

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE – Naturaleza jurídica y objeto

FONADE, como persona jurídica pública, fue creado por el Gobierno Nacional mediante el decreto 3068 de 1968, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por la ley 65 de 1967, como un establecimiento público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con autonomía administrativa y patrimonio propio, y cuya función era financiar a entidades de derecho público o privado los estudios mencionados en el artículo 1º del citado decreto. Luego se reestructuró mediante el decreto 2168 de 1992, expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, pasando a ser una “Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo”. Posteriormente las disposiciones de este decreto fueron incorporadas en la Parte Décima, Capítulo XII, artículos 286 a 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), expedido por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 663 de 1993. Más adelante el decreto 288 de 2004 modificó la estructura de FONADE, pero conservó su denominación y su naturaleza como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero. (...) FONADE es una “institución financiera”, pues, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 2168 de 1992, recogido en el artículo 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, FONADE estaba sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cuyas funciones actualmente corresponden a la Superintendencia Financiera. Esta definición de “institución financiera” no pugna con lo dispuesto en el E.O.S.F. ni en ninguna otra disposición posterior, ya que en tales normas no se encuentra una definición distinta del mismo término. Por el contrario, dicha legislación confirma que FONADE es una institución o entidad financiera de propiedad estatal.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3068 DE 1968 / DECRETO 2168 DE 1992 / DECRETO 288 DE 2004 / LEY 45 DE 1990 – ARTICULO 90

CONTRATOS CELEBRADOS POR EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE – Régimen jurídico aplicable

Al ser FONADE una entidad financiera de carácter estatal, los contratos que celebraba dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto no estaban sometidos a la ley 80 de 1993 y se regían por las disposiciones que les fueran aplicables (E.O.S.F. y demás normas financieras, Código de Comercio, Código Civil, entre otras). Por el contrario, los contratos que no correspondían al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, estaban sujetos íntegramente a la ley 80 de 1993, norma que, como es sabido, remite parcialmente al derecho privado, especialmente en lo relacionado con el objeto de los contratos (artículos 32 y 40). (...) La ley 1150 de 2007, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, introdujo a la ley 80 de 1993 una reforma integral, aunque no total. En este sentido, el artículo 15 de dicha ley modificó el párrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993. (...) Resalta la Sala que, a diferencia de la norma original, que se refería a los contratos “que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”, la nueva redacción no incluyó tal condicionamiento, por lo cual debe concluirse que, desde la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, todos los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las aseguradoras y las demás entidades financieras de carácter estatal quedaron excluidos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. No

obstante, la misma ley 1150 de 2007 introdujo una regla especial para FONADE, en el artículo 26. (...) Desde el 16 de enero de 2008, fecha de entrada en vigencia del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, todos los contratos que celebre FONADE, sin excepción, quedaron sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (...) encuentra la Sala que la derogatoria del artículo 26 de la ley 1150 de 2007, que trata de la contratación estatal, dispuesta en el artículo 276 de la ley 1450 de 2011, que versa sobre el Plan Nacional de Desarrollo, resulta contraria al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, y que en un caso similar la Corte Constitucional, en la sentencia C-331 de 2012, declaró inexecutable la derogatoria del párrafo segundo del artículo 12 y del artículo 30 de la ley 1382 de 2010, efectuada por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 26 / LEY 1450 DE 2011 / LEY 1450 DE 2011 – ARTICULO 276

CONTRATOS CELEBRADOS POR FONADE CON PARTICULARES – Régimen jurídico aplicable

Los contratos que FONADE celebre con particulares, incluidas las sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 50%, no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya que siendo FONADE una entidad o institución financiera estatal, tales negocios jurídicos están cubiertos por lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 1150 de 2007, que modificó el párrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, antes citados. En efecto, a diferencia de la norma original de la ley 80 de 1993, que exceptuaba solamente los contratos de dichas entidades que correspondieran al “giro ordinario de las actividades propias de su objeto”, la modificación introducida mediante la ley 1150 de 2007 excluyó la totalidad de los contratos celebrados por esas entidades, de tal manera que actualmente se encuentran por fuera del campo de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública todos los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras estatales con particulares. Esta regla se extiende, incluso, a aquellos contratos que eventualmente no formen parte del giro ordinario de las actividades propias de su objeto. (...) En consecuencia, aunque a los contratos que celebren las entidades financieras públicas con particulares no se les aplica la ley 80, estas deberán respetar y aplicar en su actividad contractual: i) los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, ii) los principios de la gestión fiscal consagrados en el artículo 267 de la Carta, cuando realicen actividades que impliquen gestión fiscal, y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Finalmente, conviene señalar que en esta clase de contratos no resulta jurídicamente viable pactar cláusulas exorbitantes o excepcionales, pues éstas, como su nombre lo indica, son ajenas al derecho común o privado, en el que las partes contratantes se presumen jurídicamente colocadas en condiciones de igualdad.

CONTRATOS CELEBRADOS POR FONADE CON ENTIDADES PÚBLICAS EXCLUIDAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 80 DE 1993 – Régimen jurídico aplicable

Los contratos celebrados por FONADE con otras entidades que, a pesar de ser públicas, también están excluidas expresamente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentran exceptuados, así mismo, de dicho régimen, en iguales condiciones a las señaladas en el literal precedente.

Tal sería el caso, por ejemplo, de los contratos que celebre FONADE con otras instituciones financieras estatales o con empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%, sus filiales, o sociedades entre entidades públicas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados. Esta conclusión resulta obvia, pues si ninguna de las entidades que son parte en un contrato está sometida a la ley 80 de 1993, mal podría aplicarse dicho Estatuto al respectivo contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, como ya se indicó. Ahora bien, en este caso tampoco es posible convenir o incluir cláusulas exorbitantes en los respectivos contratos, por las mismas razones explicadas en el literal anterior.

CONTRATOS CELEBRADOS POR FONADE CON ENTIDADES ESTATALES – Régimen jurídico aplicable / CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS CELEBRADOS POR FONADE

Los contratos que FONADE suscriba con otras entidades públicas, sujetas a la ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, son contratos estatales que corresponden a la categoría de los “contratos interadministrativos” y por tanto están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello es así porque, si bien a FONADE no se le aplica en principio la ley 80 de 1993 en los contratos que celebra, a la otra entidad estatal sí se le aplica y está, por ende, obligada a cumplir con sus disposiciones. Esta apreciación resulta confirmada por lo dispuesto en la ley 1150, modificada por la ley 1474 de 2011, en cuanto incluye la celebración de los contratos interadministrativos como uno de los casos en los que las entidades públicas pueden acudir a la “contratación directa”, y especialmente por lo previsto en el artículo 2º, numeral 4º, literal c), inciso segundo, primera parte de la ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 95 de la ley 1474 de 2011

FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 – ARTICULO 95

CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – Regulación. No pueden incluir cláusulas exorbitantes o excepcionales

Si la entidad pública ejecutora no estuviera en competencia con el sector privado, o la ejecución del convenio interadministrativo no tuviere, por alguna razón, relación directa con las actividades propias de su objeto, los contratos derivados o los “subcontratos” que celebre para ejecutar las obligaciones contraídas en virtud del convenio interadministrativo, estarían sometidos al régimen de la ley 80 de 1993. En todo caso, se resalta que, en la hipótesis analizada, el contrato interadministrativo, en sí mismo, en cuanto a su celebración, ejecución, terminación y liquidación, está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta, obviamente, las particularidades que dicho régimen consagra para los contratos interadministrativos, y considerando que, según el artículo 40 de la ley 80, el objeto o “contenido” de los contratos estatales es el que, “de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”, así como a “las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes...”, conforme al principio de la autonomía de la voluntad. Justamente una de las particularidades de los contratos interadministrativos, en relación con los demás contratos estatales, radica en que no pueden incluir las denominadas “cláusulas exorbitantes o excepcionales” por expresa disposición del párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993. Esta restricción obedece, principalmente, a que las dos entidades públicas contratantes

se entienden dispuestas en un plano de igualdad, circunstancia que les impide imponer o ejercer frente a la otra potestades excepcionales o unilaterales. Por ello, técnicamente hablando, en esta clase de contratos no hay “contratantes” y “contratistas”, como habitualmente se califica a las partes en los contratos estatales, sino que las dos entidades públicas son contratantes o contrayentes.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 14

CONFLICTOS CONTRACTUALES EN QUE FONADE SEA PARTE – Jurisdicción competente

Paralelamente a los cambios que, en las dos últimas décadas, ha tenido el régimen jurídico sustancial aplicable a los contratos celebrados por FONADE, se han visto modificados también los criterios para establecer la jurisdicción competente para conocer y resolver los conflictos en los que sea parte dicha Entidad, originados en su actividad contractual. Ello se debe no sólo a los cambios en su régimen contractual, sino también a la evolución de la jurisprudencia en esta materia y a las modificaciones normativas que se han presentado en relación con el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Objeto

