jurídica de Fonade y la suscripción del acta de inicio por parte del contratista, el interventor del contrato y Fonade.*”<sup>2</sup>. Sin embargo, el otrosí número 2 del 5 de agosto de 2005, modificó el aparte mencionado anteriormente, para que los 6 meses de duración del contrato se contaran a partir de “... *la suscripción del acta de inicio por parte del contratista y Fonade.*”<sup>3</sup>, que fue firmada el 5 de agosto de 2005<sup>4</sup>.

3. La forma de liquidar el contrato de consultoría quedó establecida en la cláusula 21 del mismo, la cual se haría de mutuo acuerdo dentro de los 4 meses siguientes a su terminación, a través de acta firmada por las partes contratantes<sup>5</sup>.

4. Durante el desarrollo del contrato, el contratista presentó actas de entrega y recibo parcial los días 28 de septiembre y 4 de noviembre de 2005, en las que rindió cuenta sobre sus avances, en la ejecución material del objeto contractual<sup>6</sup>.

5. No obra en el expediente prueba que acredite, que el contrato fue liquidado de mutuo acuerdo, en los plazos fijados por las partes en la cláusula 21 del mismo, esto es, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación.

6. De otro lado, la accionante celebró contrato de interventoría número 2051918 con el Consorcio Intercarceles del 5 de julio de 2005, cuyo objeto era “... *realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera y contable a los estudios y diseños de preinversión para la construcción de los establecimientos de reclusión a nivel nacional, para el grupo No. I*”<sup>7</sup>, es decir, al contrato de consultoría número 2051457 del 15 de junio de 2005, celebrado con el Consorcio Diseños Carcelarios 2005.

7. El plazo de ejecución contractual fue de 6.5 meses, contados a partir del acta de inicio, conforme a la cláusula quinta del contrato<sup>8</sup>, la que fue suscrita

---

<sup>1</sup> Fol. 21v cuaderno principal.

<sup>2</sup> Fol. 24 cuaderno principal.

<sup>3</sup> Fol. 33v cuaderno principal.

<sup>4</sup> Fol. 95 cuaderno principal.

<sup>5</sup> Fol. 27 Cuaderno principal.

<sup>6</sup> Fol. 96 y 97 cuaderno principal.

<sup>7</sup> Fol. 44 cuaderno principal.

<sup>8</sup> Fol. 40 cuaderno principal.

por las partes el 18 de julio de 2005<sup>9</sup>. El acta de terminación del contrato de interventoría número 2051918, se firmó de mutuo acuerdo el 20 de febrero de 2006<sup>10</sup>.

8. No obra en el expediente prueba de la liquidación bilateral de este contrato conforme a la cláusula 21 del mismo, la que debía haberse realizado dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación.

9. El 24 de marzo de 2010 FONADE presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en contra del Consorcio Diseños Carcelarios 2005 y el Consorcio Intercarceles, con la finalidad de resolver los presuntos conflictos surgidos con ocasión de la ejecución de los contratos números 2051457 y 2051918<sup>11</sup>.

10. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante auto del 6 de octubre de 2010, rechazó la demanda presentada por FONADE al considerar que operó el fenómeno de la caducidad de la acción de controversias contractuales, por haber transcurrido más de 2 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento y en especial, cuando se trate de contratos que requieran liquidación, en aplicación del literal d del numeral 10 del artículo 136 del CCA.

El juez de conocimiento consideró que, si el acta de inicio del contrato de consultoría número 2051457, se firmó el 5 de agosto de 2005 y el plazo de ejecución era de 6 meses, la terminación del mismo fue el 5 de febrero de 2006. En el expediente del proceso ordinario no encontró el fallador que el contrato se haya liquidado, razón por la cual las partes contaban para realizar la liquidación del mismo de común acuerdo hasta el 5 de junio de 2006, conforme a la cláusula 21 del contrato<sup>12</sup>. Fracasada la posibilidad de liquidación por las partes, según el fallador, la ley le otorga dos meses a la entidad pública para que realice la liquidación del contrato, término que se extendía hasta el 5 de agosto de 2006<sup>13</sup>. Por tanto, aplicados los dos años de caducidad de la acción de controversias contractuales, el término procesal venció el 5 de agosto de 2008.

En relación con el contrato de interventoría No. 2051918, consideró el juez de conocimiento, que había operado la caducidad de la siguiente manera: i) el acta de iniciación se firmó el 18 de julio de 2005; ii) el acta de terminación fue suscrita el 20 de febrero de 2006; iii) los 4 meses para la liquidación de mutuo acuerdo vencieron el 20 de junio de 2006; iv) la entidad contaba hasta el 20 de agosto de 2006 para liquidar el contrato; y v) el término de caducidad de dos

---

<sup>9</sup> Fol. 99 cuaderno principal.

<sup>10</sup> Folios 100, 101 cuaderno principal.

<sup>11</sup> Folios 62 – 85 cuaderno principal.

<sup>12</sup> Que establece 4 meses para que las partes de consuno liquiden el contrato de consultoría.

<sup>13</sup> Folios 102 y 103 cuaderno principal.

años, para presentar la acción de controversias contractuales, venció el 20 de agosto de 2008.

11. La parte actora presentó recurso de apelación contra la providencia mencionada anteriormente y que rechazó la demanda de controversias contractuales, con fundamento en los siguientes argumentos:

i) al ser FONADE una empresa industrial y comercial del Estado, su actividad contractual estaba regida por el derecho privado, razón por la cual, suscitada la controversia contractual, los términos de prescripción, más no de caducidad, empezaron a correr conforme lo establece el artículo 2536 del Código Civil. De esta manera, al entrar en vigencia la Ley 1107 de 2006, debió darse aplicación al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que rige los efectos de las normas procesales en el tiempo, en especial, en materia de términos que han empezado a correr.

ii) el juez estaba en la obligación de aplicar el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que el término de caducidad debió contarse a partir del momento en que FONADE, tuvo conocimiento de los hechos generadores del incumplimiento, situación que se verificó durante la ejecución del contrato de obra, celebrado y ejecutado con posterioridad a la terminación de los contratos de consultoría e interventoría que son objeto de litigio.

12. Surtido el trámite de la apelación, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, confirmó la providencia recurrida, con auto del 30 de noviembre de 2011, notificado por estado del 6 de diciembre de 2011<sup>14</sup>, en el que reiteró los argumentos del *ad quo* sobre la operancia de la caducidad de la acción de controversias contractuales formulada por la accionante.

13. Contra esa decisión, la demandante presentó solicitud de adición, puesto que, según la recurrente, no se habían resuelto algunos aspectos que sustentaron la apelación, relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo. Esta solicitud fue resuelta con auto del 7 de marzo de 2012<sup>15</sup>, en el que decidió no adicionar el auto del 30 de noviembre de 2011, con base en que fueron resueltos todos los aspectos que sustentaron el recurso de apelación.

14. El juez de primera instancia profirió auto que obedeció lo resuelto por el superior el 17 de agosto de 2012<sup>16</sup>.

### **Actuación procesal y contestaciones de las entidades accionadas**

Conoció de la acción de tutela en primera instancia, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. El fallador de instancia avocó conocimiento por auto del 10 de septiembre de 2012 y ordenó vincular a la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, Sección

---

<sup>14</sup> Fol. 130v. cuaderno principal.

<sup>15</sup> Notificado por estado del 20 de marzo de 2012, visible a folio 135 cuaderno principal.

<sup>16</sup> Fol. 112 cuaderno principal.

Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a las sociedades Construcciones G y G Ltda., Construcciones AMCO Ltda. y R.M.R Construcciones S.A., todas integrantes del Consorcio Diseños Carcelarios 2005, a la sociedad Esparza Ingeniería Ltda. y Jesús Guillermo Gómez López, ambos miembros del Consorcio Intercarceles.

Durante el término otorgado por ese Despacho, algunas de las entidades accionadas se pronunciaron en los siguientes términos:

### **1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera<sup>17</sup>**

El Magistrado Ramiro Pazos Guerrero en representación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca–Sección Tercera, presentó intervención dentro de la acción de tutela de la referencia, en la que expuso brevemente los antecedentes y los fundamentos que dieron origen a la acción de tutela, la procedibilidad de la misma contra providencias judiciales y concluyó, con base en los principios de autonomía e independencia, lo siguiente:

*“... al decretar el rechazo de la demanda, [el juez de instancia] lo hizo en aplicación estricta del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que prescribe de la regla de derecho según la cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”<sup>18</sup>*

Para ese Despacho, no existió vía de hecho en las actuaciones judiciales atacadas, porque las decisiones se fundaron en la aplicación de las normas procesales vigentes para la época, con base en la valoración de los supuestos de hecho del proceso, razón por la cual, solicitó negar el amparo presentado por FONADE.

### **2. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “A”<sup>19</sup>**

El Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera presentó intervención en el presente asunto, en representación de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En su escrito, el magistrado rememoró los antecedentes de las providencias judiciales censuradas en sede de tutela y manifestó además, que la solicitud de amparo busca reabrir el debate del proceso ordinario, para que el juez de tutela determine, si el tránsito legislativo ocasionado con la vigencia de la Ley 1107 de 2006, modificó el término de caducidad de la acción contractual presentada por FONADE.

Para el interviniente, el planteamiento expuesto por la entidad actora es desacertado, puesto que fue el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 el que asignó competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa, para conocer las controversias que versen sobre los contratos estatales, norma que se

<sup>17</sup> Folios 152 - 154 cuaderno principal.

<sup>18</sup> Fol. 154 cuaderno principal

<sup>19</sup> Folios 157 al 159 cuaderno principal

encontraba vigente para el momento en que se produjeron los hechos, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006. Por esta razón, según el representante del Despacho judicial accionado, el demandante debió observar los términos de caducidad consagrados por la legislación vigente para formular su acción de controversias contractuales, en los plazos determinados por la norma procesal administrativa aplicable al caso.

Para finalizar, argumentó que la censura de la actora radica en la discrepancia con la decisión adoptada y no en la violación del derecho fundamental del debido proceso, razón por la cual debía denegarse el amparo solicitado.

### 3. Constructora AMCO Ltda<sup>20</sup>

Previamente debe aclarar la Sala que esta sociedad presentó dos intervenciones: el 21 de septiembre y el 25 de septiembre ambas del año 2012, las que expusieron lo siguiente: i) sobre los hechos que fundamentan la tutela, se pronunciaron sobre la certeza o no de los mismos; ii) manifestaron su oposición a la solicitud de amparo; y iii) solicitaron declarar la improcedencia de la acción de tutela, puesto que la jurisdicción contencioso administrativa, era la competente para conocer la controversia derivada del contrato de consultoría, celebrado con la entidad con base en su naturaleza estatal.

Además consideró la interviniente, que para el caso concreto, había operado la caducidad de la acción de controversias contractuales, razón por la cual, la entidad accionante no puede “... *ahora ampararse en la tesis de la concurrencia eventual de términos civiles y administrativos, para poder escoger el que más convenga al extremo litigante.*”<sup>21</sup>

Concluyeron las intervenciones que no puede usarse la acción de amparo como herramienta para revivir términos vencidos y poder recurrir ante el juez de tutela, con el fin de reabrir el debate sobre un tema zanjado por la jurisdicción contenciosa, como es la ocurrencia de la caducidad de la acción de controversias contractuales<sup>22</sup>. En consecuencia, solicitó negar la acción de tutela, por ausencia de vía de hecho vulneradora del debido proceso de la accionante<sup>23</sup>.

### 4. R.M.R Construcciones S.A<sup>24</sup>

La sociedad interviniente se pronunció en el trámite de tutela a través de apoderado judicial y solicitó negar la protección del derecho fundamental al debido proceso invocado por FONADE. En su escrito realizó una breve descripción de los antecedentes de la solicitud de amparo y de los defectos de que supuestamente adolecen las providencias censuradas. En detalle se refirió

---

<sup>20</sup> Folios 160 a 172 cuaderno principal. Esta intervención la hace como integrante del Consorcio Diseños Carcelarios 2005.

<sup>21</sup> Fol. 167 cuaderno principal.

<sup>22</sup> Fol. 169 cuaderno principal.

<sup>23</sup> Fol. 170 cuaderno principal

<sup>24</sup> Folios 181 – 186 cuaderno principal.

al defecto *sustantivo*, con referencias teóricas sobre las diferencias entre caducidad y prescripción, además, determinó los efectos jurídico-procesales de la Ley 1107 de 2006, que en su entender, no modificó términos de caducidad o de prescripción, tal y como lo presenta la entidad accionante.

En ese orden, la mencionada ley solo modificó el criterio de competencia objetivo-material, por el orgánico-subjetivo, para que la jurisdicción contenciosa conociera de las controversias o litigios en las que hubieran sido parte entidades públicas. Además, las normas de naturaleza procesal, son de aplicación inmediata, a partir de su entrada en vigencia, esto es, desde el 27 de diciembre de 2006.

Así las cosas, para el interviniente, no puede pensarse en que una vez entró en vigencia la Ley 1107 de 2006, coexistieron dos acciones contractuales, que podían ser usadas a elección del demandante, una con un término de caducidad de 2 años y otra con un término de prescripción de 10 años.<sup>25</sup>

De otra parte, consideró que los efectos de la caducidad de la acción deben contarse a partir de la vigencia de la Ley 1107 de 2006 y no de forma retroactiva, razón por la cual la acción de controversias contractuales había caducado el 27 de diciembre de 2008. No obstante lo anterior, advirtió que no se configuró ninguna vía de hecho por parte de las autoridades judiciales.

En relación con el defecto *fáctico* manifestó que no se acreditó, puesto que la aplicación de la Ley 1107 de 2006, era inmediata por tratarse de una norma procesal, con independencia de si la ocurrencia de los hechos generadores de la demanda se configuraron con anterioridad a la vigencia de la misma, por esta razón, concluyó la sociedad, que el término de caducidad debía aplicarse a cualquier acción contenciosa presentada con posterioridad a la vigencia de la Ley 1107 de 2006, es decir, el 27 de diciembre de 2006<sup>26</sup>.

## **Decisiones objeto de revisión**

### **Primera instancia<sup>27</sup>**

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió sentencia de primera instancia el 27 de septiembre de 2012 y resolvió negar el amparo solicitado. A esta decisión llegó el juez de instancia, con base en los siguientes argumentos:

#### En relación con el defecto sustancial

a. FONADE abordó una discusión que no era pertinente para este caso, ya que la Ley 1107 de 2006 no modificó el régimen procesal aplicable a las controversias derivadas de los contratos celebrados por la actora, por tanto, no existe conflicto de leyes procesales en el tiempo, puesto que la mencionada

<sup>25</sup> Fol. 183v y 184 cuaderno principal.

<sup>26</sup> Fol. 185v cuaderno principal.

<sup>27</sup> Folios 218 a 235 cuaderno principal.

ley, solo hizo precisiones en relación con el criterio material, como factor que determina la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

b. Los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo es FONADE, son estatales y sus conflictos son conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de la acción de controversias contractuales.

c. A los contratos celebrados por FONADE se les aplican normas sustanciales de derecho privado, sin que esta situación determine el régimen jurídico procesal para la solución de sus controversias contractuales. Esto implica que las normas procedimentales aplicables eran las contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

Con base en los argumentos expuestos anteriormente, consideró la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en defecto sustantivo, puesto que la declaratoria de caducidad se sustentó en normas procesales vigentes y aplicables a la controversia contractual. Además, para el juez de instancia no existió desconocimiento del precedente judicial, bajo el entendido de que las providencias judiciales supuestamente desconocidas, no guardan identidad en su *ratio decidendi* con el caso de la referencia, pues allí se trató un auténtico conflicto de normas procesales, con ocasión de la expedición de la Ley 446 de 1998, situación que según esa Corporación no se presenta en este asunto.

#### Defecto fáctico

Este defecto fue descartado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el argumento de que el cómputo del término de caducidad, se realizó con base en las pruebas obrantes en el expediente y el análisis detallado de las fechas de terminación y oportunidad para liquidar los contratos celebrados por la actora. En efecto, para el contrato de consultoría, el juez contencioso encontró que el término con el que contaba FONADE, para liquidar unilateralmente el contrato, una vez venció el término de 4 meses para liquidar de mutuo acuerdo el mismo, finalizó el 5 de agosto de 2006, lo que generó que la caducidad de la acción, operara el 5 de agosto de 2008. Para el contrato de interventoría se estableció que el término para la liquidación unilateral por parte de la entidad pública, una vez venció el término de 4 meses para que las partes lo liquidaran de mutuo acuerdo, culminó el 20 de agosto de 2006 y en consecuencia la caducidad de la acción operó el 20 de agosto de 2008.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la acción de controversias contractuales se concretó con la presentación de la demanda el 24 de marzo de 2010, para ese momento ya se encontraba caducado el derecho de acción de FONADE, conforme al numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

#### **Segunda instancia<sup>28</sup>**

---

<sup>28</sup> Folios 268 a 274 cuaderno principal.

La Sección Quinta del Consejo de Estado profirió sentencia del 25 de julio de 2013, mediante la cual confirmó la sentencia de primera instancia del 27 de septiembre de 2013, expedida por la Sección Cuarta de esa misma Corporación, que en su momento había negado el amparo de los derechos fundamentales solicitado. Bajo la misma línea argumentativa del juez *ad quo*, consideró ese Despacho que no se acreditó la existencia de defecto que configure vía de hecho de las actuaciones de los despachos judiciales accionados.

En relación con el *defecto sustantivo*, afirmó que las normas jurídicas que sustentan las providencias judiciales censuradas, fueron razonablemente interpretadas y eran las pertinentes para ser aplicadas al caso concreto, por lo tanto no se presentó conflicto alguno, sobre la aplicación de leyes en el tiempo, debido a que la Ley 1107 de 2006, cuya vigencia empezó desde el 27 de diciembre de 2007, modificó aspectos de competencia de la jurisdicción contenciosa, más no los términos de caducidad de las acciones judiciales.

Así las cosas, la acción de controversias del contrato de consultoría debió presentarse hasta el 5 de agosto de 2008. De otro lado, las derivadas del contrato de interventoría caducaron el 20 de agosto de 2008. Si la entidad accionante presentó la demanda el 24 de marzo de 2010, para ese momento ya había operado la caducidad y la consecuente imposibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De otro lado, consideró el *ad quem* que no existió desconocimiento del precedente judicial, toda vez que en este caso no existe un conflicto de normas en el tiempo, pues la Ley 1107 de 2006 no modificó los términos de caducidad de las acciones contenciosas, pues lo que se generó fue un cambio en los criterios de competencia de esa jurisdicción. En ese sentido, no se trataban de casos similares a los estudiados previamente por el Consejo de Estado, por lo que no se acreditó el desconocimiento del precedente.

En cuanto al presunto *defecto fáctico*, consideró el juez de segunda instancia que “... para el momento de entrada en vigencia de dicha ley<sup>29</sup>, esto es, 27 de diciembre de 2006, FONADE no había presentado la demanda, razón por la cual no puede ahora deprecarse la aplicación del término de caducidad de la acción ordinaria civil, menos cuando el actor acudió directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de la acción contractual, acogiéndose a sus ritos y formalidades.”<sup>30</sup>

Concluyó su estudio el juez de segunda instancia, con la afirmación de que la solicitud de amparo tuvo como fundamento el inconformismo del accionante frente a las actuaciones judiciales accionadas, que rechazaron la demanda presentada y lo pretendido es revivir términos procesales que ya han vencido.

---

<sup>29</sup> Se refiere a la 1107 de 2006.

<sup>30</sup> Folio 274 cuaderno principal.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

1. Es competente la Sala Plena de la Corte Constitucional para revisar los fallos proferidos dentro de la acción de tutela número T-4.092.078, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Asunto bajo revisión

2. La solicitud de amparo fue presentada por FONADE en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y censura las providencias judiciales que rechazaron la demanda de controversias contractuales, radicada por la entidad actora el 24 de marzo de 2010, por la presunta existencia de vía de hecho por parte de los despachos accionados.

El fundamento de las decisiones judiciales mencionadas, gravitó en torno a la operancia de la caducidad de la acción de controversias contractuales ejercida por FONADE, al haber transcurrido más de dos años, contados a partir de la oportunidad de liquidar los contratos de consultoría e interventoría, cuyos plazos se extendieron, según los jueces contenciosos, hasta el 5 y 20 de agosto de 2006, respectivamente<sup>31</sup>.

Consideró la actora que su derecho fundamental al debido proceso, fue vulnerado por los Despachos judiciales accionados, cuyas actuaciones configuran vía de hecho por defectos sustancial y fáctico, con base en las siguientes razones:

i) la demanda de controversias judiciales, presentada por el Fondo, fue rechazada con fundamento en la indebida aplicación de términos de caducidad de acciones contenciosas, con ocasión de la entrada en la vigencia de la Ley 1107 de 2006<sup>32</sup>;

ii) la naturaleza jurídica de FONADE como empresa industrial y comercial del Estado, implica que los contratos que celebre se rijan por el derecho privado, razón por la cual, la solución judicial de sus controversias contractuales no está condicionada a la caducidad de las acciones contractuales, regladas por el Código Contencioso Administrativo, sino por los términos de prescripción de 10 años, con base en lo dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil;

iii) estos términos ya habían empezado a correr antes de que entrara en vigencia la Ley 1107 de 2006, razón por la cual debían aplicarse además, los artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887, que regulan los efectos de las normas procesales en el tiempo.

---

<sup>31</sup> En ese sentido los términos de caducidad operaron para estos contratos el 5 y el 20 de agosto de 2008 respectivamente.

<sup>32</sup> La vigencia de esta Ley es desde el 27 de diciembre de 2006, según publicación en el diario oficial número 46.494 de la misma fecha.

En ese entendido, FONADE solicitó al juez de tutela para que ordene dejar sin efectos jurídicos las providencias del 6 de octubre de 2010, del 30 de noviembre de 2011 y del 7 de marzo de 2012, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, respectivamente y que hacen parte del proceso radicado bajo el número 25000232600020100016801, para que en consecuencia admita la demanda de controversias contractuales, formulada en contra de los Consorcios Diseños Carcelarios 2005 e Intercarceles.

### **Problema jurídico**

3. De acreditarse los requisitos genéricos de procedibilidad de la presente solicitud de amparo, la Corte, conforme a la demanda y las contestaciones de las entidades públicas, estudiará la presunta vulneración al debido proceso de la entidad accionante, razón por la cual deberá resolver los siguientes problemas jurídicos tendientes a establecer ¿si las actuaciones de los jueces ordinarios al rechazar la demanda presentada por la accionante, generaron vía de hecho por defectos sustancial y fáctico, al aplicar el término de caducidad de dos años contenido en las normas de procedimiento contencioso administrativo, vigentes para el momento de presentación de la demanda por la actora?

Además deberá establecerse ¿si los Despachos judiciales accionados, vulneraron el derecho fundamental invocado por la accionante, al omitir resolver sobre la admisión de la demanda de controversias contractuales, con base en normas de prescripción civil de 10 años, debido a que los contratos celebrados por el FONADE se rigen por normas de derecho privado?

Por tratarse de una acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena reiterará los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la solicitud de amparo contra sentencias judiciales y verificará su cumplimiento en el presente asunto.

De superarse esta fase de análisis, la Corporación se ocupará del estudio de los presuntos defectos generadores de vía de hecho acusada, examen que gravitará en torno a tres temas: i) la naturaleza jurídica del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo–FONADE y el régimen normativo que rige su actividad contractual; ii) la solución judicial de las controversias contractuales del FONADE y el tránsito legislativo en materia de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de la acción de controversias contractuales entre los años 2005 y 2010; y iii) el alcance normativo de la Ley 1107 de 2006, en especial si afectó los términos de caducidad o prescripción de la acción de controversias contractuales. Finalmente se analizará el caso en concreto.

**Reglas jurisprudenciales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia**

4. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional<sup>33</sup> y encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta, que establece su viabilidad cuando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales se produce por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidos los jueces de la República.

En sede de convencionalidad, sustentan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, el numeral 1° del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>34</sup> y el literal a. del numeral 3° del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>35</sup>.

5. Con la sentencia **C-590 de 2005**<sup>36</sup>, la Corte Constitucional superó el concepto de *vías de hecho*, utilizado previamente en el análisis de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para dar paso a la doctrina de *específicos supuestos de procedibilidad*. En la sentencia **SU-195 de 2012**<sup>37</sup>, ésta Corporación reiteró la doctrina establecida en la sentencia **C-590 de 2005**<sup>38</sup>, en el sentido de condicionar la procedencia de la acción de tutela al cumplimiento de ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, agrupados en: i) requisitos generales de procedencia y ii) causales específicas de procedibilidad.

### **Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales**

6. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial –ordinarios y extraordinarios -, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio *iusfundamental* irremediable<sup>39</sup>; iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración<sup>40</sup>; iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo<sup>41</sup>; v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos

<sup>33</sup> T-006 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-223 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-413 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-474 de 1992 Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

<sup>34</sup> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

<sup>35</sup> “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.”

<sup>36</sup> M. P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró inexecutable una expresión del artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía el ejercicio de cualquier acción, incluida la tutela, contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>37</sup> M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>38</sup> M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>39</sup> Sentencia T-504 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>40</sup> Sentencia T-315 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>41</sup> Sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial<sup>42</sup>; y vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

### **Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales**

7. Las causales especiales de procedibilidad persiguen el análisis sustancial del amparo solicitado; así lo advirtió esta Corporación en la sentencia C-590 de 2005, que además estableció que basta con la configuración de alguna de las causales específicas, para que proceda el amparo respectivo. Tales causales han sido decantadas por la jurisprudencia constitucional en forma de defectos, así:

- **Defecto orgánico:** ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.

- **Defecto procedimental absoluto:** surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.

- **Defecto fáctico:** se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio, que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión o cuando se desconocen pruebas que tienen influencia directa en el sentido del fallo.

- **Defecto material o sustantivo:** tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>43</sup>, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible en caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene.

- **El error inducido:** acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

- **Decisión sin motivación:** se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

- **Desconocimiento del precedente<sup>44</sup>:** se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad.

<sup>42</sup> Sentencia T-658 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>43</sup> Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>44</sup> Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1031 de 2001 todas con ponencia del Dr. Eduardo Montealegre Lynnett; T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

- **Violación directa de la Constitución:** que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa.

La acción de tutela, acusó las providencias judiciales censuradas de incurrir en: i) defecto sustantivo; ii) desconocimiento del precedente judicial y iii) defecto fáctico. Por esta razón, la Corte hará breves caracterizaciones de cada uno de estos.

### **Defecto sustantivo**

8. Este defecto ha sido decantado extensamente por esta Corporación, claramente explicado en la sentencia **SU-195 de 2012**. En *sentido amplio* se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica.<sup>45</sup>

En *estricto sentido*, lo configuran los siguientes supuestos:

a. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente<sup>46</sup> o porque ha sido derogada<sup>47</sup>, es inexistente<sup>48</sup>, inexecutable<sup>49</sup> o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador<sup>50</sup>.

b. No se hace una interpretación razonable de la norma<sup>51</sup>.

c. Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos *erga omnes*<sup>52</sup>.

d. La disposición aplicada es regresiva<sup>53</sup> o contraria a la Constitución<sup>54</sup>.

e. El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición<sup>55</sup>.

f. La Decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma<sup>56</sup>.

<sup>45</sup> Sentencias SU-159 de 2002, T-295 de 2005 y T-743 de 2008 todas con ponencia del dr. Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 de 2005, T-657 de 2006 ambas con ponencia del dar Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-033 de 2010, y T-792 de 2010 ambas con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>46</sup> Sentencia T-189 de 2005 M.P. Manuel José cepeda Espinosa.

<sup>47</sup> Sentencia T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>48</sup> Sentencia T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería

<sup>49</sup> Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>50</sup> Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>51</sup> Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>52</sup> Sentencias T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 1999.

<sup>53</sup> Sentencia T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>54</sup> Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>55</sup> Sentencia T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>56</sup> Sentencia T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

g. Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

### **Defecto por desconocimiento del precedente judicial**

9. Se está en presencia del defecto por desconocimiento del precedente judicial, cuando el juez ordinario desconoce o limita el contenido y alcance de un derecho fundamental, decantado por la Corte Constitucional<sup>57</sup>.

10. La Corte Constitucional en la sentencia **T-791 de 2013**, estableció los siguientes requisitos para que prospere esta causal: i) que exista un conjunto de sentencias (constitucionalidad o varias de tutela) previas al caso que habrá de resolver<sup>58</sup>, que contengan claras reglas jurisprudenciales sobre las que descansa la *ratio decidendi*; ii) el precedente debe tener un problema jurídico semejante al caso concreto que se busca resolver; y iii) debe existir semejanza entre sus aspectos fácticos y normativos<sup>59</sup>.

Así las cosas, la acreditación del desconocimiento del precedente judicial, como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, está condicionada a la operancia de los requisitos específicos, es decir, la existencia previa al caso bajo análisis, de una sentencia de constitucionalidad o varias de tutela, que contengan en su *ratio decidendi* reglas jurisprudenciales aplicables al caso en concreto, debido a su similitud fáctica y normativa.

### **Defecto fáctico**

11. Desde sus inicios, esta Corte estableció que los jueces naturales tienen amplias facultades discrecionales para efectuar el análisis del material probatorio en cada caso concreto<sup>60</sup>. Por ello, esta Corporación determinó que cuando se alega un error de carácter probatorio, la evaluación de la providencia judicial por parte de un juez de tutela, debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Sentencia SU-026 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, reiterado en sentencia T-791 de 2013 M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>58</sup> Sentencia T-217 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>59</sup> Sentencia C-335 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>60</sup> La Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

<sup>61</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-008 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-025 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-109 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-264 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-114 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo, SU-198 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ésta última se indicó expresamente: “la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez de conocimiento es, y debe ser, **de carácter extremadamente reducido**. El respeto por los principios de autonomía judicial y del juez natural, impiden que el juez de tutela realice un examen exhaustivo del material probatorio”.

12. No obstante, tal poder discrecional debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad sería entendida como arbitrariedad judicial, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría intervenir la providencia judicial censurada<sup>62</sup>.

13. La Corte ha establecido que el defecto fáctico se configura cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio.

Así mismo, puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones: una positiva<sup>63</sup> y otra negativa<sup>64</sup>. La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “*completo equivocada*” o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello y la segunda cuando omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna.

14. En ese orden de ideas, esta Corporación ha sido enfática en señalar que:

*“... para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”*<sup>65</sup>.

### **Naturaleza jurídica del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo–FONADE. Evolución normativa**

15. La entidad pública accionante fue creada mediante Decreto 3068 del 16 de diciembre de 1968, como un Establecimiento Público, inicialmente denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo-FONADE, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio<sup>66</sup>.

El Fondo tenía para ese momento la finalidad de:

<sup>62</sup> Ver sentencia T-442 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Allí se indicó: “*si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica..., dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.*”

<sup>63</sup> Cfr., entre otras, SU-159 de 2002, precitada.

<sup>64</sup> Cfr., entre otras, T-442 de 1994 y SU-159 de 2002, precitadas.

<sup>65</sup> SU-198 de 2013, precitada.

<sup>66</sup> Artículo 1° Decreto 3068 de 1968

*“... financiar total o parcialmente a entidades de Derecho Público o Privado, los siguientes estudios:*

- 1. Estudios de factibilidad técnico económica de proyectos o de programas específicos.*
- 2. Estudios complementarios de proyectos cuya factibilidad técnico económica haya sido demostrada, incluyendo aquellos de ingeniería que fueren necesarios y que requieran mayores elementos de juicio para su evaluación, o ser adicionados con nuevos requisitos para gestionar su financiamiento.*
- 3. Estudios de prefactibilidad sectorial y subsectorial que tengan por finalidad la preparación de proyectos específicos o la cuantificación de inversiones en un sector de la economía nacional.*
- 4. Estudios generales cuyo objeto sea la identificación de proyectos o de programas específicos.*
- 5. Estudios de proyectos específicos comprendidos dentro de los programas de integración económica general y de integración fronteriza Colombo – Venezolana y Colombo – Ecuatoriana, especialmente aquellos que tengan un carácter multinacional.*
- 6. Estudios de proyectos específicos relacionados con la integración subregional de los países firmantes del Acta de Bogotá de Agosto de 1966.”<sup>67</sup>*

16. Posteriormente, la Constitución de 1991, le permitió al Presidente de la República reestructurar la entidad, con base en el artículo 20 transitorio de la Carta. Así las cosas, el artículo 1º del Decreto 2168 de 1992 estableció:

*“Reestructurase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento de orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, 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.”*

Esta norma cambió la entidad en los siguientes aspectos: i) dejó de ser un establecimiento público, para convertirse en una Empresa Industrial y Comercial del Estado; ii) se le confirió carácter financiero; iii) cambió su denominación a Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE; y iv) ya no estaría adscrita sino vinculada al Departamento Nacional de Planeación.

En relación con su objeto, el artículo 2º del Decreto 2168 de 1992 estableció que FONADE *“... tiene por objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.”*

Las funciones, que para ese momento desarrollaría el FONADE, quedaron consignadas en el artículo 3º del mencionado Decreto, entre las que se

---

<sup>67</sup> Ibidem.

encuentran las siguientes: i) celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo; ii) analizar operaciones de crédito interno y externo, con sujeción a normas pertinentes; entre otras<sup>68</sup>.

17. El Decreto 288 de 2004, modificó nuevamente la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE. Así, mantuvo su naturaleza jurídica como Empresa Industrial y Comercial del Estado, su carácter financiero, la personería jurídica propia, al igual que su autonomía administrativa, y fue incluida entre las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera<sup>69</sup>.

Como objeto principal del FONADE se estableció que sería: “... *Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas.*”<sup>70</sup>

En desarrollo del mismo, el FONADE cumple las siguientes funciones: i) promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales; ii) realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta; iii) celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo, entre otras<sup>71</sup>.

18. En conclusión, FONADE en la actualidad es: i) Empresa Industrial y Comercial del Estado<sup>72</sup>; ii) tiene carácter financiero; iii) cuenta con autonomía administrativa; iv) se encuentra vinculada al Departamento Nacional de Planeación; y v) está vigilada por la Superintendencia Financiera.

## **Régimen contractual del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE**

<sup>68</sup> Artículo 3° Decreto 2168 de 1992.

<sup>69</sup> Artículo 1° Decreto 288 de 2004.

<sup>70</sup> Artículo 2° Ibídem.

<sup>71</sup> Artículo 3° Ibídem.

<sup>72</sup> El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 define las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de la siguiente manera: “*Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:*

a) *Personería jurídica;*

b) *Autonomía administrativa y financiera;*

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

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

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

19. El régimen contractual de las entidades públicas está determinado por la ley. En **sentencia C-388 de 1996**<sup>73</sup>, la Corte afirmó que:

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

Por su parte, el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento reiteró que:

*“... la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido ha dicho la Sala:*

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’ (...)**”<sup>74</sup><sup>75</sup>*

El Estatuto General de la Contratación Pública en Colombia está contenido en la Ley 80 de 1993, además de otras disposiciones normativas. Esta ley tiene **vocación universal**<sup>76</sup>, derivada de su objetivo general de: *“...disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”*<sup>77</sup>, lo que implica que se aplican a todas las entidades públicas que comprenden: organismos públicos con o sin personería jurídica, no solo de la rama ejecutiva, sino también de la administración en un sentido más amplio, que incluyen los demás órganos que ejercen funciones públicas como la legislativa y la judicial; organismos independientes, empresas industriales y comerciales del Estado, entre otras.

<sup>73</sup> M.P Carlos Gaviria Díaz.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2014, radicado 760012331000200001885-01, expediente 26.765, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra, demandante Gloria Lyda Rengifo Alarcón acción de controversias contractuales.

<sup>76</sup> Benavides José Luís. El contrato estatal, entre lo público y lo privado. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2005, Bogotá. Pág. 50.

<sup>77</sup> Artículo 1° Ley 80 de 1993.

Todas estas entidades, enunciadas en el artículo 2° de la mencionada ley, desarrollan sus actividades bajo el concepto de *contrato estatal*, con el que se superó la antigua distinción entre contrato administrativo y contratos de derecho privado<sup>78</sup>.

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

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

La misma norma establece, de forma enunciativa, las clases de contratos estatales, entre los que se encuentran los siguientes: i) de obra<sup>79</sup>; ii) consultoría<sup>80</sup>; iii) prestación de servicios<sup>81</sup>; y iv) consultoría<sup>82</sup>.

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

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

De otra parte, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998<sup>83</sup>, establece que:

<sup>78</sup> Benavides José Luis, Ob cit. Ibídem.

<sup>79</sup> Definido por la ley como aquel que celebran las entidades estatales “... para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

<sup>80</sup> Definido por la ley como aquel que celebran las entidades estatales “... referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”

<sup>81</sup> Entendidos como aquellos celebrados por las entidades estatales “... para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”

<sup>82</sup> Son aquellos celebrados por las entidades estatales con el objeto de “... otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>83</sup> Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

## **Solución judicial de las controversias contractuales del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE entre los años 2005 y 2010**

23. Establecida la naturaleza jurídica de contrato estatal, de los actos celebrados por FONADE en desarrollo ordinario de sus negocios, corresponde a la Sala determinar la forma en que se solucionaban judicialmente las controversias contractuales entre los años 2005 y 2010. Para estos efectos, se explicarán brevemente aspectos generales como la jurisdicción, competencia y su relación con el principio de juez natural, los conceptos de prescripción y caducidad. Posteriormente se analizarán los regímenes procesales vigentes antes y después de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, en especial, la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de las controversias contractuales de FONADE.

### **La jurisdicción**

24. La actual concepción de jurisdicción, se aparta de su escueto significado literal de “*decir o indicar el derecho*” y se aproxima según COUTURE, bajo un sentido técnico y preciso, hacia una naturaleza de función pública, una función de los órganos del estado<sup>84</sup>.

El contenido de esta función pública, es descrito por el profesor Hernando MORALES MOLINA bajo dos grandes formas, que son: i) la declaración o decisión del derecho (proceso de cognición); y ii) la realización coactiva de los derechos en forma de ejecución forzada (proceso de ejecución)<sup>85</sup>. En efecto, CALAMANDREI concretaba estos dos aspectos de la jurisdicción, así:

*“Para poner en práctica las garantías jurisdiccionales que acabamos de reseñar, se requiere el ejercicio de una actividad continuada, en la cual se pueden distinguir dos momentos: la cognición y la ejecución forzada. La cognición se dirige a la declaración de certeza de un mandato individualizado (primario o sancionatorio) y se expresa en una decisión; la ejecución forzada trata de hacer que el mandato individualizado, declarado cierto mediante la decisión, sea prácticamente ejecutado.”*<sup>86</sup>

Para la Corte, el concepto de jurisdicción consiste en:

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

<sup>84</sup> Couture, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Depalma, 1974, Pág. 27-31, citado en Ovalle Favela, José. Teoría general del proceso, México. HARLA S.A., 1991, Pág. 105

<sup>85</sup> Morales Medina Hernando. Curso de derecho procesal civil parte general. Bogotá, Ediciones Lerner. 1960, Pág. 13.

<sup>86</sup> Citado en Morales Medina Hernando Ob. Cit. Pág. 13.

*jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia<sup>87</sup> que le asigna la ley<sup>88</sup>. ”<sup>89</sup>*

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

*“... la función de conocer y juzgar los litigios y de ejecutar lo juzgado, es esencialmente la misma, cualquiera que sea la rama del derecho sustantivo que se aplique a través de dicha función. Sin embargo, diversos sectores de la doctrina, suelen formular algunas divisiones o clasificaciones que, más que referirse a la función jurisdiccional en sí misma, conciernen a los órganos que la ejercen, a la materia sobre la que recae o al ámbito en el que se debe desarrollar.”<sup>90</sup>*

En ese sentido, el profesor Hernando MORALES MOLINA describió que: *“Desde el punto de vista de la naturaleza o calidad de las relaciones que constituyen la materia de la jurisdicción, esta se distingue en jurisdicción civil y jurisdicción penal.”<sup>91</sup>*. Ahora bien, cuando la clasificación de la jurisdicción se basa en el tipo de competencia de los órganos judiciales, la jurisdicción puede ser: i) *ordinaria*, que es ejercida por los juzgadores, que tienen competencia para conocer de la generalidad de los litigios; y ii) *especial*, aquella que tienen los juzgadores para conocer de cierta clase de litigios<sup>92</sup>.

Dentro de las llamadas jurisdicciones especiales, un sector de la doctrina ubica la contenciosa administrativa, en la que, al igual que en la penal, existe un interés del Estado en el proceso, y a la vez, es el Estado quien lo resuelve<sup>93</sup>. Esta jurisdicción se encarga de juzgar las contiendas en la cuales la administración pública es parte. Ante esta jurisdicción se ejerce un derecho de acción autónomo, que busca que el juez condene a la administración a pagar una indemnización, como consecuencia de sus actos (o hechos) administrativos o para revocar actos administrativos con efectos de anulación<sup>94</sup>.

---

<sup>87</sup> Los factores y las condiciones especiales que debe reunir la asignación de una competencia en particular, según lo anotado en la sentencia C-655 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, presentan las siguientes características:

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

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

<sup>88</sup> Sentencia C-392 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>89</sup> Sentencia C-154 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>90</sup> Ovalle Favela José. Ob. Cit. Pág. 118.

<sup>91</sup> Morales Median Hernando. Ob. Cit. Pág. 17

<sup>92</sup> Ovalle Favela José. Ob. Cit. Pág. 122.

<sup>93</sup> Véscovi Enrique. Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis. 1984. Pág. 124.

<sup>94</sup> *Ibidem*. Págs. 124-125.

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

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

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

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

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

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

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

*“... la expresión jurisdicción designa la naturaleza de la función propia del juzgador; en cambio, la competencia es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado – y no solo a los jurisdiccionales – para indicar la esfera o el ámbito – espacial, material, personal etcétera- dentro del cual aquellos pueden ejercer válidamente las funciones que les son propias.”<sup>95</sup>*

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

*“... la competencia es la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la república.”<sup>96</sup>*

<sup>95</sup> Ovalle Favela, José. Ob. Cit. Pág. 104.

<sup>96</sup> Morales Medina Hernando. Ob.Cit. pág. 21.

MATTIROLO definía la competencia como “... la medida con que la jurisdicción se distribuye entre las diversas autoridades judiciales.”<sup>97</sup>

Así las cosas, la competencia es:

*“... la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos. El juzgador, por el solo hecho de serlo, es titular de la función jurisdiccional, pero no la puede ejercer en cualquier tipo de litigios, sino sólo en aquellos para los que está facultado por la ley; es decir, en aquellos en los que es competente.”*<sup>98</sup>

En una perspectiva objetiva, la competencia es la órbita jurídica dentro de la cual se puede ejercer la función pública por el órgano correspondiente, por lo que desde un punto de vista subjetivo, la competencia implica el conjunto de atribuciones otorgadas a dicho órgano para que ejerza su función jurisdiccional<sup>99</sup>. Por esta razón, el juez o tribunal no puede ejercer jurisdicción sino hasta el límite de la competencia que la ley le señala, puesto que la competencia es el ejercicio de la jurisdicción en concreto<sup>100</sup>.

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

*“... el “juez natural” es aquél a quien la Constitución o la ley le ha asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su resolución”*<sup>101</sup>.

*Este principio constituye elemento medular del debido proceso, en la medida en que desarrolla y estructura el postulado constitucional establecido en el artículo 29 superior que señala que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*<sup>102</sup>, principio que figura igualmente en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, entre las garantías judiciales reconocidas a toda persona<sup>103</sup>.

*Al respecto debe señalarse que la competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la*

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> Ovalle Favela, Jose. Ob. Cit. Pág. 125.

<sup>99</sup> Véscovi Enrique. Ob. Cit. Pág. 155.

<sup>100</sup> Morales Medina, Hernando. Pág. 22.

<sup>101</sup> Ver, entre otras las sentencias C-444/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-110/00 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C- 429/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>102</sup> Subraya la Corte

<sup>103</sup> “8. Garantías judiciales.

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

*determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc)*<sup>104</sup>. ”<sup>105</sup>

29. La forma de distribuir la competencia depende de los factores de asignación de la misma, que de manera enunciativa son: i) objetivo; ii) subjetivo; iii) funcional; iv) territorial; v) por conexión<sup>106</sup>, entre otros. En todo caso, la atribución de una porción determinada de asuntos a distintos órganos judiciales, tiene que ver con el desarrollo de una política procesal, que a su vez responde a la necesidad práctica de una mejor, adecuada y eficiente administración de justicia, así como a un mejor acceso de quienes deben acudir a la misma<sup>107</sup>.

El **factor objetivo o material** que determina la competencia, se relaciona con el objeto del negocio judicial, bien por su propia naturaleza o en razón a su cuantía o valor comercial, es decir, se refiere al contenido especial de la relación jurídica en litigio<sup>108</sup>. En palabras de CARNELUTTI, este criterio hace referencia al “*modo de ser del litigio*”, al vínculo de derecho material que da lugar a la causa<sup>109</sup>.

El **factor subjetivo**, determina la competencia del juez con fundamento en la calidad de las personas interesadas en el respectivo proceso<sup>110</sup>. El **factor funcional**, permite la distribución de competencias a partir de las funciones que determinados jueces están llamados a ejercer en un solo proceso, puesto que se atiende a un criterio de grado, por lo que existen jueces de primera y segunda instancia y tribunales de casación, entre otras.

El **factor territorial**, implica que el Legislador, determina la competencia con fundamento en el lugar del territorio en donde debe adelantarse el juicio. Ahora bien, esta condición está subordinada a los siguientes fueros: i) general o del domicilio; ii) objeto del pleito, por ejemplo, el ejercicio de acciones reales; iii) convencional o contractual; iv) por los hechos; v) exclusivo; vi) concurrentes a elección o sucesivos, entre otros<sup>111</sup>.

Por último, el **factor por conexidad**, con el que se fijan criterios de competencia de las acciones judiciales llamadas conexas, entre las que existe alguna clase de vínculo, bien por provenir de una misma causa o relación jurídica sustantiva (conexidad objetiva) o bien porque intervienen las mismas partes (conexidad subjetiva)<sup>112</sup>, lo que permite o hace necesario su ejercicio en un solo proceso, por ejemplo la acumulación de acciones<sup>113</sup>.

<sup>104</sup> Sentencia C-040/97, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>105</sup> Sentencia C-154 de 2004 M.P.

<sup>106</sup> Morales Medina Hernando. Ob. Cit

<sup>107</sup> Vescoví Enrique. Ob. Cit. Pág. 156.

<sup>108</sup> Ibidem pág. 23.

<sup>109</sup> Vescoví Enrique, Ob. Cit. Pág. 157.

<sup>110</sup> Morales Medina Hernando. Ob. Cit. Pág. 23.

<sup>111</sup> Ibidem. Pág. 25.

<sup>112</sup> Ovalle Favela, José. Ob. Cit. Pág. 130

<sup>113</sup> Morales Medina Hernando. Ob. Cit. Pág. 36.

La Corte, en **sentencia C-665 de 1997**<sup>114</sup>, afirmó que:

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

Además que:

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

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

Hechas estas breves consideraciones, a continuación la Sala se ocupará de los conceptos de prescripción y caducidad, debido a la importancia que revisten para la solución del presente asunto.

### **Caducidad y prescripción**

31. El concepto de caducidad ha sido enmarcado por la doctrina dentro de los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido<sup>115</sup>. CALAMANDREI los entendía como *“... las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito.”*<sup>116</sup>

Esta teoría fue desarrollada en extenso con la obra de Oskar VON BÜLOW, titulada *“La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos*

<sup>114</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>115</sup> Vescoví Enrique. Ob. Cit. Pág. 93.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

*procesales*<sup>117</sup>. Para el mencionado autor, la constitución válida de una relación jurídica procesal, está condicionada a la satisfacción de requisitos de admisibilidad y condiciones previas, denominadas presupuestos procesales<sup>118</sup>.

En ese orden de ideas, la caducidad hace parte de aquellos presupuestos procesales relacionados con el derecho de acción, entre los que también se encuentran la capacidad de las partes, la jurisdicción y la competencia. Dicho esto, la caducidad hace referencia al ejercicio de la acción dentro de determinados plazos fijados por la ley, so pena de la imposibilidad de constituirse una relación jurídico-procesal válida<sup>119</sup>.

Este Tribunal ha establecido que la caducidad es:

*“... una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.*

*Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.”*<sup>120</sup>

32. De otra parte, la prescripción es considerada por el profesor Fernando HINESTROSA en un doble sentido:

*“... como medio de adquirir los derechos por su ejercicio durante cierto tiempo, acompañado de otros requisitos establecidos en la ley, lo que con más propiedad y para evitar confusiones, puede designarse con el nombre de “usucapión”, y como modo de extinguirse los derechos por su no ejercicio durante cierto lapso (art. 2535 C.C.), prescripción propiamente dicha o prescripción extintiva.”*<sup>121</sup>

Para la Corte, el fenómeno de la prescripción es:

*“(...) un modo para el surgimiento de derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos.*

<sup>117</sup> Traducción al español de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos aires, EJEA, 1964. Citado en Ovalle Favela Ob. Cit. Pág. 45.

<sup>118</sup> Ovalle Favela, José. Ob. Cit. Pág. 177.

<sup>119</sup> Vescovi Enrique. Ob. Cit. Pág. 95.

<sup>120</sup> Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>121</sup> Hinestrosa Fernando. Tratado de las Obligaciones Concepto estructura vicisitudes. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Págs. 831-832

*No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo.*

*De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento de derechos subjetivos, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica (incapacidad relativa o absoluta, fuerza mayor), que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho.”<sup>122</sup>*

33. Como conclusión, la caducidad es un presupuesto procesal de la acción y hace referencia al ejercicio de ese derecho dentro de los plazos fijados por el Legislador, so pena de impedir el establecimiento de una relación jurídico procesal válida. En cambio, la prescripción hace referencia a un modo para el surgimiento de derechos subjetivos (prescripción adquisitiva o usucapión) o para extinguir obligaciones (prescripción propiamente dicha).

**La competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer demandas de controversias contractuales, antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, con plena observancia de las normas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo**

34. Realizadas las anteriores precisiones en materia de: i) naturaleza jurídica de FONADE; ii) su régimen contractual; y iii) aspectos como jurisdicción, competencia, caducidad y prescripción, considera la Corte necesario, establecer la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de las demandas de controversias contractuales en las que fuera parte el FONADE, antes de entrar en vigencia la Ley 1107 de 2006 y la consecuente aplicación de las normas procesales, contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

35. La Corte Constitucional en **sentencia C-388 de 1996**<sup>123</sup>, estableció el alcance de la unidad de jurisdicción contencioso administrativa en materia de controversias contractuales, así:

*“Actuando en una forma congruente y siendo coherente con la determinación de crear una sola categoría de contratos para el sector público, el legislador también procedió a unificar el juez competente para resolver las controversias derivadas de los mismos, dentro de las cuales se encuentran no sólo las que se presenten en la etapa precontractual y contractual sino también en la postcontractual, competencia que radicó en la jurisdicción contencioso administrativa, como aparece en el artículo 75*

<sup>122</sup> Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>123</sup> M.P. Carlos Gaviria Diaz

*de la ley 80 de 1993, que es objeto de acusación parcial en este proceso.”*  
(negrillas fuera de texto)

36. La interpretación de las disposiciones procesales que determinan la competencia, no está sujeta al régimen sustancial para la celebración de los contratos estatales. Bajo ese entendido, los contratos celebrados por el FONADE, que se rigen por normas de derecho privado, no determinan el régimen procesal. Es decir, las normas sustanciales de derecho privado aplicadas a la celebración de los contratos estatales, no determinan el régimen procesal para solucionar las controversias, originadas en los mismos. Para el Consejo de Estado:

***“... son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”***<sup>124</sup> (Negrillas fuera de texto)

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado reiteró que:

*“... en los casos en que se debate la responsabilidad contractual (...) la jurisprudencia ha venido sosteniendo que el régimen jurídico aplicable no determina la jurisdicción competente.*

*(...) la correspondencia entre el régimen de derecho privado y la competencia de la jurisdicción civil o entre el régimen de derecho público y la competencia de la jurisdicción contenciosa es una concepción superada; esta tesis, con posterioridad, ha sido reiterada por la Sala<sup>125</sup>, pues es la ley la que debe determinar la competencia para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten.”*<sup>126</sup>

En ese mismo sentido, esa misma Corporación había destacado lo siguiente:

*“La circunstancia según la cual la ley 30 de 1992 ha dispuesto que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se registrarán*

<sup>124</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675. Esta posición fue reiterada en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2014, radicado 760012331000200001885-01, expediente 26.765, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra, demandante Gloria Lyda Rengifo Alarcón acción de controversias contractuales.

<sup>125</sup> Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 8 de febrero de 2001, Exp. No. 16661 y Providencia del 7 de octubre de 1999, Exp. No. 12387.

<sup>126</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005, expediente 27673, actor: Rodrigo Villamil Viguez, Demandado Nación Ministerio de Comunicaciones y otros. C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

*por las normas del derecho privado, no significa que el juez del contrato haya dejado de pertenecer a la jurisdicción administrativa para atribuirle esa función a la justicia ordinaria civil.*

*Razonar así sería caer en un entinema en donde en forma mecánica se relacionaría aplicación de normatividad privada a justicia ordinaria, y aplicación de normatividad pública a justicia administrativa; esta apreciación ya superada, tuvo lugar en el pasado cuando apenas se deslindaban los límites entre esas dos jurisdicciones. Hoy es claro que la remisión que hacen las normas públicas contractuales a preceptos del derecho privado no tiene por este solo hecho la capacidad para alterar la naturaleza pública de los negocios que celebren las entidades estatales, sino que es una respuesta a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo, como antes se expuso.*

*En consecuencia, la interpretación acorde con el orden constitucional y legal es aquella que centra su atención en la función administrativa que desarrollan las universidades estatales u oficiales al contratar, para luego deducir que el juez del contrato corresponde a la jurisdicción administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A.”<sup>127</sup>.*

En ese sentido, el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, establecía una cláusula general de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, basada en el factor material u objetivo, en el siguiente sentido:

*“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas, 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”*

Por su parte, el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establecía la especial competencia en materia contractual, de los Tribunales Administrativos en materia contractual, así:

*“Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

*(...)*

*5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de*

---

<sup>127</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 20 de agosto de 1998, Exp. No. 14202. C.P. Juan de Dios Montes.

*quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.”* (lo énfasis agregado)

Esta disposición guarda estrecha relación con el concepto de *unidad de jurisdicción*, en la que el juez administrativo es el juez del contrato estatal<sup>128</sup>. En ese sentido, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, le atribuyó a la jurisdicción contenciosa administrativa el juzgamiento de todas las controversias derivadas de los contratos estatales<sup>129</sup>, de la siguiente manera:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

37. Una interpretación sistemática de estas disposiciones, permite concluir sin equivocación, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, la solución de controversias de contratos estatales, no estaba determinada por el régimen jurídico sustancial aplicado al contrato, que en el caso del FONADE, es el derecho privado, cuando se trata del ejercicio ordinario de su objeto principal, no solo en materia de jurisdicción y competencia, sino también en relación con la aplicación, por parte del juez de conocimiento, de las normas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo. Así las cosas, los conflictos contractuales surgidos a partir de esa circunstancia, debían ser conocidos por el juez contencioso administrativo, bajo estrictos criterios de unidad de jurisdicción y en aplicación del procedimiento judicial propio de esa jurisdicción, contenido en el Decreto 01 de 1984, puesto que no existía norma que habilitara a los jueces administrativos, la aplicación de reglas procesales mixtas, para dirimir las controversias contractuales que fueran de su conocimiento.

38. La Corte es consciente que en el año 2005, se presentó un fuerte debate en relación con la jurisdicción que debía conocer de las controversias suscitadas en materia de servicios públicos domiciliarios. En ese momento, el Consejo de Estado determinó que la actividad de servicios públicos, no implicaba ejercicio de función pública, razón por la cual la aplicación de la cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, contenida en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, debería determinarse en cada caso en concreto, en especial, cuando se trataba de controversias contractuales. En conclusión manifestó que:

*“... en cuanto tiene que ver con la definición de las denominadas “controversias contractuales”, existen normas generales que atribuyen su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, si su origen es un contrato estatal (artículo 75 de la Ley 80 de 1993), y existen casos especiales, como el de los servicios públicos domiciliarios, en los que, en virtud de los artículos 19.15, 31 y 32, entre otros, de la ley 142,*

<sup>128</sup> Benavides José Luís. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Pág. 84.

<sup>129</sup> Ibidem.

*será necesario remitirse a los artículos 16 del C.P.C. y 82 del C.C.A. para establecer si, de acuerdo con lo allí dispuesto, la controversia es de competencia de la mencionada jurisdicción.*”<sup>130</sup>

No obstante lo anterior, considera la Sala que la situación descrita anteriormente, es irrelevante para el presente caso, puesto que en aquel momento, se discutía la naturaleza jurídica de la actividad de servicios públicos frente al ejercicio de función pública, en especial, las actividades relacionadas con las Empresas de Servicios Públicos, calidad completamente ajena a la naturaleza jurídica del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE.

39. En medio de la discusión mencionada anteriormente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, rindió concepto el 19 de junio de 2008<sup>131</sup>, en el que manifestó la posibilidad de que el régimen sustancial de los contratos determinara las disposiciones procesales aplicables a la solución judicial de las controversias contractuales.

Frente a esta argumentación, la Corte se parta por completo de la misma, puesto que no constituye precedente obligatorio<sup>132</sup> y desconoció la sólida y coherente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>133</sup>, que como se ha expuesto anteriormente, determinó que el régimen contractual sustancial aplicable a los contratos estatales, no determina el régimen procesal para la solución de las controversias suscitadas con ocasión de los mismos. Por esta razón, para ese momento, el juez natural de las controversias contractuales en las que fuera parte FONADE, eran de conocimiento de los jueces administrativos, con plena observancia de las normas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

<sup>130</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005, expediente 27673, actor: Rodrigo Villamil Viquez, Demandado Nación Ministerio de Comunicaciones y otros. C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>131</sup> Consejo de Estado, Sala de consulta y Servicio Civil, concepto del 19 de junio de 2008 C.P. Enrique José Arboleda Perdomo y Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Rad. 11001-03-06-000-2007-0094-00 (1865), en el que manifestó que: “*La segunda tesis, parte de la idea de la existencia de un régimen especial diferente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de suerte que si no se aplica este estatuto, no hay razón para aplicar la jurisdicción en él se define, pues es exclusiva de los contratos que en él se regulan.*” (...)

*Para la Sala, la tesis correcta para entender y aplicar la competencia para juzgar los conflictos que pudieren surgir alrededor de los contratos con regímenes especiales que excepcionan la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es la segunda, esto es, que al tener un régimen jurídico especial, diferente al del Estatuto, esa especialidad conlleva también la jurisdicción competente...”*

<sup>132</sup> Artículo 112 Ley 1434 de 2011, ver también sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del 16 de agosto de 2007. Consejera ponente: Ligia López Díaz Radicación: 05001-23-31-000-2000-04108-02(15235), en la que afirmó: “*Sin embargo advierte la Sala que aquella no cumple funciones jurisdiccionales y sus Conceptos, rendidos en virtud de consulta que realiza el Gobierno Nacional no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.*”

<sup>133</sup> Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005, expediente 27673, actor: Rodrigo Villamil Viquez, Demandado Nación Ministerio de Comunicaciones y otros. C.P. Alier E. Hernández Enríquez; Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 20 de agosto de 1998, Exp. No. 14202. C.P. Juan de Dios Montes; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675. Esta posición fue reiterada en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2014, radicado 760012331000200001885-01, expediente 26.765, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra, demandante Gloria Lyda Rengifo Alarcón acción de controversias contractuales, entre otras.

### **Los efectos procesales de la Ley 1107 de 2006. La norma cambió los criterios que definían la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa**

40. La Ley 1107 del 27 de diciembre de 2006, modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo de la época, que a su vez había sido modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, en el siguiente sentido:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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 disposición cambió la cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, en el sentido de establecer el factor orgánico o subjetivo para su determinación. El análisis de la norma, realizada por el Consejo de Estado, implica que:

*“Con este nuevo enfoque, ahora, el criterio que define quien es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el “orgánico”, no el “material”, es decir, ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no.”<sup>134</sup>*

La finalidad de este cambio en los criterios de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, gravitó en torno a:

*“... la necesidad de definir con precisión, quien era el juez de las controversias estatales, teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura venía resolviendo algunos conflictos de competencias de manera ambivalente, y que también el Consejo de Estado había solucionado, aunque con menos recurrencia, algunos problemas de competencia de manera contradictoria.*

*(...) la dificultad se hizo compleja tratándose de entidades prestadoras de SPD, (...) en cuyo caso la jurisprudencia debió resolver estos problemas, pero no siempre lo hizo de manera uniforme, incluso desesperadamente contradictoria...”<sup>135</sup>*

Conforme a lo anteriormente expuesto, con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, se produjo una nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin que con ello se modificaran

<sup>134</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2007. Exp. 30.903. C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

términos de caducidad o de prescripción de las acciones y derechos derivados de las relaciones contractuales. En síntesis, esa jurisdicción conoce de: “... *las controversias y litigios precontractuales y contractuales en lo que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato ni el objeto del mismo.*”<sup>136</sup>

41. Ahora bien, esta norma empezaría a producir efectos jurídico procesales inmediatamente, a partir de su entrada en vigencia el 27 de diciembre de 2006, momento en que se produjo su promulgación en el diario oficial número 46.494 de esa misma fecha, debido a que se trata de normas que tienen carácter de orden público y porque así lo dispuso su artículo 3<sup>o</sup><sup>137</sup>.

De igual manera, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que:

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”*

42. De otra parte, en cuanto a la prescripción, el artículo 41 de la Ley 153 de 1887<sup>138</sup> no puede tenerse como referente interpretativo para analizar los efectos jurídicos de la Ley 1107 de 2006, puesto que la mencionada norma, no modificó aspectos relacionados con términos de caducidad o de prescripción, sólo se limitó a regular aspectos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

43. Hecho el anterior análisis, considera la Corte, que la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, en materia de controversias contractuales en las que es parte el FONADE, fue ratificada por la Ley 1107 de 2006, puesto que, como quedó expuesto, antes de su entrada en vigencia, existía plena claridad sobre el régimen procesal y de competencias para la solución de esos conflictos, para los cuales debía ejercerse la acción de controversias contractuales, en consonancia con el régimen procesal contenido en el Código Contencioso Administrativo.

44. Para concluir se tiene que la Ley 1107 de 2006, solo modificó aspectos de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, al modificar el factor material u objetivo, por el orgánico o subjetivo. Además, no afectó términos de prescripción ni de caducidad, por lo que en consonancia con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, era de aplicación inmediata a partir de su promulgación: el 27 de diciembre de 2006.

---

<sup>136</sup> *Ibíd.*

<sup>137</sup> Artículo 3. La presente ley tiene vigencia a partir de su promulgación.

<sup>138</sup> Establece el artículo que: “*La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, á voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará á contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.*”

En materia de solución de controversias contractuales, la ley sólo ratificó la unidad de jurisdicción contenciosa administrativa, situación que se encontraba clara, en especial, para dirimir los conflictos derivados de la actividad contractual del FONADE.

### Caso concreto

45. Esta acción de tutela interpuesta por FONADE contra la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, censura las providencias judiciales proferidas por esos Despachos, que rechazaron la demanda presentada en ejercicio de la acción de controversias contractuales, radicada por la actora el 24 de marzo de 2010, con fundamento en la operancia de la caducidad de la acción, tras haber transcurrido más de dos años desde la liquidación de los contratos de consultoría e interventoría ocurridas, según los despachos accionados, el 5 y 20 de agosto de 2008, respectivamente<sup>139</sup>.

Considera la actora que sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, fueron vulnerados por los despachos accionados, debido a la indebida interpretación y aplicación de las normas procesales que regulan la caducidad de las acciones contencioso administrativas, cuando las controversias gravitan en torno a contratos regidos por el derecho privado, a los que, presuntamente, se les aplican términos de prescripción civil, que ya habían empezado a correr antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006.

Estas actuaciones, según la entidad accionante, son presuntamente generadoras de vía de hecho por *defecto sustancial* porque: i) desconocieron los artículos 40 y 41 de la ley 153 de 1887; ii) se apartaron de la jurisprudencia del Consejo de Estado; y iii) no se pronunciaron de forma expresa sobre los motivos de la apelación del auto que decretó la caducidad de la acción y el rechazo de la demanda.

Además, consideró que se ha producido *defecto fáctico*, puesto que el juez de instancia, al aplicar la Ley 1107 de 2006, no tuvo en cuenta que los hechos en que se funda la demanda, ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la mencionada norma, acaecida 27 de diciembre de 2006.

46. A continuación la Sala entra a realizar el estudio de este caso concreto. Para tal efecto, verificara en primer lugar la acreditación de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, de superar este análisis, se estudiara la presunta vía de hecho por defecto sustantivo y fáctico.

47. Para la Corte, se cumplen con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, con fundamento en:

---

<sup>139</sup> En ese sentido los términos de caducidad operaron para estos contratos el 5 y el 20 de agosto de 2008 respectivamente.

a. La entidad accionante manifestó, a través de su apoderado, que las Corporaciones judiciales accionadas, mediante las sentencias censuradas, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, cuestiones que evidencian una *indiscutible relevancia constitucional*.

b. *El agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios* por parte de la accionante está acreditado de la siguiente manera: i) la demanda de solución de controversias contractuales, fue presentada por FONADE el 24 de marzo de 2010; ii) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 6 de octubre de 2010, rechazó la demanda por caducidad de la acción<sup>140</sup>; iii) la accionante presentó recurso de apelación contra la providencia judicial mencionada, el 15 de octubre de 2010<sup>141</sup>; iv) el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, con providencia del 30 de noviembre de 2011<sup>142</sup>, resolvió confirmar el auto del 6 de octubre de 2010, que su vez había rechazado la demanda por caducidad de la acción; v) contra esta providencia FONADE solicitó la adición del auto de 30 de noviembre de 2011, con escrito del 12 de diciembre de 2011<sup>143</sup>; y vi) el Consejo de Estado, por auto del 7 de marzo de 2012, negó la adición solicitada por la demandante<sup>144</sup>.

La Corte reitera, que este requisito genérico de procedibilidad, se refiere a los medios ordinarios o extraordinarios que ofrece el proceso judicial en el que se profieren las providencias censuradas en sede de amparo. En efecto, esta Corporación ha manifestado que:

*“a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario<sup>145</sup>, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador<sup>146</sup>, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos<sup>147</sup>, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial<sup>148</sup>.*

*b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de*

<sup>140</sup> Folios 102-103 cuaderno principal.

<sup>141</sup> Folios 104-111 cuaderno principal.

<sup>142</sup> Folios 121-130 cuaderno principal. Este auto fue notificado por estado del 6 de diciembre de 2011.

<sup>143</sup> Folios 131-132 cuaderno principal.

<sup>144</sup> Folios 133-134 cuaderno principal.

<sup>145</sup> Sentencia T-001 de 1999 MP. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>146</sup> Sentencia SU-622 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería.

<sup>147</sup> Sentencia T-116 de 2003 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>148</sup> Sentencias C-543 de 1992, T-329 de 1996, T-567 de 1998, T-511 de 2001, SU-622 de 2001, T-108 de 2003.

*defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción*<sup>149</sup>.

*c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es urgente la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional.*<sup>150</sup>  
(negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, la tutela se dirige a cuestionar dos providencias judiciales proferidas dentro del proceso ordinario de controversias contractuales promovido por FONADE y radicado con el número 2500023260002010001680, del que conoció la jurisdicción contenciosa administrativa, con fundamento en la ley 1107 de 2006 y en aplicación del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 que consagra:

**“ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO.** <Artículo modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> *Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.*”

<sup>149</sup> Sentencia T-440 de 2003 MP. Manuel José Cepeda. La Corte concedió la tutela a una entidad bancaria y algunos usuarios de la misma, por considerar que en el trámite de una acción de grupo la autoridad judicial había desconocido los derechos a la intimidad y al debido proceso, al ordenar la remisión de varios documentos que implicaban la revelación de datos privados confiados a una corporación bancaria. Sobre la procedencia de la tutela la Corte señaló: “(...) En segundo lugar, la Corte también desestima la consideración según la cual existió una omisión procesal por parte de los usuarios del Banco Caja Social. Dichas personas no integraban el pasivo del proceso de acción de grupo (...). Por lo tanto, difícilmente podían los ahora tutelantes controvertir providencias judiciales que no les habían sido notificadas, y que, por demás, habían sido proferidas en el transcurso de un proceso judicial de cuya existencia no estaban enterados.” En sentido similar pueden consultarse las Sentencias T-329 de 1996 MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-567 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-654 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-289 de 2003 MP. Manuel José Cepeda.

<sup>150</sup> Sentencia T-598 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Contra estas decisiones, no pueden formularse recursos distintos a los ordinarios de reposición y apelación, que oportunamente la entidad accionante agotó, por lo que no existen en ese escenario procesal, otros mecanismos procesales, idóneos y eficaces, de protección de sus derechos fundamentales.

Como se evidencia, la accionante agotó todos los recursos ordinarios de que disponía, para censurar la providencia del 6 de octubre de 2010, que rechazó la demanda de controversias contractuales, por caducidad de la acción. Actualmente, la actora no cuenta con recursos extraordinarios, pues se tratan de autos interlocutorios, contra los que solo proceden los recursos de reposición y apelación.

Por estas razones, considera la Sala que para este caso, se supera el requisito de subsidiariedad, en el sentido de haber agotado todos los recursos ordinarios al interior del proceso, con base en los fundamentos expuestos anteriormente.

c. En relación con la *inmediatez*, considera la Sala que este requisito se satisface, puesto que la última decisión proferida en el proceso, por el Consejo de Estado, Sección Tercera y censurada por supuesta vía de hecho, es del 7 de marzo de 2012, notificada por estado del 20 de marzo de 2012<sup>151</sup>. Bajo ese entendido, la acción de tutela fue radicada el 31 de agosto de 2012, cuando habían transcurrido menos de seis meses, a partir de la última actuación judicial, supuestamente generadora de las vulneraciones a los derechos fundamentales de la accionante. Por lo que el tiempo transcurrido, se considera razonable.

d. La accionante *ha identificado razonablemente los hechos que generan la vulneración de los derechos fundamentales*, puesto que sustentó la solicitud de amparo, en la supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, ocasionada por las decisiones judiciales proferidas por los despachos accionados, las que acusó de vía de hecho por defectos sustantivo y fáctico.

e. El presente asunto **no tiene como finalidad la censura de una sentencia de tutela**. Las solicitudes de amparo se dirigen a cuestionar providencias judiciales proferidas dentro de un proceso ordinario de controversias contractuales del que conoció la jurisdicción contenciosa administrativa.

### **Requisitos específicos**

48. Considera la Sala que la solicitud de amparo, no acreditó la existencia de los defectos sustancial y fáctico por las razones que se exponen a continuación:

### **Defecto sustancial**

---

<sup>151</sup> Fol. 135 cuaderno principal.

49. Manifestó la entidad accionante, que los despachos accionados desconocieron “... la garantía establecida en los artículo 40 y 41 de la ley 153 de 1887”<sup>152</sup>, disposiciones que regulan los efectos de las normas procesales en el tiempo. Edificó su censura, bajo el argumento que los hechos de la demanda de controversias contractuales, se habían producido antes de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, momento para el cual era exigible la reclamación judicial de las indemnizaciones derivadas de los incumplimientos contractuales.

Esta situación, generó según FONADE, dos situaciones: i) la vigencia para ese momento de la oportunidad para acudir a la jurisdicción competente con el fin de resolver judicialmente sus conflictos contractuales; debido a que ii) el término para acudir a esa jurisdicción era el de prescripción de 10 años, según lo establecido por el artículo 2536 del Código Civil y no el término de caducidad de dos años, establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Conforme a lo anterior, los despachos accionados, al resolver sobre la admisión de la demanda, presentada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, debieron dar aplicación a los artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887, en sentido de contar el término para acudir a la jurisdicción con base en la prescripción del artículo 2536 del Código Civil y no de caducidad conforme al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, puesto que el primero ya había empezado a correr antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006.

50. Como se ha expuesto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que el régimen de derecho sustancial aplicable a los contratos, no determina el régimen jurídico procesal aplicable a la solución jurisdiccional de los conflictos que se generen. En ese orden, esa Corporación ha reiterado que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, la solución de controversias de contratos estatales, no estaba determinada por el régimen jurídico sustancial aplicado al contrato, que en el caso del FONADE, es el derecho privado, cuando se trata del ejercicio ordinario de su objeto principal, no solo en materia de jurisdicción y competencia, sino también en relación con la aplicación, por parte del juez de conocimiento, de las normas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo. Así las cosas, los conflictos contractuales surgidos a partir de esa circunstancia, debían ser conocidos por el juez contencioso administrativo, bajo estrictos criterios de unidad de jurisdicción y en aplicación del procedimiento judicial propio de esa jurisdicción, contenido en el Decreto 01 de 1984, puesto que no existía norma que habilitara a los jueces administrativos, la aplicación de reglas procesales mixtas, para dirimir las controversias contractuales que fueran de su conocimiento<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Folio 8 cuaderno principal.

<sup>153</sup> Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005, expediente 27673, actor: Rodrigo Villamil Viguez, Demandado Nación Ministerio de Comunicaciones y otros. C.P. Alier E. Hernández Enríquez; Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 20 de agosto de 1998, Exp. No. 14202. C.P. Juan de Dios Montes; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005,

De otra parte, para la Corte, la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, en materia de controversias contractuales en las que es parte el FONADE, fue ratificada por la Ley 1107 de 2006, puesto que, como lo reiteró el Consejo de Estado, antes de su entrada en vigencia, existía plena claridad sobre el régimen procesal y de competencias para la solución de esos conflictos, para los cuales debía ejercerse la acción de controversias contractuales, en consonancia con el régimen procesal contenido en el Código Contencioso Administrativo.

En ese entendido, la Ley 1107 de 2006, sólo modificó aspectos de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, al modificar el factor material u objetivo, por el orgánico o subjetivo. Además, no afectó términos de prescripción ni de caducidad, por lo que en consonancia con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, era de aplicación inmediata a partir de su promulgación: el 27 de diciembre de 2006. En materia de solución de controversias contractuales, la mencionada norma ratificó la unidad de jurisdicción contenciosa administrativa, situación que se encontraba clara, en especial, para dirimir los conflictos derivados de la actividad contractual del FONADE.

Considera la Corte, que en el presente caso, no se configuró vía de hecho en la actuación judicial censurada por defecto sustancial, con base en las siguientes razones:

i) la accionante hizo una equivocada interpretación de su régimen contractual y procesal para la solución de las controversias que se susciten en la celebración de contratos. La Corte, en un ejercicio dialéctico entre las jurisdicciones constitucional y contencioso administrativa, logró establecer la naturaleza jurídica de contrato estatal, de aquellos celebrados por las entidades públicas enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, puesto que la aplicación sustantiva de normas de derecho privado, no desvirtúa su naturaleza pública. En ese orden, si bien los contratos celebrados por el FONADE en ejercicio de sus actividades ordinarias, se encuentran regidos por el derecho privado, tal situación no altera su naturaleza de contrato estatal.

ii) el régimen procesal de solución de controversias contractuales del FONADE, para la época de los hechos y antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, no estaba determinado por la aplicación de normas sustanciales de derecho privado, es decir, sus controversias no eran conocidas por la jurisdicción ordinaria, ni le eran aplicables sus normas procesales.

Por el contrario, la Corte, en esta providencia pudo establecer el concepto de unidad de jurisdicción, en el que el juez administrativo es el juez del contrato estatal, conforme al artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que contenía un criterio material de competencia en relación con el conocimiento de la jurisdicción

---

Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675. Esta posición fue reiterada en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2014, radicado 760012331000200001885-01, expediente 26.765, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra, demandante Gloria Lyda Rengifo Alarcón acción de controversias contractuales, entre otras.

contenciosa administrativa, de las controversias derivadas de los contratos estatales, en armonía con los artículos 82 y 132 del Código Contencioso Administrativo de la época, con base en la aplicación de normas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo, que establecían el perentorio término de dos años para la operancia de la caducidad de la acción.

En consecuencia, en materia de controversias contractuales en las que el FONADE fuera parte, el juez contencioso administrativo siempre fue el competente para conocer de dichos asuntos, en estricta aplicación de las normas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo, razón por la cual, la accionante debió tener en cuenta los términos de caducidad de la acción de controversias contractuales como presupuesto procesal, que establecía un perentorio término de dos años.

iii) la finalidad de la Ley 1107 de 2006, gravitó en torno a la modificación del factor de competencia del criterio material-objetivo al orgánico-subjetivo. Su aplicación era inmediata, a partir del momento de su vigencia, acaecida el 27 de diciembre de 2006, conforme a su artículo 3°.

Esta norma no modificó términos de caducidad ni de prescripción, por lo que la accionante no puede pretender hacer valer un supuesto derecho procesal adquirido, a un determinado término de prescripción de naturaleza civil, toda vez que, como quedó expuesto, no le era aplicable al régimen procesal de solución judicial de las controversias contractuales de FONADE, ya que el juez administrativo era el juez del contrato estatal, en aplicación de las normas procesales que rigen para esa jurisdicción.

51. En conclusión, las providencias: i) del 6 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; ii) del 30 de noviembre de 2011; y iii) del 7 de marzo de 2012, estas últimas proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de acción contractual, radicado 2010-0168, promovido por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE contra los integrantes del Consorcio Diseño Carcelario 2005 y el Consorcio Intercarceles, no violaron la Constitución porque adoptaron una aplicación racional de las normas procesales administrativas, relativas a la caducidad de la acción como presupuesto procesal, como fundamento del rechazo de la demanda

52. Sin embargo, la Corte debe hacer la siguiente precisión en relación con el momento en que debió empezarse a contar el término de caducidad de la acción de dos años. En efecto, consideró el juez de instancia que, si el acta de inicio del contrato de consultoría número 2051457, se firmó el 5 de agosto de 2005 y el plazo de ejecución era de 6 meses, la terminación del mismo fue el 5 de febrero de 2006. En el expediente del proceso no encontró el fallador que el contrato se haya liquidado, razón por la cual las partes contaban para realizar la liquidación del mismo de común acuerdo hasta el 5 de junio de 2006, conforme a la cláusula 21 del contrato<sup>154</sup>. Fracasada la posibilidad de

---

<sup>154</sup> Que establece 4 meses para que las partes de consuno liquiden el contrato de consultoría.

liquidación por la partes, según el fallador, la ley le otorga dos meses a la entidad pública para que realice la liquidación del contrato, término que se extendía hasta el 5 de agosto de 2006<sup>155</sup>. Por tanto, aplicados los dos años de caducidad de la acción de controversias contractuales, el término procesal venció el 5 de agosto de 2008.

Ahora bien, en el contrato de interventoría No. 2051918, consideró el juez de conocimiento, que había operado la caducidad de la siguiente manera: i) el acta de iniciación se firmó el 18 de julio de 2005; ii) el acta de terminación fue suscrita el 20 de febrero de 2006; iii) los 4 meses para la liquidación de mutuo acuerdo vencieron el 20 de junio de 2006; iv) la entidad contaba hasta el 20 de agosto de 2006 para liquidar el contrato; y v) el término de caducidad de dos años, para presentar la acción de controversias contractuales, venció el 20 de agosto de 2008.

La liquidación de los contratos objeto de litigio fue pactada por las partes de mutuo acuerdo, razón por la cual el término de caducidad de la acción, empezó a contarse a partir del vencimiento del plazo acordado por las partes para la liquidación de los contratos, de la siguiente manera: i) contrato de consultoría número 2051457, cuyo plazo para liquidación bilateral venció el 5 de junio de 2006, por lo que tenía hasta el 5 de junio de 2008 para formular la correspondiente demanda de controversias contractuales; y ii) contrato de interventoría número 2051918 con plazo vencido para liquidar de mutuo acuerdo el 20 de junio de 2006, lo que implica que el término de caducidad de la acción de controversias contractuales, venció el 20 de junio de 2008.

Por estas razones, la providencia de segunda instancia del 25 de julio de 2013, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, será confirmada en relación con el defecto sustancial.

### **Defecto por desconocimiento del precedente**

53. Afirmó la entidad accionante que, los despachos judiciales accionados se apartaron del precedente jurisdiccional del Consejo de Estado, fijado en las siguientes providencias: i) auto del 11 de octubre de 2006, expediente número 2001-00993 (30566); y las sentencias ii) del 30 de agosto de 2006, expediente número 15323; iii) del 4 de diciembre de 2006, expediente número 15239; y iv) del 19 de febrero de 2009, expediente 24609, todas proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Las providencias judiciales presentadas, como presuntamente desconocidas, gravitaron en torno a la aplicación de los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1886 y del artículo 2536 del Código Civil.

