



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

**DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE
LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS POR EL
“FONDO COLOMBIA EN PAZ”**

Facultad de Derecho

**Maestría en Derecho Contractual Público y Privado
Cohorte III**

Adriana Patricia Oyola Bolívar

Presentado al Profesor:

Carolina Blanco A

Abogada- Docente

Bogotá D.C. Colombia

2020



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Resumen:

Esta propuesta pretende evidenciar una problemática correspondiente a un vacío normativo que se origina a partir de la creación del Fondo Colombia en Paz (FCP) a través del Decreto 691 de 2017, emanado por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, en lo relacionado a la indeterminación de la competencia jurisdiccional para conocer de los litigios que se deriven de los contratos del Fondo, regidos por el derecho privado, pero los recursos que se administran son públicos, por lo que se plantea una antinomia para determinar la competencia de los jueces competentes para conocer estos asuntos.

De lo anterior surge la pregunta: ¿Cuál es la competencia jurisdiccional para conocer y resolver los eventuales litigios que se deriven de la contratación suscrita por el Fondo Colombia en Paz? y

por tanto se traza como objetivo establecer una posición jurídica concreta respecto de la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer y resolver los eventuales litigios que se deriven de la contratación suscrita por el FCP. Como respuesta a este interrogante se puede afirmar que esta problemática supone que en los eventos en que se determine que la jurisdicción competente para conocer de estos litigios es la privada, se plantearía un escenario en el que los jueces y tribunales designados para asuntos civiles dirimirían conflictos derivados de contratos celebrados con recursos públicos; mientras que, si se es la jurisdicción contenciosa administrativa la competente, ésta asumiría el conocimiento de litigios en los que las partes en conflicto serían sujetos reglados por el derecho privado, en tanto el Decreto 691 de 2017 dispone que los patrimonios autónomos conformados



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

para ejecutar y contratar con los recursos

jurisdictional jurisdiction to hear litigation

del Fondo Colombia en Paz son de esta naturaleza.

arising from the Fund's contracts, governed by private law, but the resources that are administered are public, so an antinomy arises to determine the jurisdiction of the judges competent to deal with these matters.

La relevancia de este problema jurídico, se evidencia en las posturas contradictorias esbozadas por algunos tribunales de nuestra jurisdicción sobre este particular, en esquemas contractuales similares, como el de viviendas de interés social regulado en la ley 1537 de 2012.

From the foregoing, the question arises: What is the jurisdiction to hear and resolve any disputes arising from the contract signed by the Colombia in Peace Fund? and therefore the objective is to establish a specific legal position regarding the determination of the jurisdictional competence to hear and resolve any disputes arising from the contract signed by the FCP. In response to this question, it can be affirmed that this problem supposes that in the events in which it is determined that the competent jurisdiction to hear these litigations is the private one, a scenario would arise in which the judges and courts designated for civil matters

PALABRAS CLAVE: Fondo Colombia en Paz, contratos, régimen excepcional, jurisdicción competente.

Abstract: This proposal aims to highlight a problem corresponding to a regulatory vacuum that originates from the creation of the Colombia in Peace Fund (FCP) through Decree 691 of 2017, issued by the Administrative Department of the Presidency of the Republic, in what is related to the indeterminacy of the



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

would resolve conflicts. derived from

artículo se pone de manifiesto una

contracts entered into with public resources; while, if the contentious-administrative jurisdiction is the competent one, it would assume the knowledge of litigation in which the parties in conflict would be subjects regulated by private law, while Decree 691 of 2017 provides that autonomous estates formed to execute and contract with the resources of the Colombia in Peace Fund are of this nature.

The relevance of this legal problem is evidenced in the contradictory positions outlined by some courts of our jurisdiction on this matter, in similar contractual schemes, such as that of social interest housing regulated in Law 1537 of 2012.

KEY WORDS: Colombia in Peace Fund, contracts, exceptional regime, competent jurisdiction.

Introducción

En el desarrollo del presente

problemática que atañe a algunas de las modalidades contractuales excepcionales que en la actualidad se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de las cuales se constituyen patrimonios autónomos con recursos públicos para que sean administrados por sociedades fiduciarias bajo normas y preceptos del derecho privado, especialmente en lo que atañe a sus actos y contratos, que deberían ceñirse a las normas del Estatuto de Contratación Pública o ley 80 del 28 de octubre de 1993, emanada por el Congreso de la Republica y todas las leyes y decretos que la modifican y reglamentan, sin embargo no lo hacen, situación en la que se encuentra el Fondo Colombia en Paz.

En consecuencia, cabe preguntarse

¿Cuál es la competencia jurisdiccional para conocer y resolver los eventuales



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

litigios que se deriven de la contratación

suscrita por el Fondo Colombia en Paz?

Por tal razón, el objetivo del presente

artículo es establecer una posición

jurídica concreta respecto de la

determinación de la competencia

jurisdiccional para conocer y resolver los

eventuales litigios que se deriven de la

contratación suscrita por el FCP. De igual

forma se pretende explicar la

estructuración y operancia de los

regímenes contractuales excepcionales

en el ordenamiento jurídico colombiano,

describir la naturaleza jurídica y las

características de la gestión contractual

desarrollada por el fondo en mención,

identificar la contradicción jurídica

existente entre el régimen legal que se

debe aplicar a la contratación celebrada

por el mismo, y el origen

mayoritariamente público de los recursos

que lo componen, además de proponer

una solución a la problemática que se

podría suscitar al momento de determinar

la jurisdicción que tiene la competencia

para saber de los litigios procedentes de

la contratación suscrita por la entidad

señalada.

Para el análisis de la problemática

planteada se realizó una revisión

documental cuya base son decretos, leyes

y normas que regulan todo lo

concerniente al Fondo antes mencionado

y su Manual de contratación, de tal

manera que el modelo adaptado para esta

investigación consistiera en la

caracterización cualitativa.

El tipo de investigación

seleccionado es el de Acción Práctico

Participativo, toda vez que según Latorre

(2007), “presenta características bien

particulares que la distinguen de otros

enfoques metodológicos y que la hacen

más viable para transformar realidades

sociales” (p. 28). En este caso se tiene

como objetivo examinar un tema o un



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

problema, como lo es la determinación de

la competencia jurisdiccional para conocer de los conflictos que se derivan de la acción contractual del Fondo al cual se está haciendo referencia, y la aplicación de su manual de contratación, debido a la dicotomía que se plantea ante la aplicación de un régimen de derecho no público a sus actos y contratación, siendo sus recursos mayoritariamente de naturaleza oficial.

De acuerdo con lo anterior, se explicará en primer lugar que en Colombia el legislador ha dispuesto las condiciones necesarias para que algunas entidades del Estado puedan adoptar regímenes contractuales distintos al que aplican ordinariamente las autoridades administrativas en general, lo cual se fundamentará en doctrina especializada en la materia que explica la operancia de este fenómeno en nuestro país.

Posteriormente, se explicará de

forma puntual la naturaleza jurídica del

FCP y de su actividad contractual, teniendo en cuenta que mediante su acto de creación - Decreto 691 de 2017, "Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el "Fondo Colombia en Paz (FCP)" y se reglamenta su funcionamiento", en el cual se dispuso que los hechos y contrataciones de este Fondo se deben ceñir a las normas civiles y comerciales vigentes, aun cuando los recursos del mismo son de origen público, y pueden ser administrados por sociedades fiduciarias.

Para finalizar, se expondrá un caso real correspondiente a un esquema contractual similar al del FCP - viviendas de interés social, ley 1537 de 2012 emanada del Ministerio de Vivienda- en el que se ha configurado un conflicto negativo de competencia entre el



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Consejo de Estado y el Tribunal Superior

establece con claridad cuál quien tiene la

de Cali, debido a que ambas autoridades se han declarado carentes de jurisdicción para conocer de un litigio que surgió entre bienes que administra una entidad fiduciaria, en este caso la Alianza Fiduciaria S.A., y un contratista ejecutor de un proyecto de vivienda de interés social (VIS).

Dicho conflicto se ha suscitado debido a que la dualidad que representa el hecho de que un Fideicomiso integrado con recursos públicos se rija por normas de derecho privado, ocasionó que los dos tribunales antes mencionados declararan su carencia de jurisdicción, y remitieran el expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que éste diera solución al conflicto de competencia jurisdiccional.

Esta situación se encuentra sin resolver en el marco de la gestión contractual adelantada por el FCP, en tanto que el Decreto 691 de 2017 no

competencia jurisdiccional para saber de los litigios que se puedan derivar de los contratos celebrados por esta entidad; en este sentido, persiste una problemática sobre este particular que no se ha resuelto.

Los regímenes contractuales excepcionales de las entidades estatales en Colombia

Antes de la constituyente de 1991, no podía hablarse de contrato estatal propiamente dicho toda vez que existían los llamados contratos de la administración públicos y privados, y mucho antes de la constitución de 1886 se conoció de la existencia de una forma de libertad para contratar, que bien se podía asimilar a los contratos con particulares, es por ello que a través del mandato constitucional se le otorgó al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, que expidiera un Estatuto General de Contratación de la Administración



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Pública y en especial de la

toda declaración bilateral o de voluntad

Administración Nacional, que se cristalizó con la expedición de la Ley 80 Del 28 de octubre de 1993, la cual, según Palacio (2010),

| orienta a unificar todo lo referente a la contratación administrativa, a darle agilidad y transparencia, a exigir responsabilidad a todos los sujetos que intervienen en la actividad contractual, permitiendo el juego de la autonomía de la voluntad de las partes, dentro del marco de una actividad reglada. (palacio, 2010, p. 23).

Así como también, “eliminar la dispersión normativa y la multiplicidad de regímenes especiales que se dictaron en el curso del Decreto – Ley 222 de 1983”, (p. 25).

Históricamente se estuvo en la búsqueda de la distinción entre el contrato administrativo, entendido como

común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa y el contrato de derecho privado de la administración pública, tratando de definir por diversos juristas y doctrinantes de la época, cuál era el régimen jurídico aplicable y el juez competente de los conflictos generados por esos contratos distintos, durante un largo periodo utilizaron diversos criterios para distinguir un contrato de otro, criterios de lo cual valga decir, no fueron de pacífica aceptación. (Santofimio Gamboa, 2006, pág. 32)

En efecto, uno de los problemas a los cuales trató de hacerle frente la reforma introducida por la ley 80 de 1993, fue la distinción arriba mencionada, el legislador argumenta en la exposición de motivos en el Estatuto Contractual (1993)

que, si bien la doctrina y la



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

jurisprudencia fueron prolijas en la

Así entonces la doctrina nacional

sustentación de los criterios diferenciadores del contrato administrativo respecto del contrato de derecho privado de la administración, la realidad ha mostrado enorme dificultad cuando se ha pretendido hacer la distinción, una distinción que no ha sido tan clara, y por el contrario ha sido motivo de permanente discusión y propiciadora de no pocos conflictos. (Estatuto Contractual, 1993)

Con el propósito de ilustrar lo hasta aquí afirmado y en procura de ir construyendo lo que se pretende reflejar en este capítulo, pero sobre todo en el presente proyecto, se traerán a colación varios criterios diferenciadores que desde décadas se han manifestado para dar poder de intervención al estado sobre el contrato administrativo

indica que desde la década de los años 70, la jurisprudencia colombiana había establecido y desarrollado los criterios de distinción del contrato administrativo y lo hizo basado en la trayectoria que había marcado la legislación francesa en sobresalientes fallos que hacen parte de la cultura jurídica mundial; un primer criterio diferenciados fue el SUBJETIVO u ORGANICO, se decía que contrato administrativo, según Marienhorff (1971) es “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, entre un órgano del Estado, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas” (p.174), y de lo cual su conocimiento le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, se implementó como segundo criterio el de SERVICIO PUBLICO, este basó su teoría en que la finalidad o su objeto



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

estaba dirigido a la prestación de un

servicio público, sin embargo este

concepto, tiempo después sufrió una

crisis, al empezar los particulares también

a prestar servicio público, otro criterio

utilizado para esta dicotomía, era el

LEGAL DE DERECHO PUBLICO,

decía que el contrato era administrativo si

la ley así lo calificaba sin consideración

de su naturaleza, comprende también el

hecho de que el contrato este rodeado de

procedimientos de selección de derecho

público, tal como la licitación.

(Benavides, 2004, pág. 299). Siendo

estos algunos de los parámetros

utilizados tanto por la jurisprudencia

local como en la doctrina extranjera

durante las décadas de los años 60 y 70

para adoptar decisiones que diferenciaron

si el contrato de la administración sería

administrativo o privado, en la práctica

resultaron importantes mas no

suficientes; toda vez que se empezaron a

evidenciar dificultades sobre dicha

distinción, puesto que la diferencia entre

estos dos tipos de contratos de la

administración era demasiado rígida y al

momento de su aplicación esta no era tan

clara y por consiguiente se generó una

noción en dichos contratos muy ambigua.

(Escobar Gil, 1999, págs. 33-35)

Más allá de los criterios

mencionados y de los métodos que se

hayan utilizado, aquí lo sobresaliente es

el esfuerzo de la administración por

identificar que diferenciaba o no el

contrato estatal del privado, porque

reconocía que por ciertas circunstancias

se le debía dar un tratamiento diferente,

es por ello que desde el momento en que

inicia la historia de la contratación estatal

lentamente se empiezan a incorporar

clausulas exorbitantes hoy excepcionales

de la administración.

La ley 80 de 1993, se ocupó de una

cuestión importante respecto de los



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

regímenes exceptuados, y fue formularse el

conllevado a vías de escape para acudir a la

cuestionamiento de si existía un

jurisdicción ordinaria” (p. 69).

fundamento valido para mantener esa

distinción, ante lo cual el legislador

respondió con la creación de una única

categoría contractual, el denominado

Contrato Estatal, además de someter dicho

contrato a un régimen jurídico mixto, toda

vez que siempre que estuviera una entidad

estatal habría de por medio un interés

general que el derecho público debía

regular.

Pese a que la exposición de motivos

para la expedición de la Ley 80 de 1993

dice: "De igual manera debe destacarse que

se consagra un único juez para conocer de

las controversias derivadas de los contratos

estatales y de los procesos de ejecución o de

cumplimiento...”, Marroquín y Quijano

(2003), señalan que “el propósito del juez

estatal se ha desdibujado con las

proliferaciones de excepciones a la ley 80,

la existencia de regímenes especiales ha

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, en su artículo 2º, inciso

g, señala como entidades exceptuadas a las

empresas industriales y comerciales del

Estado y sociedades de economía mixta con

participación superior al cincuenta por

ciento (50%) que estuvieran en

competencia o en mercados monopolísticos

o regulados, las entidades financieras,

crediticias o aseguradoras estatales y las

entidades exceptuadas del sector defensa,

que estaría sometido al régimen privado,

claro está, con la obligación de aplica el

artículo 209º (CPC, 1991), que a la lera

dice:

La función administrativa está al

servicio de los intereses generales y



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

se desarrolla con fundamento en los

y por último el artículo 8° de la ley

principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley” (CPC, 1991)

Así como también el artículo 267° (CPC, 1991), que reza “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación...)

80 de 1993, el cual hace referencia a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

Bajo el estatuto de contratación y sus normas concordantes, se puede distinguir la intención que el legislador trató de plasmar al no solo indicar que las entidades públicas debían contratar bajo estas normas y principios, sino que dicha contratación obedecía al cumplimiento de los fines Estatales, y con ese propósito se dispondrían regímenes excepcionales a la ley 80 los cuales se le otorgaría a ciertas entidades públicas cuando se presentaran una de estas circunstancias **i** – estuvieran efectuando actividades que estuvieran en competencia en el mercado; **ii** – las que otorgan una flexibilización del régimen jurídico, a pesar de que involucran el desarrollo de funciones administrativas y **iii** – las que regulan una materia de manera especial, pero sin excluir la



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

aplicación de la ley 80 de 1993.

tenemos: 1. Por disposición

En primer lugar, tenemos al amplio grupo de los que se caracterizan por tener una regulación distinta al Estatuto General de Contratación Pública (1993) “Las Excepciones que Privilegian la Competencia”, a su vez estas se dividen en subgrupos clasificados así: 1. las relacionadas con la prestación de servicios públicos: entidades prestadoras de salud y los contratos de las entidades estatales prestadoras de servicio público domiciliario, en el segundo subgrupo tenemos 2. las relativas a actividades industriales, comerciales y financieras: los contratos con las entidades financieras.

En el segundo grupo se desarrollan aquellas excepciones que no tienen como fundamento un régimen de competencia, sino la decisión constitucional o legal de otorgarles un régimen jurídico especial, excluyente de la ley 80; entre esos

constitucional: los contratos del Banco de la República, los contratos de donación a entidades sin ánimo de lucro, y los contratos celebrados por las universidades públicas. 2. Por disposición legal: los convenios de cooperación con particulares los contratos con organismos internacionales y los contratos de ciencia y tecnología. Y en un tercer grupo las que regulan una materia de manera especial, pero sin excluir la aplicación de la ley 80 de 1993, entre esos están: los contratos del Distrito Capital y las operaciones de crédito público.

Lo hasta aquí expuesto, es importante, porque preliminarmente nos permite concluir que en nuestro ordenamiento jurídico los regímenes exceptuados, si así se pueden llamar, aplican un régimen jurídico mixto, así mismo es posible observar que esas



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

excepciones se encuentran fundadas en

razón del sujeto o de la materia que ejerciten las entidades objeto de excepción.

Un claro ejemplo de las entidades exentas de la aplicación del Estatuto General de Contratación es la regulada en la ley 142 y 143 de 1994 relativa a los servicios públicos domiciliarios donde por disposición legal, según Benavides (2004), “el régimen jurídico aplicable es el derecho privado respetando en ese sentido los principios que orientan la función administrativa”. (p. 382). Sin embargo, no siempre se entendió de esta manera por cuanto la clasificaciones de regímenes con excepciones al momento de ser aplicadas a casos concretos tienen a ser confusos; en ese sentido antes de la entrada en vigor de la ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se

produjeron controversias respecto de

quien era el juez competente para dirimir los conflictos resultantes de los contratos ya que la norma de servicios públicos domiciliarios no dijo nada sobre el particular, presentándose en ese sentido discrepancias en el Consejo de Estado, el que algunas veces se declaraba competente para saber de las controversias contractuales y, otras, se negaba conocer de tales asuntos. (Sentencia Consejo de Estado, 2007)

Sobre esta norma existieron criterios dispersos de interpretaciones, uno de ellos fue lo señalado en la ley 446 de 1998, mediante la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se estableció una excepción y era que por regla general el conocimiento respecto de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliario le pertenecía a la jurisdicción ordinaria, sin



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

embargo, la justicia contenciosa

públicos domiciliarios, no estarían

administrativa debía intervenir cuando su finalidad estuviera vinculada directamente a la prestación de servicio.

Dicha disposición cabe advertir que solo tuvo operancia hasta cuando empezó a regir la ley 489, la cual estableció que la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, se aplicaría a todo lo que tenía que ver con los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, razón por la cual se imponía nuevamente la lógica privada y a la justicia ordinaria.

Tiempo más tarde, y después de tantos debates jurisprudenciales la redacción del artículo 31 de la ley 142 fue modificada por el artículo 3 de la ley 689 de 2001 en el cual sucintamente disponía que los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios

sometidas a la ley 80 de 1993, no obstante, en cierto tipo de contratos que celebren estas mismas entidades se le debía incorporar las cláusulas exorbitantes, y solo para estos casos específicos estarían sometidos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Corte Constitucional, 2003). Con todo, es preciso referir que las contradicciones jurisprudenciales llevaron al legislador por medio de la ley 1437 de 2011 a tomar decisiones y zanjar la discusión manifestando, según Herrera (1997), que

la jurisdicción contenciosa administrativa en materia contractual conocerá de lo relativo a los contratos cualquiera que fuera su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado; y también de los relativos



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

a contratos celebrados por naturaleza de entidad pública”.

cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. (Herrera, 1997, p.36)

El Consejo de Estado, en respuesta a la demanda 087708 de 2007 del 26 de octubre, impuesta por la DIAN en relación con la Ley 142 de 1994 en su artículo 17° y la Ley 489 de 1998, en su artículo 38°, señala que:

El sólo hecho de que una entidad estatal se cree, se constituya, o se rija por el derecho privado no hace que su naturaleza jurídica necesariamente sea de derecho privado pues este criterio desconocería que el legislador, en muchos campos tiene la potestad de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que eso desdibuje su

(Ley 489 de 1998, Artículo 38)

Seguidamente, la Sentencia No. 11001 del 27 de marzo de 2009 del Consejo de Estado, manifiesta que

Se debe precisar, en primer lugar, que las nociones de naturaleza jurídica y régimen jurídico son diferentes, afirmación que se colige del tenor del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, y que si bien son conceptos que pueden estar relacionados, no por ello se deben confundir o tomar por iguales.

Corolario de lo anterior, es que inclusive la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha ocupado de analizar estas problemáticas, la cual se genera en diversos escenarios a saber, como por ejemplo, cuando se analizan los Fondos creados en determinados sectores de la estructura estatal, respecto de los que se



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

ha precisado que existen bajo dos

esquemas a saber: i) Fondos cuenta, los cuales carecen de personería jurídica y simplemente son un instrumento para la administración de recursos y ii) Fondos entidad, que sí poseen personería jurídica y son similares a los Establecimientos Públicos. (Consejo de Estado, 2015)

Ahora bien, toda esta explicación de la contratación pública y sus regímenes excepcionales, se relacionan con la relevancia que existe al momento de someter las controversias derivadas de algunos de estos asuntos, ante la jurisdicción, en el entendido de que como hemos visto en las descripciones dadas a lo largo de este capítulo, desde décadas, siempre ha existido dicotomía sobre la jurisdicción competente para determinadas controversias, y es ahí donde precisamente comienza el debate para determinar los criterios determinantes de la jurisdicción

contenciosa administrativa y la

importancia del porque sea esta y no la jurisdicción ordinaria la que dirima conflictos de connotación estatal.

Uno de los puntos importantes para entender la finalidad de la jurisdicción contenciosa administrativa se podría definir en tres cualidades o criterios si así lo queremos denominar; según el Profesor Montaña así:

1. Criterio Subjetivo, el cual indica que los sujetos que ejercitan legítimamente el poder no pueden reglarse por normas comunes sino por un derecho administrativo, el elemento de poder público, aunque no sea el que se utilice para justificar esta teoría, sí es una de las características principales del aparato estatal.

2. Criterio Objetivo, la connotación objetiva de la justificación de este criterio dice el mencionado autor, no nace de la identificación de una



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

actividad o unas actividades precisas,

sino que más bien, de la forma de actuar,

esa imposición legítima o prerrogativas

que pueden tener esos sujetos sobre otros

en el curso de sus relaciones, las cuales le

permiten proteger el interés general. y 3.

Criterio teleológico, según este criterio el

régimen jurídico administrativo resulta

procedente siempre que se identifiquen

unas finalidades precisas inmersas en

algunas relaciones entre sujetos de

derecho, y lo más importante aquí es el

objeto que pretende el Estado por medio

de sus distintas formas y

manifestaciones, fundamentadas en los

finés del Estado. (Montaña Plata, 2010,

págs. 41-47)

Así entonces, es como vemos al

Estado Social de Derecho, cumpliendo

sus fines a través de lo que conocemos

como “función pública”, siendo una de

las formas de materializar dicha función

es por medio de la contratación estatal.

Esto implica, según la sentencia C-449-

92 del Consejo de Estado,

“que la regulación de la

contratación estatal, en tanto potestad del

legislador, no es una facultad ilimitada,

sino que está sometida a los postulados de

la Carta y, en particular a la satisfacción

del interés general”.

Esta postura ha sido reiterada por

la Corte Constitucional en sentencias C-

555 de 2013, C-499 de 2015 y C-126 de

2016, en las que se ha señalado que

Las finalidades de la contratación

pública se resumen en entender

que el contrato es un instrumento

utilizado por la administración

para cumplir las finalidades del

Estado Social de Derecho, hacer

efectivos los derechos de las

personas y prestar los servicios

públicos. Dentro de estas

finalidades, la protección del

interés general es un principio



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

axiológico que guía y determina la

validez de todas las actuaciones de la administración relacionadas con la actividad contractual.

En ese orden, el Estatuto de Contratación es una herramienta concebida para el control de los recursos públicos, sus principios y cláusulas excepcionales, son una de las formas en que la administración toma el control en medio de la contratación pública procurando proteger los intereses legítimos de los administrados (Jojoa Bolaños, 2012, pág. 85); sin embargo no importando la forma en la que esté concebida la administración pública hoy en día, porque esta maleable y puede adaptarse en distintas formas para cumplir sus cometidos y muchas veces no está presente en las relaciones contractuales, lo que debe estar siempre presente es el la finalidad que persigue con los recursos públicos que estén allí

inmersos, y por lo tanto las controversias

que de allí surjan, deben ser reguladas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, posición que es la piedra angular de la motivación del mencionado Estatuto.

Naturaleza jurídica y régimen

contractual aplicable al Fondo

Colombia en Paz

La paz, entendida como un fin esencial del Estado Social de Derecho, se exteniente directamente al conflicto armado interno que ha existido por más de medio siglo en Colombia afectando en diversos ámbitos la sociedad, el conflicto no solo ha perturbado la paz que se prescribe como derecho y deber en el articulado 22 de la carta magna, sino que este se empezó a generar toda clase de inseguridad, impactando especialmente a víctimas por desplazamiento forzado, pobreza, secuestros, homicidios, y en fin, toda clases de vulneración a los derechos



humanos.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

ilícitas, y la reparación de las

En procura de dar un paso atrás y dejar en la historia tantos años de violencia, en año 2012, de acuerdo con el Conpes 4867 (2016),

El presidente como mandatario del país optó por una salida negociada e inició un proceso de conversaciones de paz con los grupos armados ilegales. En las conversaciones adelantadas con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo (FARC-EP) en La Habana se estableció un Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera alrededor de puntos concretos tales como el desarrollo agrario integral, la participación política, el fin del conflicto, la solución al problema de las drogas

víctimas, entre otros. (Acuerdo de Paz, 2016, p. 11).

El Gobierno Nacional el día 24 de noviembre de 2016, suscribió con el grupo armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Acuerdo de Paz (2016). que sería el principio de la construcción a una paz estable y duradera, anhelada por todos los colombianos, en cuyo preámbulo se establece como eje central:

El impulsar la presencia y la acción eficaz del Estado en todo el territorio nacional, desarrollando cinco ejes temáticos relacionados con i) una reforma rural integral; participación política; iii) fin del conflicto; iv) solución integral al problema de las drogas ilícitas; v) acuerdo sobre las víctimas del conflicto; y vi) Fortalecimiento de la presencia institucional del



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Estado, esto es asegurando que las

considerandos del Decreto 691 de 2017 y

políticas públicas que se adopten

que a la letra dice:

sean eficaces. (Acuerdo de Paz,
2016, p. 3).

**Necesidad de implementar el
Fondo Colombia en Paz como
contribución a la consecución de los
fines del estado.**

El Decreto 691 de abril 27 de 2017 sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto, por el "Fondo Colombia en Paz (FCP), creado, según el Conpes (2016), como “el instrumento principal para la articulación y aplicación de las diferentes fuentes de financiamiento hacia las acciones priorizadas para la paz y el posconflicto” (p. 59), y se genera por la necesidad de facilitar la administración adecuada y eficiente de los recursos provenientes mayoritariamente de entidades públicas las cuales se mencionan en uno de los

El Presupuesto General de la Nación, aportes de las entidades territoriales, recursos del Sistema General de Regalías, recursos del Sistema General de Participaciones, recursos del Fondo Multidonante para la Paz y el Posconflicto del Banco Mundial, recursos del Fondo Fiduciario de Colombia Sostenible del BID, recursos del Fondo y mecanismos del Sistema de las Naciones Unidas, recursos del Fondo para el Posconflicto de la Unión Europea y otros actores no gubernamentales, recursos de otros gestores o implementadores, donaciones de otros organismos internacionales, donaciones de otros Estados y cualquier otra fuente de financiación”. (Decreto 691 de 2017, p. 2).



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

A su vez, el documento CONPES

con qué propósitos se destinarían,

3867 de 2016 señala que:

teniendo en cuenta el financiamiento

El FCP es un instrumento diseñado para materializar los dividendos económicos, sociales y ambientales de la paz, lo que busca es articular la cooperación internacional y el financiamiento privado y público, que actualmente se canaliza de forma desarticulada y dispersa a través de diferentes fondos y presupuestos nacionales e internacionales que apoyan el posconflicto, la paz, y el desarrollo sostenible del país” (Conpes 2016, p. 59).

público y privado que este involucra, cuya implementación adecuada contribuirá con los compromisos pactados mediante mecanismos que impliquen excepcional agilidad.

Así entonces desde el mencionado documento CONPES (2016), se empieza a advertir que el “Fondo Colombia en Paz operaría como un patrimonio autónomo con régimen privado y actuaría como un fondo de fondos, con el propósito de financiar los usos e intervenciones dirigidas a consolidar la paz” (p. 60), siendo entonces el régimen y la naturaleza de los actos, contratos y actuaciones ejercidas por el FCP de derecho privado, con observancia de los “principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (artículo 209° CPC de 1991)

Es decir, que el Gobierno Nacional en aras de colocar en marcha lo dispuesto en el acuerdo suscrito en el año 2016 en la Habana Cuba, debía principalmente organizar la estructura con la cual se financiaría la Paz en Colombia, en manos de quien se administrarían los recursos y



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Bajo esta premisa, el Decreto 691 de

de ejercer la vigilancia y control sobre el

2017 dispuso que este Fondo especial a través de un patrimonio autónomo, adelantaría todos sus procesos de contratación al tenor de las reglas de derecho privado, esto es, sin aplicar los preceptos de la ley 80 de 1993, así como todas aquellas normas que la modifican y reglamentan: Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y Decreto 1882 de 2018, entre otras.

Ahora bien, en dicho régimen contractual excepcional, se advierte en las consideraciones del acto administrativo de creación del FCP, que mayoritariamente los recursos, del mismo, provienen del Estado colombiano, organismos multilaterales, Estados extranjeros cooperantes, todos estos de naturaleza pública, así como la incorporación de fondos originarios del sector privado, por tanto la Contraloría General de la Republica, es la encargada

manejo que se le imparta a los recursos.

Mecanismo jurídico de la Fiducia

Pública como patrimonio autónomo para administrar los recursos del Fondo Colombia en Paz

El FCP como ya se ha venido mencionando, no es más que un instrumento utilizado por el Gobierno Nacional para cumplir con uno de los fines estatales, en este caso articulando eficazmente para poner en marcha lo que sería el inicio del posconflicto en el país, sin embargo, los recursos destinados a este fondo serán administrados por la creación de un patrimonio autónomo, es decir bienes administrados por una entidad fiduciaria, con régimen privado, de ahí, que los actos, contratos y actuaciones se encontraran bajo la órbita del derecho netamente privado.

Según el consejo de Estado, “para hablar de patrimonios autónomos



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

necesariamente hay que referirse al

contrato de fiducia mercantil, ya que es en virtud de dicho negocio jurídico que los patrimonios existen y desarrollan las actividades para las que fueron constituidos”.

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio (1971),

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

(CCC, 1971, p. 1).

De acuerdo con Rodríguez (2017),

Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo

que conforma o se denomina

patrimonio autónomo, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio. (Rodríguez 2017, p. 57).

Continuando con Rodríguez (2017),

“La doctrina lo ha definido en su forma representativa, como un contrato principal, oneroso y conmutativo, de ejecución instantánea, por excepción o de tracto sucesivo, por regla general, según el caso, tipificado en algunas



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

legislaciones como atípico o Peña (1986, “con personería jurídica, este

innominado”. (p. 187).

Sobre el patrimonio autónomo existen dos teorías principales; según Duguit (1926)

una teoría subjetiva clásica que ve en el patrimonio un reflejo directo de la personalidad y que, estimándolo como noción abstracta, permite comprender en el tanto los derechos y obligaciones de un sujeto existentes en un momento dado; por otro lado, existe la teoría objetiva o económica, que le reconoce al patrimonio una individualidad jurídica propia y lo concibe como una afectación de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado, reconocida por la sociedad y jurídicamente protegida”.

(Duguit, 1926, p. 2940)

Resulta fundamental para este estudio académico, que a pesar de que el patrimonio autónomo no cuente, según

sea reconocido como sujeto de derecho, capaz de contraer derecho y obligaciones, por ello tanto desde el punto de vista sustancial como para los efectos procesales, puede concurrir como demandante o demandado en una controversia judicial”. (p. 118). En efecto, la Corte Suprema de Justicia reconoció que el patrimonio autónomo si bien no es persona natural ni jurídica, es titular de derechos y obligaciones por lo que puede demandar y ser demandado por conducto del fideicomiso en su calidad de vocero, circunstancia que finalmente se plasma en el artículo 2.5.2.1.1. 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.

Ahora bien, la ley 80 de 1993 introdujo en el numeral 5° del artículo 32,



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

una regulación específica para una serie

de negocios jurídicos denominados encargos fiduciarios y fiducia pública, la misma normativa estableció también que la escogencia de las sociedades fiduciarias debería hacerse por licitación y que ese “contrato de fiducia nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo de la respectiva entidad oficial”. (numeral 5, artículo 32°).

Las entidades del Estado en virtud de esta figura jurídica de origen mercantil, autorizada además por el artículo 32 de la ley 80 de 1993 ha venido estableciendo negocios fiduciarios para canalizar los planes de gobierno, programas y/o proyectos, así entonces los negocios fiduciarios se pueden clasificar de las siguientes maneras:

a. Encargos Fiduciarios Públicos:

esta modalidad, tiene “como

propósito la administración o el

manejo de los recursos vinculados a los contratos que celebren las entidades estatales, o de los fondos públicos destinados a la cancelación de obligaciones contractuales” (Artículo 32 Ley 80 de 1993), los cuales, según Rodríguez (2017), “son entregados a título de mera tenencia a las entidades fiduciarias, con el fin de que los administren o manejen, obteniendo beneficios o ventajas financieras y/o el pago oportuno de lo adeudado”. (p. 568 y 569).

b. Fiducia Pública: La fiducia pública en contraste podría referirse al manejo de cualquier otro bien o de dinero, cuyo origen o administración no resulte de un contrato. En términos de la Ley 80 de 1993, “Es el contrato



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

mediante el cual las entidades

autónomo, distinto del propio de la

estatales entregan, en mera

entidad estatal.

tenencia, a las sociedades

De manera excepcional, la misma ley

fiduciarias bienes o dineros cuyo

80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2

origen o administración no

inciso 2 la constitución de patrimonios

resulte de los contratos

autónomos, con entidades sometidas a la

celebrados por las entidades

vigilancia de la Superintendencia

públicas” (Artículo 32 Ley 80 de

Bancaria, para desarrollar procesos de

1993)

titularización de activos e inversiones y

Sobre la Fiducia Pública, el Consejo

para el pago de pasivos laborales. (Consejo

de Estado en su sala de Consulta y

de Estado, 1998)

Servicio Civil (1998), señala que “la

De igual forma señala que

figura jurídica, creada por la ley 80 de

Hay dos particularidades que

1993 si bien porta el nombre de fiducia es

contiene la ley 80, que son

diferente en varios elementos esenciales

aplicables tanto al encargo

de la tradicional Fiducia mercantil”.

fiduciario como a la llamada

El Consejo de Estado (1998),

fiducia pública, y consisten en que

Continúa advirtiéndolo,

la adjudicación de los contratos

que, en efecto, por regla general la

que se celebren en desarrollo del

llamada fiducia pública no implica

encargo o de la fiducia pública,

transferencia de dominio sobre los

tienen como sujeto contratante a

bienes o recursos estatales, ni

entidades estatales

constituye tampoco un patrimonio

fideicomitentes, de manera que no



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

se pueden delegar a las sociedades

Función Pública,

fiduciarias y que la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. (Consejo de Estado, 1998)

En palabras, de Rodríguez (2017),

esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5° del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada ley 80 de 1993. (Rodríguez Azuero, 2017, pág. 574).

En conclusión, y de acuerdo con el Concepto 105971 de 2013 del Departamento Administrativo de la

la fiducia pública o el encargo fiduciario son contratos en los que, al contrario de lo que sucede en la fiducia mercantil, no se transfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicomitidos, los cuales continúan en cabeza de la entidad pública, en los cuales tampoco se genera con ellos un patrimonio autónomo. (DAFP, 2013).

- a. Fiducia Mercantil Pública: Este último tipo de fiducia utilizada por las entidades estatales, no se encuentra regulada vía ley, pero si encuentra asidero en otro tipo de fuente no formal como lo es la doctrina y la jurisprudencia, fiducia que valga decir es muy utilizada para administrar recursos públicos bajo la figura jurídica del patrimonio autónomo.

Así bien, el Decreto 691 de 2017 ha proscrito la creación de una fiducia



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

que como ya se ha visto, no es ni encargo

forman parte del patrimonio del

fiduciario y tampoco es fiducia pública, toda vez que los recursos destinados para el FCP constituirán un patrimonio autónomo distinto al del fideicomitente.

fiduciario, por cuanto sólo se pueden destinar a dicha finalidad.

(Consejo de Estado, 2014).

Contradicciones de la jurisprudencia

respecto de la competencia

jurisdiccional para conocer de los

litigios contractuales de los patrimonios

autónomos que se componen de

recursos públicos

Por tanto, la transferencia de dominio y la constitución de un patrimonio autónomo son dos de los elementos, sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil.

El Consejo de Estado (2014), ha manifestado en su jurisprudencia,

que, por vía de excepción, y por autorización expresa y especial de la Ley, las entidades públicas pueden celebrar contratos de fiducia mercantil con la constitución de patrimonios autónomos. Los recursos salen formalmente del patrimonio del fideicomitente, para garantizar el cumplimiento de la finalidad pretendida en el contrato, pero no

Habiéndose explicado en los párrafos precedentes que i) el ordenamiento jurídico colombiano habilita la posibilidad de que algunas entidades estatales desarrollen su actividad contractual de conformidad con un régimen legal distinto al preceptuado para esta clase de autoridades, y ii) el Fondo Colombia en Paz conforme al CONPES 3867 de 2016 y el Decreto 691 de 2017, permite que la gestión en materia de contratación se realice conforme a normas de derecho privado,



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

es menester explicar las razones por las

Este ejemplo servirá como

cuales se presenta una problemática en torno a la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer de los conflictos que se deriven de los contratos celebrados por el Fondo.

Para delimitar esta problemática, direccionalaremos nuestra atención en principio a revisar un conflicto de competencias generado entre el Consejo de Estado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, con ocasión de un litigio que surgió entre un Fideicomiso integrado en su totalidad por recursos públicos, cuyo vocero y administrador es Alianza Fiduciaria S.A., y una compañía constructora que ejecutaba un proyecto de vivienda de interés social, en el cual los organismos jurisdiccionales antes mencionados manifestaron que no tenían competencia para conocer del asunto, como adelante explicaremos.

parámetro para demostrar que en un esquema contractual muy similar al que se utiliza en el Fondo Colombia en Paz - regido por normas de derecho privado, aunque se ejecuten recursos públicos - presenta una problemática que puede replicarse en los contratos que suscribe el Fondo bajo las normas que lo regentan.

Presentación del caso: Integrar Constructores S.A.S Vs Fideicomiso PA2 Macroproyecto Altos de Santa Elena, representado por Alianza Fiduciaria S.A.

Al tenor de lo anunciado, se procede a exponer resumidamente el caso que tomaremos de referencia para explicar la problemática en cuestión, y se confrontarán las posturas asumidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y el Tribunal Superior de Santiago de Cali respecto de este caso, en el que ambos cuerpos colegiados manifestaron su falta



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

de competencia para dirimir el asunto.

adelantado por el Fideicomiso

Sinopsis del caso: El Fondo de Vivienda del Ministerio de Vivienda – Fonvivienda, junto al Municipio de Santiago de Cali constituyeron el Fideicomiso PA2 Macroproyecto Altos de Santa Elena, escogiéndose a Alianza Fiduciaria S.A. como la vocera y administradora de dicho patrimonio autónomo, el cual se conformó de una suma de dinero aportada por Fonvivienda y un lote de terreno suministrada por el Municipio antes mencionado.

El propósito de dicho patrimonio autónomo era contratar una persona natural o jurídica, que contara con la idoneidad y capacidad para construir un complejo habitacional de vivienda de interés social en Santiago de Cali, destinado a beneficiar las familias de más bajos recursos de esta ciudad. Como resultado de un proceso de selección reglado por normas civiles y comerciales

mencionado, se escogió a la empresa Integrar Constructores S.A.S. para ejecutar estas viviendas, relación contractual que también se estructuró bajo las condiciones jurídicas antes descritas, más allá de que todos los recursos con los que se adelantó el proyecto eran de naturaleza pública.

Ahora bien, en virtud de una serie de problemáticas que surgieron a lo largo de la ejecución del contrato, Integrar Constructores S.A.S. interpuso demanda arbitral contra el Fideicomiso PA2 Macroproyecto Altos de Santa Elena, representado por Alianza Fiduciaria S.A., debido a que en el contrato de obra suscrito entre ambas partes, se pactó cláusula compromisoria en la que se contempló que las diferencias que pudieran surgir de la ejecución de dicho negocio jurídico, se dirimiría ante un cuerpo arbitral designado por el Centro



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

de Arbitraje de la Asociación de

obstante, una vez el Fideicomiso

Ingenieros Del Valle.

En efecto, el litigio se surtió ante la mencionada asociación gremial, que designó tres (3) árbitros y un secretario para sustanciar todo el proceso, el cual generó como resultado un laudo arbitral en el que se condenó al Fideicomiso PA2 Macroproyecto Altos de Santa Elena, representado por Alianza Fiduciaria S.A., a cancelar en favor del demandante Integrar Constructores S.A.S., una condena en dinero por la causación de una serie de perjuicios derivados de la ejecución del contrato de obra antes descrito.

Hasta este momento del conflicto, no se había generado ninguna controversia en torno a la jurisdicción que debía conocer del litigio, por cuanto las partes habían acordado que sería un grupo de árbitros los encargados de resolver en primera instancia sus diferencias, no

demandado y condenado en el proceso arbitral interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el laudo, se activó la problemática jurídica que se quiere poner de presente, en tanto que el expediente fue remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, por disposición del cuerpo arbitral que profirió el laudo, por considerar que era el competente para desatar el recurso.

Posición asumida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Una vez recibido el expediente, este organismo judicial profirió auto fechado el 27 de octubre de 2017, en el que indicó que teniendo en cuenta la naturaleza pública de la integridad de los recursos que componían el Fideicomiso demandado, y sin importar que su vocero y administrador sea una sociedad fiduciaria privada, regida por normas



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

civiles y comerciales, el recurso

recurso de anulación sino la Sección

extraordinario de anulación en cuestión debía dirimirse por el Consejo de Estado, y no por la jurisdicción ordinaria civil:

De lo visto anteriormente, la Sala aprehende el contrato de ejecución de obra celebrado con la convocante Integrar Constructores S.A.S., con el patrimonio autónomo PA2 Macroproyecto ALTOS de Santa Elena, el cual se encuentra constituido en su totalidad con aportes públicos provenientes del Fondo Nacional de Vivienda, la Secretaría de Vivienda del municipio de Santiago de Cali y el Fondo Especial de Vivienda del municipio de Santiago de Cali, tal como se desprende del convenio interadministrativo y los contratos de fiducia y de ejecución de obra referidos anteriormente, razón por la cual, conforme al parágrafo del artículo 104 del C.P.A.C.A., debe ser considerado como una entidad pública. En esa medida, no es este Tribunal competente para decidir el

Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado toda vez que en el arbitraje interviene el patrimonio autónomo público (inc. Final, art. 46 Ley 1563 de 2012), que celebró por medio de su vocera el contrato que dio origen a la controversia objeto de este asunto (arts. 104, núm. 7 y 149, núm. 7 C.P.A.C.A. y art. 53, núm. 2 C.G.P.) (Tribunal Superior de Cali, 2017).

En consonancia con estas consideraciones, la Sala Civil del Tribunal Superior de Santiago de Cali declaró que carecía de jurisdicción para conocer del recurso extraordinario de anulación, y dispuso remitir el expediente a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por considerarlo el competente para desatar el mismo. Se precisa que esta decisión fue recurrida vía reposición por Integrar Constructores S.A.S, pero el Tribunal



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

confirmó en su integridad la decisión

derecho privado, Integrar Constructores

referida.

La posición asumida por el Consejo de Estado

A su turno, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este organismo, una vez tuvo conocimiento del asunto, profirió auto fechado el 02 de octubre de 2019, en el que indicó que sin importar la naturaleza pública de los recursos que integraban el Fideicomiso demandado, éste última era representado por una compañía fiduciaria privada, que bajo ninguna perspectiva jurídica podría considerarse como entidad pública, por lo que carecía el máximo tribunal de lo contencioso administrativo para asumir conocimiento y resolver este recurso extraordinario de anulación:

Como corolario de lo anterior, toda vez que la presente controversia se ha suscitado entre una persona jurídica de

S.A.S (como convocante) y una sociedad fiduciaria de carácter privado, Alianza Fiduciaria S.A., que actúa como vocera y administradora del Fideicomiso PA2 Macroproyecto Altos de Santa Elena sector A (como convocada), la Sección Tercera del Consejo de Estado no es competente para conocer del recurso de anulación, sino que lo es el Tribunal Superior Sala Civil de Cali, razón por la cual, en los términos del artículo 139 del C.G.P., se declarará la falta de jurisdicción y se ordenará, de acuerdo con el Consejo de Estado (2019),

la remisión del expediente a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que dirima el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, el cual se suscita por la declaratoria de falta de competencia del Tribunal Superior Sala Civil de Cali y de



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

esta Corporación. (Consejo de reglamentarias la jurisdicción

Estado, 2019).

Evidentemente, en la providencia citada el Consejo de Estado activa el correspondiente conflicto de competencia negativo ante la manifestación de falta de jurisdicción previa del Tribunal Superior de Santiago de Cali, para que sea la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien dirima esta controversia. Resulta de gran relevancia precisar, además, que en este momento no se ha resuelto la antinomia suscitada entre estas autoridades jurisdiccionales.

La extensión de esta problemática a los contratos del Fondo Colombia en Paz.

Conforme a la problemática descrita, se advierte que este tipo de esquemas contractuales, en los que sociedades fiduciarias privadas administran recursos públicos, y que no tienen definidos en sus normas

competente para dirimir los conflictos contractuales que se puedan suscitar, plantean esta profunda dificultad para que las autoridades judiciales puedan determinar su competencia para asumir el conocimiento en estos asuntos.

Si bien es cierto que el caso antes explicado no corresponde a un conflicto jurídico inherente al Fondo Colombia en Paz, si constituye claramente un esquema contractual similar al utilizado por éste, en la medida que toda su gestión contractual se sustancia a partir de normas civiles y comerciales, y no por las previstas ordinariamente por la ley 80 de 1993, así como las normas que le modifican y reglamentan.

Corolario de lo anterior, es que como se ha explicado, el artículo 3 del Decreto 691 de 2017 establece con total precisión que los actos y contratos del Fondo Colombia en Paz se rigen por el



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

derecho privado, excluyéndose entonces

cualquier posibilidad de aplicar las normas correspondientes a la Contratación Estatal convencional, aun cuando los recursos que se administran son públicos.

En este sentido, tal y como sucedió en el litigio revisado, que corresponde al esquema contractual especial creado para la construcción de proyectos de vivienda de interés social mediante la ley 1537 de 2012, para los casos del Fondo Colombia en Paz, el Decreto que dio origen a su creación, no determinó cual sería la jurisdicción competente para dirimir los conflictos que puedan surgir de la celebración de sus contratos.

Tal y como se ha anunciado, esta dicotomía que surge a partir de una actividad contractual del Fondo Colombia en Paz que se regula por normas de derecho privado, pero ejecutando recursos públicos, pone de

presente la evidente problemática que

afrontarán los administradores de justicia a los que corresponda conocer y resolver los conflictos derivados de dichos contratos.

Esta disyuntiva plantea en una vereda de la discusión la existencia de patrimonios autónomos que se rigen por derecho privado, y además representados por sociedades fiduciarias de la misma naturaleza; mientras que, en contraposición a ello, advertirá el fallador que estos fideicomisos se conforman por recursos públicos, destinados a la concreción e implementación de los acuerdos de paz suscritos por el Estado con las extintas guerrillas de las FARC-EP.

No existe duda entonces frente al vacío normativo que subyace de las reglas que regentan el Fondo Colombia en Paz, en lo que concierne a la determinación de la jurisdicción



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

competente para resolver los conflictos

actividad contractual a través de las

contractuales que puedan derivarse de los objetivos institucionales perseguidos por esta entidad, el cual podrá generar hacia el futuro conflictos competenciales entre jurisdicciones por el conocimiento de dichos asuntos, como aconteció en el caso específico antes estudiado.

Esta advertencia no resulta de un ejercicio análisis subjetivo de la suscrita, en tanto que como ya se demostró, en esquemas contractuales similares al del Fondo Colombia en Paz, se han suscitado importantes controversias entre los administradores de justicia para avocar conocimiento de los litigios que se deriven de su actividad contractual, por lo que en esencia nos encontramos frente a un problema sin solución.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico colombiano permite que algunas entidades estatales no desarrollen su

reglas contenidas en el estatuto de contratación pública por excelencia, entiéndase la ley 80 de 1993 y las normas que la reglamentan y complementa; es por ello, que por disposición expresa del legislador algunas autoridades están habilitadas para apartarse de dichas normas en materia contractual, y desarrollar sus procesos de selección y posteriores contratos, al tenor de las normas civiles y comerciales aplicables a los sujetos regentados por el derecho privado.

Para el caso específico del Fondo Colombia en Paz, por mandato expreso del Decreto 691 de 2017, se habilitó la posibilidad de que este adelantara sus actos y contratos conforme a las reglas del derecho privado, esto es, se le asignó la condición de un régimen excepcional a la norma genérica que es la ley 80 de 1993 en materia de contratación del



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Estado. Este esquema contractual

funciona a través de fiducias, que administran los recursos destinados por el Fondo para la adquisición de los bienes y servicios requeridos, y que constituyen patrimonios autónomos independientes al patrimonio fiduciario.

En lo que respecta a la jurisdicción competente para dirimir los eventuales conflictos que se deriven de los contratos suscritos por el Fondo Colombia en Paz, se advierte en principio un vacío normativo del Decreto 691 de 2017 que creó dicho Fondo, razón por la cual ante la dicotomía que representa la existencia de patrimonios autónomos conformados por recursos públicos, pero regidos por derecho privado, los administradores de justicia encontrarán importantes dificultades para establecer si son o no competentes para asumir conocimiento en dichos asuntos.

Es por ello que se establece ¿Cuál es la competencia jurisdiccional para conocer y

resolver los eventuales litigios que se

deriven de la contratación suscrita por el Fondo Colombia en Paz?, pregunta bastante sencilla a simple vista, pero al adentrarnos en la normatividad nos encontramos con ese vacío jurídico y a la vez esa disyuntiva de precisar jurídicamente cual es el escenario apropiado para dirimir este tipo de conflictos.

Es por ello que podemos manifestar que esta problemática expone y direcciona a la jurisdicción competente para conocer de estos litigios a la privada, deduciendo que los jueces y tribunales designados para asuntos civiles diriman conflictos derivados de contratos celebrados con recursos públicos; mientras que, si es la jurisdicción especial contenciosa la competente, ésta asumiría el conocimiento de litigios en los que las partes en conflicto serían sujetos reglados por el derecho privado, en tanto el Decreto 691 de 2017 dispone que los patrimonios autónomos conformados para



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

ejecutar y contratar con los recursos del

integraban, sin importar la estirpe de la

Fondo Colombia en Paz son de esta naturaleza.

compañía fiduciaria que lo representa.

Y es así que como muestra de la problemática antes descrita, es que en esquemas contractuales similares al del Fondo Colombia en Paz - como el de vivienda de interés social que se rige por la ley 1537 de 2012 -, existe actualmente un conflicto de competencia negativo entre el Consejo de Estado y el Tribunal Superior de Cali, en el marco de un litigio en el que un contratista demandó a un patrimonio autónomo conformado por recursos públicos y administrado por una sociedad fiduciaria privada, debido a que ambos organismos jurisdiccionales manifestaron carecer de jurisdicción para dirimir el asunto, el primero por estimar que se trataba de un conflicto entre dos sujetos regidos por derecho privado, y el segundo por reputar que el patrimonio autónomo era de naturaleza pública por los recursos que lo

En efecto, se puede concluir que la problemática identificada en el esquema contractual excepcional de vivienda de interés social - ley 1537 de 2012 -, se puede replicar en los actos y contratos que celebra el Fondo Colombia en Paz, en el cual no se deja precisión sobre la jurisdicción competente para conocer y dirimir dichos asuntos. Una clara muestra de ello, son las posiciones contrarias que sobre el particular han esbozado el Consejo de Estado y el Tribunal Superior de Cali.

Es así que con el presente artículo, pretendo enfocar la importancia de la resolución de esta controversia en la responsabilidad de las jurisdicciones en la resolución de conflictos tanto del sector público como del sector privado y evitar por parte del legislador vacíos normativos que conlleven a inequívocos



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

o mal interpretaciones por los operadores

Consejo de Estado 25 de marzo de 2014).

de justicia en nuestro país.

Consejo de Estado, 30903 (Consejo de

En consecuencia, propongo

Estado 8 de febrero de 2007).

humildemente seguimos de los preceptos

Consejo de Estado,
11001032600020180013600 (62199)

que definen cada jurisdicción para tratar

(Consejo de Estado 02 de octubre de 2019).

temas que por su naturaleza le competen,

Consejo de Estado, 11001-03-06-000-
2014-00172-00 (2222) (Consejo de Estado
13 de mayo de 2015.

siguiendo lo enseñado en cuanto a que si

Corte Constitucional, C-037 (Corte
Constitucional 28 de enero de 2003).

el conflicto tiene como protagonistas

Betti, Emilio. Teoría General del Negocio
Jurídico, trad. A. Martín Pérez, Madrid
1978, pág. 43.

sujetos de derecho privado, los

competentes y aptos para resolver de los

Cassese, Sabino. La Constitucionalización
del Derecho Administrativo XV Jornadas
Internacionales De Derecho
Administrativo, Universidad Externado de
Colombia 2014, p 285 y 286.

mismos es la jurisdicción privada, y si los

sujetos son de derecho publico el

escenario propio y natural es la

jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Congreso de la Republica de Colombia
(1983). Decreto 180 del 28 de octubre de
1983-Estatuto General de la Contratación
de la Administración Publica. Bogotá D.C.

Referencias

Atehortúa Ríos, Carlos Alberto,
“Servicios públicos domiciliarios,
proveedores y régimen de controles”,
Editorial Universidad Externado de
Colombia, 2006.

Conpes (2016). Consejo Nacional de
Política Económica y social. República de
Colombia. Departamento Nacional de
Planeación. Bogotá.

Benavides, J. L. (2004). *El contrato
estatal - entre el derecho público y el
derecho privado*. Bogotá: Universidad
Externado de Colombia.

Copleston; Frederick, "Historia de la
Filosofía"; Vol. 1, Editorial Ariel,
española, 1974, p 161.

Código de comercio de Colombia. Decreto
410 de 1971. Presidencia de La Republica
y Ministerio de Justicia, Bogotá.

Cortés Zambrano, Sonia, “*Derechos
humanos en las políticas de paz y
posconflicto en Colombia*”, Vol. 11, N° 1
/ enero-junio 2016 / Bogotá, D. C.;
Universidad Santo Tomás / pp. 129-145,
Pág. 132).

Consejo de Estado, 2002-0026-01



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Cortés, Zambrano, Sonia, “*Poder discrecional de la Corte Constitucional en el estado de cosas inconstitucional*”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2012.

Chávez Marín, Augusto Ramón, “*Convenios de la administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual*”, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

Dávila Vinueza, Luis Guillermo, “*Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la ley 80 de 1993*”, Editorial Legis, Bogotá, 2001.

Decreto 691/2017, de 27abril Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el "Fondo Colombia en Paz (FCP)" y se reglamenta su funcionamiento". Presidencia de la Republica. Bogotá D.C. 2017.

Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica (2017). Decreto 691 del 27 de abril de 2017. Bogotá. D.C.

Decreto 2555/ 2010. Del 15 de Julio, 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. Presidencia de La Republica. Bogotá.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

Duguit, L. Lecciones de Derecho público general. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, España.

Escobar Gil, R. (1999). *Teoría de los contratos de la administración pública*.

Bogotá: Legis.

García Gómez, Francisco “Manual de contratación y responsabilidad de la administración”, Editorial Comares, 2004.

Giraldo Bustamante, Carlos Julio, “*La fiducia en Colombia según la justicia arbitral*”, Revista de Derecho Privado, Núm. 35, Universidad de Los Andes, 2005. Pág. 82

González León, Carlos Andrés, “*Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia – Un análisis desde la dogmática jurídica*”, Editorial Universidad Libre, Pág. 86-87, 2019).

Henao, Juan Carlos. La Constitucionalización del Derecho Administrativo XV Jornadas Internacionales De Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia 2014, p 153.

Hernández Gil, Antonio; "Derecho de Obligaciones", Editorial Ceura, Madrid; 1983, p. 277 citado por Silva Rudut, Alvaro Alberto en "Algunas consideraciones en torno al fenómeno de la Multipropiedad o Tiempo Compartido ", p. 287, 288, Tomo /I, Lima; 1998 p. 438.

HERRERA, Benjamín. Régimen de la exorbitancia. En: Estudios de profundización en contratación estatal. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Cámara de Comercio de Bogotá, 1997.

Jojoa Bolaños, A. (2012). *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogotá: Librería jurídica Ibañez.

Latorre, A. (2007). La investigación-acción. Conocer y cambiar la práctica educativa. Barcelona, España:



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Grao.

Le Pera, Sergio, "La Naturaleza Jurídica". p. 11, Ediciones Pannedille, Buenos Aires (Argentina, 1971, 97 p.).

Le Pera, Sergio 1971 Metodología de la Ciencia del Derecho, Ediciones Ariel, Barcelona, 387 p. La Naturaleza Jurídica, Ediciones Pannedille, Buenos Aires (Argentina), 97 p.

Ley 1537/2012, del 20 de junio, Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones. Ministerio de vivienda. Bogotá D.C. 2012.

Ley 1150/2007, del 16 de julio, 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. Congreso de la Republica, Bogotá.

Ley 448/1998, del 7 de julio, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia." Congreso de la República. Bogotá.

Ley 142/1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Congreso de la Republica. Bogotá.

Ley 80/1993, del 28 de octubre, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Congreso de la Republica. Bogotá D.C. 1993.

López Medina, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, Segunda Edición, Editorial Legis y la Universidad de los Andes, 2006, pie de página 82, páginas 252 y 253.

Magaldi, Nuria, Procura existencial, Estado de Derecho y Estado de Social, Serie de Historia Jurídica y Filosofía del Derecho No. 48 Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2007, pp. 125 y 126.

Marroquín y Quijano (2003). Jurisdicción competente para conocer de las controversias derivadas de las garantías de los contratos estatales. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Procesal. Bogotá.

Miguel Marienhorff, Tratado de derecho administrativo (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971), 174, citado en Claudia Esteban, "La teoría de los contratos administrativos", http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf (acceso julio 17, 2017).

Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Palacio Hincapié, J. (2003). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá: Librería jurídica Sánchez.

Parada, Ramón, "Concepto y fuentes del derecho administrativo", Editorial Marcial Pons, 2008.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Peña Castrillón, G. (1986). *La fiducia en Colombia*. Bogotá: Temis.

Pino Ricci, Jorge. “El Régimen jurídico de los contratos estatales”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Rodríguez Azuero, S. (2017). *Negocios fiduciarios - su significación en américa latina*. Bogotá: Legis Editores.

Santofimio Gamboa, J. (2006). *Tratado de derecho administrativo. Tomo IV - Contratación indebida*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Superior de Cali, 2017-00006 (Tribunal Superior de Cali 27 de octubre de 2017).

Urueta Rojas, Juan Manuel. “El contrato de concesión de obras públicas”, Editorial Universidad del Rosario, 2006.

Villalba Pérez, Francisca. “La contratación de las sociedades en manos de las administraciones públicas”, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.

Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1979 p 239.