La ley 1437 de 2011 se fijó como propósito, en esta materia, establecer una regla general que permitiera determinar con claridad el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para lo cual optó por combinar el criterio orgánico (referido a la naturaleza de las personas o entidades involucradas: entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones administrativas) con el criterio material, definido, en este caso, como la sujeción al derecho administrativo de los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones respectivos. Sabiendo que, cualesquiera fuesen los criterios generales que se adoptaran, no serían suficientes para evitar los conflictos de competencia que con cierta frecuencia se presentan entre la Jurisdicción Contencioso Administrativa y otras Jurisdicciones, desde un punto de vista pragmático se decidió complementar dichos criterios con la enumeración de varios asuntos específicos que debían ser del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (segunda parte del artículo 104), y con varias excepciones (artículo 105), esto es, situaciones que, a pesar de encajar, en principio, dentro de los criterios generales o dentro de alguno de los casos especiales, no deberían ser competencia de esta Jurisdicción, por diversas razones. Así, de conformidad con la parte inicial del artículo 104 del CPACA, los litigios originados en la celebración de contratos por parte de cualquier entidad pública o de un particular cumpliendo funciones administrativas, están sometidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre que estén regulados por el derecho administrativo. No obstante, el numeral 2º de la misma disposición (norma especial) advierte que serán del conocimiento de dicha Jurisdicción los conflictos relativos a los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, cualquiera que sea su régimen. 3. A pesar de esta última regla especial, el artículo 105 del Código consagra una excepción, consistente en que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no conocerá de las controversias relacionadas con aquellos contratos en los que sea parte una entidad pública que tenga el carácter de institución financiera, aseguradora, intermediario de seguros o intermediario de valores vigilado por la Superintendencia Financiera, y que se refieran al “giro ordinario” de sus negocios. Puesto que FONADE es una institución financiera de carácter público vigilada por la Superintendencia Financiera, resulta claro que los litigios originados en los contratos que FONADE celebre y que correspondan al

giro ordinario de sus negocios, no están sometidos al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino al de la Jurisdicción Ordinaria. (...) Los únicos contratos que no estarían incluidos dentro del “giro ordinario de sus negocios” y que, por lo tanto, son del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, serían aquellos que llegare a celebrar FONADE, dentro de su objeto secundario o complementario, en forma extraordinaria o esporádica, como la adquisición de una nueva sede principal, el cambio integral de su plataforma tecnológica, una consultoría especial (por ejemplo, para una eventual reestructuración interna o “reingeniería”), el cambio general de sus marcas y demás signos distintivos, entre otros. Obviamente, tampoco forman parte del “giro ordinario de sus negocios” aquellos contratos que FONADE llegare a celebrar por fuera de su objeto. Sin embargo, no parece necesario profundizar en este punto, porque tales contratos no podrían ser celebrados válidamente por FONADE y, de llegar a hacerlo, estarían viciados de nulidad, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a las personas involucradas en los mismos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 104 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 105

OBJETO SOCIAL – Concepto / GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS – Concepto / FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE – Giro ordinario de sus negocios

La Sala puntualiza los siguientes aspectos: El objeto de una sociedad, y en general de cualquier persona jurídica, está conformado por el denominado “objeto principal” y el llamado “objeto secundario, complementario o subsidiario”. El primero comprende las actividades y los actos expresamente previstos en el acto de constitución de la persona jurídica (estatutos, en el caso de las sociedades; ley, en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, o acto de creación, en general). El segundo incluye dos grupos de actos jurídicos: i) Aquellos que, sin estar mencionados expresamente, guardan una relación o conexidad directa con el objeto principal, como por ejemplo, el otorgamiento de una garantía necesaria para realizar una operación prevista en el objeto principal; ii) todos los demás que resulten necesarios para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que implica la existencia y el funcionamiento de la persona jurídica, tales como el pago de impuestos, la contratación de personal, la adquisición de insumos o de activos fijos (muebles e inmuebles) etc. Cualquier acto que no esté comprendido dentro del objeto, ya sea principal o secundario, no puede ser realizado válidamente por la persona jurídica, pues excede su capacidad legal. Por lo tanto, de llegar a celebrar un acto de esta clase, el mismo estaría viciado de nulidad y, en esa medida, no obligaría válidamente a la entidad. Todos los actos (incluyendo los contratos) que una persona jurídica celebra “dentro del giro ordinario de sus negocios” deben estar comprendidos en su objeto (principal o accesorio), pero existen algunos actos que las personas jurídicas pueden celebrar válidamente, por estar incluidos dentro de su objeto, que no corresponden, sin embargo, al “giro ordinario de sus negocios”, por tratarse de actos u operaciones que se realizan de forma extraordinaria o esporádica. De los criterios expuestos se desprende que, en el caso específico de FONADE, los siguientes contratos forman parte del “giro ordinario” de sus negocios: a. Todos aquellos que celebra para realizar las actividades y cumplir las funciones que la ley y las demás normas con fuerza de ley le asignan expresamente, ya sea que correspondan a actividades típicamente financieras o no (objeto principal). b. Todos los que celebre en conexión o en relación directa con dichos negocios (objeto secundario, actos conexos). Ejemplo de dichos contratos podría ser los que suscribe FONADE para cumplir o ejecutar las obligaciones que asume frente

a otras entidades públicas, en desarrollo de los contratos de gerencia integral de proyectos, de gerencia de recursos, y de los otros contratos interadministrativos que celebra en ejercicio de sus funciones. c. Todos aquellos que resultan necesarios para la existencia de FONADE y su funcionamiento normal como empresa industrial y comercial del Estado (objeto secundario), siempre que sean habituales u ordinarios, como la contratación de personal, el mantenimiento de sus sedes y vehículos, el licenciamiento de software, la contratación de servicios de aseo o vigilancia, la asesoría jurídica, administrativa, contable o técnica ordinaria, la adquisición de computadores, muebles de oficina, papelería, etc. Por consiguiente, todos los contratos indicados en los numerales anteriores están comprendidos dentro de la excepción prevista en el artículo 105, numeral 1º de la ley 1437 de 2011 y, en consecuencia, se encuentran por fuera de la órbita de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De esta forma, los únicos contratos que no estarían incluidos dentro del “giro ordinario de sus negocios” y que, por lo tanto, son del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, serían aquellos que llegare a celebrar FONADE, dentro de su objeto secundario o complementario, en forma extraordinaria o esporádica, como la adquisición de una nueva sede principal, el cambio integral de su plataforma tecnológica, una consultoría especial (por ejemplo, para una eventual reestructuración interna o “reingeniería”), el cambio general de sus marcas y demás signos distintivos, entre otros. Obviamente, tampoco forman parte del “giro ordinario de sus negocios” aquellos contratos que FONADE llegare a celebrar por fuera de su objeto. Sin embargo, no parece necesario profundizar en este punto, porque tales contratos no podrían ser celebrados válidamente por FONADE y, de llegar a hacerlo, estarían viciados de nulidad, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a las personas involucradas en los mismos.

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE – Improcedencia de inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebre con particulares o con otras entidades públicas

La Sala considera que FONADE no puede incluir o pactar cláusulas exorbitantes en los contratos que celebre con particulares o con otras entidades públicas (sean éstas de las sujetas al régimen de la ley 80 de 1993 o no), pues en ninguno de dichos casos FONADE se entiende colocado, desde el punto de vista jurídico, en una situación de superioridad o preeminencia frente a su contraparte. Adicionalmente, en ninguno de los eventos descritos los regímenes jurídicos a los cuales estarían sometidos los respectivos contratos, esto es, el derecho privado, en el caso de los contratos celebrados por FONADE con particulares o con otras entidades públicas excluidas de la aplicación de la ley 80 de 1993, o bien el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el caso de los contratos interadministrativos suscritos por FONADE con entidades públicas sujetas a la citada ley, permiten la estipulación de cláusulas exorbitantes a favor de ninguna de las partes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA (E)

Bogotá, D.C., nueve (09) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00002-00(2135)

Actor: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

El Director General del Departamento Nacional de Planeación consulta a la Sala sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE, así como sobre la jurisdicción que sería competente para conocer de las controversias contractuales en las que sea parte, a la luz del Estatuto General de Contratación Estatal y de lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

I. ANTECEDENTES

1. La consulta describe la naturaleza jurídica y el objeto de FONADE, y manifiesta que dicha entidad, a lo largo de su historia, ha estado sometida a diferentes regímenes jurídicos en materia de contratación.

2. Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, antes de que fuera modificado por la ley 1150 de 2007, los contratos que celebraba FONADE, en su condición de entidad financiera de carácter estatal, dentro del giro ordinario de sus negocios, no se regían por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (ley 80 de 1993 y sus normas complementarias y reglamentarias), sino por las disposiciones del derecho privado.

