

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO / AUTO QUE RECHAZA LA DEMANDA POR CADUCIDAD / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / CADUCIDAD / AUTO DE RECHAZO DE LA DEMANDA / CAUSALES DE RECHAZO DE LA DEMANDA

Según lo dispuesto en los artículos 125 y 243 numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, Ley 1437 de 2011, el Despacho es competente para decidir la apelación por tratarse de un auto proferido por un Tribunal Administrativo en el curso de una actuación de primera instancia y por medio del cual rechazó la demanda presentada por el Consorcio Constructores Pereira contra el Fondo Nacional de Turismo –FONTUR, la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior –FIDUCOLDEX-, y el Consorcio Alianza Turística Integrado por la sociedad L' Alianza Travel Network Colombia S.A. y la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica “ACODRES”.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 125 / C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 243 NUMERAL 1

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE TURISMO / NATURALEZA JURÍDICA DE FONTUR / PATRIMONIO AUTÓNOMO / CREACIÓN DE FONTUR / MERCADEO TURÍSTICO / ADMINISTRACIÓN DE FONTUR / FIDUCOLDEX / FIDUCIA MERCANTIL / CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL / MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO / CONSORCIO ALIANZA TURÍSTICA - No fungía como administrador de FONTUR para la época de los hechos

El Fondo Nacional de Turismo – FONTUR fue creado por disposición del artículo 21 de la Ley 1558 de 2012, como Patrimonio Autónomo con personería jurídica, con el objetivo de administrar diversos recursos fiscales y parafiscales, que están destinados, según el artículo 43 de la Ley 300 de 1993, a: (i) la ejecución de los planes de promoción y mercadeo turístico, y (ii) a fortalecer y mejorar la competitividad del sector, con el fin de incrementar el turismo receptivo y el turismo doméstico. La administración y vocería (...) estuvo inicialmente a cargo del Consorcio Alianza Turística, integrado por la sociedad L'Alianza Travel Network Colombia S.A. y la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica “ACODRES”. Fue esta la forma jurídica empresarial de naturaleza privada no personificada que, en el marco de las Leyes 300 de 1996, 1101 de 2006 y 1450 de 2011 y con fundamento en los Contratos N. 88 y 89 de 28 de diciembre 2007, suscritos con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, administró, durante la vigencia de estos últimos, los recursos que componían el entonces Fondo de Promoción Turística (después denominado FONTUR), así como aquellos a los que hizo referencia el artículo 44 de la Ley 300 de 1996, atendiendo a las políticas establecidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y a las aprobaciones impartidas por el Comité Directivo del Fondo de Promoción Turística. La administración y vocería de FONTUR vino a ser asumida a partir del 1° de septiembre de 2013 por la sociedad Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX S.A., en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil No. 137 del 28 de agosto de 2013, suscrito entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la mencionada fiduciaria. Por tanto, el Consorcio Alianza Turística no fungía como administrador de FONTUR para la época en que ocurrieron los hechos que fundamentan la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1558 DE 2012 – ARTÍCULO 21 / LEY 300 DE 1993 – ARTÍCULO 43 / LEY 300 DE 1996 / LEY 1101 DE 2006 / LEY 1450 DE 2011 / LEY 300 DE 1996 – ARTÍCULO 44

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR / FIDUCOLDEX SA / NATURALEZA JURÍDICA DE FINDUCOLDEX / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ENTIDAD DEL ORDEN NACIONAL / ENTIDAD VINCULADA / MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / CONTRATACIÓN ESTATAL / PATRIMONIO AUTÓNOMO / RÉGIMEN PARTICULAR / REGIMEN PRIVADO / DERECHO PRIVADO

La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – FIDUCOLDEX S.A. es una sociedad de economía mixta indirecta del orden nacional y vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, constituida mediante Escritura Pública No. 1497 del 31 de octubre de 1992 de la Notaría 4ª de Cartagena. Sin consideración a su régimen propio de contratación, la ley prescribió un régimen particular para los contratos que FIDUCOLDEX S.A. celebra como vocera del patrimonio autónomo FONTUR.

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / CONTRATACIÓN ESTATAL / PATRIMONIO AUTÓNOMO / RÉGIMEN PARTICULAR / REGIMEN PRIVADO / DERECHO PRIVADO / FONDO NACIONAL DE TURISMO / FONTUR

Este Fondo de Promoción Turística es el mismo Fondo Nacional de Turismo – FONTUR-, pues cabe recordar que así fue modificada su denominación por el artículo 21 de la Ley 1558 de 2012. En este orden de ideas, la remisión que hace la descrita norma, al derecho privado en lo concerniente a los procesos de contratación del aludido Fondo, se encuentra vigente y surte plenos efectos en la actualidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 – ARTÍCULO 40 / LEY 1558 DE 2012 – ARTÍCULO 21

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / FINDUCOLDEX / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ENTIDAD DEL ORDEN NACIONAL / ENTIDAD VINCULADA / MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / CONTRATACIÓN ESTATAL / ENTIDAD FINANCIERA ESTATAL / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – La administradora de Fontur se rige por normas de derecho privado / DERECHO PRIVADO

Según el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades financieras de carácter estatal, como lo es la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – FIDUCOLDEX S.A., no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. Empero, esta disposición viene irrelevante al caso, pues lo que interesa para la resolución del presente asunto, es que el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011 prescribió que para todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad Administradora del Fondo de Promoción Turística se encuentran sujetos al derecho privado. Así las cosas, como FIDUCOLDEX S.A. extendió la invitación FNT-001 de 2014 en su condición de administradora y vocera del patrimonio autónomo FONTUR, el régimen jurídico que ha de ser objeto de consideración en este caso es el que dispuso el referido artículo 40 de la Ley 1450 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 – ARTÍCULO 40

RÉGIMEN EXCEPTUADO DE CONTRATACIÓN / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / FINDUCOLDEX / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ENTIDAD DEL ORDEN NACIONAL / ENTIDAD VINCULADA / MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / FONTUR / CONTRATACIÓN ESTATAL / ENTIDAD FINANCIERA ESTATAL / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – La administradora de Fontur se rige por la norma de derecho privado / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DERECHO PRIVADO

[H]ay entidades que por su naturaleza o por la actividad a su cargo han quedado totalmente exceptuadas del régimen general de contratación; otras que se encuentran exceptuadas de aplicar tan sólo algunas de las normas de dicho régimen general; otras más, a las que se las autoriza para aplicar sólo residualmente algunas potestades de derecho público en las hipótesis previstas por el legislador, o cuando sean autorizadas para el efecto por el órgano regulador de la actividad a su cargo; e incluso, otras a las que se les permite “motu proprio” decidir, cuáles de sus actuaciones someterán a cauces procedimentales propios de derecho público. (...) el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011 hace una remisión muy particular en cuanto, con ocasión de la determinación de la naturaleza jurídica del Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de unos recursos específicos, prescribió el régimen jurídico al que estarían sujetos “los procesos de contratación” adelantados por la entidad administradora de dicho fondo; y dispuso que esa remisión al derecho privado la hacía “para todos los efectos”. (...) [L]a proposición subordinada adverbial “para todos los efectos” denota la intención del legislador fue de extender el alcance de la remisión al derecho privado a todas las fases de dicha secuencia lógica, este Despacho entiende que la ordenación de la secuencia de pasos que ha de seguir la entidad administradora del fondo, para seleccionar contratistas con cargo a los recursos de éste, y para convenir con ellos el clausulado del contrato, ha sido sometida por la ley a un régimen jurídico de derecho privado, sin excepciones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 27

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DERECHO PRIVADO / DERECHO OBJETIVO / EFICACIA DEL DERECHO / VINCULACIÓN DEL DERECHO / OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO / APLICACIÓN DE LAS NORMAS / APLICACIÓN NORMATIVA / DEFINICIÓN DEL DERECHO OBJETIVO / PREPOSICIÓN IMPERATIVA / EJECUCIÓN DE LAS NORMAS / DESTINATARIOS DEL DERECHO / INTERÉS GENERAL / FUNCIÓN DE LA NORMA / AUTORREGULACIÓN DE INTERESES JURÍDICOS / SOMETIMIENTO A LA LEY

[E]l ordenamiento jurídico (derecho objetivo) se concibe como un sistema genético de proposiciones prescriptivas imperativas que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución. (...) [H]ay prescripciones imperativas que, en cuanto solo se crean con el objeto de regular intereses particulares, pueden tener por fuente al mismo sujeto titular de ese particular interés. (...) [L]as prescripciones imperativas pueden ser reconducidas, en atención a su creador, a los dos ámbitos atrás referidos: unas, expedidas por el Estado o por otras personas jurídicas públicas, pero en uno u otro caso, en

función del interés general y en virtud de un poder público que tiene fuente en la ley; y otras, producto del ejercicio de la autonomía privada o de una autonomía negocial previamente habilitada por la ley, cuyo objeto es la autorregulación de intereses privados y disponibles. (...) [E]l acto unilateral obliga a quien lo profiere; y los terceros solo quedan vinculados a él en la medida en que estos presten su consentimiento o hayan convenido de antemano, someterse a sus designios.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DERECHO PRIVADO / CONTRATACIÓN ESTATAL / RECURSOS PÚBLICOS / SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO / DERECHO OBJETIVO / INTERÉS GENERAL / FUNCIÓN DE LA NORMA / AUTORREGULACIÓN DE INTERESES JURÍDICOS / SOMETIMIENTO A LA LEY – Los recursos públicos o mutan a privados por regir las normas de derecho privado / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL / TRATOS PRELIMINARES / CONTRATACIÓN PRIVADA CON ENTIDAD ESTATAL / OFERTA / LICITACIÓN PÚBLICA / OBLIGATORIEDAD DE LA INVITACIÓN PÚBLICA

[E]n el caso sub lite, los intereses públicos al que deben servir los bienes que conforman el patrimonio autónomo FONTUR no mutan a la condición de privados por causa de la remisión al régimen de la autonomía privada y que esta circunstancia determina la necesaria diferenciación entre medios y fines en la actuación de FIDUCOLDEX. Los medios reconducidos conforme al principio de la autonomía negocial, a las formas e instrumentos útiles para concitar las voluntades necesarias para la formación del contrato, le permiten a la entidad exceptuada optar, para efectos de la aproximación que suponen los tratos preliminares a la contratación, por la oferta, por la promesa de contrato, o por cualquier otra especie de negocio jurídico precedente, que le facilite el trasegar en pos del perfeccionamiento de aquel, asegurándose de que la relación así procurada se realizara con toda certeza en el futuro, prefigurando el tipo concreto de contrato necesario para el cumplimiento de sus cometidos, tanto como el cauce de dicho trasegar, los requisitos y condiciones materiales, temporales o espaciales que los terceros interesados en contratar con ella deban cumplir para el efecto, y, en fin, preconcebir y proponer a los interesados el futuro acuerdo de voluntades que se determina a concertar. Tales prescripciones, vinculantes como resultan para la entidad que se propone contratar, tienen el mismo efecto para los terceros destinatarios de ellas, sólo a partir de la aceptación que de tal invitación hagan.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad de las partes en el marco de un proceso de contratación privada, consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de del 31 de marzo de 1998, Exp. 4962.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DERECHO PRIVADO / CONTRATACIÓN ESTATAL / RECURSOS PÚBLICOS / SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO / DERECHO OBJETIVO / INTERÉS GENERAL / FUNCIÓN DE LA NORMA / AUTORREGULACIÓN DE INTERESES JURÍDICOS / SOMETIMIENTO A LA LEY / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL / TRATOS PRELIMINARES / CONTRATACIÓN PRIVADA CON ENTIDAD ESTATAL / OFERTA / LICITACIÓN PÚBLICA / OBLIGATORIEDAD DE LA INVITACIÓN PÚBLICA / FINES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL / SERVICIO A LA COMUNIDAD / RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN EXCEPTUADO / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE EFICIENCIA DE LA FUNCIÓN

ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE IGUALDAD / DESCENTRALIZACIÓN / DESCONCENTRACIÓN / PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA

[L]os fines que concierne servir a la entidad, no pueden ser sustituidos por esta; ellos se encuentran predeterminados por el ordenamiento jurídico general, y subordinan, sin ambages, a la entidad. Esa es la razón que explica el alcance del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que prescribe la obligación a cargo de las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de aplicar, en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso, y de observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. Por otro lado, su fuente emerge diáfana del tenor literal del artículo 209 de la Constitución Política: 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. Análisis especial amerita el complemento gramatical “acorde con su régimen legal especial” que incorpora el artículo 13 de la Ley 1150 para delimitar el alcance de los principios de la función administrativa en este tipo de regímenes exceptuados.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DERECHO PRIVADO / CONTRATACIÓN ESTATAL / RECURSOS PÚBLICOS / SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO / DERECHO OBJETIVO / INTERÉS GENERAL / FUNCIÓN DE LA NORMA / AUTORREGULACIÓN DE INTERESES JURÍDICOS / SOMETIMIENTO A LA LEY / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL / TRATOS PRELIMINARES / CONTRATACIÓN PRIVADA CON ENTIDAD ESTATAL / OFERTA / LICITACIÓN PÚBLICA / OBLIGATORIEDAD DE LA INVITACIÓN PÚBLICA / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / FIDUCOLDEX / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ENTIDAD DEL ORDEN NACIONAL / ENTIDAD VINCULADA / MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE / CONTRATACIÓN ESTATAL / ENTIDAD FINANCIERA ESTATAL / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN – La administradora de Fontur se rige por normas de derecho privado / DERECHO PRIVADO

[F]IDUCOLDEX S.A., actuando como vocera de FONTUR podía disponer autónomamente, como en efecto lo hizo, de la vía que encontrara más pertinente para concitar las voluntades necesarias para la formación del negocio jurídico que se proponía, pero toda esa actuación debía incardinarse a la satisfacción de un interés superior y general que guarda relación con la moralidad administrativa, con el derecho de todas las personas a trabar relaciones de colaboración con esa entidad para la satisfacción del interés superior que, en cuanto general, también les concierne, y de hacerlo en igualdad de condiciones y en un contexto garante de imparcialidad. Por supuesto, esa actividad precontractual debía estar signada por el interés de optimizar los recursos públicos aplicados a la gestión a cargo del

Fondo, de modo que el ejercicio de su autonomía negocial se encontraba inescindiblemente atada a los fines de público interés, y por tanto, permeada y modulada por el debido respeto a los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, equidad, publicidad y valoración de costos ambientales, y pleno acatamiento a las reglas fijadas por las leyes vigentes en materia de inhabilidades e incompatibilidades (Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL / CAUSA PETENDI / ACTO PRECONTRACTUAL / TEORÍA DEL ACTO SEPARABLE - En el actual contencioso administrativo colombiano ninguna utilidad presta en tal sentido / ACTO JURÍDICO PRIVADO / POSTURAS JURISPRUDENCIALES / CODIGO CIVIL / DERECHO PRIVADO / ACTOS DE GESTIÓN / PRINCIPIO DE LA BUENA FE

[C]onforme a la preceptiva de la Ley 1437 de 2011, bajo cuyo imperio ocurrieron los hechos que expuso la parte demandante a manera de causa petendi, el resultado que arrojó el estudio sobre la naturaleza del acto no determina la jurisdicción a cuyo cargo ha de estar la solución de esta controversia. (...) En efecto, con ese propósito se ha dicho que la naturaleza de los actos precontractuales, producidos dentro de los procedimientos regulados por regímenes especiales, como fórmula general, son actos administrativos, independientemente del régimen sustancial del contrato que se busca celebrar. Tal tesis tiene soporte doctrinal en la denominada teoría del acto separable (“acte détachable”) - de origen francés, opuesta a la del “tout indivisible”, que afirma que las decisiones adoptadas por las entidades públicas en el marco de los procedimientos de selección de contratista, actos previos o preparatorios del contrato, deben ser siempre consideradas como actos administrativos, independientemente de si el negocio en vía de concreción se orienta por normas de derecho público o de derecho privado. Se trata de una postura que entraña, en otras latitudes, una “técnica” que facilita el conocimiento de la jurisdicción administrativa sobre estas decisiones, pero que en el actual contencioso administrativo colombiano ninguna utilidad presta en tal sentido. Se ha dicho, también, desde otra orilla de la jurisprudencia que tales actos, en cuanto son el resultado del ejercicio de la autonomía negocial, se subsumen dentro de la categoría de acto jurídico regulado por el derecho privado, y que si se les señala como causa de daño antijurídico a quien se halla en el otro extremo de la potencial relación negocial, debe el juez contencioso adelantar el juicio de imputación con fundamento en la debida observancia del principio de la buena fe, de conformidad con los artículos 90 y 83 de la Constitución Política y el artículo 863 del CCO.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 104 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 83 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 863

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de los actos precontractuales, consultar sentencia de 20 de abril de 2005. Rad. 73001-23-31-000-1995-03243-01(14519); de la Subsección A las Sentencias de 9 de octubre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2002-01282-01(30763), 12 de febrero de 2014. Rad. 25000232600020000058101 (28209), 10 de febrero de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2003-00959-01(38696) 24 de octubre de 2016. Rad. 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607) y de 6 de julio de 2017. Rad. 25000-23-36-000-2012-00730-01(51920); en la Subsección B está la Sentencia de 29 de agosto de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1997-15440-01(30618); y en la Subsección C está el Auto de 18 de enero de 2012. Rad. 25000-23-26-000-2011-00203-01(42109), la Sentencia de

7 de septiembre de 2015. Rad. 25000-23-26-000-2003-00459-02(36633) y el Auto del 20 de marzo de 2018. Rad. 25000-23-36-000-2013-02186-01(60915) y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de septiembre de 1961, GJ XCVII, págs. 98-103.

MEDIO DE CONTROL / FINALIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / IDENTIFICACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBJETO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

[Los] medios de control han de entenderse como cauces de expresión del derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia (art. 229 C.P.) para formular pretensiones que tienen por objeto la reparación de derechos (en sentido subjetivo), pero también, en algunos casos, el restablecimiento del orden jurídico (del Derecho, en sentido objetivo). (...) Así, el medio de control de nulidad ha sido dispuesto para dar cauce a la mera pretensión declarativa ordenada a decidir que sobre la validez y eventual nulidad de los actos administrativos de carácter general, de los actos de certificación, circulares de servicio o actos de registro; y sólo por excepción y en los casos precisamente definidos por la ley, de los actos administrativos de carácter particular. (...), la ratio iuris de este medio de control es la intangibilidad del principio de legalidad. Este medio de control no tiene un correlato en derecho privado habida cuenta de que las decisiones unilaterales que allí se pueden dar, en cuanto son expresión de la autonomía negocial y no constituyen por tanto una forma de actuar la ley (principio de legalidad), carecen per se del poder de vincular (obligatoriamente) a persona diferente de su autor. El acto administrativo, obligatorio como es para sus destinatarios por haber sido expedido con sujeción directa a la ley, se presume expedido válidamente y, por tanto, quien pretenda su expulsión del ordenamiento, o quien pretenda reparación del daño por él causado, protestando su ilegalidad, debe previamente abatir la presunción de legalidad que lo cobija.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IDENTIFICACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBJETO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARGA DE LA PRUEBA

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ha sido dispuesto para dar cauce a la pretensión de que sea restablecida la situación jurídica que tenía el sujeto afectado con el acto, pero también presta cauce a la pretensión de reparación del daño causado con la expedición de un acto administrativo particular ilegal. La ratio de la complejidad de este medio radica en que, mientras el acto administrativo esté amparado por la presunción de legalidad, y sea obligatorio en consecuencia para los afectados, resultará estéril la pretensión de restablecimiento del derecho o de reparación del daño que se encuentre fundada en la protesta de su ilegalidad. Como corresponde a la dinámica derivada de toda presunción, su efecto es el traslado de la carga de la prueba, de modo que, hasta tanto el interesado demuestre la ilegalidad del acto, y abata en consecuencia la presunción que lo cobija, carecerá de causa su pretensión de condena.

ACTA DE TERMINACIÓN / FONTUR / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

[E]l acto que el actor indica como causante de la lesión que pretende le sea reparada (acta de terminación) fue producto de la autonomía que le reconocía la ley (art. 40 Ley 1450 de 2011) al administrador del fondo para que determinara las formas para la construcción y expresión de la voluntad negocial y para que concertara su contenido. Por tanto, las decisiones que esa entidad administradora adoptó en tales ámbitos no pueden decirse ejecutorias de una norma obligatoria, no puede predicarse de aquellas que gocen de fuerza vinculante heterónoma o de presunción de legalidad. (...) [D]icha entidad debía sí, observar algunos principios constitucionales por efecto de su vinculación positiva a los fines a los que estaban afectados los bienes constitutivos del patrimonio FONTUR, principios que fungían como límites positivos a su autonomía, y cuya inobservancia puede comprometer la validez del acto. En tal sentido, en cuanto el actor pretenda restablecimiento de derechos vulnerados por causa de la inobservancia de tales principios, de la transgresión de la normativa legal sobre inhabilidades o incompatibilidades, o de la desviación de poder que haya acusado la entidad, tales pretensiones, el medio de control procedente será el de nulidad y restablecimiento del derecho.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 – ARTÍCULO 40

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / VIOLACIÓN DE ESTIPULACIONES / DERECHO PRIVADO / AUTONOMÍA NEGOCIAL – No en la violación directa de la ley / PRETENSIONES SOBRE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD PRIVADA – No tienen como fin excluir las decisiones del ordenamiento jurídico / MEDIO DE CONTROL / FINALIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / IDENTIFICACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBJETO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

No ocurre lo mismo cuando el reproche gravite sobre los aspectos de la decisión que tienen causa directa en la preceptiva producida como manifestación de la autonomía privada; la pretensión así fundada tiene causa en la violación de estipulaciones que son expresión de la autonomía negocial, no en la violación directa de la ley y por tanto no obligaría al abatimiento de presunción de legalidad alguna, ni a la expulsión de esa “acta” del ordenamiento jurídico como presupuesto de prosperidad de las pretensiones de condena.

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARGA DE LA PRUEBA/ CULPA IN CONTRAHENDO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR CULPA IN CONTRAHENDO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL – Se discute a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho / IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – La decisión cuestionada por el actor fue en la fase precontractual y no tiene cargos de legalidad

Todo reconduce a dos medios de control posibles: el de reparación directa y el de solución de controversias contractuales conforme a los cuales, las controversias que tengan origen en este tipo de actos pueden: (i) encaminarse a declarar la responsabilidad por culpa in contrahendo de la entidad demandada, a la manera como procede en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, por la cuerda de la responsabilidad extracontractual, o (ii) incardinarse hacia la declaración de existencia del contrato que por causas atribuibles a la demandada no pudo perfeccionarse y, consiguientemente, configuran pretensiones propias del medio de control de controversias contractuales. El medio de control de controversias contractuales se encuentra concebido para dar cauce a pretensiones de cualquiera de las partes de un contrato del Estado, no para traer a la jurisdicción pretensiones con causa en la actividad precontractual, en la que, en estricto sentido, no se ha tejido aún la relación contractual. De manera especial, el inciso 2 del artículo 141 del CPACA prescribe 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 (control de nulidad) y 138 (control de nulidad y restablecimiento del derecho), según el caso. (...) [E]n cuanto el acto glosado por el actor se produjo en la fase precontractual, y dicha glosa no se dirige a controvertir la falta de acatamiento directo de la legalidad, este medio de control viene improcedente como cauce de las pretensiones del actor.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 137 / C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 138 / C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 141 INCISO 2

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / OBJETO DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CULPA IN CONTRAHENDO / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL / DAÑO PRECONTRACTUAL / NUMERUS CLAUSUS / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / APLICACIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PRETENSIÓN DECLARATIVA / ACTO PRECONTRACTUAL / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El medio de control de reparación directa ha sido concebido para que por su cauce se traigan a la jurisdicción pretensiones directas (sin que sea preciso demandar declaración previa de nulidad de acto administrativo alguno) de reparación de daños antijurídicos producidos por la acción u omisión de los agentes del Estado causados, entre otras, por hechos, omisiones, operaciones administrativas, u ocupación temporal o permanente de inmuebles, supuestos hipotéticos estos que mueven a un ejercicio de analogía que excluye toda causa fundada en el acto administrativo ilegal (que no todo tipo de acto jurídico) y en el contrato, habida cuenta de la existencia de cauces específicos para cada uno de ellos: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la de solución de controversias contractuales. (...) [Q]ueda allanado el camino para que, mutatis mutandi, el despacho trasiegue por la misma vía que sigue la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto, ésta entiende que la pretensión declarativa de responsabilidad por culpa in contrahendo tiene fundamento en la normativa rectora de la responsabilidad extracontractual, una modalidad de responsabilidad que en el contencioso administrativo tiene cauce por el medio de control de reparación directa, y adopte, en tal sentido, una decisión que, valga denotar, tiene antecedente en decisión que adoptó la Sala Plena de esta Corporación, si bien en esa ocasión, en relación con actos precontractuales proferidos por empresas de servicios públicos domiciliarios.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad del estado por culpa in contrahendo, ver auto de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, S 701 de septiembre 23 de 1997. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DERECHO PRIVADO / DERECHO OBJETIVO / EFICACIA DEL DERECHO / VINCULACIÓN DEL DERECHO / OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO / APLICACIÓN DE LAS NORMAS / APLICACIÓN NORMATIVA / SOMETIMIENTO A LA LEY / CUMPLIMIENTO DE LA LEY / OBSERVANCIA DE LA LEY / CONTRATACIÓN PRIVADA / CADUCIDAD / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

La remisión que al derecho privado hizo el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011 debe entenderse restringida a la regulación de las formas y a la selección del tipo y contenido de los instrumentos conducentes de aquellas para promover la concurrencia de oferentes y permitir la selección de uno de ellos como contratista, y pertinentes los segundos para definir el perfil y el clausulado del futuro contrato. (...) pero tal modulación no enerva esa autonomía puesto que ellos no prescriben con fundamento en supuestos fácticos definidos por el legislador y no están, por ende llamados a ser obedecidos, sino a generar reacciones de adhesión (o rechazo) ante múltiple y eventuales conductas que puede, en el marco de esa autonomía, desplegar la entidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CPACA / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA -No se configuró / ACTA DE TERMINACIÓN / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRETENSIONES RESARCITORIAS / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL ADMINISTRATIVA / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / COMUNICACIÓN DEL ACTA DE TERMINACIÓN / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / OCURRENCIA DEL HECHO DAÑOSO

[C]omo los reproches que formula el demandante y recurrente al ACTA DE TERMINACIÓN se fundan en su desarmonía con los términos de su invitación que fueron fijados como expresión de la autonomía negocial que le reconocía el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011, siguiendo los lineamientos generales atrás expuestos, concluye que las pretensiones así planteadas encuadran en los cánones de la responsabilidad extracontractual y que, por tanto, el medio de control pertinente para abordar el estudio del caso sub iudice, de conformidad con el artículo 140 del CPACA, es el de reparación directa. Establecido lo anterior, el conteo del término de caducidad del medio de control de reparación directa debe hacerse con sujeción al literal i del artículo 164 del CPACA, que lo fija en dos años contados a partir: Del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño. Cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si fue en fecha posterior, y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (...) el despacho tomará en consideración que el hecho que habría obrado como su causa se configuró, no a partir del día

siguiente a la comunicación del Acta de Terminación del Proceso de Selección de Invitación Abierta (...) como el actor incoó la demanda el 14 de marzo de 2016 ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no operó la caducidad del citado medio de control. Esta conclusión se fortalece si se considera que el término fue objeto de suspensión, en razón a la presentación de la solicitud de la conciliación extrajudicial ante la Procuradora 50 Judicial II para Asuntos Administrativos, de conformidad con el parágrafo 2 de artículo 37 de la Ley 640 de 2001.

FUENTE FORMAL: C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 164 LITERAL I / LEY 640 DE 2001 – ARTÍCULO 37 PARÁGRAFO 2 / C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 140

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-36-000-2016-00627-01 (58562)

Actor: CONSORCIO CONSTRUCTORES PEREIRA

Demandado: FONDO NACIONAL DEL TURISMO (FONTUR) Y OTROS

Referencia: Medio de control pertinente para demandar la indemnización de perjuicios que el actor considera causados por incumplimiento de los términos de una invitación a contratar extendida por entidad en proceso de contratación que por disposición legal se encuentra sometido al derecho privado.

AUTO SEGUNDA INSTANCIA

El Despacho resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del 10 de noviembre de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A” que rechazó la demanda por caducidad del medio de control.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El Consorcio Construcciones Pereira instauró demanda contra el Fondo Nacional de Turismo – FONTUR (en adelante FONTUR), la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – FIDUCOLDEX S.A. (en adelante FIDUCOLDEX) y el Consorcio Alianza Turística integrada por la sociedad L'Alianza Travel Network Colombia S.A. y la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica “ACODRES” (f. 3-27, c. 1), en ejercicio del medio de control de **reparación directa**. El escrito de demanda fue objeto de corrección y reforma (f. 35-60, c. 1) en acatamiento a lo dispuesto en el auto inadmisorio del 7 de junio de 2016, para plantear las siguientes:

- Pretensiones principales

I. Declarativas: (1.1) Que el Fondo Nacional de Turismo – FONTUR adelantó el procedimiento de invitación abierta FNT-001 de 2014; (1.2) que la propuesta del Consorcio Construcciones Pereira (presentada en atención a esa invitación) fue la más favorable y, en consecuencia, (1.2.1) se perfeccionó el contrato objeto de la invitación en los términos de la propuesta presentada por la demandante;

(1.2.2) la demandada incumplió las condiciones de la invitación abierta; y, por ello, (1.2.3) se debe declarar la responsabilidad “*por incumplimiento contractual de los demandados*” al no permitir la ejecución del contrato.

II. Condenatorias: (2.1) al pago de perjuicios por incumplimiento contractual de acuerdo al A.I.U. de la oferta; y (2.2) al pago de lucro cesante por la utilidad dejada de percibir desde el año de la ejecución del contrato hasta la fecha del respectivo fallo, con sus respectivos intereses moratorios, a la máxima tasa de interés vigente al momento de proferirse sentencia.

- Pretensiones subsidiarias a las pretensiones principales (1.2) y (1.2.3).

I. Declarativas:

Que se declare la responsabilidad de los demandados por la terminación intempestiva de la invitación, dada la presentación de la oferta en los términos del artículo 845 del Código de Comercio.

II. Condenatorias:

(2.1) Que se condene al pago de los perjuicios por lucro cesante, equivalente a la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS MCTE. (\$483.766.510=) a la fecha de celebración del respectivo contrato, (2.2) sus respectivos intereses moratorios a la más alta tasa permitida por la Ley, (2.3) y los gastos en que el Consorcio actor incurrió para la confección de la oferta equivalentes a la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE. (\$30.000.000=).

1.2. El auto recurrido

La demanda, ya reformada, fue rechazada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A”, mediante auto del 10 de

noviembre de 2016 (f. 91-95, c. 3). El Tribunal consideró que, dado el señalamiento que hizo el demandante del “*ACTA DE TERMINACIÓN*”, como la fuente del daño objeto de su pretensión de reparación, y en cuanto aquella constituía la manifestación de un acto administrativo producido dentro de un procedimiento precontractual, las pretensiones debieron estar encauzadas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, procedió a verificar la oportunidad de su ejercicio y concluyó que, al momento de la presentación de la demanda, aquel ya había caducado.

En esta providencia (f. 94-95, c.3), el Tribunal consideró que:

*“(…) el medio de control procedente en este caso es el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA puesto que la **fuente del daño surge de un acto** proferido con ocasión de la actividad precontractual (inciso segundo del artículo 141 del CPACA), cual es la decisión unilateral de Fiducoldex de dar por terminado el proceso de selección*

(…)

Es decir que la responsabilidad precontractual cuestionada en este asunto se origina en la aludida ilegalidad del acto previo, por lo que la controversia gira en torno a alguna de las causales legales de nulidad, al tiempo que el demandante sostuvo que su propuesta era la mejor

*(…), teniendo en cuenta que el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala encuentra que la demanda no se presentó dentro del término de los 4 meses (artículo 164, numeral 2, literal d del CPACA), aun si se contabiliza desde el 27 de junio de 2014, cuando según el demandante fue resuelta su solicitud de revocatoria, pues **la demanda fue radicada el 14 de marzo de 2016**”.*

1.3. El recurso de apelación

El memorial presentado para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la anterior providencia, la parte demandante sostuvo que: **(i)** en el caso *sub judice* no se involucra la existencia de algún acto administrativo que deba ser anulado, sino que existen *hechos o actuaciones* violatorias de la normatividad comercial privada vigente desplegada por la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – FIDUCOLDEX S.A., por medio del Acta de Terminación del Proceso de Selección de Invitación Abierta FNT-001 de 2014, que ocasionó perjuicios materiales a la actora; **(ii)** por lo tanto, no resultan aplicables los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, que regulen los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento; **(iii)** la causa u origen de los perjuicios generados a la demandante fue “*(…) el hecho de haberse retirado injustificadamente una oferta, en el escenario de un proceso comercial regulado exclusivamente por el derecho privado*”, es decir, “*(…) se trata de una simple actuación regida por derecho privado, realizado por alguien de derecho privado, en ejecución previa de un contrato de derecho privado*”; **(iv)** de acuerdo con el artículo 860 de Código de Comercio, en adelante CCO, se perfeccionó el contrato perseguido con la invitación abierta, desde el momento en que la demandante presentó su oferta,

por ende, considera como procedente de manera principal el medio de control de controversias contractuales regulada en el artículo 141 del CPACA y, de manera subsidiaria, el medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 de la misma codificación.

1.4. Trámite en segunda instancia

Con fundamento en los artículos 125 y 243 del CPACA, y con fines de unificación de jurisprudencia, conforme a lo prescrito en el artículo 271 *ibidem* y en el inciso 3º del artículo 35 del Código General del Proceso, en adelante CGP, a solicitud del magistrado sustanciador, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante decisión adoptada en Sesión del 26 de marzo de 2019, avocó conocimiento para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 10 de noviembre de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A”, que rechazó la demanda.

La Sala Plena de la Sección Tercera, con auto de 30 de abril de 2020, devolvió el conocimiento del asunto al magistrado sustanciador por cuanto no encontró que las circunstancias específicas del caso permitieran la pretendida unificación.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Según lo dispuesto en los artículos 125 y 243 numeral 1º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, Ley 1437 de 2011, el Despacho es competente para decidir la apelación por tratarse de un auto proferido por un Tribunal Administrativo en el curso de una actuación de primera instancia y por medio del cual rechazó la demanda presentada por el Consorcio Constructores Pereira contra el Fondo Nacional de Turismo –FONTUR, la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior –FIDUCOLDEX-, y el Consorcio Alianza Turística Integrado por la sociedad L’ Alianza Travel Network Colombia S.A. y la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica “ACODRES”.

2.2. Problemas jurídicos planteados por el recurrente

De conformidad con los motivos de inconformidad que el recurrente expone frente a la providencia recurrida, los problemas jurídicos que han de ser absueltos en esta providencia son los siguientes:

1. ¿La disposición legal que prescribe un régimen de derecho privado para los procesos a cargo de FIDUCOLDEX como vocera de FONTUR tiene por consecuencia que las decisiones que en tal condición adopte esa fiduciaria son expresión plena de autonomía privada?

2. ¿Cuál es el medio de control procedente para encauzar las pretensiones de la parte demandante, considerando que estas tienen causa en el incumplimiento, por parte de quien la extendió, de los términos de la invitación extendida en un marco de derecho privado?

Y, finalmente,

3. ¿Cuál es el término para el ejercicio oportuno del medio de control que da cauce a tales pretensiones?

2.3. Los demandados: su tratamiento por el ordenamiento jurídico.

El Fondo Nacional de Turismo – FONTUR fue creado por disposición del artículo 21^[1] de la Ley 1558 de 2012, como Patrimonio Autónomo con personería jurídica, con el objetivo de administrar diversos recursos fiscales y parafiscales, que están destinados, según el artículo 43 de la Ley 300 de 1993, a: (i) la ejecución de los planes de promoción y mercadeo turístico, y (ii) a fortalecer y mejorar la competitividad del sector, con el fin de incrementar el turismo receptivo y el turismo doméstico.

La administración y vocería del Fondo de Promoción Turística (después denominado FONTUR), como patrimonio autónomo, estuvo inicialmente a cargo del Consorcio Alianza Turística, integrado por la sociedad L'Alianza Travel Network Colombia S.A. y la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica "ACODRES". Fue esta la forma jurídica empresarial de naturaleza privada no personificada que, en el marco de las Leyes 300 de 1996, 1101 de 2006 y 1450 de 2011 y con fundamento en los Contratos N. 88 y 89 de 28 de diciembre 2007, suscritos con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, administró, durante la vigencia de estos últimos, los recursos que componían el entonces Fondo de Promoción Turística (después denominado FONTUR), así como aquellos a los que hizo referencia el artículo 44 de la Ley 300 de 1996, atendiendo a las políticas establecidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y a las aprobaciones impartidas por el Comité Directivo del Fondo de Promoción Turística.

La administración y vocería de FONTUR vino a ser asumida a partir del 1° de septiembre de 2013 por la sociedad Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX S.A., en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil No. 137 del 28 de agosto de 2013, suscrito entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la mencionada fiduciaria. Por tanto, el Consorcio Alianza Turística no

¹ ARTÍCULO 21. Los recursos señalados en el artículo 1o y 8o de la Ley 1101 de 2006, así como los asignados en el Presupuesto Nacional para la infraestructura turística, promoción y la competitividad Turística, y el recaudo del Impuesto al Turismo, formarán parte de los recursos del Fondo de Promoción Turística que en adelante llevará el nombre de Fondo Nacional de Turismo (Fontur) y se constituirá como Patrimonio Autónomo con personería jurídica y tendrá como función principal el recaudo, la administración y ejecución de sus recursos.

fungía como administrador de FONTUR para la época en que ocurrieron los hechos que fundamentan la demanda.

La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – FIDUCOLDEX S.A. es una sociedad de economía mixta indirecta del orden nacional y vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, constituida mediante Escritura Pública No. 1497 del 31 de octubre de 1992 de la Notaría 4ª de Cartagena. Sin consideración a su régimen propio de contratación, la ley prescribió un régimen particular para los contratos que FIDUCOLDEX S.A. celebra como vocera del patrimonio autónomo FONTUR.

2.4. Régimen jurídico del proceso de contratación adelantado por FIDUCOLDEX S.A. como administradora y vocera de FONTUR

El artículo 40^[2] de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 42 de la Ley 300 de 1996, prescribió: “[p]ara todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a

cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística se adelantarán de conformidad con el derecho privado”.

Este Fondo de Promoción Turística es el mismo Fondo Nacional de Turismo – FONTUR-, pues cabe recordar que así fue modificada su denominación por el artículo 21 de la Ley 1558 de 2012. En este orden de ideas, la remisión que hace la descrita norma, al derecho privado en lo concerniente a los procesos de contratación del aludido Fondo, se encuentra vigente y surte plenos efectos en la actualidad.

Según el artículo 15^[3] de la Ley 1150 de 2007, que modificó el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades financieras de carácter estatal, como lo es la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – FIDUCOLDEX S.A., no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. Empero, esta disposición viene irrelevante al caso,

² ARTÍCULO 40. DEFINICIÓN NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA. El artículo 42 de la Ley 300 de 1996 quedará así:

“Artículo 42. Del Fondo de Promoción Turística. Créase el Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal a que se refiere el artículo 40 de esta Ley, el cual se ceñirá a los lineamientos de la política turística definidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Para todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística se adelantarán de conformidad con el derecho privado”.

³ ARTÍCULO 15. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS ESTATALES. El párrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 32.

(...)

Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. || En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”.

pues lo que interesa para la resolución del presente asunto, es que el artículo 40^[4] de la Ley 1450 de 2011 prescribió que **para todos los efectos, los procesos de contratación** que lleve a cabo la Entidad Administradora del Fondo de Promoción Turística se encuentran sujetos al derecho privado. Así las cosas, como FIDUCOLDEX S.A. extendió la invitación FNT-001 de 2014 en su condición de administradora y vocera del patrimonio autónomo FONTUR, el régimen jurídico que ha de ser objeto de consideración en este caso es el que dispuso el referido artículo 40^[5] de la Ley 1450 de 2011.

2.5. Aspectos fácticos relevantes

Los medios de prueba allegados al plenario, puestos en relación con los siguientes hechos relevantes para la decisión que aquí concierne tomar, revelan lo siguiente:

2.5.1. El 20 de enero de 2014, la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. FIDUCOLDEX S.A., obrando como vocera del patrimonio autónomo FONTUR, extendió una comunicación abierta con la que se manifestó “interesada en recibir propuestas para la CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO DE CONVENCIONES DE PEREIRA Y RISARALDA – EXPOFUTURO, EN EL MUNICIPIO DE PEREIRA, DEPARTAMENTO DE RISARALDA EN LAS OBRAS CORRESPONDIENTES A LA SEGUNDA FASE, PARTES A Y B, DE ACUERDO A LOS PLANOS, PRESUPUESTOS, CANTIDADES, ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS APU, ESPECIFICACIONES, CRONOGRAMAS CONTENIDOS EN LOS ESTUDIOS TÉCNICOS ELABORADOS POR LA CÁMARA DE COMERCIO DE PEREIRA”. Dicha comunicación estuvo intitulada con el rótulo “Invitación Abierta a presentar propuestas No. FPT-01-2014” (f. 35-70, y **particularmente, folio 51 C. 2**) y se dijo dirigida a personas determinadas o no, que desearan participar con la presentación de una propuesta, bajo condición expresa de la invitante, de que tal invitación se extendía “con miras a aceptar aquella que resulte más favorable o a no aceptar ninguna”, evento este último en el cual, esta anunció explícitamente: “no habrá lugar a reclamo o indemnización alguna para quienes presentaron propuestas”. Sin perjuicio de lo anterior, o para complemento de ello, a renglón seguido expresó tajantemente la entidad

⁴ ARTÍCULO 40. DEFINICIÓN NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA. El artículo 42 de la Ley 300 de 1996 quedará así:

“Artículo 42. Del Fondo de Promoción Turística. Créase el Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal a que se refiere el artículo 40 de esta Ley, el cual se ceñirá a los lineamientos de la política turística definidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Para todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística se adelantarán de conformidad con el derecho privado”.

⁵ ARTÍCULO 40. DEFINICIÓN NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA. El artículo 42 de la Ley 300 de 1996 quedará así:

“Artículo 42. Del Fondo de Promoción Turística. Créase el Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal a que se refiere el artículo 40 de esta Ley, el cual se ceñirá a los lineamientos de la política turística definidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Para todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística se adelantarán de conformidad con el derecho privado”.

invitante: “la presente invitación es ley para las partes” (Folio 36 *in fine* C. 2).

2.5.2. De acuerdo con la evaluación jurídica de las propuestas que fue allegada al plenario como prueba documental por la parte actora (f. 71, C. 2), los proponentes que participaron en la invitación abierta a presentar ofertas, FNT-001 de 2014 realizada por FONTUR, fueron los siguientes:

- A. CONSORCIO PEREIRA 2014.
- B. CONSORCIO CONSTRUCCIONES PEREIRA.
- C. CONSTRUCTORA Y COMERCIALIZADORA CAMU S.A.S.
- D. CONSORCIO SIDECOL-PAYANES.
- E. CONSORCIO CCC PEREIRA.
- F. CONSORCIO CEFE.
- G. CONSTRUCTORA CASTEL CAMEL S.A.S.
- H. UNIÓN TEMPORAL ARME.

2.5.3. El 6 de marzo de 2014, FONTUR realizó la evaluación jurídica, financiera y técnica de las propuestas presentadas en el marco de la invitación abierta a presentar ofertas FNT-001 de 2014. (f. 71-99, C. 2).

2.5.4. El 26 de marzo de 2014, FONTUR dio respuesta a las observaciones realizadas por los proponentes, dentro de ellas, a la OBSERVACIÓN 16 que hizo el oferente CONSORCIO PEREIRA 2014, relacionada con la ausencia de firma del revisor fiscal de los estados financieros para el año 2012 de la

sociedad BCS INGENIERÍA Y PROYECTOS SAS, integrante del Consorcio Constructores Pereira. FONTUR aceptó dicha observación. (f. 122-123, C. 2).

2.5.5. El 27 de marzo de 2014, el Consorcio Constructores Pereira, a través de su representante legal, se pronunció frente a la respuesta que hizo FONTUR a la OBSERVACIÓN 16, que hizo el oferente CONSTRUCTORES PEREIRA para solicitar que se levantara la “descalificación” realizada, pues, a su juicio, se basaba en una interpretación equívoca de la Ley 43 de 1990. (f. 130-132, C. 2).

2.5.6. El 31 de marzo de 2014, FONTUR seleccionó a la empresa CONSTRUCTORA CASTELL CAMEL S.A. para la ejecución del contrato objeto de la invitación abierta a presentar ofertas FNT-001 de 2014. (f. 149-155, C. 2).

2.5.7. El 2 de abril de 2014, el representante legal del Consorcio Construcciones Pereira presentó escrito que anunció como recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión de seleccionar a la empresa CONSTRUCTORA CASTELL CAMEL S.A.S., para la ejecución del contrato objeto de la invitación abierta a presentar ofertas FNT-001 de

2014, con la pretensión de que se dejara sin efectos tal decisión. Para fundamentar esta pretensión, planteó que FONTUR había efectuado una interpretación errada del artículo 13 de la Ley 43 de 1991, concerniente a la obligatoriedad de la firma del revisor fiscal en los Estados Financieros del año 2012 de uno de sus consorciados; que tales reparos habían sido expuestos en la audiencia en que se seleccionó al citado contratista; y que FONTUR no los había tomado en consideración. (f. 156-159, C. 2)

2.5.8. El 5 de mayo de 2014, FIDUCOLDEX S.A., obrando como vocera del patrimonio autónomo FONTUR, decidió, mediante ACTA DE TERMINACIÓN, finalizar la Invitación Abierta a presentar propuestas No. FPT-01-2014, con fundamento en el numeral 4.4 de la invitación, sin lugar a suscripción del contrato con la empresa CONSTRUCTORA CASTELL CAMEL S.A.S., pues consideró que la adjudicación que se hizo a esta, del contrato, había sido el producto de un error que había alterado el orden real de elegibilidad. (f. 160-169, C. 2).

2.5.9. El 7 de mayo de 2014, el Consorcio Constructores Pereira, a través de apoderado judicial, presentó solicitud de revocación del acto de terminación de la invitación abierta a presentar ofertas FNT-001 de 2014, del 5 de mayo de 2014, ante FONTUR y FIDUCOLDEX S.A. (f.170-191, C.2).

2.5.10. El 27 de junio de 2014, FIDUCOLDEX S.A., obrando como vocera del patrimonio autónomo FONTUR, dio respuesta negativa a la solicitud de revocatoria directa del acto de terminación de la invitación abierta a presentar ofertas FNT-001 de 2014, del 5 de mayo de 2014, realizada por el Consorcio Constructores Pereira (f.192-198, C.2).

2.5.11. El Manual de Contratación de FONTUR, vigente para la época en que se realizó la Invitación Abierta a presentar propuestas No. FPT-01-2014, (f.199-211, C.2), establecía en el capítulo 2, titulado “RÉGIMEN LEGAL APLICABLE” la siguiente prescripción que se revela *a priori* acorde con el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011:

“El marco legal aplicable a la contratación son las normas Comerciales y Civiles, en cuanto a la calidad del ADMINISTRADOR, como encargado de la gestión de los recursos que componen el FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA, en consecuencia se dará rigurosa aplicación a los principios de la contratación del derecho civil y comercial. Lo anterior sin perjuicio de la legislación que deben cumplir los otros contratantes y/o contratistas, en cuanto su naturaleza o al lugar de ejecución del contrato”.

2.6. Análisis de la problemática planteada por el recurrente

Bajo este acápite, el despacho adelantará el estudio de las tres cuestiones que plantean los problemas jurídicos antes esbozados.

2.6.1. ¿La disposición legal que prescribe un régimen de derecho privado para los procesos a cargo de FIDUCOLDEX como vocera de FONTUR tiene

por consecuencia que las decisiones que en tal condición adopte esa fiduciaria son expresión plena de autonomía privada?

2.6.1.1. Caracteres del régimen al que se encontraba sometida la contratación en este caso particular.

2.6.1.1.1. Pese a la manifiesta expresión de intención del legislador, al presentar la exposición de motivos del proyecto legislativo que dio lugar a la Ley 80 de 1993, de expedir un estatuto contractual que rigiera esta actividad en todas las entidades de derecho público⁶, leyes posteriores dieron cuenta de una tendencia contraria. Es así como el legislador ha dispuesto que ciertos sectores de la actividad estatal o determinadas entidades públicas se sometan a regímenes jurídico-contractuales

exceptuados al del estatuto general de contratación estatal que, aunque, remiten de manera preponderante al derecho común, lo hacen caso a caso con variada intensidad y alcance, circunstancia esta que hace estéril la intención de unificar criterios en torno a los alcances de la excepción.

2.6.1.1.2. En tales condiciones, hay entidades que por su naturaleza o por la actividad a su cargo han quedado totalmente exceptuadas del régimen general de contratación; otras que se encuentran exceptuadas de aplicar tan sólo algunas de las normas de dicho régimen general; otras más, a las que se las autoriza para aplicar sólo residualmente algunas potestades de derecho público en las hipótesis previstas por el legislador, o cuando sean autorizadas para el efecto por el órgano regulador de la actividad a su cargo; e incluso, otras a las que se les permite “motu proprio” decidir, cuáles de sus actuaciones someterán a cauces procedimentales propios de derecho público.

2.6.1.1.3. En el caso *sub lite*, el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011 hace una remisión muy particular en cuanto, con ocasión de la determinación de la naturaleza jurídica del Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de unos recursos específicos, prescribió el régimen jurídico al que

⁶ Expresado en estos términos por la exposición de motivos del proyecto de ley que antecedió a la Ley 80 de 1993:

“1. Universalidad del Estatuto Contractual

La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.

Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.

La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado.” (en página web: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148> Consultada el 14 de marzo de 2019).

estarían sujetos **“los procesos de contratación”** adelantados por la entidad administradora de dicho fondo; y dispuso que esa remisión al derecho privado la hacía **“para todos los efectos”**.

Pues bien, si a términos del artículo 27 del Código Civil, ha de aceptarse que la expresión **“procesos”**, alude a un conjunto de pasos ordenado lógicamente para un fin determinado; que ese fin fue indicado por el legislador con recurso a la palabra **“contratación”**, que en su sentido natural y obvio se refiere a “la acción y al efecto de contratar”; y que la proposición subordinada adverbial **“para todos los efectos”** denota la intención del legislador fue de extender el alcance de la remisión al derecho privado a todas las fases de dicha secuencia lógica, este Despacho entiende que la ordenación de la secuencia de pasos que ha de seguir la entidad administradora del fondo, para seleccionar contratistas con cargo a los recursos de éste, y para convenir con ellos el clausulado del contrato, ha sido sometida por la ley a un régimen jurídico de derecho privado, **sin excepciones**.

2.6.1.1.4. Pero **¿qué significa el que tales procesos de contratación deban adelantarse de conformidad con el derecho privado?**

En orden a la respuesta de esta cuestión, viene pertinente recordar que el ordenamiento jurídico (derecho objetivo) se concibe como un sistema genético de proposiciones prescriptivas imperativas que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución⁷. Tal ordenamiento, en la modernidad occidental, es apreciado como uno y único en cada Estado, como

consecuencia del reconocimiento que se hace del monopolio del Estado en su creación.

Ahora, sin perjuicio de ese monopolio, hay prescripciones imperativas que, en cuanto solo se crean con el objeto de regular intereses particulares, pueden tener por fuente al mismo sujeto titular de ese particular interés. Tales prescripciones normativas funcionan como modelos de autorregulación y producto del ejercicio de un determinado tipo de autonomía que la dogmática ha denominado bajo el sintagma nominal de “autonomía de la voluntad”, más recientemente, de “autonomía privada”; y más próximamente aún, de “autonomía negocial”; y que da cuenta de los confines de las relaciones que conciernen al derecho privado.

Así las cosas, las prescripciones imperativas pueden ser reconducidas, en atención a su creador, a los dos ámbitos atrás referidos: unas, expedidas por el Estado o por otras personas jurídicas públicas, pero en uno u otro caso, en función del interés general y en virtud de un poder público que tiene fuente en la ley; y otras, producto del ejercicio de la autonomía privada o de una autonomía negocial previamente habilitada por la ley, cuyo objeto es la autorregulación de intereses privados y disponibles.

⁷ KELSEN, Hans; Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado; México, editorial Porrúa, trad. Wenceslao Roces, página XV.

De hecho, doctrina autorizada de derecho privado define la “autonomía” como “actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas”⁸, y la “autonomía privada” como “autorregulación y, específicamente una regulación directa, individual, de determinados intereses propios, por obra de los mismos interesados”, cuya característica reside, precisamente, en la inmediata coincidencia que comporta, entre el interés regulado y la voluntad reguladora, “porque son, interés y voluntad de las mismas personas”. En ese contexto de autorregulación, el **acto unilateral** obliga a quien lo profiere; y los terceros solo quedan vinculados a él en la medida en que estos presten su consentimiento o hayan convenido de antemano, someterse a sus designios.

En síntesis, el ejercicio de la autonomía privada es **habilitada** por normas que no la obligan ni a actuar, ni a actuar de determinada manera, aunque fijen “cargas de naturaleza formal y sustantiva” que condicionan la validez del producto de su ejercicio⁹; los actos unilaterales expedidos en ejercicio de esa autonomía carecen de fuerza vinculante frente a sus destinatarios mientras estos no consientan en someterse a ellos. El ejercicio de poder público, *contrario sensu*, es **impuesto** a su titular, se traduce, para este, en obligación de obrar, y de hacerlo válidamente, y las prescripciones que de él emanen son vinculantes para sus destinatarios¹⁰.

2.6.1.1.5. Así entendidas las cosas, hay en esa comprensión algo que causa contrariedad, pues no parece razonable que la contratación realizada con recursos indiscutible y eminentemente públicos quede regida por normas producto de **la habilitación** conferida por la ley legal para la autorregulación de intereses privados¹¹. Además, porque tal entendimiento parece venir contrario a la *ratio* misma del derecho público, signada como se encuentra por la naturaleza de los sujetos, por la naturaleza de los recursos aplicados a la actividad, y por los fines de interés público que con esta se comprometen.

Pues bien, tal remisión, sin embargo, es posible y puede arrojar resultados válidos, si el intérprete provoca un diálogo sinérgico de fuentes¹² que dinamice la

⁸ BETTI, Emilio, “*Corso di istituzioni di diritto romano*”, citado en BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, colección Crítica del Derecho, Ed. Comares, S.L., Granada, 2008. p. 51

⁹ FERRI, L. La autonomía Privada. Traducción de Luis Sancho Mendizábal, Editoriales Olejnik- Ibáñez, Colombia, 2019, págs. 201-210.

¹⁰ Al punto es necesario distinguir: una cosa es que tales actos unilaterales no vinculen jurídicamente, no obliguen a sus destinatarios, y otra, diferente, que su ejecución arbitraria, a pesar de su falta de coercibilidad, pueda causar daño resarcible.

¹¹ Ya los compiladores justinianos daban cuenta del siguiente aparte tomado del libro I de las Instituciones de Ulpiano: “Dos son las posiciones 2 de este estudio, el público y el privado. Derecho público es el que mira al estado de la cosa romana (rei Romanae); privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública y otras privadamente (...)”.

¹² “La teoría del diálogo de las fuentes entiende que, en pro de un sistema eficiente y justo en cuyo centro destaca la protección de los derechos fundamentales de la persona ||(...) la teoría del diálogo de las fuentes permite la funcionalidad de un ordenamiento jurídico plural y complejo, en cuanto apunta al logro de la coherencia del mismo (...), bajo el presupuesto de los beneficios que se desprenden de la construcción de la unidad del ordenamiento y del sistema en términos de la preservación de los principios, sin los que resulta irrealizable la justicia”. NEME VILLARREAL, M. L., “La importancia de la tópica en la renovación del sistema: el caso del derecho peruano y su sistema de precedentes”. *Derecho* [online]. 2018, N.80, págs. 49-117, págs. 93-94. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202018000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0251-3420. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201801.003>., quien cita a GADAMER, H.-G., *Verdad y método II*,

comunicación armónica a la que llama el legislador, entre el derecho administrativo y el derecho privado, de tal suerte que uno y otro se complementen en procura de la salvaguarda de los principios generales del derecho, al tiempo que de una debida garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reclaman los ciudadanos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹³.

La referida vinculación teleológica llama, *a priori*, a precisar que, en el caso *sub lite*, los intereses públicos al que deben servir los bienes que conforman el patrimonio autónomo FONTUR no mutan a la condición de privados por causa de la remisión al régimen de la autonomía privada y que esta circunstancia determina la necesaria **diferenciación entre medios y fines** en la actuación de FIDUCOLDEX.

2.6.1.1.5.1. **Los medios** reconducidos conforme al principio de la autonomía negocial, a las formas e instrumentos útiles para concitar las voluntades necesarias para la formación del contrato, le permiten a la entidad exceptuada optar, para efectos de la aproximación que suponen los *tratos preliminares*¹⁴ a la contratación, por la oferta, por la promesa de contrato, o por cualquier otra especie de negocio jurídico precedente, que le facilite el trasegar en pos del perfeccionamiento de aquel, asegurándose de que la relación así procurada se realizara con toda certeza en el futuro¹⁵, prefigurando el tipo concreto de contrato necesario para el cumplimiento de sus cometidos, tanto como el cauce de dicho trasegar, los requisitos y condiciones materiales, temporales o espaciales que los terceros interesados en contratar con ella deban cumplir para el efecto, y, en fin, preconcebir y proponer a los interesados el futuro acuerdo de voluntades que se determina a concertar. Tales prescripciones, vinculantes como resultan para la entidad que se propone contratar, tienen el mismo efecto para los terceros destinatarios de ellas, sólo a partir de la aceptación que de tal invitación hagan.

Ediciones Sígueme, Salamanca, 2010, pág. 209 y a SCHENK DUQUE, M.S., "O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria constituição", En MARQUES, C.L. (ed.), *Diálogo Das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, págs. 125-157, pág. 128.

¹³ "La cuestión ha dejado de ser ya puramente desiderativa y doctrinal para convertirse en un problema de efectividad de la constitución misma, del derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela «judicial efectiva» en lo contencioso administrativo y del sistema institucional de la situación y del equilibrio de los poderes". GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992, pág. 34.

¹⁴ "Ciertamente que en el marco de las negociaciones no solamente se compromete la responsabilidad que deviene por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un vínculo jurídico acabado. Porque siendo verdad que a una relación de ésta índole originada en un contrato no se llega siempre de manera instantánea, no conviene mirar con dejamiento todos aquellos pasos que previamente se cumplen a menudo con el fin de lograr ese acuerdo de voluntades que lo caracteriza. Allí, **en tal etapa, se realizan esfuerzos de la más variada índole, precisamente encaminados a cristalizar expectativas y planes económicos, notándose la presencia de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consulta entre las partes, todo lo cual no puede resultar frustrado inicua y no más que respaldados por el principio de la libertad contractual; antes bien, la conducta que deben observar quienes así se contactan en pos de un designio contractual deben ajustarla al principio de la buena fe. Traduce esto que cuando alguien abusa del derecho de no contratar, es preciso pasar de largo ante tan cimero postulado de la libertad que se tiene para contratar, y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, la que por tener su génesis en el camino cumplido para llegar a un contrato que finalmente no se produjo, ha dado en denominarse responsabilidad precontractual**". (Énfasis por fuera del texto original). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de del 31 de marzo de 1998, exp. núm. 4962.

¹⁵ RENGIFO GARDEAZABAL, M., *La formación del contrato*. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2016, págs. 386 y ss. Sobre los contratos preliminares, HINESTROSA, F., "Contratos preparatorios. El Contrato de Promesa", en *Revista de Derecho Privado*, N. 11, Universidad Externado de Colombia, 2006, págs. 33-56.

2.6.1.1.5.2. *Contrario sensu*, **los fines** que concierne servir a la entidad, no pueden ser sustituidos por esta; ellos se encuentran predeterminados por el ordenamiento jurídico general, y subordinan, sin ambages, a la entidad. Esa es la razón que explica el alcance del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que prescribe la obligación a cargo de las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de aplicar, en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso, y de observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. Por otro lado, su fuente emerge diáfana del tenor literal del artículo 209 de la Constitución Política: ***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.***

Análisis especial amerita el complemento gramatical “***acorde con su régimen legal especial***” que incorpora el artículo 13 de la Ley 1150 para delimitar el alcance de los principios de la función administrativa en este tipo de regímenes exceptuados. Este aparte de la norma funge como un complemento de modo en la oración, que, entendido en función de la textura abierta que caracteriza a los principios, permite inferir que su objeto es el de permear la expresión de la autonomía sin quebrarla, sin desvirtuarla, esto es, sin que pueda decirse que por causa de aquellos la decisión puede entenderse obligatoria para los terceros, o que tal decisión está amparada por presunción alguna de legalidad. En síntesis, se trata de imperativos, de límites positivos a la actuación de la entidad pública, cuya inobservancia puede comprometer su validez, pero que no tienen por consecuencia la modificación de los efectos en la vinculatoriedad de los terceros frente a las decisiones de la administración orgánicamente entendida.

Conforme a lo expuesto en el acápite precedente, en el caso *sub estudio*, FIDUCOLDEX S.A., actuando como vocera de FONTUR podía disponer autónomamente, como en efecto lo hizo, de la vía que encontrara más pertinente para concitar las voluntades necesarias para la formación del negocio jurídico que se proponía, pero toda esa actuación debía incardinarse a la satisfacción de un interés superior y general que guarda relación con la moralidad administrativa, con el derecho de todas las personas a trabar relaciones de colaboración con esa entidad para la satisfacción del interés superior que, en cuanto general, también les concierne, y de hacerlo en igualdad de condiciones y en un contexto garante de imparcialidad. Por supuesto, esa actividad precontractual debía estar signada por el interés de optimizar los recursos públicos aplicados a la gestión a cargo del Fondo, de modo que el ejercicio de su autonomía negocial se encontraba inescindiblemente atada a los fines de público interés, y por tanto, permeada y modulada por el debido respeto a los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, equidad, publicidad y valoración de costos ambientales, y pleno acatamiento a las reglas fijadas por las

leyes vigentes en materia de inhabilidades e incompatibilidades (Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

2.6.2. Medio de control procedente para encauzar las pretensiones de la parte demandante, considerando que estas, afirma el actor, tienen causa en el incumplimiento de los términos de la invitación por parte de FIDUCOLDEX S.A., quien la extendió.

2.6.2.1. Sea lo primero advertir que, conforme a la preceptiva de la Ley 1437 de 2011, bajo cuyo imperio ocurrieron los hechos que expuso la parte demandante a manera de *causa petendi*, el resultado que arrojó el estudio **sobre la naturaleza del acto no determina la jurisdicción** a cuyo cargo ha de estar la solución de esta controversia¹⁶.

2.6.2.2. **Dicha naturaleza ha sido factor determinante en la selección del medio de control pertinente** para dar cauce a las pretensiones que tienen origen en actos producidos en la fase precontractual en procesos adelantados por entidades públicas para seleccionar contratistas con sujeción a regímenes de derecho privado.

En efecto, con ese propósito se ha dicho¹⁷ que la naturaleza de los actos precontractuales, producidos dentro de los procedimientos regulados por regímenes especiales, como fórmula general, son actos administrativos, independientemente del régimen sustancial del contrato que se busca celebrar. Tal tesis tiene soporte doctrinal en la denominada *teoría del acto separable* (“*acte détachable*”) - de origen francés¹⁸, opuesta a la del “*tout indivisible*”, que afirma que las decisiones adoptadas por las entidades públicas en el marco de los

¹⁶ Artículo 104. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente, conocerá de los siguientes procesos:

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

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

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

(...)

(Subraya y negrilla fuera de texto, para resaltar).

¹⁷ A título enunciativo encontramos que en la Sección Tercera está la Sentencia de 20 de abril de 2005. Rad. 73001-23-31-000-1995-03243-01(14519); en la Subsección A están las Sentencias de 9 de octubre de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2002-01282-01(30763), 12 de febrero de 2014. 25000232600020000058101 (28209), 10 de febrero de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2003-00959-01(38696) 24 de octubre de 2016. Rad. 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607) y de 6 de julio de 2017. Rad. 25000-23-36-000-2012-00730-01(51920); en la Subsección B está la Sentencia de 29 de agosto de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1997-15440-01(30618); y en la Subsección C está el Auto de 18 de enero de 2012. Rad. 25000-23-26-000-2011-00203-01(42109), la Sentencia de 7 de septiembre de 2015. Rad. 25000-23-26-000-2003-00459-02(36633) y el Auto del 20 de marzo de 2018. Rad. 25000-23-36-000-2013-02186-01(60915).

¹⁸ “En Francia, y durante el siglo XIX, se mantuvo en vigor la teoría del “*tout indivisible*”, según la cual, y conforme a la jurisprudencia sentada, se entendía que no era posible admitir recursos de anulación, por exceso de poder, contra los actos que habían precedido o eran consecuencia de la conclusión de un contrato. // Posteriormente, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés llegó a admitir, aunque con una finalidad bien manifiesta, la teoría de los “*actes détachables*”, aceptando la posibilidad de una separación de los actos previos y preparatorios del contrato en sí mismo, justificando así la intervención de la jurisdicción contenciosoadministrativa (sic) respecto de los primeros.” ESCOLA, H. J., *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. I. Parte General. Depalma. Buenos Aires. 1977, pág. 322. Así mismo, ver: DROMI, J. R., *Licitación Pública*. 2ª ed. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995, págs. 165-170.

procedimientos de selección de contratista, actos previos o preparatorios del contrato, deben ser siempre consideradas como actos administrativos, independientemente de si el negocio en vía de concreción se orienta por normas de derecho público o de derecho privado. Se trata de una postura que entraña, en otras latitudes, una “*técnica*” que facilita el conocimiento de la jurisdicción administrativa sobre estas decisiones¹⁹, pero que en el actual contencioso administrativo colombiano ninguna utilidad presta en tal sentido.

3.6.2.3. Se ha dicho, también, desde otra orilla de la jurisprudencia que tales actos, en cuanto son el resultado del ejercicio de la *autonomía negocial*, se subsumen dentro de la categoría de *acto jurídico*²⁰ regulado por el derecho privado, y que si se les señala como causa de daño antijurídico a quien se halla en el otro extremo de la potencial relación negocial, debe el juez contencioso adelantar el juicio de imputación con fundamento en la debida observancia del principio de la buena fe, de conformidad con los artículos 90 y 83 de la Constitución Política y el artículo 863 del CCO.

2.6.2.4. Como se puede apreciar, estas dos posturas, aunque bien cimentadas jurídicamente, han centrado sus esfuerzos en la determinación de la naturaleza de los actos (un problema ontológico). El asunto, sin embargo, reclama mayor atención al carácter instrumental de las instituciones procesales (teleología).

Para empezar, conviene recordar que uno de los objetivos que se propuso el legislador con la expedición de la Ley 1437 de 2011 residió en la garantía reforzada del derecho fundamental de acceso a la administración de Justicia, y que para esos efectos hizo abandono del régimen plural de acciones que contemplaba el Decreto 01 de 1984 para adherir al reconocimiento del derecho de acción, en cuanto derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, como uno y único.

Sin embargo, el reconocimiento que se impuso de la variedad de pretensiones procesales que pueden ser llevadas a conocimiento del juez contencioso cambió el curso que se advertía en los propósitos del legislador de forma que este optó

¹⁹ GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. “Contencioso Administrativo”. 2ª Ed. Civitas – Thomson-Reuters. Madrid. 2012, págs. 72-80.

²⁰“(…), siendo el acto jurídico una manifestación de voluntad, que tiene por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho, es posible, en el momento en que tal manifestación se produce, consignarla por escrito, ya en orden a la constitución misma del acto, ya para que le sirva simplemente de prueba”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de septiembre de 1961, GJ XCVII, págs. 98-103. “Este puede ser definido como la declaración unilateral o bilateral de voluntad, ejecutada con arreglo a la ley, y destinada a producir efectos jurídicos (creación, conservación, transferencia (...)). Las características del acto jurídico se dan en ser una manifestación voluntaria de una o más personas, diferenciándose así de los hechos jurídicos que son obra de la naturaleza. Dicha manifestación es hecha con la intención de producir efectos jurídicos, lo cual lo diferencia de los hechos materiales del hombre (un saludo, una conversación) y de los otros hechos voluntarios sin intención de producir efectos (delitos). Atendiendo el número de voluntades necesarias para generarlos, los actos son unilaterales cuando para su generación basta la voluntad de una sola persona para producir efectos que le son propios (testamento, emancipación, interrupción de la prescripción (...)). El acto jurídico unilateral en el que intervienen varias personas puede ser unilateral, pues la clasificación no se hace atendiendo al número de personas sino a las voluntades necesarias para producir los efectos de acto mismo, este es unilateral, pero cuando no puede generarse sin el concurso de varias voluntades, es bilateral. Finalmente, si acto requiere la autorización de un tercero esto no lo hace perder su carácter de unilateralidad”. ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA M., *Derecho Civil*, T. II, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1998, pág. 5.

por instituir diversos cauces procesales para cada tipo de aquellas, dotado cada uno de estos de regulación propia, y “en algunos casos con requisitos, oportunidades y hasta procedimientos diferentes”²¹. Tales cauces, que recibieron el *nomen* genérico de “medios de control”, fueron individualizados cuando no con los mismos, con similares criterios a los que permitían la caracterización de las otrora llamadas acciones contencioso-administrativas, y generalmente, con adhesión a la misma nomenclatura. De ello dan cuenta los artículos 135 al 148 del CPACA.

2.6.2.4. Con todo, considerada la génesis de la norma, esos medios de control han de entenderse como cauces de expresión del derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia (art. 229 C.P.) para formular pretensiones que tienen por objeto la reparación de derechos (en sentido subjetivo), pero también, en algunos casos, el restablecimiento del orden jurídico (del Derecho, en sentido objetivo). Tales pretensiones, como se verá más adelante, tienen perfiles cuyas características se moldean por los atributos propios de la fuente jurídica del acto lesivo. Así, la pretensión de reparación del daño que tuvo causa en acto de poder, producto de normas que obligaban a su titular a obrar, y a hacerlo válidamente, un tipo de acto que ha recibido por transmisión la fuerza obligatoria frente a sus destinatarios; tal pretensión difiere de la que persigue la reparación del daño causado por un acto producto del ejercicio de una habilitación facultativa para obrar, acto de suyo carente de fuerza vinculante heterónoma mientras no cuente con la aquiescencia de su destinatario.

2.6.2.5. Así, el **medio de control de nulidad** ha sido dispuesto para dar cauce a la mera pretensión declarativa ordenada a decidir que sobre la validez y eventual nulidad de los actos administrativos de carácter general, de los actos de certificación, circulares de servicio o actos de registro; y sólo por excepción y en los casos precisamente definidos por la ley, de los actos administrativos de carácter particular.

El objeto de este medio de control puede describirse metafóricamente como la procuración de la expulsión del acto administrativo del ordenamiento jurídico por causa de su ilegalidad por incompetencia del órgano que lo expidió, de su irregular expedición, del desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, de la falsedad de los motivos, o de la desviación que acuse el ejercicio de las atribuciones de quien lo expidió respecto de los fines previstos en la norma que las confirió.

La relación que existe entre las causales de anulación y la calificación del acto objeto de la pretensión como acto administrativo tiene causa en la naturaleza de la norma atributiva de “poder” para su expedición, norma que no obra como fuente de un derecho subjetivo, y que, por el contrario, predetermina con mayor o menor rigor los límites de la atribución (competencia), los motivos válidos para su ejercicio, las formas y el procedimiento para su manifestación, así como los fines

²¹ BENAVIDEZ, José Luis (Ed.) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, págs. 305 y 306.

positivos que con ella se deben servir. En síntesis, la *ratio iuris* de este medio de control es la intangibilidad del principio de legalidad.

Este medio de control no tiene un correlato en derecho privado habida cuenta de que las decisiones unilaterales que allí se pueden dar, en cuanto son expresión de la autonomía negocial y no constituyen por tanto una forma de actuar la ley (principio de legalidad), carecen *per se* del poder de vincular (obligatoriamente) a persona diferente de su autor. El acto administrativo, obligatorio como es para sus destinatarios por haber sido expedido con sujeción directa a la ley, se presume expedido válidamente y, por tanto, quien pretenda su expulsión del ordenamiento, o quien pretenda reparación del daño por él causado, protestando su ilegalidad, debe previamente abatir la presunción de legalidad que lo cobija.

En el caso *sub lite*, el actor pretende, principalmente, la reparación de derechos subjetivos, pretensión que difiere de la declarativa a la que da cauce este medio de control.

2.6.2.6. El **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho** ha sido dispuesto para dar cauce a la pretensión de que sea restablecida la situación jurídica que tenía el sujeto afectado con el acto, pero también presta cauce a la pretensión de reparación del daño causado con la expedición de un acto administrativo particular ilegal.

La *ratio* de la complejidad de este medio radica en que, mientras el acto administrativo esté amparado por la presunción de legalidad, y sea obligatorio en consecuencia para los afectados, resultará estéril la pretensión de restablecimiento del derecho o de reparación del daño que se encuentre fundada en la protesta de su ilegalidad. Como corresponde a la dinámica derivada de toda presunción, su efecto es el traslado de la carga de la prueba, de modo que, hasta tanto el interesado demuestre la ilegalidad del acto, y abata en consecuencia la presunción que lo cobija, carecerá de causa su pretensión de condena.

Pues bien, en el caso *sub exámine*, el acto que el actor indica como causante de la lesión que pretende le sea reparada (acta de terminación) fue producto de la autonomía que le reconocía la ley (art. 40 Ley 1450 de 2011) al administrador del fondo para que determinara las formas para la construcción y expresión de la voluntad negocial y para que concertara su contenido. Por tanto, las decisiones que esa entidad administradora adoptó en tales ámbitos no pueden decirse ejecutorias de una norma obligatoria, no puede predicarse de aquellas que gocen de fuerza vinculante heterónoma o de presunción de legalidad.

En línea con lo expuesto precedentemente, dicha entidad debía sí, observar algunos principios constitucionales por efecto de su vinculación positiva a los fines a los que estaban afectados los bienes constitutivos del patrimonio FONTUR, principios que fungían como límites positivos a su autonomía, y cuya inobservancia puede comprometer la validez del acto.

En tal sentido, en cuanto el actor pretenda restablecimiento de derechos vulnerados por causa de la inobservancia de tales principios, de la transgresión de la normativa legal sobre inhabilidades o incompatibilidades, o de la desviación de poder que haya acusado la entidad, tales pretensiones, el medio de control procedente será el de nulidad y restablecimiento del derecho.

No ocurre lo mismo cuando el reproche gravite sobre los aspectos de la decisión que tienen causa directa en la preceptiva producida como manifestación de la autonomía privada; la pretensión así fundada tiene causa en la violación de estipulaciones que son expresión de la autonomía negocial, no en la violación directa de la ley y por tanto no obligaría al abatimiento de presunción de legalidad alguna, ni a la expulsión de esa "acta" del ordenamiento jurídico como presupuesto de prosperidad de las pretensiones de condena.

2.6.2.7. ¿Cuál es, entonces, el cauce idóneo para las pretensiones fundadas en reproches al acto por causa de la deslealtad para con el principio de la autonomía negocial, puesto que ha quedado vista la improcedencia, para tales efectos de los medios que tienen por objeto o se sirven del control de legalidad?

Todo reconduce a dos medios de control posibles: el de reparación directa y el de solución de controversias contractuales conforme a los cuales, las controversias que tengan origen en este tipo de actos pueden: (i) encaminarse a declarar la responsabilidad *por culpa in contrahendo* de la entidad demandada, a la manera como procede en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, por la cuerda de la responsabilidad extracontractual, o (ii) incardinarse hacia la declaración de existencia del contrato que por causas atribuibles a la demandada no pudo perfeccionarse y, consiguientemente, configuran pretensiones propias del medio de control de **controversias contractuales**.

Empero, ninguno de ellos viene pertinente, **sin reparos**, al propósito del actor en el caso *sub lite*. Veamos:

2.6.2.7.1. **El medio de control de controversias contractuales** se encuentra concebido para dar cauce a pretensiones de cualquiera de las partes de un contrato del Estado, no para traer a la jurisdicción pretensiones con causa en la actividad precontractual, en la que, en estricto sentido, no se ha tejido aún la relación contractual. De manera especial, el inciso 2 del artículo 141 del CPACA prescribe 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 (control de nulidad) y 138 (control de nulidad y restablecimiento del derecho), según el caso.

Basta decir al respecto, que en cuanto el acto glosado por el actor se produjo en la fase precontractual, y dicha glosa no se dirige a controvertir la falta de acatamiento directo de la legalidad, este medio de control viene improcedente como cauce de las pretensiones del actor.

2.6.2.7.2. El **medio de control de reparación directa** ha sido concebido para que por su cauce se traigan a la jurisdicción pretensiones directas (sin que sea preciso demandar declaración previa de nulidad de acto administrativo alguno) de reparación de daños antijurídicos producidos por la acción u omisión de los agentes del Estado causados, entre otras, por hechos, omisiones, operaciones administrativas, u ocupación temporal o permanente de inmuebles, supuestos hipotéticos estos que mueven a un ejercicio de analogía que excluye toda causa fundada en el **acto administrativo** ilegal (que no todo tipo de acto jurídico) y en el contrato, habida cuenta de la existencia de cauces específicos para cada uno de ellos: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la de solución de controversias contractuales.

La validez de los actos jurídicos que tienen fuente en la autonomía privada -que vale redundar, no tienen fuente directa en la ley, esta no “actúa” a través de ellos, ni estos son actos de ejecución o cumplimiento de aquella- no estarían excluidos como actos pasible de control a través de la reparación directa, se itera, porque nada obligaría a una previa declaración de ilegalidad como presupuesto de la pretensión de condena que por causa al reproche que de ellos haga la parte demandante.

Visto lo anterior, queda allanado el camino para que, *mutatis mutandi*, el despacho trasiegue por la misma vía que sigue la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto, ésta entiende que la pretensión declarativa de responsabilidad por *culpa in contrahendo* tiene fundamento en la normativa rectora de la responsabilidad extracontractual, una modalidad de responsabilidad que en el contencioso administrativo tiene cauce por el medio de control de reparación directa, y adopte, en tal sentido, una decisión que, valga denotar, tiene antecedente en decisión que adoptó la Sala Plena de esta Corporación, si bien en esa ocasión, en relación con actos precontractuales proferidos por empresas de servicios públicos domiciliarios²².

2.6.2.8. En síntesis, el anterior análisis pone de presente cómo la configuración actual de la normativa rectora de la materia a la manera de un “*numerus clausus*”²³ de medios de control, demanda una hermenéutica fundada en el análisis de las fuentes del acto reprochado, tanto como de sus efectos según sean por esa causa vinculantes o no para determinar la idoneidad del cauce procesal que debe dar recibo a las pretensiones del actor cuando estas tengan causa en el cuestionamiento de la validez de actos precontractuales de entidades que, como FIDUCOLDEX, vocera de FONTUR, sujetan sus procesos de contratación por la cuerda del derecho privado.

Tal hermenéutica arroja resultados que, como se revela en este caso, favorece o propicia una deseable simetría jurisprudencial con la jurisprudencia que en la

²² CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo contencioso administrativo, Auto S 701 de septiembre 23 de 1997. M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

²³ SARRIA O. Consuelo. ¿Acciones o pretensiones contencioso-administrativas? Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Administrativo, realizadas en la Universidad Externado de Colombia, durante el 7, 8 y 9 de septiembre de 2010. Revista Digital de Derecho Administrativo, N°. 4, segundo semestre/2010, págs. 77-108.

materia ha observado el órgano de cierre de la jurisdicción civil ordinaria; define el asunto en la forma que mejor se aviene a la voluntad del legislador de remitir tales actos a un régimen de derecho privado, al tiempo que supone la delimitación del alcance de tal remisión; atiende a las necesidades del control de legalidad en relación con los elementos de la decisión que son pasibles de él; y viene a obrar como prenda de garantía al derecho a una tutela judicial efectiva. En función de ella, procede a dar respuesta al segundo problema jurídico indicando que pretensiones como las formuladas por el accionante deben encauzarse por el medio de control de **reparación directa**.

2.6.3. Del término de ley para el ejercicio oportuno del medio de control

De conformidad con lo expuesto en el epígrafe precedente, el término dispuesto por la ley para el ejercicio oportuno del medio de control ha de definirse en función del tipo del medio de control pertinente para dar cauce a las pretensiones de la demanda.

Para el caso, el medio de control procedente es el de reparación directa, y el término legal para su ejercicio oportuno se encuentra prescrito en el literal i del artículo 164 del CPACA²⁴.

2.7. Síntesis de la solución del caso concreto

La solución del asunto, en concreto, materia de controversia en esta instancia, parte de la consideración de los siguientes supuestos:

2.7.1. De acuerdo con la subsanación que de la demanda y sus anexos hizo el apoderado judicial del actor (f. 35-70, C.1), los accionados FONTUR y FIDUCOLDEX S.A. son entidades cuyo régimen de contratación está exceptuado del marco normativo señalado en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias en virtud de lo dispuesto en el artículo 40^[25] de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 15^[26] de la Ley 1150 de 2007, que modificó el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, respectivamente.

²⁴ Con respecto a la contabilización del término de caducidad del medio de control de reparación directa, esta Sección se ha pronunciado en Auto de 26 de agosto de 2019. Rad. 08001-23-33-000-2015-00146-01(61713), Auto de 24 de noviembre de 2017. Rad. 68001-23-33-000-2014-00484-01(59884), Sentencia de 13 de diciembre de 2017. Rad. 19001-23-31-000-2008-00254-01(43385), entre otras providencias.

²⁵ ARTÍCULO 40. DEFINICIÓN NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA. El artículo 42 de la Ley 300 de 1996 quedará así:

“Artículo 42. Del Fondo de Promoción Turística. Créase el Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal a que se refiere el artículo 40 de esta Ley, el cual se ceñirá a los lineamientos de la política turística definidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Para todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística se adelantarán de conformidad con el derecho privado”.

²⁶ ARTÍCULO 15. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS ESTATALES. El párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 32. (...) Párrafo 1º. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. || En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”.

2.7.2. El trámite de contratación que inició FIDUCOLDEX como vocera de FONTUR, mediante la invitación abierta a presentar propuestas No. FPT-01-2014, se adelantó bajo los lineamientos del poder de autorregulación propio de la autonomía negocial que le reconocía el artículo 40 de la Ley 1154 de 2011

2.7.3. La remisión que al derecho privado hizo el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011 debe entenderse restringida a la regulación de las formas y a la selección del tipo y contenido de los instrumentos conducentes de aquellas para promover la concurrencia de oferentes y permitir la selección de uno de ellos como contratista, y pertinentes los segundos para definir el perfil y el clausulado del futuro contrato.

2.7.4. Tal autonomía debe entenderse modulada, en cada decisión que con base en ella se adopte, por la fuerza de los principios que la función administrativa que enuncia el artículo 209 de la Constitución Política y de la gestión fiscal que declara el artículo 267 *ejusdem*, pero tal modulación no enerva esa autonomía puesto que ellos no prescriben con fundamento en supuestos fácticos definidos por el legislador y no están, por ende llamados a ser obedecidos, sino a generar reacciones de adhesión (o rechazo)²⁷ ante múltiple y eventuales conductas que puede, en el marco de esa autonomía, desplegar la entidad.

2.7.5. Diferente es, por un lado, la vinculación que debía FIDUCOLDEX vocera de FONTUR a las reglas que prescriben las normas rectoras del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y por otro, a los fines de interés público que le concernía servir a ese patrimonio autónomo y a su administradora en ejercicio de esa condición, pues todo lo atinente a aquellas y a estos se rige por el derecho público, FIDUCOLDEX vocera de FONTUR no obraba con autonomía, ni en relación con esas reglas, ni en función de estos fines pues aquellas y estos estaban determinador por la ley.

Por tanto, como los reproches que formula el demandante y recurrente al ACTA DE TERMINACIÓN²⁸ se fundan en su desarmonía con los términos de su invitación que fueron fijados como expresión de la autonomía negocial que le reconocía el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011, siguiendo los lineamientos generales atrás expuestos, concluye que las pretensiones así planteadas encuadran en los cánones de la responsabilidad extracontractual y que, por tanto, el medio de control pertinente para abordar el estudio del caso *sub judice*, de conformidad con el artículo 140 del CPACA, es el de reparación directa.

Establecido lo anterior, el conteo del término de caducidad del medio de control de reparación directa debe hacerse con sujeción al literal i del artículo 164 del CPACA, que lo fija en dos años contados a partir:

²⁷ Zagrevelski

²⁸ Por medio de la cual FIDUCOLDEX S.A. como vocera del patrimonio autónomo FONTUR (f. 160-169, C.2), el 5 de mayo de 2014, decidió con fundamento en el numeral 4.4 de su invitación (f. 63, C.2): “Terminar la Invitación Abierta FNT-01-2014, sin lugar a la suscripción del contrato con la empresa Castell Camel S.A.S., a quien erróneamente se le adjudicó un contrato, por las razones expuestas en el presente documento, las cuales afectaron el orden de elegibilidad.” (Énfasis por fuera del texto original)

- i. Del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño.
- ii. Cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si fue en fecha posterior, y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

En el caso objeto de estudio, para determinar en qué momento se concretó el *supuesto* daño antijurídico, cuya reparación pretende el actor, el despacho tomará en consideración que el hecho que habría obrado como su causa se configuró, no a partir del día siguiente a la comunicación del Acta de Terminación del Proceso de Selección de Invitación Abierta FNT-001 de 2014, realizada por FIDUCOLDEX S.A. como vocera del Fondo Nacional de Turismo, el 5 de mayo de 2014, sino a partir del día siguiente a la notificación de la respuesta del **26 de marzo de 2014** que hizo FONTUR a la OBSERVACION 16 que hizo el oferente CONSORCIO PEREIRA 2014 (f. 122-123, C.2), en la que decidió que era procedente la observación relacionada con la ausencia de firma del revisor fiscal de los estados financieros para el año 2012 de la sociedad la sociedad BCS INGENIERÍA Y PROYECTOS SAS, integrante del Consorcio Constructores Pereira.

En ese sentido, el término de caducidad de 2 años del medio de control de reparación directa empezó a correr a partir del día **27 de marzo de 2014**. Por lo tanto, como el actor incoó la demanda el **14 de marzo de 2016** ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no operó la caducidad del citado medio de control. Esta conclusión se fortalece si se considera que el término fue objeto de suspensión, en razón a la presentación de la solicitud de la conciliación extrajudicial ante la Procuradora 50 Judicial II para Asuntos Administrativos, de conformidad con el parágrafo 2 de artículo 37^[29] de la Ley 640 de 2001.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia y, se devolverá la actuación al Tribunal de origen para que continúe con el estudio de los restantes factores de admisibilidad de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto del 10 de noviembre de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A”.

SEGUNDO: REMÍTASE el expediente al Tribunal de origen para que continúe con el estudio de los restantes factores de admisibilidad de la demanda.

²⁹ ARTICULO 37. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (...) PARAGRAFO 2o. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, **el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.** (*Énfasis por fuera del texto original*)

Notifíquese, publíquese y cúmplase,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