54. Para la Corte, las decisiones judiciales censuradas en sede de amparo, no constituyen vía de hecho por desconocimiento del precedente, por las siguientes razones:

---

<sup>155</sup> Folios 102 y 103 cuaderno principal.

i) la entidad pública accionante fundamentó su argumentación en una interpretación equivocada del régimen contractual y procesal en materia de contratos estatales y la solución judicial de sus conflictos. En efecto, insistentemente el Fondo, consideró que el régimen sustancial privado que rige esta clase de contratos estatales, determina la aplicación de los términos de la prescripción civil con exclusión de la caducidad de la acción de controversias contractuales de la que conoce el juez administrativo, con ocasión de la vigencia en el tiempo de la Ley 1107 de 2006, interpretación que como se explicó no es correcta.

ii) Con base en esta premisa, el accionante interpretó erróneamente las decisiones judiciales que fueron presuntamente desconocidas por los jueces ordinarios, las que claramente se apartan fáctica y jurídicamente de los supuestos que sustentan la petición de amparo, puesto que en el presente asunto no existe conflicto de normas procesales en el tiempo, razón por la cual son inaplicables las reglas jurisprudenciales contenidas en las providencias presuntamente desconocidas.

En efecto, el auto del 11 de octubre de 2006, citado como uno de los referentes desconocidos por los despachos accionados, difiere por completo del asunto objeto de análisis, en los siguientes aspectos: i) se trata de una acción ejecutiva; y ii) existió un verdadero conflicto de normas procesales en el tiempo, producto de la falta de regulación de los términos de caducidad de la acción ejecutiva, antes de la vigencia de la Ley 446 de 1998.

De otra parte, la sentencia del 30 de agosto de 2006<sup>156</sup>, que fue expuesta por la entidad pública accionante como presuntamente desconocida por los jueces administrativos, es ajena al caso concreto, por las siguientes razones: i) el objeto del litigio gravitó en torno a un contrato de promesa de compraventa incumplido por la entidad pública; ii) los hechos que determinaron el inicio del cómputo de la caducidad de la acción de controversias contractuales, se iniciaron en vigencia del artículo 23 del Decreto-Ley 2304 de 1.989, que modificó el artículo 136 del Decreto 01 de 1.984 y establecía un término de 2 años; y iii) el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, vigente desde el 1º de enero de 1994, estableció un término de prescripción de 20 años para el ejercicio de acciones civiles determinadas en esa norma. Como puede observarse, se trató de un auténtico conflicto de normas procesales en materia de términos de caducidad y prescripción, que trajo como consecuencia, la aplicación de los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887, situación ajena al caso objeto de estudio.

La sentencia del 4 de diciembre de 2006<sup>157</sup>, expediente 15239, según FONADE, también fue desconocida por los despachos judiciales accionados. Sin embargo, para la Sala, este pronunciamiento tampoco constituía para el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca precedente

---

<sup>156</sup> C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>157</sup> C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

judicial, puesto que el problema jurídico que tuvo que resolver el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, gravitó en torno a determinar:

*“... cuál es el término de caducidad aplicable ante la entra en vigencia de una nueva regulación cuando la misma sobreviene, por ejemplo, a la celebración del correspondiente contrato, a su terminación o al cumplimiento del mismo.”*

Como se observa, nuevamente el debate litigioso tuvo como eje central el tránsito de normas procesales, que modificaron aspectos relacionados con la caducidad de la acción contractual. La solución que adoptó en su momento el Consejo de Estado para dar respuesta al problema jurídico planteado fue la siguiente:

*“... concluye la Sala que en los casos en que se configure el tránsito de legislación respecto de la regulación de términos de caducidad, salvo disposición legal expresa en sentido contrario, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 el cual consagra y ordena, como regla general, la aplicación inmediata de las disposiciones de orden procesal (...) con excepción de dos (2) hipótesis fácticas diferentes entres si, respecto de las cuales la misma ley determina la aplicación de las normas anteriores, esto es: i) los términos que hubieren empezado a correr, y ii) las actuaciones y diligencias que estuvieren iniciadas.”*

El caso objeto de estudio por esta Corporación, no se encuentra en ninguno de estos supuestos excepcionales, puesto que, se insiste, la Ley 1107 de 2006 no modificó los términos de caducidad o prescripción de la acción de controversias contractuales, razón por la cual, esta providencia no constituía precedente para los jueces administrativos que analizaron el problema jurídico en las respectivas instancias.

Por último, el defecto que se analiza, tuvo como supuesto referente jurisprudencial, la sentencia del 19 de febrero de 2009<sup>158</sup>, expediente 24609, providencia que no constituía precedente obligatorio para el presente caso, por los motivos que a continuación se exponen: i) la sentencia fue proferida en un proceso ejecutivo contractual; y ii) se trató de un auténtico conflicto de normas procesales en el tiempo que regulan materias de caducidad y prescripción, contenidas en el numeral 11 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 2536 del Código Civil.

Comparte la Sala los argumentos expuestos en la sentencia del 25 de julio 2013, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentido de que en efecto se trata de:

*“... varias sentencias en las que se aplicó el artículo 40 de la Ley 53 de 1887 para definir conflictos de vigencia de las leyes en el tiempo*

---

<sup>158</sup> C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*relacionados con la aplicación de normas sobre caducidad. (...) [sin embargo] Frente al caso planteado por el accionante se tiene que no existe conflicto de leyes en el tiempo, pues los términos de las acciones no han sido modificados, lo que en realidad sucedió con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006 fue un cambio en cuanto a las competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que no hay necesidad de la aplicación de la regla de interpretación que el actor echa de menos sino que debe acudir directamente a la norma vigente.”<sup>159</sup>*

55. Por estas razones, considera la Sala Plena, que las actuaciones judiciales censuradas, no revisten vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial, por el contrario fueron proferidas con base en las normas procesales vigentes y los fundamentos facticos y probatorio aportados por la demandante, además fueron respetuosas de la jurisprudencia sólida y consolidada construida por el Consejo de Estado en torno al concepto, la unidad de jurisdicción y el conocimiento del juez administrativo de los conflictos derivados de los contratos estatales.

### **Defecto fáctico**

56. Para la entidad accionante, este defecto se edificó sobre las actuaciones de los despachos judiciales, que pretermitieron o le dieron un valor apartado de los “*cauces racionales*” a las pruebas que daban cuenta que los hechos generadores del incumplimiento contractual de los Consorcios, ocurrieron antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, es decir, antes del 27 de diciembre de 2006. Además de lo anterior, la accionante manifestó la necesidad de preservar el patrimonio público, en la suma de \$9.000.000.000.00, que presuntamente no podrán ser recuperados, con ocasión del rechazo de la demanda.

57. Considera la Corte, que en este caso no se configuró el defecto fáctico acusado, puesto que nuevamente la entidad pública accionante sustentó sus argumentos en la equivocada premisa de que sus relaciones jurídico-procesales están regidas por el derecho privado, debido a que los contratos estatales que celebra se rigen en lo sustancial por normas diferentes a las contenidas en la Ley 80 de 1998.

Los jueces ordinarios, que conocieron la demanda de controversias contractuales, profirieron las providencias censuradas en sede de amparo, con excepción de la salvedad en materia del inicio del cómputo de los términos de caducidad, con pleno apego y respeto por el material probatorio aportado por la entidad demandante, tanto en primera como en segunda instancia.

De otra parte, todos los argumentos que sustentaron el recurso de apelación fueron resueltos por la Sección Tercera del Consejo de Estado y se evidencia que la finalidad de la tutela gravita en torno al inconformismo de la

---

<sup>159</sup> Folio 273v cuaderno principal.

accionante, con las decisiones adoptadas, mas no, en la real existencia de defectos que generen vía de hecho, en las decisiones judiciales censuradas.

58. Ahora bien, en relación con el posible detrimento patrimonial, considera la Corte que en este caso concreto, no se evidencia la afectación de derechos fundamentales de la entidad pública y esta no es la instancia judicial competente, para resolver conflictos de naturaleza meramente económica. De hecho, el detrimento patrimonial sería atribuible no a las decisiones judiciales que resolvieron el asunto con fundamento en las normas aplicables al caso, sino a la desidia y la negligencia de los funcionarios públicos de esa entidad que no iniciaron el proceso contencioso dentro del término previsto por la ley para el efecto.

Por lo tanto, ante la gravedad de la situación fiscal descrita en la acción de tutela, la Sala compulsará copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la Nación, para que dentro del marco de sus competencias, establezcan la posible existencia de faltas o conductas delictivas, en el uso de los mencionados recursos públicos.

59. Conforme a lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará la sentencia de segunda instancia del 25 de julio de 2013, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela promovida por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negaron la solicitud de amparo formulada por la entidad pública accionante.

## **Conclusiones**

La Sala ha dado respuesta a los problemas jurídicos formulados de la siguiente manera:

60. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, se encuentra vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera.

61. Los contratos que celebra en desarrollo de su actividad tienen naturaleza estatal, pero se rigen en lo sustancial por el derecho privado. Sin embargo, esta situación no determina el régimen jurídico-procesal aplicable a la solución de sus controversias contractuales, puesto que, estos conflictos eran conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, antes de la vigencia de la Ley 1107 de 2006, que tuvo como finalidad la modificación de factores de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, más no términos de prescripción o de caducidad.

62. En el caso concreto, la argumentación de FONADE partió de un supuesto equivocado, al considerar que a su demanda de solución de controversias

contractuales, le eran aplicables reglas jurídico-procesales de la jurisdicción ordinaria privada, en especial términos de prescripción contenidos en el artículo 2536 del Código Civil, sin que estuviera regida por los términos de caducidad contenidos en la jurisdicción contenciosa administrativa.

63. No se acreditó defecto sustantivo puesto que: i) los contratos celebrados por la actora tienen carácter de públicos; ii) el régimen procesal de solución de controversias de FONADE no estaba determinado por la aplicación de normas sustanciales de derecho privado, por lo que sus controversias eran conocidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, con plena observancia de las normas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo; y iii) la Ley 1107 de 2006 no modificó términos de caducidad o prescripción, su objeto fue reestructurar los criterios de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

64. En el presente caso no procedía la liquidación unilateral de los contratos, puesto que tal facultad es exorbitante y desconoce la excepción contenida en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

65. Tampoco se acreditó la existencia de defecto por desconocimiento del precedente, puesto que las providencias judiciales invocadas como presuntamente desconocidas, no guardaban identidad fáctica y jurídica con el caso concreto.

66. Por último, la accionante no acreditó la existencia de defecto fáctico, toda vez que, las providencias judiciales censuradas, fueron proferidas con pleno apego y respeto por el material probatorio aportado por la entidad demandante, sin que fueran objeto de apreciaciones irracionales o arbitrarias.

## **Decisión**

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

## **RESUELVE**

**Primero: LEVANTAR** los términos suspendidos en el presente proceso.

**Segundo: CONFIRMAR** la sentencia de segunda instancia del 25 de julio de 2013, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela promovida por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo–FONADE contra el Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó el amparo del derecho fundamental al debido proceso.

**Tercero: COMPULSAR** copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Fiscalía General de la

Nación, para que, dentro de sus competencias, adelanten las correspondientes investigaciones en la celebración y ejecución de los contratos estatales números 2051457 del 15 de junio de 2005 y 2051918 del 5 de julio de 2005, suscritos entre FONADE y el Consorcio Diseños Carcelarios 2005 y el Consorcio Intercarceles, respectivamente.

**Cuarto:** Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

*Ausente*

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA  
Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS  
Secretario General (E)