3. Posteriormente, el artículo 26 de la ley 1150 de 2007, mediante la cual se reformó la ley 80 de 1993, estableció que *“... Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”*.

4. Dicha disposición fue derogada expresamente por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, con lo cual, en criterio del consultante, el régimen de contratación aplicable a FONADE volvió a ser el mismo que tenía antes de la ley 1150 de 2007, es decir, el de derecho privado.

5. Finalmente, se comenta en la consulta que el artículo 105, numeral 1º del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), ley 1437 de 2011, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conoce de las *“controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos”*.

6. Con base en dicho recuento, el Director del Departamento Nacional de Planeación concluye que, en principio, los contratos celebrados por FONADE, como entidad financiera del Estado, cabrían en la excepción consagrada en el artículo 105, numeral 1º del CPACA, razón por la cual, de los conflictos que surjan en relación con los mismos no conocería la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sino la Justicia Ordinaria. Sin embargo, manifiesta que esta solución no resulta del todo clara, habida consideración de las siguientes particularidades:

a. Aunque FONADE es una entidad financiera del Estado, es una institución de carácter especial, sometida a una regulación igualmente especial, dado que no realiza solamente operaciones financieras sino que, dentro del giro ordinario de sus negocios, celebra otra clase de contratos y realiza otro tipo de operaciones, incluyendo convenios interadministrativos para la gerencia integral de proyectos, así como los que se requieren para el cumplimiento de dichos convenios, tales como contratos de obra pública, de consultoría, de compraventa etc.

b. Durante el lapso comprendido entre las leyes 1150 de 2007 y 1450 de 2011, FONADE celebró contratos sometidos íntegramente a la ley 80 de 1993 y sus modificaciones, en los cuales incluyó cláusulas exorbitantes propias de la contratación administrativa, como la de caducidad y las de interpretación, modificación y terminación unilaterales. Algunos de dichos contratos se encuentran vigentes y podrían generar debates judiciales.

c. La mayoría de los conflictos a los que podrían dar lugar los contratos suscritos por FONADE no son, en consecuencia, típicos negocios financieros, sino contratos de diversa índole celebrados por el Fondo para ejecutar los convenios interadministrativos que suscribe con diferentes entidades públicas, y así cumplir su misión como agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo.

Los anteriores planteamientos conducen a las siguientes

PREGUNTAS:

*“1) ¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – **FONADE**, diferentes a las derivadas de las actividades financieras que realice la Entidad, ya sea que actúe como demandante o como demandado, en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto 288 de 2004?*

*2) ¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – **FONADE**, en las que estén involucradas la celebración, ejecución, terminación y liquidación de convenios interadministrativos que celebre esta Entidad con otras Entidades Estatales que tengan o no el carácter de financieras?*

3) ¿Cuáles son los términos de caducidad o de prescripción de las acciones judiciales, para el caso de acudir a la Jurisdicción Ordinaria?

4) ¿FONADE puede pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos que celebre con particulares, sean en cumplimiento de actividades financieras o como agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo?

II. CONSIDERACIONES

Para responder los interrogantes formulados, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) La naturaleza jurídica y el objeto de FONADE; ii) el régimen jurídico aplicable a sus contratos; iii) la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales en las que sea parte, y iv) los términos de prescripción y caducidad de las acciones.

A. La naturaleza jurídica y el objeto de FONADE

1. FONADE, como persona jurídica pública¹, fue creado por el Gobierno Nacional mediante el decreto 3068 de 1968, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por la ley 65 de 1967, como un establecimiento público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con autonomía administrativa y patrimonio propio, y cuya función era financiar a entidades de derecho público o privado los estudios mencionados en el artículo 1º del citado decreto.

Luego se reestructuró mediante el decreto 2168 de 1992, expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones otorgadas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, pasando a ser una “*Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo*”².

Posteriormente las disposiciones de este decreto fueron incorporadas en la Parte Décima³, Capítulo XII, artículos 286 a 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), expedido por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 663 de 1993.

Más adelante el decreto 288 de 2004 modificó la estructura de FONADE, pero conservó su denominación y su naturaleza como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero.

En relación con su objeto, el artículo 2º del decreto 288 de 2004 estableció que FONADE “*tiene por objeto principal ser 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*”.⁴

¹ Aunque FONADE ya existía previamente, no era una entidad pública, sino una cuenta creada por el Departamento Nacional de Planeación, con base en la autorización otorgada por el decreto 2080 de 1967, como lo manifestó la Sala en el concepto N° 1773 del 4 de octubre de 2006.

² Artículo 1º del decreto 2168 de 1992.

³ “*Entidades con regímenes especiales*”.

⁴ Con esta norma se amplió el objeto de FONADE, ya que el artículo 2º del decreto 2168 de 1992 solamente se refería a “*la financiación y administración de estudios, y la coordinación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo*”.

En desarrollo de este objeto, el artículo 3º del decreto 288 de 2004 dispuso que FONADE podría realizar las siguientes actividades específicas:

- Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.
- Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.
- Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.
- Realizar operaciones de crédito externo o interno.
- Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos de garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos.
- Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.
- Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades líquidas asignadas a la entidad.
- Vender o negociar su cartera o efectuar titularización pasiva de la misma.
- Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.
- Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión.
- Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo.
- Realizar inversiones de portafolio con los recursos que reciba en desarrollo de su objeto social.
- Manejar las cuentas en moneda nacional o extranjera que requiera para su operación o para el desarrollo de los proyectos que ejecute o administre, y
- Las demás que le sean asignadas⁵.

2. Ahora bien, lo indicado en el artículo 1º del decreto 288 de 2004 y en el artículo 286, numeral 1º del E.O.S.F., en el sentido de que FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado “*de carácter financiero*”, así como el hecho de que se encuentra facultada para realizar algunas actividades y operaciones financieras, podrían ser argumentos insuficientes para concluir que dicho Fondo tiene la calidad de “entidad financiera” o “institución financiera”. Por ello, la Sala estima necesario extenderse en el análisis que le permita establecer si FONADE puede o no ser calificado como una **entidad o institución financiera** a la luz de las disposiciones vigentes.

En primer lugar, la revisión de la legislación vigente en materia financiera, en especial el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el decreto 2555 de 2010 y algunas resoluciones y circulares expedidas por la extinta Superintendencia Bancaria y la actual Superintendencia Financiera de Colombia, evidencia que no existe una distinción, a nivel normativo, entre las expresiones “entidad financiera” e “institución financiera”, dado que dichos términos son utilizados indistintamente para denominar a la misma clase de personas jurídicas, públicas o privadas, autorizadas legalmente para realizar actividades financieras, aseguradoras y otras que implican

⁵ Mediante el decreto 961 de 2005, el Gobierno Nacional añadió una nueva función a FONADE, consistente en asociarse con personas privadas, o constituir cualquier tipo societario, bajo las condiciones previstas en ese decreto, para promover, fomentar y ejecutar proyectos de desarrollo turístico con beneficios económicos y sociales. Aunque dicho decreto no se encuentra vigente, las normas del mismo fueron incorporadas en los artículos 10.6.1.1.1 a 10.6.1.1.8 del decreto 2555 de 2010, “*por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*”.

el manejo, inversión y aprovechamiento de recursos captados del público, motivos por los cuales entiende la Sala que se trata de locuciones sinónimas.⁶

Ahora bien, el artículo 90 de la ley 45 de 1990⁷ contribuye a clarificar la naturaleza jurídica de FONADE al disponer:

“Artículo 90.- Instituciones financieras. Para los efectos de la presente ley se entiende por instituciones financieras las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, a quienes se aplicarán las reglas previstas en los artículos 23, 28, 73, 74 y 75 de esta ley”.

A la luz de esta definición legal, FONADE es una “institución financiera”, pues, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 2168 de 1992, recogido en el artículo 289 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, FONADE estaba sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cuyas funciones actualmente corresponden a la Superintendencia Financiera⁸.

Esta definición de “institución financiera” no pugna con lo dispuesto en el E.O.S.F. ni en ninguna otra disposición posterior, ya que en tales normas no se encuentra una definición distinta del mismo término. Por el contrario, dicha legislación confirma que FONADE es una institución o entidad financiera de propiedad estatal.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 1º del E.O.S.F., donde se determina la estructura general del sistema financiero y asegurador colombiano, no menciona a FONADE ni, en general, a las entidades financieras estatales, el artículo 2º del mismo Estatuto, que describe las diferentes clases de establecimientos de crédito y su objeto principal, señala, en el primer inciso del numeral 8º, que lo dispuesto en esa norma “se entenderá sin perjuicio del régimen de las instituciones financieras reguladas por normas especiales”, de donde resulta claro que el E.O.S.F. reconoce la existencia de **otras** instituciones financieras, distintas de las mencionadas en el artículo 1º, las cuales pueden pertenecer, incluso, al tipo de los “establecimientos de crédito”.

