

Cartagena de Indias D.T y C., quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-23-33-000-2008-00569-00
Demandante	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
Demandado	FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA
Tema	<i>Nulidad absoluta de contrato por objeto ilícito, al verificarse la violación de normas de derecho público – No se exigieron al contratistas las condiciones mínimas que lo habilitaran para ejecutar el objeto del contrato</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia en la demanda de controversias contractuales iniciada por el Departamento de Bolívar contra la Fundación Trabajar por Colombia.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda¹.

3.1.1 Pretensiones²

PRIMERA. Declarar la nulidad absoluta del Contrato 282 de 2007 suscrito entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y la FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA, según las manifestaciones de esta Acción Contractual.

SEGUNDA. En consecuencia, de las anterior declaratoria, condenar a la FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA a las restituciones consecuenciales derivadas de esa nulidad, para lo cual se dará aplicación, al 1525 del Código Civil y al pago de los perjuicios que se llegaren a probar y que le hubieren causado a la demandante; todo lo anterior, indexado, con intereses y se reconozcan costas procesales.

¹ Folio 1-39 cdno 1 (fl. 1-39)

² Folio 2-3 cdno 1 (fl. 2-3)

Pretensiones subsidiarias

PRIMERA SUBSIDIARIA: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO del Contrato No. 382 de 2007 por parte del contratista FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA.

3.1.2 Hechos³

Durante el mes de diciembre de 2007, el Departamento de Bolívar afrontó una ola invernal que afectó a varios municipios. Ante la magnitud de la afectación la Dirección de Prevención y atención de Desastres del Ministerio del Interior expidió la Resolución No. 33 de diciembre 5 de 2007 y declaró la situación de calamidad pública en el Departamento de Bolívar. El día 6 de diciembre de 2008, el Comité Departamental de Atención y Prevención de Desastres determinó un plan para afrontar la Emergencia en el cual se incluyó la Implementación del Plan de Atención Básica en Salud para once (11) municipios, para lo cual se asignó un presupuesto de \$550.000.000. Mediante Decreto N° 0690 de 13 de diciembre de 2007, el Gobernador del Departamento de Bolívar, declaró el estado de urgencia manifiesta.

A través de comunicación de 24 de diciembre de 2007, la Coordinadora de Programa de Urgencias, Emergencias y Desastres del Departamento y el Secretario de Salud del Departamento solicitaron autorización para contratar la adquisición de productos para atender la emergencia. En ese marco se emitió la oferta única de diciembre 24 de 2007, por medio de la cual se invitó a FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA a presentar propuesta; sin embargo, no se advirtió que la entidad no contaba con la capacidad técnica, financiera y tampoco con la idoneidad necesaria para la cumplir el objeto contractual. El Contratista no anexó Formato Único de Hoja de Vida del Departamento Administrativo de la Función Pública para Personas Jurídicas (Ley 190 de 1995, Ley 443 de 1998, y Resolución 580 de 1999 del DAFP).

La FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA, persona jurídica de derecho privado tenía un patrimonio de \$0.0 y se encontraba representada por Álvaro Atencia Blanquicet, quién solo podía realizar actos y celebrar contratos, sin autorización, por un monto de 499 salarios mínimos mensuales; pero el contrato suscrito con el Departamento de Bolívar era por un valor de \$ 384.720.000.00.

El Contrato, No. 382 sin fecha de 2007, se suscribió entre el Gobernador LIBARDO SIMANCA TORRES y ÁLVARO ATENCIA en representación de la FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA. El objeto del contrato era la adquisición de tetanol como refuerzo a las vacunas antirábicas y para prevenir los riesgos producidos por accidentes en zonas inundadas, sueros antofídicos, pruebas rápidas para

³ Folio 3-13 cdno 1 (fl. 3-13 dig)

el diagnóstico de malaria y dengue. Según la cláusula tercera, el contrato tendría una vigencia de un mes. La supervisión y coordinación de la ejecución y desarrollo del contrato estaría ejercida por el Coordinador del Programa de Emergencia y Desastres de la Secretaria de Salud Departamental, es decir, la señora BETTY MERCADO BARRIOS.

