



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN A**

**Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-36-000-2017-01353-01 (61186)**

**Actor: JAHV MCGREGOR SAS**

**Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO**

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Temas: EXCEPCIONES PREVIAS – falta de jurisdicción / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – competente, por regla general, para conocer de procesos en los que se demanda a una entidad pública, a excepción de los casos previstos en el artículo 105 del CPACA.*

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2018, a través de la cual se declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el Fondo Nacional del Ahorro y por el litisconsorte necesario por pasiva, PricewaterhouseCoopers AG Ltda. -PWC.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda**

Mediante escrito presentado el 21 de julio de 2017 (fls. 1 - 22 c. n.º 2), la sociedad JAHV McGregor SAS, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Fondo Nacional del Ahorro, con el fin de que se declarara la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la demandada adjudicó el contrato objeto de

proceso de convocatoria privada FNA-DA-CPRIV-005-2017 y resolvió la solicitud de revocatoria directa formulada por la parte actora.

A título de restablecimiento del derecho, se solicitó el pago de \$369'966.134 *“por concepto del daño causado en la pérdida de la oportunidad de la adjudicación del contrato y como proyección de su utilidad”*<sup>1</sup>.

Como fundamentos de hecho narró la demanda, en síntesis, lo siguiente:

El Fondo Nacional del Ahorro, en el mes de enero de 2017, adelantó el proceso de contratación privada FNA-DA-CPRIV-005-2017 con el objeto de: *“contratar una persona jurídica que realice las funciones de Evaluación y Seguimiento y Evaluación a la Administración del Riesgo a través de la ejecución de auditorías integrales (MECI-SGC), emitiendo las recomendaciones y ejecutando el seguimiento a la implementación de los correctivos definidos en los diferentes planes de acción, todo ello en el marco de las funciones asignadas por el legislador a las Oficinas de Control Interno”*.

Al proceso de contratación acudieron las sociedades JAHV McGregor SAS, KPMG Advisory Services y PricewaterhouseCoopers AG Ltda. -PWC, cada una de las cuales presentó propuesta de manera independiente.

El 3 de febrero de 2017, el Fondo Nacional del Ahorro publicó el informe preliminar de evaluación, en el que la firma KPMG Advisory Services obtuvo el mayor puntaje. Frente a esto, la sociedad JAHV McGregor SAS formuló observaciones, conforme a las cuales, por una parte, no se había contabilizado correctamente su experiencia porque no se tuvieron en cuenta los *“traslapos”* de experiencia adquirida en el mismo tiempo y, por otra parte, se tuvo por válida una certificación de un contrato en curso que tenía PWC con el Banco Citibank Colombia SAS, cuando la exigencia era demostrar experiencia de contratos ejecutados y, además, se contabilizó la experiencia de ciertos perfiles profesionales desde la obtención del título y no desde la expedición de la tarjeta profesional, como debía hacerse.

Por su parte, el proponente KPMG Advisory Services realizó observaciones frente a la experiencia presentada por la sociedad PWC; como sustento de la misma advirtió que nunca expidió la certificación que esta última compañía allegó para acreditar los

---

<sup>1</sup> La parte actora determinó con exactitud el valor solicitado a título de restablecimiento del derecho, en el escrito de subsanación de la demanda (fls. 44 – 48 c. n.º 2).

requisitos exigidos y, además, que dos de los perfiles profesionales presentados no cumplieran con la experiencia mínima habilitante.

El 10 de febrero de 2017, la entidad contratante publicó la respuesta a las observaciones. Desestimó la presentada por la sociedad demandante, relacionada con el contrato suscrito entre PWC y el Banco Citibank Colombia SA, bajo el argumento que los contratos en ejecución pueden acreditar una experiencia real y, a su vez, consideró improcedente la observación relacionada con la tacha de falsedad presentada por la firma KPMG Advisory Services.

El 13 de febrero de 2017, se expidió el acto administrativo denominado “*Acta de selección*”, por medio del cual el Fondo Nacional del Ahorro adjudicó el contrato a la compañía PWC.

El 15 de febrero de 2017, la sociedad demandante presentó solicitud de revocatoria directa del acto administrativo de adjudicación, que fue resuelta en forma negativa, a través de comunicación de 8 de marzo siguiente.

Con lo anterior, en criterio de la sociedad demandante, “*la entidad no tuvo en cuenta las normas preestablecidas tanto en la carta de invitación de la convocatoria ni las normas relativas a la legalidad en la adquisición de la experiencia de los profesionales en ingeniería, vulnerando las normas en que debería fundarse, borrando ilegítimamente el derecho patrimonial de adjudicación de JAHV McGREGOR*”, sociedad que debió ser seleccionada por contar con el mayor puntaje.

## **2. Trámite procesal**

A través de auto proferido el 31 de agosto de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B admitió la demanda y vinculó, como litisconsorte necesario por pasiva, a la compañía PricewaterhouseCoopers AG Ltda. – PWC, adjudicataria del contrato, según el acto administrativo que se controvierte (fls. 107-112 c. n.º 2).

La entidad demandada y el litisconsorte necesario recorrieron el traslado de la demanda, en los siguientes términos:

### **2.1. Fondo Nacional del Ahorro**

Manifestó que ninguna de las pretensiones elevadas en la demanda estaba llamada a prosperar, por cuanto el proceso de selección objetado se ajustó a las normas que lo regían, de manera que no se presentó la ilegalidad que se afirma ni se configuró ningún daño antijurídico.

Refirió que se surtieron todas las etapas del proceso de selección y se realizó la calificación de acuerdo con los lineamientos previamente fijados, siendo la empresa PWC la que mayor puntaje obtuvo.

En cuanto a la contabilización de la experiencia "*traslapada*", mencionó que se trataba de la "*experiencia de los consultores, que son personas naturales y por simple lógica, es imposible en un año de labores adquirir dos años de experiencia*" y, en todo caso, se aplicó el mismo criterio de calificación de la experiencia para todos los proponentes.

Sobre el contrato en ejecución que sostenía PWC con el Banco Citibank Colombia SA al momento de presentarse al proceso de selección, sostuvo que se tuvo en cuenta únicamente el tiempo de labores ejecutadas hasta ese momento y que, además, ese criterio también le fue aplicado a la empresa demandante en uno de sus contratos, que igualmente se encontraba aún en estado de ejecución.

De otra parte, adujo que durante la selección se demostró que no existía la falsedad en documento que la demandante había puesto de presente y se aclaró que la contabilización de la experiencia se tomaba desde la fecha de grado y no desde la expedición de la tarjeta profesional, porque así lo indicaba el Decreto Ley 019 de 2012.

Como excepciones propuso las siguientes:

i) Falta de jurisdicción, por configurarse la excepción contenida en el artículo 105 del CPACA, en tanto el Fondo Nacional del Ahorro es una entidad de carácter financiero y adelantó el proceso de selección para cumplir con una exigencia del órgano que sobre ella ejerce control y vigilancia –*Superintendencia Financiera*-, lo anterior para entender que la contratación hacía parte del giro ordinario de sus negocios y, por ende, era la jurisdicción ordinaria la competente para conocer del litigio.

ii) Ineptitud de la demanda, por no haberse incluido la pretensión de nulidad del contrato suscrito entre la entidad pública y el adjudicado, a pesar de que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece que el contrato es nulo cuando se declaran nulos los actos administrativos en que se fundamenta, como se pretende en este caso.

iii) Falta de legitimación en la causa por activa, al considerar que el demandante no acreditó cuáles fueron las disposiciones quebrantadas en el proceso de selección y tampoco demostró que su propuesta hubiera sido la mejor, requisitos estos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido cuando la pretensión perseguida es la nulidad del acto de adjudicación (fls. 190 – 233 c. n.º 2).

## **2.2. PricewaterhouseCoopers AG Ltda. – PWC**

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que no era cierta la falsedad alegada respecto del certificado de experiencia expedido por KPMG Advisory Services, que fue allegado para acreditar los requisitos de uno de los perfiles profesionales que utilizó en su propuesta, debate que además nunca se dio en el proceso de contratación, dado que lo único que se advirtió era que el certificado no había sido descargado del aplicativo “*Kactus*”; sin embargo, su contenido era verídico y fue corroborado por la entidad contratante.

Mencionó, además, que el negocio jurídico celebrado entre esa compañía y el Banco Citibank Colombia SA era plausible de ser valorado como experiencia, en tanto se trataba de un contrato de tracto sucesivo que permitía acreditar las labores y el valor ejecutados al momento de expedirse la certificación.

Señaló que la experiencia profesional se debe contabilizar desde la obtención del título, conforme lo establece el artículo 229 del Decreto 019 de 2012, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias y, por último, indicó que la contabilización del tiempo de experiencia “*traslapada*” que propone la demandante no tiene asidero por cuanto lo que se valora son los años de experiencia de los perfiles presentados, independientemente de que en un año hubieran desarrollado más de un proyecto.

Como excepciones propuso las de: i) falta de jurisdicción, en virtud a la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del Fondo Nacional del Ahorro y la excepción a la competencia de la jurisdicción de lo contencioso

administrativo contenida en el artículo 105 del CPACA, y ii) falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto del litisconsorte PWC (fls. 143 - 155 c. n.º 2).

### **3. Audiencia inicial – decisión apelada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, a través de proveído de 22 de enero de 2018 (fls. 250 – 251 c. n.º 2), programó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA para el día 8 de marzo de 2018, a las 4 p.m.

Llegados el día y la hora señalados, se celebró la diligencia programada en la que, entre otras cosas, se resolvieron las excepciones previas propuestas por la entidad demandada y el litisconsorte necesario (CD anexo al fl. 274 c. ppal).

En relación con la excepción de falta de jurisdicción, el Tribunal de conocimiento señaló que el Fondo Nacional del Ahorro es una entidad pública, constituida en forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, de ahí que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para decidir el asunto en controversia, en atención a lo señalado por los artículos 75 de la Ley 80 de 1993 y 104, numeral 2, del CPACA.

Seguidamente, manifestó que las entidades públicas son aquellas que se encuentran enlistadas en el artículo segundo del Estatuto de Contratación Pública –*Ley 80 de 1993*–, dentro de las que se hallan las empresas industriales y comerciales del Estado, concluyendo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de los litigios originados en contratos estatales celebrados por esa clase de entidades, independientemente de que el negocio se rija por normas de derecho privado, pues en todo caso está sujeto a las disposiciones de la citada Ley 80, según lo establece la Ley 489 de 1998.

### **4. Recursos de apelación**

Inconforme con lo decidido respecto a la excepción de falta de jurisdicción, la entidad demandada interpuso, en la audiencia inicial, recurso de apelación, que fue coadyuvado por el litisconsorte necesario y el Ministerio Público.

El **Fondo Nacional del Ahorro** argumentó que no se tuvo en cuenta el artículo 105 del CPACA, que establece los casos de excepción a la jurisdicción de lo contencioso administrativo tratándose de entidades públicas de carácter financiero, cuando el litigio se refiere a actos o contratos celebrados en el giro ordinario de los negocios de dichas

entidades. Consideró que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se entiende que la actividad hace parte del giro ordinario de los negocios cuando versa sobre el cumplimiento de su objeto social o las funciones definidas por la ley o se refiere a asuntos conexos al objeto social.

Así, estimó que el proceso de selección bajo análisis se ejecutó en desarrollo de la normativa que le ordena a esa entidad realizar cierto tipo de auditorías, según lo previsto por la Constitución Política, la Ley 84 de 1993 y la Circular 029 de la Superintendencia Financiera, por lo que los actos demandados podían ser catalogados como parte del giro ordinario de sus negocios (min. 24:37–28:32).

El **litisconsorte necesario** adhirió al recurso de apelación presentado por la parte actora, por las mismas razones expuestas en la impugnación principal (min. 28:41–32:31).

El agente del **Ministerio Público** también formuló recurso de apelación adhesiva a la impugnación interpuesta por la entidad demandada indicando que, en su criterio, el proceso de selección en cuestión sí hacía parte del giro ordinario de los negocios de la entidad contratante, porque a través de éste se pretendía dar cumplimiento a una orden dada por la Superintendencia Financiera (min. 34:00–39:26).

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Procedencia del medio de control y competencia del Despacho

Al presente asunto le resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, en consideración a lo establecido en el artículo 308<sup>2</sup> de dicha normativa, dado que la demanda se presentó el 21 de julio de 2017; así mismo, son aplicables las normas del Código General del Proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 306 del

---

<sup>2</sup>“Artículo 308. Ley 1437 de 2012. Régimen de transición y vigencia. “El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

CPACA<sup>3</sup> y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado proferida en relación con la vigencia de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso<sup>4</sup>.

En el caso bajo estudio, se persigue la nulidad del acto administrativo que adjudicó un contrato estatal, así como del acto que negó la revocatoria directa de dicha decisión, y el reconocimiento de una suma líquida de dinero a título de restablecimiento del derecho. Para ello, la parte actora acudió al aparato jurisdiccional en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Revisado el fondo del asunto, se advierte que el medio de control elegido por la sociedad demandante es acertado, por la naturaleza de las pretensiones deprecadas en los términos del artículo 138 del CPACA<sup>5</sup>, en consonancia con la precisión contenida en el inciso segundo del artículo 140 de esa normativa, que establece que *“los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”*.

Se considera, también, que este Despacho es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decidió, en primera instancia, sobre la excepción previa de falta de jurisdicción, en atención a: i) el carácter de doble instancia de la decisión cuestionada, según lo previsto por el artículo 180, numeral 6 del CPACA<sup>6</sup>, ii) la competencia funcional del Consejo de Estado para conocer de los recursos de

---

<sup>3</sup> Artículo 306. Aspectos no regulados. *“En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*.

<sup>4</sup> La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 25 de junio de 2014, radicación 49.299, M.P. Enrique Gil Botero, dispuso que en virtud del principio del efecto útil de las normas, el Código General del Proceso entró a regir a partir del 1º de enero de 2014, *“salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (...) las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (...)”*.

Lo anterior, ante la evidencia de que en esta Jurisdicción, desde la expedición de la Ley 1437 de 2011, se implementó un sistema principalmente oral, razón por la cual, dada la existencia de las condiciones físicas y logísticas requeridas para ello, resultaría carente de fundamento la inaplicación del Código General del Proceso.

<sup>5</sup> Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”*.

<sup>66</sup> Artículo 180. Audiencia inicial. *“Vencido el término de traslado de la demanda o de la reconvención según sea el caso, el juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*

*(...)*

*6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. (...) El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”*.

apelación interpuestos contra las decisiones proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, consagrada en el artículo 150 del CPACA<sup>7</sup>, y iii) la distribución de materias dispuesta en el Reglamento del Consejo de Estado -Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 del 2003- que le asignó a la Sección Tercera el conocimiento, entre otros, de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros<sup>8</sup>.

## 2. Caso concreto

El debate que ocupa la atención del Despacho, se circunscribe a determinar si es competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en atención a la calidad de entidad pública de una de las partes –Fondo Nacional del Ahorro- o si, por el contrario, le corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer del litigio, en consideración a la cláusula de exclusión contenida en el artículo 105 del CPACA.

Para ello, se acude a las reglas de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dispuestas en la Ley 1437 de 2011 –CPACA- como pasa a señalarse:

**ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*(...)*

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

*(...)*

**PARÁGRAFO.** *Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.*



---

<sup>7</sup> Artículo 150. “Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, Acuerdo 55 de 2003, artículo 1.

**ARTÍCULO 105. EXCEPCIONES.** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:*

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

De acuerdo con el contenido de las disposiciones antes transcritas se colige que, por regla general, es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de los asuntos relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública, salvo las excepciones contempladas en el artículo 105, dentro de las que se incluyeron las controversias relativas a los contratos celebrados por entidades públicas del sector financiero, cuando corresponda al giro ordinario de los negocios de dicha entidad.

Sobre la noción a la que hace referencia la expresión “*giro ordinario de los negocios*”, el Consejo de Estado ha determinado en su jurisprudencia que ésta guarda relación con todas aquellas actividades que constituyen el objeto social de la entidad o que se relacionan intrínsecamente con este. En otras palabras, son las tareas y/o labores, principales o conexas, que desarrolla la entidad para cumplir su función misional<sup>9</sup>.

Concretamente, en lo que respecta al giro ordinario de los negocios de las instituciones públicas financieras, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto proferido el 17 de junio de 2015<sup>10</sup>, explicó *in extenso* la delimitación de esta locución. Por la relevancia de dicho pronunciamiento para el caso concreto, se exponen a continuación sus argumentos principales:

## **10.2. Qué constituye el giro ordinario de los negocios de una entidad pública financiera**

*10.2.1. La noción de giro ordinario de los negocios constituye un concepto jurídico indeterminado que por la amplitud de sus elementos podría dar lugar a diversas interpretaciones en cuanto a lo que su aplicación o alcance supone. No obstante, esta Corporación antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 ya se había pronunciado respecto de los alcances de una disposición similar contenida en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación Pública- que acudía a la noción giro ordinario de las actividades*

<sup>9</sup> En auto de 2 de mayo de 2018. la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso rad. 2015-00484-01(59277), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, explicó que el giro ordinario de los negocios “*hace referencia a las actividades propias del objeto social de la entidad financiera, es decir, lo que se hace en desarrollo del cometido para el cual fue creada, así como también a las actividades conexas y que guardan estrecha relación con el objeto social de la entidad, siendo necesarias para el desarrollo de la función principal expresamente establecida en las normas legales*”.

<sup>10</sup> Providencia proferida en el proceso rad. 270012333000201300210 01 (50526), M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

*propias de su objeto social, no para establecer la jurisdicción competente, sino con el fin de determinar el régimen jurídico aplicable al contrato. (...)*

*10.2.2. En un principio, la jurisprudencia de esta Corporación interpretó que la noción giro ordinario de los negocios se refería o relacionaba con dos tipos de actividades o negocios como tal, a saber: i) con las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o funciones principales, expresamente definidas por la ley, y ii) con todo aquello que fuera conexo a las funciones principales y que se realizara para el desarrollo de estas. (...)*

*10.2.4. Ahora, en cuanto al giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras, esta Corporación también tuvo la oportunidad de pronunciarse en el sentido de reiterar que estas hacen relación i) tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento al objeto social, o de las funciones principales expresamente definidas en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, ii) como a todas aquellas actividades o negocios que son conexas con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal<sup>11</sup>.*

*10.2.5. A su vez, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sostuvo en reciente pronunciamiento, al resolver un conflicto suscitado entre las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo, que la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A. operaba en aquellos eventos en los que la controversia involucrara a una entidad pública de carácter financiero, y que se advirtiera que el conflicto surgió con ocasión del desarrollo normal de su objeto social, pues era precisamente en virtud de la actividad económica que realiza ese tipo de entidades que se le asignó su conocimiento a la jurisdicción ordinaria. (...)*

*10.2.6. Como se puede evidenciar, los diversos pronunciamientos mencionados en ningún momento establecen una distinción entre el objeto social de la entidad pública financiera y las actividades catalogadas como financieras en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto 663 de 1993-, a efectos de definir cuáles son los actos, actividades o negocios que forman parte del giro ordinario de los negocios de las entidades que ostentan el carácter de financieras. Por el contrario, lo que se observa es que la jurisprudencia se ha valido tanto del objeto social como de la legislación referente a la actividad económica financiera, para establecer qué actuaciones o negocios se encuentran inmersos en la noción indeterminada de giro ordinario de los negocios financieros.*

*10.2.7. De tal manera, según la interpretación realizada no solo pueden ser catalogados como actos o negocios propios del giro ordinario de los negocios financieros aquellos que tengan relación con las actividades financieras propiamente definidas en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, sino que también pueden formar parte de esa noción indeterminada los actos, actividades o negocios que se realicen en cumplimiento del objeto social propio de la entidad pública financiera.*

*10.2.8. La anterior interpretación es apenas razonable si se tiene en cuenta que lo pretendido por el legislador al establecer la exclusión del conocimiento de las controversias relativas a las actividades de las entidades públicas que tuvieran el*

---

<sup>11</sup> “[25] Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 2005, exp. n.º 218085, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez”.

*carácter de financieras, era precisamente que en lo referente a su objeto social conociera la jurisdicción especializada en temas económicos y financieros, esto es, la jurisdicción ordinaria.*

*10.2.9. En este contexto, puede concluirse que la noción giro ordinario de los negocios de las entidades financieras comprende todas aquellas actividades o negocios relacionados a continuación: i) los que guarden relación con el objeto social de la entidad pública de carácter financiero o con las funciones catalogadas como financieras en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- y ii) los que sean conexos al objeto social o actividad financiera determinada en la ley y tengan como finalidad el desarrollo o ejecución de los mismos.*

*10.2.10. De igual forma, resulta pertinente precisar que aquellas actividades desplegadas por una entidad pública financiera que sean ajenas a su objeto social o a las funciones catalogadas como financieras en la ley, no se encuentran inmersas en la exclusión contenida en el numeral 1º del artículo 105 del C.P.A.C.A. y, por ende, serán de conocimiento exclusivo de esta jurisdicción en los términos del artículo 104 ibídem.*

De acuerdo con la explicación realizada por esta Sección del Consejo de Estado, para que en el caso bajo análisis se concrete la excepción legal contenida en el numeral primero del artículo 105 del CPACA, es menester que se configuren tres presupuestos, a saber: *i)* que se trate de una controversia relativa a contratos celebrados por entidades públicas, *ii)* que la entidad pública implicada tenga el carácter de institución financiera, aseguradora, intermediaria de seguros o intermediaria de valores vigilada por la Superintendencia Financiera, y *iii)* que el acto en disputa corresponda al giro ordinario de los negocios de la entidad, esto es, que guarde relación con su objeto social o con las funciones catalogadas como financieras por la ley o sea conexo a estas, para su desarrollo o ejecución.

En el presente asunto se cumple el primer presupuesto, por cuanto la controversia se relaciona con los actos previos al contrato desarrollados por el Fondo Nacional del Ahorro, entidad de carácter público creada mediante el Decreto Ley 3118 de 1968 en forma de establecimiento público y modificada su naturaleza jurídica a través de la Ley 432 de 1998, para transformarse en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, del orden nacional, sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

Claro que el Fondo Nacional del Ahorro es una entidad pública y, además, tiene el carácter de institución financiera al tratarse de un establecimiento de crédito<sup>12</sup>, se

---

<sup>12</sup> De acuerdo con el Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, el sistema financiero y asegurador se encuentra conformado por los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros. En cuanto a los Establecimientos de Crédito, el artículo 2º de dicha normatividad dispuso lo siguiente: “Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos

configura el segundo presupuesto dispuesto por el numeral primero del artículo 105 del CPACA, restando analizar únicamente si los actos demandados se enmarcan o no, dentro de las actividades propias del ejercicio del objeto social de la entidad encartada.

Para ese efecto, se tiene que el Fondo Nacional del Ahorro fue reorganizado a través de la Ley 432 de 1998 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, con el siguiente objeto y funciones:

**ARTICULO 2o. OBJETO.** *El Fondo Nacional de Ahorro administrará de manera eficiente las cesantías y contribuirá a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social.*

**PARAGRAFO.** *La asignación de los créditos que otorga el Fondo Nacional de Ahorro se hará atendiendo los siguientes criterios:*

- a) Distribución regional de los recursos de acuerdo con el número de afiliados por departamento;*
- b) Composición salarial de los afiliados;*
- c) Sistema de asignación del crédito individual por puntaje.*

**ARTICULO 3o. FUNCIONES.** *El Fondo Nacional de Ahorro tendrá como funciones:*

- a) Recaudar las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes;*
- b) Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a los afiliados;*
- c) Proteger dicho auxilio contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley;*
- d) Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda;*
- e) Administrar los recursos nacionales del subsidio familiar de vivienda que le sean asignados, para la construcción, adquisición y liberación de gravamen hipotecario de la vivienda con interés social de los afiliados, en conformidad con la Ley 3a. de 1991;*
- f) Exigir las garantías y contratar las pólizas de seguros necesarias para la protección de la cartera hipotecaria, de los bienes e intereses patrimoniales de la empresa y de otros riesgos cuyo amparo se estime social y económicamente provechoso para los afiliados;*
- g) Establecer métodos e instrumentos adecuados, como también constituir reservas suficientes, para atender oportunamente el pasivo de cesantías en favor de sus afiliados;*

---

*bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda\*<sup>1</sup>, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.*

*Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito. (se subraya)*

*h) Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación de proyectos de especial importancia para el desarrollo del objeto del Fondo;*

*i) El Fondo Nacional de Ahorro podrá a través de convenios interadministrativos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y de Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex), conceder créditos educativos para los afiliados, su cónyuge, compañero (a) permanente e hijos.*

*Los créditos educativos estarán dirigidos al fomento de la educación técnica, universitaria y postgrados, esta última, en Colombia o en el exterior.*

*El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones y modalidades de dichos convenios a realizar con el Icetex, y las garantías que deben prestar los deudores; y*

*j) Las demás que le señalen las disposiciones vigentes.*

*k) Brindar asesoría y asistencia técnica en lo referente al diseño, ejecución, administración, evaluación y gestión de proyectos o programas de preinversión e inversión, relacionados con el sector de vivienda, el hábitat y equipamiento urbano, dirigidos a los afiliados del FNA (adicionado por el artículo 226 de la Ley 1753 de 2015).*

*l) Celebrar contratos de fiducia para administrar recursos que le transfiera otras entidades públicas para financiar la ejecución de programas especiales relacionados con el sector vivienda, el hábitat y equipamiento urbano (adicionado por el artículo 226 de la Ley 1753 de 2015).*

Se desprende de lo anterior que el Fondo Nacional del Ahorro tiene como función principal administrar las cesantías de los afiliados y, además, en su condición de establecimiento de crédito puede impulsar y efectuar operaciones de crédito para promover programas de educación y vivienda.

Ahora bien, la controversia que dio origen al presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se centra en el proceso de selección que adelantó el Fondo Nacional del Ahorro, bajo el código FNA-DA-CPRIV-005-2016 (CD anexo a fl. 105 c. n.º 2), con el siguiente objeto:

*Contratar una persona jurídica que realice las funciones de Evaluación y Seguimiento y Evaluación a la Administración del Riesgo a través de la ejecución de auditorías integrales (MECI-SGC), emitiendo las recomendaciones y ejecutando el seguimiento a la implementación de los correctivos definidos en los diferentes planes de acción, todo ello en el marco de las funciones asignadas por el legislador a las Oficinas de Control Interno.*

Como justificación para desarrollar el proceso de selección, la entidad contratante expuso en la carta de invitación a la convocatoria (CD anexo a fl. 105 c. n.º 2), las siguientes razones:

*Justificación de la necesidad*

*En el Plan Estratégico de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones PETIC, el FNA estableció como una de sus estrategias, optimizar las TIC's con el fin de garantizar la calidad y la capacidad de la tecnología, haciendo necesario*

*suplir los requerimientos que surjan para brindar una debida atención al cliente. Esto trae consigo aspectos relacionados con la seguridad de la información que implica la realización de actividades como el análisis de vulnerabilidades en búsqueda de brechas tecnológicas, aplicación de controles efectivos para seguridad de la información de acuerdo a las normas, consecución de herramientas de seguridad, entre otros, que de omitirlos pueden exponer a la Entidad a situaciones que afecten la disponibilidad, confidencialidad e integridad de la información.*

*En Colombia la Superintendencia Financiera ha emitido una serie de normas (Circular Externa 052 de 2007, actualmente 042 de 2012) que fijan requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de la información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios, los cuales deben ser adoptados por todas las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de este ente, uno de ellos, que las entidades deben implementar por los menos dos (2) veces al año un sistema de análisis de vulnerabilidades informáticas.*

*El Fondo Nacional del Ahorro con el fin de atender y dar cumplimiento a la CE 042 de 2012 de la Superintendencia Financiera, capítulo 12 numeral 7, desde el año 2008 ha venido contratando servicios especializados que permiten asegurar que los recursos del sistema de información (material informático o programas) de la entidad sean utilizados de la manera como se decidió y que el acceso a la información allí contenida así como su modificación, sólo sea posible a las personas que se encuentren acreditadas y dentro de los límites de su autorización.*

*Por las razones anteriormente expuestas, el crecimiento constante de la plataforma del FNA y la creciente amenaza que sufren las entidades por ataques, manipulación de información y robo de la misma, teniendo en cuenta además que para el 2do semestre del año 2016 se necesita realizar nuevamente un análisis de vulnerabilidades y pruebas de penetración sobre la plataforma tecnológica, es necesario contar con este servicio a fin de atender las recomendaciones de la Superintendencia Financiera.*

Como se aprecia, la finalidad perseguida por la entidad pública demandada al desarrollar el proceso de selección en el que se profirieron los actos cuestionados, en nada guarda relación con su función misional, pues a diferencia de las actividades de administración de cesantías e impulso al acceso a la educación y vivienda que ejecuta dentro de su objeto social, se trató de una contratación dirigida a garantizar la seguridad de los sistemas informáticos de la entidad, para preservar la integridad de la información y evitar ataques externos, en cumplimiento de una orden proferida por la Superintendencia Financiera, obligatoria para todos los entes que se encuentran bajo su inspección y vigilancia<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A través de la Circular Externa 042 de 2012, la Superintendencia Financiera en su calidad de autoridad de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, estableció una serie de medidas encaminadas a fortalecer la seguridad y la calidad en el manejo de la información de los clientes y usuarios de las entidades que están bajo su vigilancia. Tal directriz la impartió en el ejercicio de las funciones conferidas por el Decreto 2555 de 2010, que regula el sector financiero, asegurador y del mercado de valores.

En ese sentido, se concluye que el proceso de selección en cuestión adelantado por la demandada no estaba relacionado con el giro ordinario de sus negocios, sino que a través de este se pretendía dar cumplimiento a una instrucción emanada de la autoridad que ejerce inspección y vigilancia sobre dicha entidad, igualmente vinculante para todas las entidades del sector financiero. Debe tenerse en cuenta que el Fondo Nacional del Ahorro no se dedica al desarrollo y/o implementación de software o sistemas informáticos y tampoco es esa una función inherente o conexas a las instituciones financieras, de ahí que haya requerido precisamente contratar dicho servicio de compañías externas.

De acuerdo con lo expuesto, como los actos precontractuales demandados a través del presente medio de control no se encuentran relacionados con las funciones principales que desarrolla la entidad demandada, no resulta aplicable al *sub examine* la excepción dispuesta en el artículo 105 del CPACA, por no configurarse el tercer presupuesto consistente en que la controversia corresponda al giro ordinario de los negocios de la entidad involucrada. Como consecuencia, la competencia para conocer del presente asunto corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en atención a la regla general de competencia dispuesta en el artículo 104 del CPACA.

Por lo anterior, se

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2018, en cuanto declaró la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÍA ADRIANA MARÍN**  
Magistrada