En armonía con este análisis, el mismo Estatuto dedica toda una parte (la Décima) a compilar la normatividad aplicable a las que allí se denominan “*Entidades con regímenes especiales*”, las cuales son entidades públicas⁹ que realizan actividades financieras o aseguradoras, y cuyo Capítulo XII está dedicado a FONADE. Vale la pena aclarar que, aun cuando la Parte Décima del E.O.S.F. no utiliza expresamente la denominación “*entidades financieras*”, la incorporación de dicha Parte en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como las explicaciones dadas previamente sobre la noción de “institución” o “entidad financiera”, permiten concluir que todas las instituciones reguladas en esa Parte Décima son, efectivamente, entidades **financieras** con regímenes especiales.

⁶ De acuerdo con el artículo 28 del Código Civil, “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas... pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal*”.

⁷ La ley 45 de 1990, “*por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones*”, definió la estructura del sistema financiero y asegurador colombiano, que posteriormente fue plasmada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) y que, en buena parte, se conserva hoy en día, a pesar de la tendencia creciente hacia el establecimiento de un esquema de banca múltiple o universal.

⁸ En virtud de su absorción por parte de la Superintendencia de Valores y la re-denominación de esta última como Superintendencia Financiera de Colombia, conforme a lo ordenado en el Decreto 4327 de 2005.

⁹ En su mayoría, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

3. Para abundar en este sentido, el decreto 2555 de 2010, “*por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*”, confirma esta interpretación en su Parte Décima, denominada “*Entidades con regímenes especiales*”, que dedica el Libro VI a regular ciertas operaciones de FONADE. Adicionalmente, el artículo 1.2.1.6.6 del mismo decreto, que subrogó el artículo 77 del decreto 4327 de 2005, señala que “*para los efectos del presente Título (se refiere a las funciones de la Superintendencia Financiera) son **intermediarios financieros** los bancos, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento, las cooperativas financieras, las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación, las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, y las **entidades públicas de carácter especial** como el Banco de la República, FINAGRO, FOGACoop, FOGAFIN, **FONADE**, FINDETER...*” (destaca la Sala), siendo pertinente recordar que los “intermediarios financieros” son una especie o clase de entidad o institución financiera.

4. Por otra parte, esta Sala, en diversas oportunidades, así como la doctrina de la antigua Superintendencia Bancaria y de la actual Superintendencia Financiera, han reconocido el carácter de “entidad financiera” que tiene FONADE, en particular, y en general, las entidades públicas u oficiales facultadas por la ley para realizar actividades financieras o aseguradoras.

Así, por ejemplo, en el concepto N° 1773¹⁰, referente a la propiedad de los rendimientos financieros provenientes de recursos ejecutados por los establecimientos públicos del nivel nacional, la Sala manifestó:

*“(...) El artículo 40 se refiere en concreto a los recursos del Presupuesto General de la Nación que se ejecutan a través de convenios o contratos que celebran los órganos que conforman ese presupuesto, **con entidades financieras**. Desagregando su contenido se tiene que:*

*“a) **aplica a las entidades financieras en general; FONADE tiene ese carácter (...)**” (Resalta la Sala).*

Y en el concepto N° 1488¹¹, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló:

“Dado este carácter reglado de la actividad financiera y del sector asegurador, las actividades principales que se incluyen en el objeto social serán las previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los estatutos internos que las rijan y en los certificados de autorización, como también las que de orden especial se consagren para entidades determinadas, tal es el caso de las disposiciones aplicables a las entidades de participación estatal, como FINAGRO, BCH en liquidación, Caja de Crédito Agrario en liquidación, IFI, FEN ...”

En cuanto a la doctrina de la extinta Superintendencia Bancaria y de la actual Superintendencia Financiera, aun cuando en ocasiones dichas autoridades han manifestado que el concepto de “institución financiera” debe reservarse a los tipos de entidades señalados en el artículo 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹², en otros conceptos han reconocido el carácter de “entidad financiera” de las entidades públicas creadas o autorizadas por la ley para realizar actividades

¹⁰ De fecha 4 de octubre de 2006. C.P: Enrique José Arboleda Perdomo.

¹¹ Del 29 de mayo de 2003. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

¹² Es decir, los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros.

financieras o aseguradoras, tales como el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFÍN¹³.

Las razones expuestas llevan a la Sala a concluir que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE es una entidad o institución financiera de carácter público.

B. Régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por FONADE

Indica el Departamento Nacional de Planeación en la consulta que FONADE ha estado sometido, desde hace varios años, a diferentes regímenes en materia de contratación, los cuales se pueden resumir así:

1. Desde la ley 80 de 1993 hasta la ley 1150 de 2007

Con el propósito de universalizar el régimen de la contratación pública en Colombia, la ley 80 de 1993 incluyó en su campo de aplicación a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tuviere una participación superior al 50%, tal como se desprende claramente de lo preceptuado en los artículos 1º y 2º.

No obstante, el párrafo primero del artículo 32 de la ley 80 estableció una excepción para los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto, así:

“Artículo 32. De los contratos estatales...”

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

Por lo tanto, al ser FONADE una entidad financiera de carácter estatal, los contratos que celebraba dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto¹⁴ no estaban sometidos a la ley 80 de 1993 y se regían por las disposiciones que les fueran aplicables (E.O.S.F. y demás normas financieras, Código de Comercio, Código Civil, entre otras).

Por el contrario, los contratos que no correspondían al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, estaban sujetos íntegramente a la ley 80 de 1993, norma que, como es sabido, remite parcialmente al derecho privado, especialmente en lo relacionado con el objeto de los contratos (artículos 32 y 40).

En este sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil, con relación a FONADE, en el concepto N° 1.773, antes citado, cuando expresó:

¹³ Concepto N° 2002038624-1 del 17 de julio de 2002, emitido por la Superintendencia Bancaria.

¹⁴ La Sala considera que la expresión “objeto social” debe reservarse a las sociedades de economía mixta, a las sociedades entre entidades públicas y a las demás entidades estatales de carácter societario.

“Con fundamento en el párrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, los bienes y servicios requeridos para su funcionamiento debe contratarlos como toda entidad estatal, en tanto que las actividades propias del giro ordinario de sus negocios se rigen por el derecho que les sea aplicable (...).”

Igualmente, en el concepto N° 1488 de 2003, ya citado, la Sala analizó extensamente el régimen aplicable a los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías aseguradoras y las demás entidades financieras estatales, y al respecto concluyó:

“Estas primeras consideraciones conducen a la Sala a afirmar que existe un régimen mixto, de derecho público y de derecho privado, aplicable a las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal en su contratación y que, por lo mismo, en cada caso particular deberá definirse la norma aplicable según el tipo o clase de vinculación del acto o contrato que se propone con las funciones administrativas o las actividades propias del denominado ‘giro ordinario’ del objeto social’, que por disposición expresa del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es de carácter reglado”.

2. Desde la ley 1150 de 2007 hasta la ley 1450 de 2011

La ley 1150 de 2007, *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, introdujo a la ley 80 de 1993 una reforma integral, aunque no total. En este sentido, el artículo 15 de dicha ley modificó el párrafo 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el cual quedó así:

“Párrafo 1°. 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”.

Resalta la Sala que, a diferencia de la norma original, que se refería a los contratos *“que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”*, la nueva redacción no incluyó tal condicionamiento, por lo cual debe concluirse que, desde la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007¹⁵, todos los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las aseguradoras y las demás entidades financieras de carácter estatal quedaron excluidos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

No obstante, la misma ley 1150 de 2007 introdujo una regla especial para FONADE, en el artículo 26, del siguiente tenor:

“Artículo 26. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.

¹⁵ 16 de enero de 2008, con excepción de los artículos 6, 9 y 17.

Disposición tan explícita encuentra explicación en los antecedentes de la ley 1150 de 2007, donde se constata que fue propósito deliberado del Legislador, movido por diferentes consideraciones y motivos de conveniencia, someter plenamente a FONADE al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en condiciones similares a las de las demás entidades estatales, a pesar de su carácter de institución financiera.

Con esta decisión, el Legislador creó, para FONADE, una excepción a la regla consagrada en el párrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 15 de la ley 1150), regla que a su vez constituye una excepción a la aplicación universal de la ley 80 a las entidades estatales, prevista, entre otras normas, en los artículos 1º y 2º de esta ley.

En esa medida resulta claro que, desde el 16 de enero de 2008, fecha de entrada en vigencia del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, todos los contratos que celebre FONADE, sin excepción, quedaron sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

3. A partir de la ley 1450 de 2011. Cuestión constitucional

Mediante la ley 1450 de 2011, que entró a regir el 16 de junio de 2011, se expidió el “*Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014*”. En el artículo 276, que contiene una larga serie de derogatorias, se incluye la del **artículo 26** y la del inciso 2º del artículo 28 de la ley 1150 de 2007. El artículo 26 de la ley 1150 de 2007, como se mencionó, es el que sometía a FONADE a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública.

A este respecto encuentra la Sala que la derogatoria del artículo 26 de la ley 1150 de 2007, que trata de la contratación estatal, dispuesta en el artículo 276 de la ley 1450 de 2011, que versa sobre el Plan Nacional de Desarrollo, resulta contraria al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política,¹⁶ y que en un caso similar la Corte Constitucional, en la sentencia C-331 de 2012, declaró inexecutable la derogatoria del párrafo segundo del artículo 12 y del artículo 30 de la ley 1382 de 2010, efectuada por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011, aduciendo, entre otras, las siguientes razones:

*“Adicionalmente, en relación con este tema, la Sala reitera las consideraciones expuestas en la sentencia C-149 de 2010, sobre la regulación y derogación de normas de leyes ordinarias mediante la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, en cuanto a que **la Ley del Plan Nacional de Desarrollo no puede ser utilizada para ‘vaciar de competencia al legislador ordinario, toda vez que esta ley tiene por objeto adoptar medidas concretas relacionadas con la “planeación”, es decir, obras o proyectos específicos incluidos en el Plan de Inversiones, de tal suerte que no resulta constitucionalmente admisible incorporar en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, medidas sobre contratación estatal, sistemas de salud o régimen pensional. La inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo de materias ajenas al concepto de planeación, conduce en la práctica a evadir el debate democrático que debe darse al momento de tramitar un proyecto de ley ordinaria’, lo cual afecta igualmente el principio de unidad de materia**”.* (Resaltamos).

¹⁶ “**Artículo 158.** Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.

Ya antes, en la sentencia C-149 de 2010, la Corte Constitucional había declarado inexecutable el artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, al considerar, entre otras razones, que dicha disposición invadía la órbita de competencia del legislador ordinario, al regular aspectos ajenos a la materia del Plan Nacional de Desarrollo.

Los mencionados antecedentes jurisprudenciales son razones que podrían sugerir a la autoridad que deba ejecutar en un caso concreto la norma cuestionada, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Carta Política.¹⁷ Puesto que la norma legal presuntamente opuesta a la Constitución¹⁸ es una disposición **derogatoria**, cuyo único efecto fue el de retirar definitivamente del ordenamiento jurídico un precepto legal anterior¹⁹, la consecuencia de inaplicarla, por inconstitucional, sería la de revivir la vigencia de la disposición derogada.

Con todo, cabe recordar que sobre este asunto la Sala de Consulta, en el concepto N° 1956²⁰, explicó lo siguiente:

“Por otra parte, en un punto crucial para este concepto como son los efectos de la excepción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia consultada²¹ es reiterada en señalar que la norma inaplicada lo será sólo para el caso concreto y que la misma subsiste en el ordenamiento jurídico y no pierde su vigencia, por lo que seguirá teniendo aplicación general, mientras no sea derogada por el órgano competente o declarada con efectos ‘erga omnes’ su inexecutableidad.

“Bajo estos parámetros, puede sostenerse que los pronunciamientos jurisprudenciales citados en la consulta, en los que se consideró procedente la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Carta, no afectan la vigencia ni la validez del decreto..., lo cual significa que los efectos generales previstos en dicha norma siguen imperando, hasta tanto se produzca su derogación o la declaratoria de inexecutableidad con efectos “erga omnes”.

Teniendo en cuenta que la excepción de inconstitucionalidad únicamente podría producir efectos en casos concretos, no tendría la entidad de enervar, con carácter general o *erga omnes*, la vigencia o la validez de la disposición legal. En efecto, al tratarse de una ley de la república, tal efecto únicamente podría ocurrir mediante la derogación de la norma por parte del legislativo, o la declaratoria de inexecutableidad por parte de la Corte Constitucional.

Por consiguiente, a pesar de las consideraciones de orden constitucional expuestas, se debe respetar el efecto jurídico general producido por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011, lo cual significa que, mientras éste no sea declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el artículo 26 de la ley 1150 de 2007 permanecerá sin vigencia.

¹⁷ “Artículo 4°. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”.

¹⁸ El artículo 276 de la ley 1450 de 2011, parcialmente.

¹⁹ El artículo 26 de la ley 1150 de 2007.

²⁰ De fecha 10 de septiembre de 2009. C.P: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

²¹ Además de las sentencias T-556 y C-600 de 1998, pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional, C-069 de 1995, SU 544 de 2001, T-201 y C803 de 2006 y la providencia A-105 de 2009”.

4. Tres situaciones especiales

Ahora bien, con el fin de determinar el régimen aplicable a los contratos celebrados actualmente por FONADE, es pertinente distinguir tres situaciones, a saber: i) los contratos celebrados por FONADE con particulares, ii) los contratos celebrados por FONADE con entidades públicas excluidas de la aplicación de la ley 80 de 1993, y iii) los contratos celebrados por FONADE con las demás entidades estatales.

a. Los contratos celebrados por FONADE con particulares (incluyendo sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 50%).

Los contratos que FONADE celebre con particulares, incluidas las sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 50%, no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ya que siendo FONADE una entidad o institución financiera estatal, tales negocios jurídicos están cubiertos por lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 1150 de 2007, que modificó el párrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, antes citados. En efecto, a diferencia de la norma original de la ley 80 de 1993, que exceptuaba solamente los contratos de dichas entidades que correspondieran al “giro ordinario de las actividades propias de su objeto”, la modificación introducida mediante la ley 1150 de 2007 excluyó la totalidad de los contratos celebrados por esas entidades, de tal manera que actualmente se encuentran por fuera del campo de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública todos los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras estatales con particulares. Esta regla se extiende, incluso, a aquellos contratos que eventualmente no formen parte del giro ordinario de las actividades propias de su objeto.

No obstante, dichas entidades y contratos permanecen sujetos a lo establecido en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, que señala:

“Artículo 13.- Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

En consecuencia, aunque a los contratos que celebren las entidades financieras públicas con particulares no se les aplica la ley 80, estas deberán respetar y aplicar en su actividad contractual: i) los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, ii) los principios de la gestión fiscal consagrados en el artículo 267 de la Carta, cuando realicen actividades que impliquen gestión fiscal, y iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²².

²² Ley 80 de 1993, con las adiciones y modificaciones incorporadas en esta materia por otras normas, como la ley 1150 de 2007, la ley 734 de 2002 y la ley 1474 de 2011.

Finalmente, conviene señalar que en esta clase de contratos no resulta jurídicamente viable pactar cláusulas exorbitantes o excepcionales, pues éstas, como su nombre lo indica, son ajenas al derecho común o privado, en el que las partes contratantes se presumen jurídicamente colocadas en condiciones de igualdad.

Nada impide, sin embargo, que conforme al principio de la autonomía de la voluntad y a las reglas del derecho privado, las partes en este tipo de contratos puedan estipular válidamente algunas cláusulas que, sin ser “exorbitantes”, produzcan efectos prácticos similares como, por ejemplo, las cláusulas penales y las cláusulas de terminación anticipada del contrato, entre otras.

b. Los contratos celebrados por FONADE con entidades públicas excluidas de la aplicación de la ley 80 de 1993

Los contratos celebrados por FONADE con otras entidades que, a pesar de ser públicas, también están excluidas expresamente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentran exceptuados, así mismo, de dicho régimen, en iguales condiciones a las señaladas en el literal precedente.

Tal sería el caso, por ejemplo, de los contratos que celebre FONADE con otras instituciones financieras estatales o con empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%, sus filiales, o sociedades entre entidades públicas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados²³. Esta conclusión resulta obvia, pues si ninguna de las entidades que son parte en un contrato está sometida a la ley 80 de 1993, mal podría aplicarse dicho Estatuto al respectivo contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, como ya se indicó.

Ahora bien, en este caso tampoco es posible convenir o incluir cláusulas exorbitantes en los respectivos contratos, por las mismas razones explicadas en el literal anterior.

c. Los contratos celebrados por FONADE con las demás entidades estatales

Los contratos que FONADE suscriba con otras entidades públicas, sujetas a la ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, son contratos estatales que corresponden a la categoría de los “contratos interadministrativos” y por tanto están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello es así porque, si bien a FONADE no se le aplica en principio la ley 80 de 1993 en los contratos que celebra, a la otra entidad estatal sí se le aplica y está, por ende, obligada a cumplir con sus disposiciones.

Esta apreciación resulta confirmada por lo dispuesto en la ley 1150, modificada por la ley 1474 de 2011, en cuanto incluye la celebración de los contratos interadministrativos como uno de los casos en los que las entidades públicas pueden acudir a la “contratación directa”²⁴, y especialmente por lo previsto en el artículo 2º, numeral 4º, literal c), inciso segundo, primera parte de la ley 1150 de

²³ Artículo 14 de la ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la ley 1474 de 2011.

²⁴ Artículo 2º, numeral 4º, literal c). Como se sabe, la contratación directa es una de los procedimientos permitidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para celebrar contratos estatales.

2007, modificado por el artículo 95 de la ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

“Artículo 2º.- De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

“(…)

*“4. **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

“(…)

*“c) **Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora...***

“(…)

*“En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos **estará en todo caso sometida a esta ley**, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”. (Resalta la Sala).*

A continuación de la regla general de sujeción a la ley 80 de 1993, la parte final de la norma transcrita introduce una salvedad, consistente en que, cuando la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado, o la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad, la ejecución de dicho contrato no estaría sujeta a la ley 80 de 1993.

Este precepto crea algunas dificultades interpretativas, como la de definir si la actividad de una entidad pública está o no en competencia con el sector privado,²⁵ o la de establecer si la ejecución de un contrato interadministrativo guarda relación directa con la actividad de la entidad ejecutora. La interpretación literal de esta norma podría llevar al absurdo de concluir que, por ejemplo, si una entidad estatal, de aquellas definidas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, celebra un contrato de suministro, de compraventa, de cuenta corriente bancaria o de prestación de servicios con una sociedad comercial privada, dicho negocio estaría sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Pero si celebra el mismo contrato con una empresa industrial y comercial del Estado o con una sociedad de economía mixta (con capital estatal superior al 50%) que se encuentre en competencia con el sector privado, entonces la ejecución de dicho contrato quedaría excluida de la ley 80, a pesar de que las dos partes son entidades públicas.

Si se repara en que las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 tuvieron como propósito, en este punto, evitar los abusos cometidos por algunas entidades públicas mediante la contratación interadministrativa, principalmente por la intermediación de recursos estatales con entidades públicas exceptuadas de la aplicación de la ley 80 de 1993, en opinión de la Sala debería asumirse que, cuando la norma alude a la “*ejecución*” del contrato interadministrativo, se refiere a

²⁵ Algunas veces, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta compiten con el sector privado **parcialmente**, es decir, sólo en relación con algunas de sus actividades. Otras veces, dichas entidades públicas ofrecen bienes y servicios que, aun cuando no son idénticos a los que ofrece el sector privado, resultan sucedáneos o sustitutos de estos, razón por la cual, desde el punto de vista económico, se pueden considerar en competencia.

la celebración de los contratos derivados o “subcontratos” que se requieran para cumplir con las obligaciones asumidas por la entidad pública ejecutora.

En esa medida, si dicha entidad pública está en competencia con el sector privado, o la ejecución del convenio interadministrativo guarda relación directa con las actividades propias de la misma (como sería lo normal), los contratos derivados o “subcontratos” que tal entidad celebre con particulares, para cumplir con sus obligaciones frente a la otra entidad pública contratante, no estarían sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por el contrario, si la entidad pública ejecutora no estuviera en competencia con el sector privado, o la ejecución del convenio interadministrativo no tuviere, por alguna razón, relación directa con las actividades propias de su objeto, los contratos derivados o los “subcontratos” que celebre para ejecutar las obligaciones contraídas en virtud del convenio interadministrativo, estarían sometidos al régimen de la ley 80 de 1993²⁶.

En todo caso, se resalta que, en la hipótesis analizada, **el contrato interadministrativo, en sí mismo**, en cuanto a su celebración, ejecución, terminación y liquidación, está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta, obviamente, las particularidades que dicho régimen consagra para los contratos interadministrativos, y considerando que, según el artículo 40 de la ley 80, el objeto o “contenido” de los contratos estatales es el que, *“de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*, así como a *“las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes...”*, conforme al principio de la autonomía de la voluntad.

Justamente una de las particularidades de los contratos interadministrativos, en relación con los demás contratos estatales, radica en que no pueden incluir las denominadas “cláusulas exorbitantes o excepcionales” por expresa disposición del párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993.²⁷ Esta restricción obedece, principalmente, a que las dos entidades públicas contratantes se entienden dispuestas en un plano de igualdad, circunstancia que les impide imponer o ejercer frente a la otra potestades excepcionales o unilaterales. Por ello, técnicamente hablando, en esta clase de contratos no hay “contratantes” y “contratistas”, como habitualmente se califica a las partes en los contratos estatales, sino que las dos entidades públicas son contratantes o contrayentes.

C. Jurisdicción competente para resolver los conflictos contractuales en los que sea parte FONADE

²⁶ La Sala observa que esta interpretación guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 1150 de 2007, modificado por el 93 de la ley 1474 de 2011, sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y otras.

²⁷ *“Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

“(…)”

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad...

“Párrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales... en los interadministrativos... se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. (Se subraya).

Paralelamente a los cambios que, en las dos últimas décadas, ha tenido el régimen jurídico sustancial aplicable a los contratos celebrados por FONADE, se han visto modificados también los criterios para establecer la jurisdicción competente para conocer y resolver los conflictos en los que sea parte dicha Entidad, originados en su actividad contractual. Ello se debe no sólo a los cambios en su régimen contractual, sino también a la evolución de la jurisprudencia en esta materia y a las modificaciones normativas que se han presentado en relación con el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como pasa a explicarse.

1. El decreto 01 de 1984

Cuando entró a regir la ley 80 de 1993, estaba vigente el Código Contencioso Administrativo contenido en el decreto 01 de 1984. El artículo 83 de dicho decreto, modificado por el decreto 2304 de 1989, estatuyó lo siguiente, en punto al objeto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

“Artículo 83. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto”. (Resaltamos).

A su turno, el artículo 75 de la ley 80 de 1993 señaló:

“Artículo 75.- Del juez competente. 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 la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. (...)”.

2. La ley 446 de 1996

El artículo 30 de la ley 446 de 1996 modificó el 82 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 30. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

'Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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.

'Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

'La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

'Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional'.

3. La modificación introducida por la ley 1107 de 2006

La ley 1107 de 2006 modificó, de nuevo, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“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 superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

4. La ley 1437 de 2011, o nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

1. Los artículos 104 y 105 de la ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en torno al objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en general, y a la competencia para conocer de las controversias contractuales, en particular, dispusieron lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en

que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

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

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

“Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos. (...)” (Resalta la Sala).

La ley 1437 de 2011 se fijó como propósito, en esta materia, establecer una regla general que permitiera determinar con claridad el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para lo cual optó por combinar el criterio orgánico (referido a la naturaleza de las personas o entidades involucradas: entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones administrativas) con el criterio material, definido, en este caso, como la sujeción al derecho administrativo de los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones respectivos.

2. Sabiendo que, cualesquiera fuesen los criterios generales que se adoptaran, no serían suficientes para evitar los conflictos de competencia que con cierta frecuencia se presentan entre la Jurisdicción Contencioso Administrativa y otras Jurisdicciones, desde un punto de vista pragmático se decidió complementar dichos criterios con la enumeración de varios asuntos específicos que debían ser del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (segunda parte del artículo 104), y con varias **excepciones** (artículo 105), esto es, situaciones que, a pesar de encajar, en principio, dentro de los criterios generales o dentro de alguno de los casos especiales, no deberían ser competencia de esta Jurisdicción, por diversas razones.

Así, de conformidad con la parte inicial del artículo 104 del CPACA, los litigios originados en la celebración de contratos por parte de cualquier entidad pública o de un particular cumpliendo funciones administrativas, están sometidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre que estén regulados por el derecho administrativo.

No obstante, el numeral 2º de la misma disposición (norma especial) advierte que serán del conocimiento de dicha Jurisdicción los conflictos relativos a los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, *cualquiera que sea su régimen*.

3. A pesar de esta última regla especial, el artículo 105 del Código consagra una excepción, consistente en que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no conocerá de las controversias relacionadas con aquellos contratos en los que sea parte una entidad pública que tenga el carácter de institución financiera,

aseguradora, intermediario de seguros o intermediario de valores vigilado por la Superintendencia Financiera, y que se refieran al “giro ordinario” de sus negocios.

Puesto que FONADE es una institución financiera de carácter público vigilada por la Superintendencia Financiera, resulta claro que los litigios originados en los contratos que FONADE celebre y que correspondan al giro ordinario de sus negocios, no están sometidos al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino al de la Jurisdicción Ordinaria.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto N° 1488, antes citado, analizó detenidamente lo que debe entenderse por “*giro ordinario de las actividades propias del objeto*” de una persona jurídica, pública o privada, expresión que, para la Sala, resulta equivalente a la de “*giro ordinario de los negocios*”, razón por la cual nos remitimos a lo explicado en la parte general de dicho concepto.

Por su parte, el concepto proferido por la Superintendencia de Sociedades mediante el oficio N° 220-53338 del 25 de agosto de 2.000, reiterado en los oficios Nos. 220-055759 del 11 de octubre de 2006 y 220-016468 del 15 de marzo de 2012, al analizar el concepto de “objeto social” y su diferencia con el de “giro ordinario de los negocios”, contiene las siguientes precisiones:

“De conformidad con el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio, la escritura pública por la cual se constituye la sociedad debe enunciar clara y completamente las actividades que comprenden su objeto social, teniendo en cuenta que su capacidad se encuentra circunscrita a los actos y negocios allí consignados. Sin embargo, la doctrina ha clasificado el objeto social en principal y en objeto social secundario o subordinado. Aquel se refiere a los negocios o actividades principales que la sociedad se propone desarrollar, los cuales pueden tener o no conexión entre sí, siempre que se encuentren debidamente enunciados en la escritura social. En el objeto social secundario se entienden incluidos todos aquellos actos o contratos tendientes al desarrollo del objeto social principal. Es preciso tener en cuenta que existe una normatividad especial que define el campo de acción de las instituciones financieras y de las llamadas empresas de objeto social exclusivo, según la cual, no les es permitido desarrollar actividades distintas a las que allí se indican.”

*“Si bien el llamado giro ordinario de los negocios se encuentra determinado por las actividades que constituyen el objeto social, resultan oportunas algunas precisiones conceptuales en torno al empleo constante en la práctica mercantil de la referida expresión ‘giro ordinario de los negocios’. Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al tema del objeto social, se concluye que éste alude a las actividades que desarrolla o se propone realizar el ente social, al paso que **solamente quedan cobijadas por ‘giro ordinario’ aquellas actividades que en forma habitual u ordinaria, ejecuta la sociedad.***”

*“Advierte el profesor GAVIRIA GUTIÉRREZ (Lecciones de Derecho Comercial, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1987, pag. 251) que ‘el objeto social tiene un significado de mayor amplitud que el giro ordinario, pues aquel comprende cuanto acto sea necesario o conveniente para realizar el fin social propuesto, ya sea de simple gestión ordinaria, como la compra de materias primas y la venta de productos elaborados, **ya de gestión extraordinaria, como un traslado de las instalaciones industriales, un despido masivo, un cambio de marcas y demás signos distintivos**, de lo cual puede deducirse una relación de **género a especie entre ambos conceptos, siendo el giro ordinario una especie que se enmarca al interior del genérico objeto social.** Así las cosas, debe entenderse que **el objeto social está circunscrito tanto al giro ordinario como a aquellas actividades que se adelantan de manera extraordinaria o esporádica, de manera que cualquier operación que no esté allí comprendida será catalogada como extralimitación o desbordamiento del objeto social, independientemente de que los estatutos sociales***

limiten o restrinjan las facultades de quien represente legalmente la sociedad, en los términos del artículo 196 del Código de Comercio. (...). (Negrillas fuera del texto).

Con base en las normas y conceptos anteriormente citados, además de diversas fuentes jurisprudenciales y doctrinales, la Sala puntualiza los siguientes aspectos:

- El objeto de una sociedad, y en general de cualquier persona jurídica, está conformado por el denominado “objeto principal” y el llamado “objeto secundario, complementario o subsidiario”.
- El primero comprende las actividades y los actos expresamente previstos en el acto de constitución de la persona jurídica (estatutos, en el caso de las sociedades; ley, en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, o acto de creación, en general).
- El segundo incluye dos grupos de actos jurídicos: i) Aquellos que, sin estar mencionados expresamente, guardan una relación o conexidad directa con el objeto principal, como por ejemplo, el otorgamiento de una garantía necesaria para realizar una operación prevista en el objeto principal; ii) todos los demás que resulten necesarios para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que implica la existencia y el funcionamiento de la persona jurídica, tales como el pago de impuestos, la contratación de personal, la adquisición de insumos o de activos fijos (muebles e inmuebles) etc.
- Cualquier acto que no esté comprendido dentro del objeto, ya sea principal o secundario, **no puede** ser realizado válidamente por la persona jurídica, pues excede su capacidad legal. Por lo tanto, de llegar a celebrar un acto de esta clase, el mismo estaría viciado de nulidad y, en esa medida, no obligaría válidamente a la entidad.
- Todos los actos (incluyendo los contratos) que una persona jurídica celebra “*dentro del giro ordinario de sus negocios*” deben estar comprendidos en su objeto (principal o accesorio), pero existen algunos actos que las personas jurídicas pueden celebrar válidamente, por estar incluidos dentro de su objeto, que no corresponden, sin embargo, al “*giro ordinario de sus negocios*”, por tratarse de actos u operaciones que se realizan de forma extraordinaria o esporádica.

4. De los criterios expuestos se desprende que, en el caso específico de FONADE, los siguientes contratos forman parte del “giro ordinario” de sus negocios:

- a. Todos aquellos que celebra para realizar las actividades y cumplir las funciones que la ley y las demás normas con fuerza de ley le asignan expresamente, ya sea que correspondan a actividades típicamente financieras²⁸ o no (objeto principal).
- b. Todos los que celebre en conexión o en relación directa con dichos negocios (objeto secundario, actos conexos). Ejemplo de dichos contratos podría ser los que suscribe FONADE para cumplir o ejecutar las obligaciones que asume frente a otras entidades públicas, en desarrollo de los contratos de gerencia integral de proyectos, de gerencia de recursos, y de los otros contratos interadministrativos que celebra en ejercicio de sus funciones.
- c. Todos aquellos que resultan necesarios para la existencia de FONADE y su funcionamiento normal como empresa industrial y comercial del Estado (objeto secundario), siempre que sean habituales u ordinarios, como la contratación de personal, el mantenimiento de sus sedes y vehículos, el licenciamiento de software, la contratación de servicios de aseo o vigilancia, la asesoría jurídica,

²⁸ Contratos de mutuo dinerario, de crédito documentario, de descuento etc.

administrativa, contable o técnica ordinaria, la adquisición de computadores, muebles de oficina, papelería, etc.

Por consiguiente, todos los contratos indicados en los numerales anteriores están comprendidos dentro de la excepción prevista en el artículo 105, numeral 1º de la ley 1437 de 2011 y, en consecuencia, se encuentran por fuera de la órbita de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

5. De esta forma, los únicos contratos que **no** estarían incluidos dentro del “*giro ordinario de sus negocios*” y que, por lo tanto, son del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, serían aquellos que llegare a celebrar FONADE, dentro de su objeto secundario o complementario, **en forma extraordinaria o esporádica**, como la adquisición de una nueva sede principal, el cambio integral de su plataforma tecnológica, una consultoría especial (por ejemplo, para una eventual reestructuración interna o “reingeniería”), el cambio general de sus marcas y demás signos distintivos, entre otros.

Obviamente, tampoco forman parte del “*giro ordinario de sus negocios*” aquellos contratos que FONADE llegare a celebrar por fuera de su objeto. Sin embargo, no parece necesario profundizar en este punto, porque tales contratos no podrían ser celebrados válidamente por FONADE²⁹ y, de llegar a hacerlo, estarían viciados de nulidad, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a las personas involucradas en los mismos.

6. Aparte de los litigios referidos a los contratos que no correspondan al giro ordinario de sus negocios, también serían competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa los siguientes conflictos, los cuales, por ende, tampoco quedarían comprendidos dentro de la excepción prevista en el artículo 105, numeral 1º del CPACA:

a. Los contratos celebrados por FONADE con otras entidades públicas, distintas de las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores de carácter estatal.

La razón para que las disputas originadas en dichos contratos sean competencia de esta Jurisdicción es análoga a la expuesta para concluir que tales contratos están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues si bien, desde el punto de vista de FONADE, el conflicto sería competencia de la Jurisdicción Ordinaria, desde la perspectiva de la otra entidad pública contratante, la jurisdicción competente sería la Contencioso Administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA.

Dado que el artículo 105, numeral 1º del Código establece una excepción, y las excepciones, como es bien sabido, deben interpretarse y aplicarse en forma restrictiva o estricta, y no de manera analógica ni extensiva, dicha salvedad sólo puede entenderse referida a los contratos que las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores de carácter público suscriban, dentro del giro ordinario de sus negocios, con personas naturales o jurídicas privadas, o con otras entidades públicas que tengan su

²⁹ Esta conclusión, en el caso de FONADE, resulta doblemente reforzada, en primer lugar, por tratarse de una *entidad financiera*, sujeta, por lo tanto, al principio de la especialidad o doctrina de los “estatutos especiales” que gobierna la actividad de las instituciones financieras, y en segundo lugar, por ser una *entidad pública*, sometida, en consecuencia, al principio de legalidad, establecido en los artículos 6º de la Constitución Política, 1, 5, 68, 69 y 85 de la ley 489 de 1998, entre otras disposiciones.

misma condición (institución financiera, aseguradora, intermediario de seguros o intermediario de valores).

b. Los litigios en los que se pretenda atacar la validez de actos administrativos dictados por FONADE en relación con su actividad contractual.

Aunque las entidades públicas que realizan actividades financieras, aseguradoras o bursátiles no deberían, por regla general, expedir actos administrativos en relación con su actividad contractual, pues, como ya se analizó, sus contratos no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si tales entidades, por cualquier razón, llegaren a expedir actos administrativos, ya sea en forma previa a la celebración del contrato (actos precontractuales, como el de adjudicación) o posterior (actos contractuales propiamente dichos, como la declaratoria de caducidad), y la otra parte pretendiere atacar la legalidad o validez de dichos actos, tales procesos no podrían ser conocidos por la Jurisdicción Ordinaria sino por la Contencioso Administrativa.

Esta situación podría presentarse en el caso de FONADE ya que, como se mencionó, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 y la promulgación de la ley 1450 de 2011, los contratos celebrados por FONADE estuvieron sometidos en su integridad al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 153 de 1887, *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, los contratos celebrados por FONADE durante el lapso indicado continúan sujetándose a la ley 80 de 1993 hasta su terminación y liquidación, incluyendo sus prórrogas, adiciones y demás modificaciones.

Por lo tanto, en la medida en que algunos de dichos contratos pueden estar vigentes, o terminados pero sin liquidar, FONADE podría haber dictado o dictar actos administrativos en relación con los mismos, los cuales, en el evento de ser objeto de impugnación judicial por parte de los respectivos contratistas u otros afectados, no serían competencia de la Jurisdicción Ordinaria, sino de la Contencioso Administrativa, a pesar de lo dispuesto en el artículo 105, numeral 1º del CPACA. La razón para ello estriba en que la única Jurisdicción instituida para juzgar la validez de los actos administrativos, suspenderlos provisionalmente y, dado el caso, declarar su nulidad, es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se deduce, entre otras normas, de lo dispuesto en los artículos 238 de la Constitución Política³⁰, 77 de la ley 80 de 1993³¹ y 141 del CPACA³², y lo tiene establecido, también, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sección Tercera de esta Corporación, a propósito de la competencia de los tribunales de arbitramento integrados para dirimir controversias contractuales entre entidades públicas y particulares, al considerar que los árbitros no pueden pronunciarse

³⁰ “Artículo 238.- La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

³¹ “Artículo 77.- De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. ...

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. (...)”

³² “Artículo 141.- Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable...”

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. (...)”

sobre la validez o no de los actos administrativos expedidos por la entidad contratante, porque tal asunto no es transigible y es competencia privativa de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

c. Finalmente, tampoco compete a la Jurisdicción Ordinaria, sino a la Contencioso Administrativa, el conocimiento de los recursos extraordinarios (anulación y revisión) contra laudos arbitrales dictados para resolver conflictos contractuales en los que aparezca involucrada FONADE, por ser entidad pública, pues la competencia para conocer de tales recursos está asignada de manera especial a esta Jurisdicción por los artículos 104, numeral 7º, y 149, numeral 7º del CPACA³³, y por el artículo 46, inciso 3º de la ley 1563 de 2012³⁴.

Además, porque técnicamente hablando, los recursos extraordinarios contra los laudos arbitrales no constituyen un litigio o una controversia sobre la relación contractual que suscitó la convocatoria al tribunal de arbitramento, sino sobre el laudo, en sí mismo. Es decir, el objeto de dichos recursos no es el contrato (hipótesis prevista en el artículo 105, numeral 1º del CPACA), sino el laudo arbitral.

D. Caducidad y prescripción

Finalmente, para contestar a la pregunta sobre cuáles serían los términos de prescripción o de caducidad de las acciones relacionadas con los contratos celebrados por FONADE, en el evento de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria, baste recordar que, en tanto que las vías de acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o medios de control, están sujetas a términos especiales de **caducidad**, no ocurre lo mismo en la Jurisdicción Ordinaria. En esta, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), por regla general, el ejercicio del derecho de acción no se encuentra sujeto a plazos de caducidad, pero el sujeto pasivo de la acción³⁵ puede proponer, como medio de defensa, la prescripción de la acción, que equivale, en este caso, a la prescripción extintiva del respectivo derecho.

Así las cosas, en el evento de acudir FONADE a la Jurisdicción Ordinaria, ya sea como demandante o como demandado, o como tercero interviniente, no estaría sometido a términos de caducidad, por regla general,³⁶ independientemente del régimen jurídico sustancial aplicable al contrato, y estaría sujeto a los términos de prescripción generales consagrados en el artículo 2536 del Código Civil, con la modificación efectuada por el artículo 8º de la ley 791 de 2002, es decir: diez (10)

³³ "Artículo 104. De la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ...
"Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

...

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

"Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. ...

"7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia..."

³⁴ "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". El inciso tercero del artículo 46 dispone: "(...) cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado".

³⁵ Demandado, llamado en garantía, denunciado, etc.

³⁶ Hay algunas excepciones, como la caducidad de la acción cambiaria, consagrada en los artículos 729 y 781 del Código de Comercio.

años para la acción ordinaria y cinco (5) para la acción ejecutiva; o, según el caso, a los plazos de prescripción especiales o “de corto tiempo” consagrados en diferentes normas del Código Civil y del Código de Comercio.

E. Improcedencia de cláusulas exorbitantes

Tal como se explicó en el literal B. de este concepto, especialmente en su numeral 4, la Sala considera que FONADE no puede incluir o pactar cláusulas exorbitantes en los contratos que celebre con particulares o con otras entidades públicas (sean éstas de las sujetas al régimen de la ley 80 de 1993 o no), pues en ninguno de dichos casos FONADE se entiende colocado, desde el punto de vista jurídico, en una situación de superioridad o preeminencia frente a su contraparte.

Adicionalmente, en ninguno de los eventos descritos los regímenes jurídicos a los cuales estarían sometidos los respectivos contratos, esto es, el derecho privado, en el caso de los contratos celebrados por FONADE con particulares o con otras entidades públicas excluidas de la aplicación de la ley 80 de 1993, o bien el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el caso de los contratos interadministrativos suscritos por FONADE con entidades públicas sujetas a la citada ley, permiten la estipulación de cláusulas exorbitantes a favor de ninguna de las partes.

III. La Sala RESPONDE:

1) *¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, diferentes a las derivadas de las actividades financieras que realice la Entidad, ya sea que actúe como demandante o como demandado, en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1437 de 2011 – Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto 288 de 2004?*

La jurisdicción competente para conocer de los conflictos contractuales en que sea parte FONADE es la Jurisdicción Ordinaria, con excepción de los siguientes asuntos, cuya competencia corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

- a) Los relacionados con contratos ajenos al giro ordinario de los negocios de FONADE.
- b) Los atinentes a contratos interadministrativos celebrados por FONADE, salvo que la otra entidad pública tenga el carácter de institución financiera, aseguradora, intermediario de seguros o intermediario de valores vigilado por la Superintendencia Financiera, y que el contrato respectivo corresponda al giro ordinario de los negocios de las dos entidades.
- c) Los procesos en donde se discuta o pretenda discutir la validez o legalidad de actos administrativos (expresos o presuntos) dictados por FONADE en relación con su actividad contractual.
- d) Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales (anulación y revisión) en los que haya sido parte FONADE.

2) *¿Cuál es el Juez competente para conocer las controversias en las que sería parte el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, en las que estén involucradas la celebración, ejecución, terminación y liquidación de convenios*

interadministrativos que celebre esta Entidad con otras Entidades Estatales que tengan o no el carácter de financieras?

La jurisdicción competente para conocer de las controversias referidas a los contratos interadministrativos que celebre FONADE es la Contencioso Administrativa. Sin embargo, si la otra entidad pública es también una institución financiera, aseguradora, intermediaria de seguros o intermediaria de valores vigilada por la Superintendencia Financiera, y el objeto del contrato forma parte del giro ordinario de los negocios de las dos entidades, la competencia corresponde a la Jurisdicción Ordinaria.

3) ¿Cuáles son los términos de caducidad o de prescripción de las acciones judiciales, para el caso de acudir a la Jurisdicción Ordinaria?

Los términos de prescripción o de caducidad de las acciones judiciales, en el evento de acudir a la Jurisdicción Ordinaria, son los previstos en el Código Civil, en el Código de Comercio y en las normas especiales que sean aplicables, según lo explicado en este concepto.

4) ¿FONADE puede pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos que celebre con particulares, sean en cumplimiento de actividades financieras o como agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo?

FONADE no puede pactar cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos que celebre con particulares ni con otras entidades públicas.

Remítase al Director General del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala