



Señores,

JUZGADO NOVENO (9) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

J09cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Ref: **Radicado:** 11001310300920180040300

Demandante: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE, hoy, EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL-ENTERRITORIO.

Demandado: A.C.I. PROYECTOS S.A. INTEGRANTE DEL CONSORCIO GENERAL, ING INGENIERIA S.A.

Asunto: Recurso de reposición y en subsidio apelación.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ANGELA MARIA RESTREPO GÓMEZ, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.726.078 de Bogotá y tarjeta profesional No. 210.649 del C.S. de la J., en mi calidad de apoderada del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO —FONADE , hoy, EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL-ENTERRITORIO**, de manera respetuosa acudo a su despacho con el fin de presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN**, en contra del auto de fecha catorce (14) de julio de 2020, notificado por estado el día tres (3) de agosto de 2020, por medio del cual se revoca el auto admisorio de la demanda y en su lugar se declara la caducidad de la acción y se procede a rechazar la demanda, bajo los siguientes argumentos:

I. OPORTUNIDAD.

El auto recurrido fue notificado por estado el día tres (3) de agosto de 2020, de manera que, de conformidad con lo establecido en el artículo 318 y 322 del Código General del proceso, el término de tres (3) días para presentar recurso de reposición y en subsidio apelación vence el día 6 de agosto de 2020, en consecuencia el presente recurso se presente dentro de la oportunidad legal conferida para el efecto.





II. PETICIÓN

De manera respetuosa, solicito al señor Juez proceda a revocar el auto de fecha catorce (14) de julio de 2020, notificado por estado el día tres (3) de agosto de 2020, y en su lugar se ordene continuar el trámite del proceso.

III. FUNDAMENTOS

Resuelve el Despacho, en auto de catorce (14) de julio de 2020, notificado por estado el día tres (3) de agosto de 2020, lo siguiente:

“Primero: Revocar el auto de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018) y sus aclaraciones o adiciones, mediante el cual se admitió la presente demanda.

*Segundo: En su lugar, y hallándose presentes los presupuestos de ley, contenidos en el art. 136 del CCA para dar por consumada LA CADUCIDAD de la acción contractual promovida aquí por FONADE, con relación al contrato N° 2051547 de CONSULTORÍA convenido con el Consorcio General, conformado por las empresas ACI PROYECTOS S.A. y EROESTUDIOS SL, cuya INTERVENTORIA fue igualmente convenida por aquella con ING INGENIERÍA SAS., en contrato N° 2051849, conforme lo reglado en el art. 90-2 del C.G del P., **SE DECLARA CADUCA ÉSTA ACCIÓN**, y en consecuencia, **SE RECHAZA LA DEMANDA**.*

*Tercero: **DEVUÉLVANSE** los anexos sin desglose.*

*Cuarto: **CANCELANSE** las medidas cautelares dispuestas en el juicio. Oficiese”.*

Fundamentando su decisión en los siguientes argumentos.:

“Por manera que, partiendo de estos datos, la demandante contaba por lo menos, con dos años a partir de esta última calenda para acudir a la jurisdicción a reclamar mediante la acción contractual los perjuicios que hoy invoca en su demanda, empero como así no lo hizo sino hasta casi seis (6) años después, es evidente, que las acciones contractuales derivadas del negocio de Consultoría en cita y aún las del devenido de su respectiva Interventoría, también caducaron, todo a la luz de lo previsto en el numeral 10 del art. 136 del CCA, vigente para la época, pues aquí,





se debe dar aplicación a lo previsto en el art. 40 de la ley 153 de 1887, ya que el término de caducidad había iniciado, al amparo de aquella norma, a la promulgación de la ley 1437 de 2011 en su art. 164, literal j.

Siendo ello así, no es de recibo que se pretenda que a este asunto se apliquen reglas generales de prescripción de las acciones civiles, contenidas en el C.C., por cuanto que, los contratos que celebra FONADE con particulares son de carácter público, aun cuando a su aspecto sustancial se les aplique el derecho privado; de ahí, que el régimen a ellos aplicable en materia de caducidad o prescripción de acciones y derechos, no esté determinada por el código civil o comercial o financiero, pues ni la ley 1107 de 2006, ni la ley 1437 de 2011 han modificado este punto aplicable para esa clase de contratos, aún desde la ley 446 de 1998; ello por cuanto que el tema que se vino modificando frente estos negocios convencionales públicos, en esas normas y conforme reitera doctrina, apunta únicamente al tema de competencia y jurisdicción, de allí que en un tiempo estuvo a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa la resolución de esos litigios bajo el amparo del derecho privado en punto de la relación contractual, pero bajo la observancia de las reglas procesales del CCA; situación que hoy permanece, por lo menos en materia de reglas de caducidad y prescripción, pues aquí deben acatarse para el proceso ante la jurisdicción ordinaria civil, las de la especialidad en materia contractual pública, se reitera, por ser un contrato de ese linaje o naturaleza, el que sin embargo en la materia contractual convenida, se le aplica el derecho privado”.

Fundamentos que, resultan a todas luces equívocos y desafortunados, no solo porque carecen por completo de sustento jurídico, sino porque parte de una interpretación ajena a la realidad, tal como se pasa explicar:

1. Sea lo primero precisar que FONADE ha estado sometido desde hace varios años, a diferentes regímenes en materia de contratación, los cuales determinan los términos legales con que se cuenta para dar inicio a las acciones judiciales correspondientes, por lo que se busca a través de este procedimiento fijar los parámetros que deben seguirse en la entidad para cancelar las cuentas acreedoras que no han sido cobradas por los interesados o que no han cumplido con el lleno de los requisitos para el pago por parte de los diferentes acreedores de la entidad, tal como se observa a continuación:





- a) **Derecho Privado aplicable a contratos del giro ordinario de los negocios de FONADE: Vigencia del Régimen de la Contratación Estatal- ley 80 de 1993, del 1º de enero de 1994 al 16 de enero de 2008. En este período FONADE, como entidad financiera de carácter estatal, no estaba sujeta a las disposiciones de la ley 80 de 1993 en los contratos que correspondieran al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, mientras que respecto de los demás contratos se sujetaba a dicha normativa. El concepto del giro ordinario de las actividades propias del objeto social de una entidad financiera estatal era relativamente estricto en este período.**
- b) Régimen de Contratación Estatal: Vigencia de la ley 1150 de 2007 (art. 26), del 16 de enero de 2008 al 16 de junio de 2011. En este período FONADE estaba sujeto expresamente a las normas propias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- c) Derecho Privado aplicable de modo general: Vigencia de la ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo), del 16 de junio de 2011 a la fecha. Derogó el artículo 26 de la ley 1150 de 2007 que sujetaba a FONADE a la ley 80 de 1993. Quedaron por tanto vigentes las normas generales de esa ley, según las cuales los contratos que celebren las entidades financieras estatales no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aun cuando le será aplicable lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 80 referido, a los principios generales de la actividad contractual y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta que, en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 se estableció que:

Artículo 15. *Del Régimen Contractual de las Entidades Financieras Estatales. El párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:*

"Artículo 32.

(...)

"Párrafo 1º. 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 registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley".

Y, al respecto de la competencia de la Jurisdicción ordinaria para someter el presente asunto a la Jurisdicción Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estipuló que:

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. (Subrayado fuera del texto original)
2. Así las cosas, se tiene que los contratos objeto de litigio en el presente proceso, que fueron suscritos entre mi mandante y EL CONSORCIO GENERAL e ING INGENIERIOS, se suscribieron en el año 2005, razón por la cual, la normatividad aplicable en dicho momento y hasta el mes de enero de 2008 correspondió a la contenida en el parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1992, según el cual, se anota nuevamente, FONADE, como entidad financiera de carácter estatal, no estaba sujeta a las disposiciones de la ley 80 de 1993 en los contratos que correspondieran al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, mientras que respecto de los demás contratos se sujetaba a dicha normativa. Incluso si se tomara las fechas contenidas en el auto recurrido respecto de la fecha de finalización de la obra, 30 de agosto de 2012, se tiene que para ese momento ya estaba vigente la Ley 1437 de 2011, o para el 19 de septiembre de 2012, fechas a las cuales se refiere el Despacho en su providencia.



De manera que, si la actividad contratada por FONADE correspondía a una actividad relacionada con el giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, como lo fue la celebración de los contratos suscritos con EL CONSORCIO GENERAL y con ING INGENIERIOS, no le eran aplicables las disposiciones de la ley 80 de 1993, y por tanto se encontraba sujeto al régimen privado; es decir, que desde la fecha de celebración de los contratos debatidos en el presente proceso, le resultaban aplicables a FONADE las normas de carácter privado.

3. La presente demanda fue presentada en el año 2018, de manera que, para el efecto deben aplicarse los presupuestos procesales vigentes para dicha época, es decir el artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que a competencia para conocer del asunto se refiere, esto es, que el presente proceso le correspondía conocer a la Jurisdicción Civil.
4. Si se toma en consideración las normas aplicables en los dos momentos manifestados con anterioridad, es decir, la fecha de celebración de los contratos debatidos en el presente proceso y la fecha presentación de la demanda, no hay lugar a dudas que la jurisdicción competente para conocer del presente proceso es la jurisdicción civil, y que en el trámite del proceso debe dar aplicación a las normas de derecho privado.

Para dar mayor claridad al Despacho frente al particular, a continuación me permito hacer referencia a Concepto No. (2097469) 11001-03-06-000-2013-00002-00-2135, del 9 de abril de 2013, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el cual se dispuso lo siguiente:

“Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 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.



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”.

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.

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”.

(...)

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”.





(...)

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:(...)

*“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.***

(...)

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

*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”. (Subrayado y negrita fuera del texto)*

Y finalmente, en lo que nos atañe, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en cuanto a la aplicación de la prescripción o la caducidad señaló:

“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 acción 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, 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 8° de la ley 791 de 2002, es decir: diez (10) 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”. (Subrayado y negrita fuera del texto)

Así las cosas, se reitera que erró el Despacho al determinar que en el presente proceso resultaba aplicable el término de caducidad y no de prescripción, ya que además de lo expuesto, se tiene que no resulta acertado si quiera afirmar que el competente para conocer del presente asunto es la Jurisdicción Civil, tal como lo hizo el Despacho al señalar que “*este juzgado es competente para conocer del asunto, en razón a la competencia asignada por el art. 20-11 del C.G. del P. y por la ley 1437 de 2011 en su art. 105*”, pero que a pesar de ser competente la Jurisdicción Civil le resultan aplicables al caso concreto las normas del referentes a lo contencioso administrativo, pues, si lo aplicable fueran las normas contenciosas administrativas lo lógico y consecuente sería que el competente para conocer del asunto fuera el Juez Administrativo y no el Juez Civil, lo cual no ocurre en el presente caso, en el cual no existe discusión respecto de la competencia del Juez Civil para conocer del mismo, de manera que frente a dicha circunstancia, los argumentos del Juzgado se caen de su propio peso.

Adicional a lo anterior, valga aclarar que el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece: “*En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo*”, sin embargo, NO existe en el Código General del Proceso normal de tal envergadura que le permita al Juez Civil remitirse a las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, un motivo más por el cual resulta equivocado que en el presente proceso el Juez hubiere dado aplicación al término de caducidad establecido para procesos contenciosos administrativos, y no a las normas de prescripción aplicables en materia civil.

Frente a este punto la Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 325 de 1996, señaló:

“En este sentido, expresó la Corte en la Sentencia T-345/96:^[11] “8.6 El debido proceso y el acceso a la justicia (CP arts. 29, 228 y 229) son derechos fundamentales que obligan a interpretar las normas procesales como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de



los asuntos sometidos a consideración de los jueces (principio pro actione). Si bien los derechos mencionados no se vulneran cuando se inadmite un recurso o acción por no concurrir los presupuestos legales para su aceptación, la decisión judicial no debe ser arbitraria ni irrazonable. Se impone, por lo tanto, adoptar la interpretación que tome en cuenta el espíritu y finalidad de la norma y que sea más favorable para la efectividad del derecho fundamental”.

Luego, en atención a los argumentos expuestos anteriormente no hay lugar a dudas, que, en virtud de la normatividad aplicable al presente caso, no resulta admisible dar aplicación a la figura de la caducidad y por el contrario se debe acudir a la figura de la prescripción para la interposición de la demanda ante la Jurisdicción Civil, por lo tanto, debe entenderse que la demanda en el caso que nos ocupa fue presentada en término.

En virtud de lo anterior, solicito al Despacho que proceda a declarar procedente el presente recurso de reposición y en subsidio apelación y en consecuencia revoque el auto recurrido y se deje sin valor ni efecto por carecer de sustento jurídico.

Cordialmente,

Angela Restrepo
ANGELA MARIA RESTREPO GÓMEZ
C.C. 1.020.726.078 de Bogotá
T.P. 210.649 del C.S. de la J.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA