

Determinación de la Jurisdicción Competente Para Conocer de los Conflictos Derivados de los Contratos Suscritos por el “Fondo Colombia en Paz”¹

Determination of the Competent Jurisdiction to Hear the Conflicts Derived from the Contracts Signed by the “Colombia in Peace Fund”

Adriana Patricia Oyola Bolívar² , Carolina Blanco Alvarado³ 

² Universidad Autónoma del Caribe - Colombia

³ Universidad Santo Tomas - Colombia



Para citas: Oyola Bolívar, A., & Blanco Alvarado, C. (2022). Determinación de la Jurisdicción Competente Para Conocer de los Conflictos Derivados de los Contratos Suscritos por el “Fondo Colombia en Paz”. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo, 14(28), 427-451.
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3984>

Recibido: 23 de marzo de 2022

Aprobado: 24 de mayo de 2022

Editor: Fernando Luna Salas. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2022. Oyola Bolívar, A., & Blanco Alvarado, C. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



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 República, 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 FCP? 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

¹ El presente manuscrito es producto del proyecto de investigación: Determinación de la Jurisdicción Competente Para Conocer de los Conflictos Derivados de los Contratos Suscritos por el “FCP”, gestionado en la maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomas (Sede Bogotá)

² Magister en Derecho contractual público y privado - Universidad Santo Tomas (Sede Bogotá). Docente de la Universidad Autónoma del Caribe. adrianayola@hotmail.com

³ Doctora en Derecho de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). Magíster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialista en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Santo Tomas (Sede Bogotá). carolinablancoalvarado@hotmail.com

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 ejecutar y contratar con los recursos del FCP son de esta naturaleza. 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.

Palabras clave: FCP; 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 jurisdictional jurisdiction to hear litigation 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.

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 would resolve conflicts. derived from 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.

Keywords: Colombia in Peace Fund; contracts; exceptional regime; competent jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del presente artículo se pone de manifiesto una 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 (ECP) o Ley 80 del 28 de octubre de 1993 y todas las leyes y decretos que la modifican y reglamentan, sin embargo, no lo hacen, situación en la que se encuentra el FCP.

En consecuencia, cabe preguntarse ¿Cuál es la competencia jurisdiccional para conocer y resolver los eventuales litigios que se deriven de la contratación suscrita por el FCP?, de ahí que 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.

En el proceso metodológico, fue necesario una revisión documental de decretos, leyes y normas que regulan todo lo concerniente al FCP y su Manual de contratación, de tal manera que el modelo adaptado para esta investigación consistiera en la caracterización cualitativa de tipo de Acción Práctico Participativo⁴, tomando como base el objetivo planteado anteriormente, 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 (Zuleta, 2019; Polo, 2019). De acuerdo con lo anterior, se explicará que en Colombia el legislador ha dispuesto las condiciones necesarias para que algunas entidades del Estado

⁴ 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).

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 la naturaleza jurídica del FCP y de su actividad contractual, teniendo en cuenta que mediante su acto de creación Decreto 691 de 2017⁵, 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 Consejo de Estado y el Tribunal Superior de Cali (TSC), 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)⁶.

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 (Liñán, 2019); y mucho antes de la Constitución de 1886 se conoció de la existencia de una forma de libertad para contratar, que bien se podría 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 EGC de la Administración Pública y en especial de la Administración Nacional, que se cristalizó con la expedición de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993⁷, para eliminar la dispersión normativa y la multiplicidad de regímenes especiales que se dictaron en el curso del Decreto – Ley 222 de 1983” (Acosta & Guarnizo, 2020).

⁵ "Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el "FCP" y se reglamenta su funcionamiento".

⁶ Esta situación se encontraba sin resolver en el marco de la gestión contractual adelantada por el FCP, en tanto que el Decreto 691 de 2017 no establece con claridad quién tiene la 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.

⁷ 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).

Históricamente se estuvo en la búsqueda de la distinción entre el contrato administrativo, y el contrato de derecho privado de la administración pública, que trataron 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, 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, lo cual el legislador argumenta en la exposición de motivos en el Estatuto Contractual⁸.

Con el propósito de ilustrar lo hasta aquí, se traerán a colación varios criterios diferenciadores que desde décadas se han manifestado para dar poder de intervención al Estado sobre el contrato administrativo. Así entonces la doctrina nacional indica que desde la década de los años 70, la jurisprudencia colombiana había establecido y desarrollado los criterios de distinción del contrato administrativo⁹ (Palomares, 2015; Vargas, 2018); un primer criterio diferenciador fue el SUBJETIVO u ORGÁNICO, se decía que un contrato administrativo, según Marienhorff (1971, citado en Esteban, 2011) 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 PÚBLICO, éste basó su teoría en que la finalidad o su objeto 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 PÚBLICO, 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 esté 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 diferenciaban 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

⁸ Si bien la doctrina y la jurisprudencia fueron proliferas en la 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)

⁹ Se hizo basado en la trayectoria que había marcado la legislación francesa en sobresalientes fallos que hacen parte de la cultura jurídica mundial

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 cláusulas exorbitantes hoy excepcionales de la administración.

La Ley 80 de 1993, se ocupó de una cuestión importante respecto de los regímenes exceptuados, y fue formularse el cuestionamiento de si existía un fundamento válido 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 conllevado a vías de escape para acudir a la jurisdicción ordinaria" (p. 69).

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 2°, 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 aplicar el artículo 209° (Constitución Política de Colombia, 1991)¹⁰

¹⁰ "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Así como también el artículo 267° (Constitución Política de Colombia, 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 (...)" y por último el artículo 8° de la Ley 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 aplicación de la Ley 80 de 1993.

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 estos tenemos: **1.** Por disposición 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 permite concluir que en el ordenamiento jurídico los regímenes exceptuados, si así se pueden llamar, aplican un régimen jurídico mixto, así mismo es posible observar que esas

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" (Constitución Política de Colombia, 1991)

excepciones se encuentran fundadas en razón del sujeto o de la materia que ejerciten las entidades objeto de excepción¹¹.

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 tienden 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 a conocer de tales asuntos.

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 domiciliarios le pertenecía a la jurisdicción ordinaria, sin embargo, la justicia contenciosa administrativa debía intervenir cuando su finalidad estuviera vinculada directamente a la prestación de servicio¹².

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 públicos domiciliarios, no estarían 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 (González, 2016)¹³

¹¹ 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).

¹² Dicha disposición cabe advertir que solo tuvo operancia hasta cuando empezó a regir la Ley 489 de 1998, 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.

¹³ Según Herrera (1997), 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

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 sea de derecho privado¹⁴. Esto se reafirma en la Sentencia No. 11001 del 27 de marzo de 2009 del Consejo de Estado¹⁵.

Corolario de lo anterior, es que hasta la doctrina de la Sala de Consulta y el Servicio Civil del Consejo de Estado se han ocupado de analizar estas problemáticas, la cual se genera en diversos escenarios, como por ejemplo, cuando se analizan los Fondos creados en determinados sectores de la estructura estatal, respecto de los que se 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. 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 ésta 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 se quisiera denominar; según el Profesor Montaña (2010) así: 1. Criterio Subjetivo, el cual indica que los sujetos que ejercitan legítimamente el poder no pueden regularse por normas comunes sino por un derecho administrativo, el elemento de poder público, 2. Criterio Objetivo, la connotación objetiva de la justificación de este criterio, no nace de la identificación de una 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,

ejercicio de funciones propias del Estado; y también de los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

¹⁴ "este criterio desconocería que el legislador tiene (...) la potestad de escoger el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que eso desdibuje su naturaleza de entidad pública". (Consejo de Estado, sentencia 17907, 2012).

¹⁵ 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.

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 fines del Estado. (Pp. 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 esta una de las formas de materializar dicha función de la contratación estatal¹⁶. Esta postura ha sido reiterada por la Corte Constitucional en sentencias C-555 de 2013, C-499 de 2015 y C-126 de 2016.¹⁷

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, 2012, p. 85); sin embargo, no importando la forma en la que esté concebida la administración pública ésta puede adaptarse en distintas formas para cumplir sus cometidos, teniendo en cuenta que lo que debe estar siempre presente es el la finalidad que se 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 FCP

Es importante analizar la naturaleza jurídica de esta figura contractual creada como un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la cual, a diferencia de los entes autónomos creados por ley, el FCP no posee una estructura propia y es administrado por una o varias sociedades fiduciarias públicas. El FCP si bien se diseñó y está estructurado con una naturaleza privada, pues su norte jurídico está direccionado por el derecho privado, maneja recursos públicos, destinados por entes como el Banco Interamericano de Desarrollo. La Banca Multilateral, Cooperación Internacional.

¹⁶ Esto implica, según la sentencia C-207/19 de la Corte Constitucional "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"(2019).

¹⁷ 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 axiológico que guía y determina la validez de todas las actuaciones de la administración relacionadas con la actividad contractual.

Es pertinente señalar que el FCP tiene su propio estatuto o manual de contratación y su creación obedeció a esa necesidad imperioso de administrar los recursos destinados para la materialización e implementación del acuerdo de paz suscrito el 29 de noviembre de 2016 en Colombia entre las FARC - EP y el gobierno Nacional, cuyo objetivo se centra en la consolidación de esa anhelada paz, que se extiende directamente al conflicto armado interno que ha existido por más de medio siglo en Colombia afectando a diversos ámbitos de la sociedad. El conflicto no solo ha perturbado la paz, sino que ha generado toda clase de inseguridad, impactando especialmente a víctimas por desplazamiento forzado, pobreza, secuestros, homicidios, y, en fin, toda clase de vulneración a los derechos humanos (Navarro *et al*, 2016; Cortes, 2016). Es por ello que en procura de dar un paso atrás y dejar en la historia tantos años de violencia, en el año 2012, de acuerdo con el Conpes 4867 (2016), el Presidente toma la decisión de llevar adelante un proceso de paz¹⁸. Suscribiéndose el día 24 de noviembre de 2016, con el grupo armado FARC, lo cual sería el principio de la construcción de una paz estable y duradera, anhelada por todos los colombianos.¹⁹

Necesidad de implementar el FCP 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 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 considerandos del Decreto 691 de 2017.²⁰ Posteriormente el

¹⁸ 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 ilícitas, y la reparación de las víctimas, entre otros. (Acuerdo de Paz, 2016, p. 11).

¹⁹ En el 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 Estado, esto es asegurando que las políticas públicas que se adopten sean eficaces. (Acuerdo de Paz, 2016, p. 3).

²⁰ "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, 2017, p. 2).

documentos CONPES 3867 DE 2016 vuelve a ratificarlo²¹. 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 con qué propósitos se destinarían, teniendo en cuenta el financiamiento público y privado que este involucra, cuya implementación adecuada contribuirá con los compromisos pactados mediante mecanismos de excepcional agilidad.

Así entonces desde el documento CONPES (2016), se empieza a advertir que el "FCP 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" (Constitución Política de Colombia, 1991)

Bajo esta premisa, el Decreto 691 de 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 privado²².

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 República, es la encargada de ejercer la vigilancia y control sobre el manejo que se le imparta a los recursos.

Mecanismo jurídico de la Fiducia Pública como patrimonio autónomo para administrar los recursos del FCP

El FCP 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

²¹ Documento CONPES 3867 de 2016 señala: "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).

²² 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.

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 necesariamente hay que referirse al contrato de fiducia mercantil, ya que es en dicho negocio jurídico que los patrimonios existen y desarrollan las actividades para las que fueron constituidos". (Sentencia 19248, 2009). La fiducia mercantil ha sido ampliamente definida en el artículo 1226 del Código de Comercio (1971)²³, además Rodríguez Azuero, S. (2017), en su obra *Negocios fiduciarios: Su significación en América latina*, hace una elocuente explicación sobre todo lo relacionado con las fiducias mercantiles²⁴.

En relación con el patrimonio autónomo existen dos teorías principales; según Deuguit (1926):

Una subjetiva clásica que ve en el patrimonio un reflejo directo de la personalidad y que, estimándolo como noción abstracta, permite comprender los derechos y obligaciones de un sujeto existentes en un momento dado y 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. (Deuguit, 1926, p. 2940; Pardo, 2014; Sänger, 2015).

Resulta fundamental para este estudio académico, que a pesar de que el patrimonio autónomo no cuente, según Peña (1986), "con personería jurídica, éste sea reconocido como sujeto de derecho, capaz de contraer derechos 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.

²³ "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).

²⁴ 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). "La fiducia mercantil, en su forma representativa, ser trata de un contrato principal, oneroso y conmutativo, de ejecución instantánea, por excepción o de tracto sucesivo, por regla general, según el caso, tipificado en algunas legislaciones como atípico o innominado". (p. 187).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 introdujo en el numeral 5° del artículo 32, una regulación específica para una serie de negocios jurídicos denominados encargos fiduciarios y fiducia pública, la misma normativa establece 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". (Ley 80, 1993)²⁵.

Sobre la Fiducia Pública, el Consejo de Estado en su sala de Consulta y Servicio Civil (1998), señala que "la figura jurídica, creada por la Ley 80 de 1993 si bien porta el nombre de fiducia es diferente en varios elementos esenciales de la tradicional Fiducia mercantil". El Consejo de Estado (1998), Continúa advirtiéndolo, que, en efecto, por regla general la llamada fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal.

De manera excepcional, la misma Ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2 inciso 2 la constitución de patrimonios autónomos, con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales. (Consejo de Estado, 1998)²⁶ En palabras de Rodríguez (2017), "El consejo de Estado sostiene que 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 Código de Comercio". (p. 574).

En conclusión, y de acuerdo con el Concepto 105971 de 2013 del Departamento Administrativo de la Función Pública, la fiducia pública o el encargo fiduciario son contratos en los que, no se transfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicomitidos, los cuales continúan en cabeza de

²⁵ 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 han 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". (pp. 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 mediante el cual las entidades estatales entregan, en mera tenencia, a las sociedades fiduciarias bienes o dineros cuyo origen o administración no resulte de los contratos celebrados por las entidades públicas"

²⁶ Según el Consejo de Estado hay dos particularidades que contiene la Ley 80, que son aplicables tanto al encargo fiduciario como a la llamada fiducia pública, y consisten en que la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, tienen como sujeto contratante a entidades estatales fideicomitentes, de manera que no se pueden delegar a las sociedades 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; Vargas, 2018).

la entidad pública, en los cuales tampoco se genera con ellos un patrimonio autónomo. (DAFP, 2013)²⁷.

Así bien, el Decreto 691 de 2017 ha proscrito la creación de una fiducia que como ya se ha visto, no es ni encargo fiduciario y tampoco es fiducia pública, toda vez que los recursos destinados para el FCP constituirán un patrimonio autónomo distinto al del fideicomitente. 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 (2004), así lo manifiesta en su jurisprudencia.²⁸

Competencia jurisdiccional para conocer de los litigios contractuales de los patrimonios autónomos que se componen de recursos públicos

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 FCP 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, es menester explicar las razones por las 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, direccionamos la atención en revisar un conflicto de competencias generado entre el Consejo de Estado y el TS 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. Este ejemplo servirá como parámetro para demostrar que en un esquema contractual muy similar al que se utiliza en el FCPaz - 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.

²⁷ La Fiducia Mercantil Pública: Este último tipo de fiducia utilizada por las entidades estatales, no es 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.

²⁸ 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 forman parte del patrimonio del fiduciario, por cuanto sólo se pueden destinar a dicha finalidad. (Consejo de Estado, 2004; Rodríguez, 2015; Guarín y Aldana, 2016).

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 se toma como referencia para explicar la problemática en cuestión, y se confrontarán las posturas asumidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y el TSC respecto de este caso, en el que ambos cuerpos colegiados manifestaron su falta de competencia para dirimir el asunto.

Sinopsis del caso: El Fondo de Vivienda del Ministerio de Vivienda – Fonvivienda, junto al Municipio 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 contará con la idoneidad y capacidad para construir un complejo habitacional de vivienda de interés social en 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 adelantado por el Fideicomiso 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 de Arbitraje de la Asociación de 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 obstante, una vez el Fideicomiso 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

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 civiles y comerciales, el recurso extraordinario de anulación en cuestión debía dirimirse por el Consejo de Estado, y no por la jurisdicción ordinaria civil: Por lo anterior, 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 Cali y el Fondo Especial de Vivienda del municipio 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 recurso de anulación sino la Sección 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.7C. P.A.C.A. y art.53, núm.2C.G.P.) (TSC, 2017).

En consonancia con estas consideraciones, la Sala Civil del TSC 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 confirmó en su integridad la decisión 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, este último 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 derecho privado, Integrar Constructores 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 esta Corporación. (Consejo de 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 TSC, para que sea la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien dirima esta controversia, determinando recientemente que la Sala Civil del TSC Sala Unitaria Civil es la competente para conocer del recurso extraordinario de anulación, considerando que el inciso 3° del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, dispone que la suspensión de lo resuelto en el laudo es factible cuando la entidad pública condenada lo solicite, dejando sinsabores con relación a este conflicto de competencia. (TSC, 2021)

La extensión de esta problemática a los contratos del FCP

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 reglamentarias la jurisdicción 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 FCP, sí 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.

En consecuencia, el artículo 3 del Decreto 691 de 2017 establece con total precisión que los actos y contratos del FCP se rigen por el 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 FCP, el Decreto que dio origen a su creación, no determinó cuál 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 FCP 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 FCP, en lo que concierne a la determinación de la jurisdicción competente para resolver los conflictos 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 FCP, 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 actividad contractual a través de las reglas contenidas en el ECP por excelencia, entiéndase la Ley 80 de 1993 y las normas que la reglamentan y complementan; 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 FCP, por mandato expreso del Decreto 691 de 2017, se habilitó la posibilidad de que éste 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 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 FCP, 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 FCP?, pregunta bastante sencilla a simple vista, pero al adentrarse en la normatividad se encuentra con ese vacío jurídico y a la vez esa disyuntiva de precisar jurídicamente cuál es el escenario apropiado para dirimir este tipo de conflictos. Por consiguiente, se puede 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 regulados por el derecho privado, en tanto el Decreto 691 de 2017 dispone que los patrimonios autónomos conformados para ejecutar y contratar con los recursos del FCP son de esta naturaleza. Y es así que como muestra de la problemática antes descrita, es que en esquemas contractuales similares al del FCP - 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 TSC, 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 integraban, sin importar la estirpe de la compañía fiduciaria que lo representa.

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 FCP, 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 TSC. 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 de los legisladores vacíos normativos que conlleven a inequívocos o mal interpretaciones por los operadores de justicia en nuestro país.

En consecuencia, se propone seguir los preceptos que define cada jurisdicción para tratar temas que por su naturaleza le competen, siguiendo lo enseñado en cuanto a que, si el conflicto tiene como protagonistas sujetos de derecho privado, los competentes y aptos para resolver de los mismos es la jurisdicción privada, y si los sujetos son de derecho público el escenario propio y natural es la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Referencias

Acosta Suárez, N. y Guarnizo Rojas, M. L. (2020). Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y su inclusión como modalidad en el estatuto general de la contratación estatal. *Revista IUSTA*, 52, (pp. 123-146). doi: <https://doi.org/10.15332/25005286.5486>

- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal - entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado (2007, 8 de febrero). Auto Exp. No. 30903 [Enrique Gil Botero, C.P.] Colombia.
- Consejo de Estado (2009, 13 de agosto) Sentencia n° 25000-23-27-000-2004-01343-01(16510). [William Giraldo Giraldo, C. P.] Colombia.
- Consejo de Estado (2012, 1 de marzo). Sentencia n° 11001-03-27-000-2009-00042-00(17907) [William Giraldo Giraldo, C.P.] Colombia.
- Consejo de Estado (2014, 25 de marzo). Sentencia n° 76001-23-25-000-2002-0026-01 (23623). [Alier Eduardo Hernández Enríquez, C.P.] Colombia.
- Consejo de Estado (2015, 13 de mayo). Sentencia n° 11001-03-06-000-2014-00172-00 [Álvaro Namén Vargas, C.P.] Colombia.
- Consejo de Estado (2019, 2 de octubre). Auto Exp. No. 62199. [Martín Bermúdez Muños, C.P.] Colombia.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES (2016). República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá.
- Corte Constitucional. (2019, 16 de MAYO) Sentencia C-207/19. [Cristina Pardo Schlesinger, M.P]
- Cortes Zambrano, S. (2016) Derechos humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, (vol. 11) (1) (pp. 129-145). DOI: <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.03>
- Duguit, L. (1926) *Lecciones de Derecho público general*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Esteban, C. (2011) La teoría de los contratos administrativos. En R. Marcelo, *Informe de economía e instituciones*. (pp. 8-11) [En línea]. Universidad Católica Argentina. URL: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1952/1/informe-economia-instituciones-04-2011.pdf>
- González, O. (2016). La omisión legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista Verba Iuris*, (35), pp. 41–63. DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.5>

- Guarín, E. A. y Aldana, J. (2016). Estado jurisdiccional y bien común. *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 13-26. DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.36.1001>
- Herrera, B. (1997) Régimen de la exorbitancia. En Cámara de Comercio de Bogotá, *Estudios de profundización en contratación estatal*. (pp. 167-214) Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. URI: <http://hdl.handle.net/11520/25099>
- Jojoa Bolaños, A. (2012). *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogotá: Librería jurídica Ibáñez.
- Latorre, A. (2007). *La investigación- acción. Conocer y cambiar la práctica educativa*. Barcelona, España: Grao.
- Liñán Cadavid, J. E. (2019). El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos eficaz en el marco del contrato estatal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Vis Iuris*, 6(12): pp. 29-45. URL: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1546/1511>
- Marroquín, N. y Quijano, A. (2003). Jurisdicción competente para conocer de las controversias derivadas de las garantías de los contratos estatales. [Trabajo de grado para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana]. URL: <https://silo.tips/download/jurisdiccion-competente-para-conocer-de-las-controversias-derivadas-de-las-garan>
- Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Navarro Monterroza, A., Quintero Lyons, J., Fernández Mercado, N. y Díaz Pombo, F. (2019). Análisis de la reparación administrativa a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso El Carmen de Bolívar. *Revista Vis Iuris*, 3(5): pp.81-94. DOI: <https://doi.org/10.22518/vis.v3i52016.1125>
- Palacio Hincapié, J. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá: Librería jurídica Sánchez.
- Palomares García, J. (2016). El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 10(2), pp. 29-56. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2015.0002.06>
- Pardo, N. (2014) Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi* (9) (1) pp. 32-49. URL: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/1338/1540>
- Peña Castrillón, G. (1986). *La fiducia en Colombia*. Bogotá: Temis.

- Polo Martínez, C. A. (2019) Incumplimiento esencial del contrato en la Legislación Civil y Comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos. *Revista Vis Iuris* 6(11): pp. 9-69. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/235121182.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (1971, 27 de marzo) Decreto 410. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Diario Oficial No. 33.339 URL: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102>
- Presidencia de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial No. 41.094. URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Presidencia de la República de Colombia. (1994, 11 de julio) Ley 142. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 41.433 URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html
- Presidencia de la República de Colombia. (1998, 7 de julio) Ley 446. *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*. Diario Oficial No. 43.335. URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html
- Presidencia de la República de Colombia. (2007, 16 de julio) Ley 1150. *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*. Diario Oficial No. 46.691. URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Presidencia de la República de Colombia. (2010, 15 de julio). Decreto 2555. *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*. Diario Oficial No. 47.771. URL: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=40032>
- Presidencia de la República de Colombia. (2012, 20 de junio) Ley 1537. *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. Diario Oficial No. 48.467 URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1537_2012.html
- Presidencia de la República de Colombia. (2017, 27 de abril). Decreto Ley 691. *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*. Diario Oficial No. 50.217. URL:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0691_2017.html

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

Rodríguez Cely, A. M. (2015). Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 9(2), pp. 135-175. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0002.06>

Sänger, R. (2015) La garantía de la propiedad y el principio de proporcionalidad como límites de la carga tributaria en Alemania. *Revista IUSTA*, (42) (1), pp. 73-99. URL: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/2480/2416>

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

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (TSC) (2021, 4 de mayo) Recurso de Anulación, rad. 76001-91-11-000-2017-00006-00 [Jorge Jaramillo Villareal, M.P.] Colombia.

Vargas, A. M. (2018). Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo. *IUSTA*, 2(49), pp. 91-114. URL: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/4647/html>

Vargas Florián, S. M. (2018). La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado. *IUSTA*, 1(48), pp. 119-144. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.05>

Zuleta Castilla, D. E. (2019). Principios procedimentales para la Justicia Especial para la Paz en Colombia. *Vis Iuris. Revista De Derecho Y Ciencias Sociales*, 6(12), (pp. 105-135). URL: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1585>