Mediante documento del 27 de diciembre de 2007 la Coordinadora de Programa de Urgencias, Emergencias y Desastres del Departamento certificó el cumplimiento del contrato. La certificación de cumplimiento se hizo un día antes del término de la urgencia manifiesta, pero sin tener en cuenta la entrada al almacén como lo señala el contrato. A través de "Comprobante de Ingreso a Almacén" No. 231 de 30 de diciembre de 2007 (impreso el 8 de enero de 2008 a las 11:33:06), la señora LUNELA PALIS VIANA - Almacenista del Edificio de Asistencia Social de la Secretaria de Salud certificó el ingreso de las pruebas de Malaria y Dengue de Fundación Trabajar por Colombia; y, con Comprobante de Salida de Almacén No. 1065 de 30 de diciembre de 2007 (impreso el 27 de marzo de 2008) la señora LUNELA PALIS VIANA certificó la "Entrega de pruebas de malaria y dengue" a BETTY MERCADO BARRIOS - Coordinadora de Programa de Urgencias, Emergencias. Los elementos supuestamente comprados nunca llegaron a sus destinatarios reales.

La gestión antes realizada fue auditada por la Procuraduría y la Contraloría, entidades que solicitaron el envío de las constancias e informes necesarios para verificar la legalidad de la contratación, advirtiéndose varias irregularidades que también fueron de conocimiento de la Fiscalía General de la Nación

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante propone los siguientes cargos:

- **Nulidad absoluta el contrato por objeto ilícito, por cuanto existe falta de capacidad de la entidad para comercializar medicamento;** ello, conforme con los artículos 1523, 1517 del código civil y 899 del código de comercio. En ese sentido afirma que la entidad contratista no demostró estar habilitada por los entes de control para comercializar medicamentos.
- **Nulidad absoluta del contrato por falta indicación de la fecha de suscripción,** lo cual genera una nulidad absoluta del contrato puesto que no se tiene una fecha cierta de cuando se formalizó el mismo, violándose con ello uno de los requisitos del contrato.
- **Nulidad absoluta del contrato por falta de capacidad del representante legal de la fundación,** pues este no tenía facultades legales para suscribir

el contrato, sin autorización de la junta, puesto que este superaba los 499 SMLMV.; sobre este aspecto indicó que, dicha autorización debía estar inscrita en el registro mercantil, pero ello no se hizo así; por el contrario, fue el revisor fiscal quien certificó esa facultad sin que este tuviera competencia para ello.

- **Nulidad absoluta del contrato por violación de los principios de la transparencia y selección objetiva.** Sostiene que Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común, adicionalmente, el artículo 13 del mismo Estatuto dispone que también son nulos cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal y "abuso o desviación de poder.

Afirma que, si bien para los contratos celebrados durante la urgencia manifiesta, no es necesario acudir a la licitación o concurso público, y pueden realizarse a través de contratación directa, tal libertad no es absoluta, toda vez que en la selección del contratista se deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993. En el mismo sentido, establece la Ley 80/93 que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerá sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en este estatuto.

Enuncia que, con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata.

Que, en este caso, se emitió una única propuesta para contratar a: un Contratista que no es comerciante; el contratista solo acredita, según los documentos de seguridad social-, una infraestructura conformada por tres trabajadores; el Contratista no acredita experiencia en este tipo de contrato, máxime por la cantidad de dinero que se contrató; el contratista no acreditó la infraestructura logística suficiente para la cantidad de dinero que se contrató; el Contratista no acreditó los permisos y licencias requeridos; el contratista no acreditó una capacidad económica suficiente, dado que tenía un patrimonio de \$0.0 al momento de celebrar el contrato; No se consultaron registros públicos de personas autorizadas para ejercer tales funciones y capacitadas para ello; la Autoridad Administrativa envió una única solicitud

para contratar, sin contactar empresas con experiencia en atención de urgencias o incorporadas a registros públicos como idóneas para la atención de catástrofes de alta magnitud.

- **Nulidad absoluta del contrato por desviación de poder.** Alega que existe desviación de poder conforme a las siguientes situaciones extrañas:
 - El fundamento de los contratos lo encontramos en un diagnóstico del 6 de diciembre de 2007. Sin embargo, la Administración Departamental esperaron aproximadamente 20 días para ser suscritos, aun cuando los diagnósticos señalaron más de 25.000 afectados, por lo cual la contratación era "urgente" e "indispensable".
 - Los contratos, finalmente, vinieron a ser suscritos en los últimos días de vigencia de la Ola Invernal (28 de diciembre) y a pocos días de la terminación de periodo del Sr. Gobernador De Bolívar (31 de diciembre).
 - Del expediente contractual no se evidencia que en todos los contratos se envió una única solicitud para contratar, a una fundación que no cumplía requisitos de capacidad técnica y experiencia.
 - Hay inconsistencias entre los certificados de entrada y salida de las mercancías a Almacenes.
 - No se señaló ninguna modificación contractual, ni reza dentro del expediente, ni otros funcionarios de la Administración dan fe de la modificación contractual.
 - Solo en las Inspecciones de la Autoridades de Control se verifica que los bienes contratados, sobre los que se verificó el cumplimiento, no se encontraban en las bodegas oficiales.
 - La Contraloría previno sobre posible detrimento patrimonial.
 - El interventor, desconociendo los hechos anteriores, excesivamente motivado en algunos aspectos y deficiente en otros, certificó el cumplimiento del 100% del valor de los contratos.
 - En los informes aparecieron nuevas circunstancias: una presunta modificación contractual, que tiene amplias inconsistencias.
 - No se tomaron medidas razonables, como exigir pólizas o contratos de bodegaje, ni se garantizó la responsabilidad de los bienes.
 - No se evidencia un inventario exhaustivo de los bienes objeto del contrato.
- **Nulidad absoluta del contrato por incumplimiento de los fines de la contratación.** Indicó que, el contrato sub lite fue suscrito para hacer frente a una emergencia invernal, sin embargo, los hechos de esta demanda ponen de presente el incumplimiento de lo anterior, en vez de terminar las mercancías contratadas en manos de la población afectada -aproximadamente 12.000 bolivarenses-, los bienes del contrato estuvieron en las bodegas de los particulares. La finalidad de la contratación en Urgencia Manifiesta no fue cumplida dentro del término de la Urgencia determinado por el Comité Departamental, ni en ningún otro momento.
- **Incumplimiento del contrato.** Manifiesta que una de las obligaciones del contrato de compra venta es la entrega o tradición de la cosa vendida; sin embargo, en este caso los elementos no fueron entregados en el lugar indicado y no se atendió a la población afectada ni se pudo verificar la calidad de los productos.

3.2 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue presentada el 29 de octubre de 2008 (fl. 39); siendo admitida el 25 de marzo de 2009 (fl. 130); la fijación en lista se hizo del 7 de noviembre de 2014 al 21 de noviembre de 2014 (fl. 130 rev); como quiera que no se pudo notificar al accionado, se designó curador ad litem el 27 de agosto de 2014 (fl. 287-288); el 23 de septiembre de 2014 se contestó la demanda (fl. 295-297).

Con auto del 29 de septiembre de 2015, se abrió el periodo probatorio (fl. 302-305) y el 27 de febrero de 2017 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 456). El 12 de febrero de 2021 ingresó el proceso para fallo.

3.3 CONTESTACIÓN⁴

La demanda fue contestada a través de curador ad litem designado por el Despacho, quien manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda referente a la contratación debatida.

No propuso excepciones previas ni de fondo.

3.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.4.1 Demandante⁵: La parte presentó sus alegatos, solicitando que se accedan a las pretensiones de la demanda

3.4.2 Demandado: No presentó alegatos

3.4.3 Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

⁴ Folio 295-297 cdno 2 (fl. 104-106)

⁵ Folio 460-468 cdno 3 (fl. 69-77)

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

¿Debe declararse la nulidad absoluta del contrato celebrado entre el Departamento de Bolívar y la Fundación Trabajar por Colombia, celebrado en el marco de la emergencia suscitada en diciembre de 2007? ¿Hay lugar a las restituciones mutuas?

En caso de que el problema jurídico anterior sea respondido de forma negativa, deberá esta Corporación proceder a verificar si

¿Está demostrado el incumplimiento del contrato por parte del contratista? ¿Deben reconocérsele perjuicios al Departamento de Bolívar, por dicho incumplimiento?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala considera que sí es procedente declarar la nulidad absoluta del contrato celebrado entre el Departamento de Bolívar y la Fundación Trabajar por Colombia, celebrado en el marco de la emergencia suscitada en diciembre de 2007, toda vez que el mismo adolece de objeto ilícito al haberse adelantado con violación de normas de derecho público, en la medida en que la administración contrató con un particular, la compra de medicamentos e insumos médicos, sin que este estuviera legalmente habilitado para desarrollar dicha actividad.

Ahora bien, en cuanto a las restituciones mutuas, debe exponerse que las mismas no son procedentes ya que no se demostró que el accionado haya cumplido el contrato, ni que la entidad pública demandante haya pagado por el objeto del contrato.

Como quiera que se accederá a las pretensiones principales, no es necesario proceder con el estudio del incumplimiento del contrato.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Nulidad absoluta del contrato.

En virtud del artículo 1602 del Código Civil, los contratos son una expresión de la autonomía de la voluntad, por consiguiente, son ley para las partes y deben ser cumplidos en los términos y condiciones que establezcan sus cláusulas. Dicho de otra manera, los contratos son fuente de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes contratantes.

En ese sentido, el Consejo de Estado sostiene que en los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado (*Exceptio non adimpleti contractus*)⁶.

Respecto de la procedencia de la declaratoria de nulidad de los contratos, tenemos que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, establece:

"ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado **son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común** y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

A su turno, el artículo 45 establece que la nulidad absoluta puede ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público o por cualquier persona; de igual manera, puede ser declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. Que, en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80/93, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme

⁶ El Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A en sentencia del 30 de enero de 2013, Radicación número: 20001- 23-31-000-2000-01310-01(24217), C.P (E) Danilo Rojas Betancourth, dijo: "El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual "la mora de uno purga la mora del otro", consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

Teniendo en cuenta lo expuesto, encuentra esta Judicatura que, además de las causales de nulidad absoluta que contiene la Ley 80/93, también son aplicables a estos casos las causales que regula el derecho civil, en su artículo 1741, el cual dispone:

“ARTICULO 1740. <CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD>. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Así pues, siguiendo lo dispuesto por el Consejo de Estado⁷, al integrar en un sólo y único listado todas las causales de nulidad de los contratos estatales, se encuentran:

- a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;
- b).- Ilícitud en el objeto;
- c).- Ilícitud en la causa;
- d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;
- e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;
- f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;
- g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;
- h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;
- i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y
- j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.

De conformidad con la Ley y la jurisprudencia, que es unánime al respecto, la declaratoria de nulidad de un acto o contrato o de una de sus cláusulas implica que desaparece del mundo jurídico, como si nunca hubiera existido y, por lo

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION A. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939)

mismo, retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la celebración del contrato (efectos ex tunc)⁸.

Así dispone el Código Civil sobre los efectos de la declaratoria de nulidad:

ARTICULO 1746. <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>. *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Es decir que la sentencia produce efectos retroactivos por lo que surge el deber de restituir o de repetir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado. Bajo esa línea argumentativa procede la Sala a pronunciarse de fondo respecto del asunto sometido a debate.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados:

- Certificado de existencia y representación de la Fundación Trabajar por Colombia⁹.
- Ficha técnica del Contrato para la compra de etanol, refuerzo de vacunas antirrábicas, suero antiofídico, pruebas para detectar la malaria y el dengue, suscrito en diciembre de 2007¹⁰.
- Contrato de compraventa suscrito por el Departamento de Bolívar suscribió con la Fundación Trabajar por Colombia, el cual no se identifica con ningún número consecutivo, ni tiene fecha de suscripción, y su objeto es la adquisición de etanol, refuerzo de vacunas antirrábicas, suero antiofídico, pruebas para detectar la malaria y el dengue¹¹.
- Factura de venta No. 1539 del 27 de diciembre de 2007, del pago de la publicación del contrato mencionado¹².
- Póliza de seguro de cumplimiento No. CE- 0236625, expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia en, emitida el 27 de diciembre de 2007, por

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 17001-23-31-000-2005-00106-01(36391)

⁹ Folio 43-46 cdno 1 (fl. 44-51) y Folio 64-67 cdno 1 (fl. 84-91)

¹⁰ Folio 47 cdno 1 (fl. 52)

¹¹ Folio 48-51 cdno 1 (fl. 54-59 dig)

¹² Folio 52 cdno 1 (fl. 61 dig)

el plazo de 5 meses, en la cual se ampara el contrato por valor de 384.720.000, frente al riesgo de cumplimiento del contrato y calidad del bien o servicio¹³.

- Cuenta de cobro N° 03-12-2007, por la suma de \$ 384.720.000, presentada por la Fundación Trabajar por Colombia al Departamento de Bolívar¹⁴.
- Comprobante de ingreso a Almacén No. 231 del 30 de diciembre de 2007, firmado por la señora Lunela Palis Viana de las mercancías adquiridas con el contrato mencionado¹⁵.
- Certificado emitido el 27 de diciembre de 2007, por la Coordinadora del Programa de Emergencias y Desastres de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, señora Betty Mercado Barrios, en el que hace constar el recibo a satisfacción de los productos compradas a la Fundación Trabajar por Colombia¹⁶.
- Registro presupuestal No. 7008 del 27 de diciembre de 2007, en el que figura como beneficiario Fundación Trabajar por Colombia, para el "apoyo a programas de ola invernal", por valor de 384.720.000¹⁷.
- Certificado emitido el 24 de diciembre de 2007, por el Secretario de Salud del Departamento, en el que hace constar que los precios ofrecidos por la Fundación Trabajar por Colombia para adquisición de los productos prueba rápida de malaria, prueba rápida de dengue, tetanol y suero antiofídico, se ajustan a los precios de mercado¹⁸. Este documento se acompaña con el registro de búsqueda SICE.
- RUT de la Fundación Trabajar por Colombia¹⁹.
- Certificado del 29 de octubre de 2007, donde consta que, ni la Fundación Trabajar por Colombia, ni el señor Álvaro Atencia, figuran como responsables fiscales²⁰.
- Certificado del 15 de noviembre de 2007, donde consta que, ni la Fundación Trabajar por Colombia, ni el señor Álvaro Atencia, figuran con sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación²¹.
- Cotización realizada por la Fundación Trabajar por Colombia a la Secretaría de Departamental de Salud de Bolívar, el 24 de diciembre de 2007, para la

¹³ Folio 43 cdno 1 (fl. 63 dig)

¹⁴ Folio 54 cdno 1 (fl. 65 dig)

¹⁵ Folio 55 cdno 1 (fl. 67 dig)

¹⁶ Folio 56 cdno 1 (fl. 69 dig)

¹⁷ Folio 57 cdno 1 (fl. 71 dig)

¹⁸ Folio 58-63 cdno 1 (fl. 73-82)

¹⁹ Folio 69 cdno 1 (fl. 94)

²⁰ Folio 70 y 74 cdno 1 (fl. 96 y 104)

²¹ Folio 71 y 75 cdno 1 (fl. 98 y 106)

compra de pruebas rápidas de dengue, malaria, suero antiofídico y tetanol, por valor total de 384.720.000²².

- Invitación realizada el 24 de diciembre de 2007, por la Secretaria de Salud a la Fundación Trabajar por Colombia, para contratar los mencionados productos²³
- Términos de referencia a la contratación de la adquisición de insumos plurimencionado, el cual se exponen las mismas condiciones de objeto, valor, plazos, pólizas y demás determinados en el contrato²⁴.
- Concepto a la contratación de referencia, en el que se indica la necesidad urgente, necesaria e indispensable de la contratación²⁵.
- Concepto económico previo a la celebración de un contrato para apoyo programas de ola invernal en el Departamento de Bolívar²⁶.
- Decreto 690 del 13 de diciembre de 2007, por medio del cual el Gobernador de Bolívar declaró la urgencia manifiesta por la ola invernal²⁷.
- Comprobante de salida de almacén No. 1065 de la mercancía adquirida a través del contrato suscrito con Fundación Trabajar por Colombia, de fecha 30 de diciembre de 2007, suscrito por la señora Lunela Palis Viana²⁸. La fecha de impresión de este comprobante fue el 27 de marzo de 2008.
- Informe de supervisión y coordinación del contrato #382-2007 (celebrado entre el Dpto de Bolívar y Fundación Trabajar por Colombia), realizado por la señora Betty Mercado Barrios²⁹.
- Resolución 33 del 5 de diciembre de 2007, por medio de la cual se realizó la declaratoria de situación de calamidad pública en el Departamento de Bolívar y se reconoce afectación en varios Municipio; y la Resolución 36 del 12 de diciembre de 2007, por medio de la cual se adiciona el artículo 1 del acto administrativo anterior³⁰.
- Acta del 27 de marzo de 2008, levantada en virtud de la visita realizada por la Procuraduría Regional de Bolívar, en la cual se le piden explicaciones a la señora Betty Mercado sobre la recepción y entrega de la mercancía contratada para socorrer a los municipios afectados por la ola invernal; en la

²² Folio 85 cdno 1 (fl. 125 dig)

²³ Folio 86 cdno 1 (fl. 127)

²⁴ Folio 89-91 cdno 2 (fl. 133-137 dig)

²⁵ Folio 92-95 cdno 1 (fl. 139-141)

²⁶ Folio 96 cdno 1 (fl. 147)

²⁷ Folio 97-99 cdno 1 (fl. 149-153)

²⁸ Folio 100 cdno 1 (fl. 155-173 dig)

²⁹ Folio 101-109 cdno 1 (fl. 157)

³⁰ Folio 123-126 cdno 1 (fl. 188-191)

misma se dejó consignado que la supervisora del contrato afirmó no tener inventario de recibido ni de entrega de la mercancía a los municipios, pero, afirmó que sí existían soportes del esas actuaciones³¹.

- Sentencia del 19 de marzo de 2013, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, resolvió *"DECLARAR penalmente responsable a las ciudadanas BETTY MERCADO BARRIOS y LUNELA PALIS VIANA, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, como autoras de la conducta punible de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO prevista en el artículo 286 del C. P. realizada cuando se desempeñaban como funcionarias públicas de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar expuestas en esta sentencia. CONDENAR, en consecuencia, a BETTY MERCADO BARRIOS y LUNELA PALIS VIANA, a la pena principal de CINCUENTA (50) MESES DE PRISIÓN"*³².
- Fallo disciplinario de primera instancia, proferido el 30 de noviembre de 2012, en el que es investigado y sancionado el señor Libardo Simancas Torres (Gobernador de la época) y otros³³, por los contratos suscritos en los años 2007, 2008 y 2009.
- Oficio GOBOL 16-021218 del 26 de julio de 2016, por medio del cual el almacenista de la Gobernación de Bolívar certifica que en los archivos y libros de esa dependencia no reposan registros de ingreso y salida de las mercancías adquiridas en virtud de la emergencia que efecto al Departamento de Bolívar en el año 2007³⁴.
- Testimonio rendido por el Dr. EDGAR RAFAEL LARIOS REDONDO³⁵, quien manifestó haberse desempeñado en el cargo de Coordinador de Comité Departamental del Atención y Prevención de Desastres, en el año 2007, sin embargo, indicó que para el momento de los hechos había sido encargado de la Alcaldía del Municipio de Tiquicio, por ausencia del titular, y solo hasta el 2 de enero de 2008 retornó a la oficina; por lo que no tenía conocimiento de lo acontecido directamente con la contratación para atender la emergencia de diciembre de 2007.
- Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia³⁶ de fecha 10 de mayo de 2017, por medio de la cual se decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Procuraduría General de la Nación y el Departamento de

³¹ Folio 127-128 cdno 1 (fl. 192-193)

³² Folio 179-216 cdno 1 y 2 (fl. 252-273 y 1-16)

³³ Folio 335-407 cdno 2 y 3 (fl. 152-217 y 1-7)

³⁴ Folio 440 cdno 3 (fl. 45)

³⁵ Folio 453-454 cdno 3 (fl. 59-61)

³⁶ Folio 475-508 cdno 3 (fl. 85-118)

Bolívar, y se confirmó la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, en la sentencia del 19 de marzo de 2013.

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

El apoderado del Departamento de Bolívar, alega como primera causal de nulidad del contrato plurimencionado, el objeto ilícito por haberse celebrado con una entidad que no acreditó tener capacidad para celebrar dicho negocio jurídico, como quiera que el representante legal de la Fundación no tenía competencias para celebrar el mismo en nombre de la fundación; además indicó que el objeto del contrato era ilícito, en la medida en que la fundación contratista no acreditó tener autorización para conservar, distribuir y manipular medicamentos. Que, igualmente, el contrato era nulo por desviación de poder, e incumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, así como incumplimiento a los fines de la contratación.

La parte demandada, fue representada en este asunto por medio de curador ad litem, quien se limitó únicamente a desconocer los hechos presentados como soporte de las pretensiones de esta acción.

Así las cosas, una vez verificadas las pruebas aportadas al proceso, encuentra este Tribunal que, con ocasión a la ola invernal que afectó el Departamento de Bolívar en el año 2007, las autoridades de este ente territorial, basados en la declaratoria de urgencia manifiesta realizada mediante Decreto No. 690 del 13 de diciembre de 2007³⁷, y en la Resolución 33 del 5 de diciembre de 2007, por medio de la cual se realizó la declaratoria de situación de calamidad pública en el Departamento de Bolívar³⁸, procedieron a realizar una serie de contratos para atender la emergencia humanitaria y de salud.

Para lo anterior, se profirió el Concepto Técnico a la contratación de referencia, el 24 de diciembre de 2007, en el que se indicó la necesidad urgente, necesaria e indispensable de contratar la adquisición de tetanol como refuerzo a las vacunas antirrábicas y para prevenir los riesgos producidos por accidentes en las zonas inundadas, sueros antiofídicos, pruebas rápidas para diagnóstico de Malaria y Dengue³⁹; de igual forma, en la misma fecha, se expidió el Concepto económico previo a la celebración de un contrato para apoyo programas de ola invernal en el Departamento de Bolívar⁴⁰.

³⁷ Folio 97-99 cdno 1 (fl. 149-153)

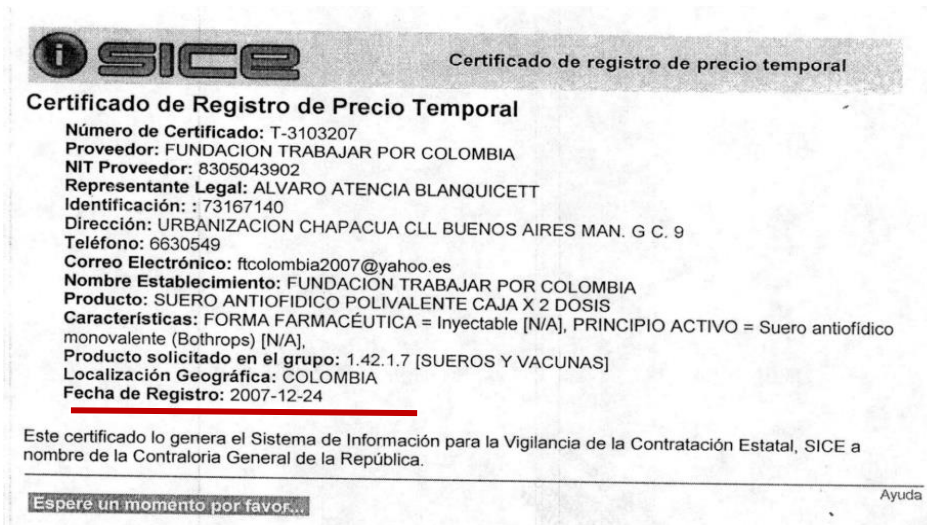
³⁸ Folio 123-126 cdno 1 (fl. 188-191)

³⁹ Folio 92-95 cdno 1 (fl. 139-141)

⁴⁰ Folio 96 cdno 1 (fl. 147)

En los términos de referencia a la contratación⁴¹, se indicó el objeto del contrato, el plazo, forma de pago, valor y documentos necesarios para sustentar la propuesta. El mismo 24 de diciembre de 2007, la Secretaria de Salud de Bolívar realizó invitación a Fundación Trabajar por Colombia, para que enviara una propuesta para contratar los mencionados medicamentos e insumos médicos⁴². De acuerdo con lo anterior, la Fundación Trabajar allegó una serie de documentos para acreditar su idoneidad para el contrato.

Mediante certificado emitido el 24 de diciembre de 2007, el Secretario de Salud del Departamento, hizo constar que los precios ofrecidos por la Fundación Trabajar por Colombia para adquisición de los productos prueba rápida de malaria, prueba rápida de dengue, tetanol y suero antiofídico, se ajustan a los precios de mercado. Sin embargo, se advierte que, el registro hecho por la Fundación en el sistema SICE, para cumplir con uno de los requisitos de los términos de referencia, se llevó a cabo el mismo 24 de diciembre de 2007⁴³.



iSICE Certificado de registro de precio temporal

Certificado de Registro de Precio Temporal

Número de Certificado: T-3103207
Proveedor: FUNDACION TRABAJAR POR COLOMBIA
NIT Proveedor: 8305043902
Representante Legal: ALVARO ATENCIA BLANQUICETT
Identificación: : 73167140
Dirección: URBANIZACION CHAPACUA CLL BUENOS AIRES MAN. G C. 9
Teléfono: 6630549
Correo Electrónico: ftcolombia2007@yahoo.es
Nombre Establecimiento: FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA
Producto: SUERO ANTIOFIDICO POLIVALENTE CAJA X 2 DOSIS
Características: FORMA FARMACÉUTICA = Inyectable [N/A], PRINCIPIO ACTIVO = Suero antiofídico monovalente (Bothrops) [N/A].
Producto solicitado en el grupo: 1.42.1.7 [SUEROS Y VACUNAS]
Localización Geográfica: COLOMBIA
Fecha de Registro: 2007-12-24

Este certificado lo genera el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE a nombre de la Contraloría General de la República.

Esperé un momento por favor...

Ayuda

La Gobernación de Bolívar, procedió con la expedición del Registro presupuestal No. 7008, el 27 de diciembre de 2007, por valor de 384.720.000⁴⁴; por lo que, finalmente, el negocio jurídico se suscribió entre el Departamento de Bolívar y la Fundación Trabajar por Colombia, sin embargo en el mismo no reposa la fecha de formalización del acuerdo.

Entre los acuerdos del contrato se encuentran los siguientes:

CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: "contratar la adquisición de tetanol⁴⁵ como refuerzo a las vacunas antirrábicas y para prevenir los riesgos producidos por accidentes en las zonas inundadas, sueros

⁴¹ Folio 89-91 cdno 2 (fl. 133-137 dig)

⁴² Folio 86 cdno 1 (fl. 127)

⁴³ Folio 58-63 cdno 1 (fl. 73-82)

⁴⁴ Folio 57 cdno 1 (fl. 71 dig)

⁴⁵ Tetanol, conocido como vacuna antitetánica.

https://www.invima.gov.co/documents/20143/453029/RS_4_Vacunas_Abril_2016.pdf/5342851f-4ee6-7930-0261-5a14621764fd?t=1541002933452

<http://pedia-gess.com/archivos1pdf/Tetanol.pdf>

antiofídicos, pruebas rápidas para diagnóstico de Malaria y Dengue, para complementar la adquisición inicial y garantizar una mayor cobertura en la atención, destinados para la atención, en salud; y prevención de enfermedades transmitidas por vectores, en los municipios priorizados, afectados, por la ola invernal: en el departamento de Bolívar, conforme a los documentos que constituyen anexos del presente contrato"⁴⁶.

PRODUCTO / PRESENTACION	CANT	VUNIT	TOTAL
TETANOL X DOSIS	8000	\$ 10.600	\$ 84.800.000
SUERO ANTIOFIDICO POLIVALENTE X 2 DOSIS	220	\$ 286.000	\$ 62.920.000
PRUEBA RAPIDA PARA DIAGNOSTICO DE DENGUE X 25 PRUEBAS	100	\$ 1.185.000	\$ 118.500.000
PRUEBA RAPIDA PARA DIAGNOSTICO DE MALARIA X 25 PRUEBAS	100	\$ 1.185.000	\$ 118.500.000
TOTAL			\$384.720.000

El valor de este contrato era de \$384.720.000 de pesos (clausula 2), para ser ejecutado en el plazo de 1 mes (clausula 3). **El pago se haría de contra entrega de la mercancía en el almacén de la Secretaría de Salud Departamental, “una vez perfeccionado y legalizado el contrato; previa aprobación de la póliza por parte del Departamento de Bolívar, para el pago es requisito indispensable la presentación del Acta de Recibo a satisfacción del total de los elementos objeto del contrato, debidamente suscrita por el Supervisor y Coordinador del presente contrato, junto con la factura y demás documentos conducentes para el pago”.**

De acuerdo con la cláusula 7º, el contrato sería supervisado, en su ejecución y desarrollo, por la Coordinadora del Programa de Emergencia y Desastres de la Secretaría de Salud Departamental.

El contratista, expidió Factura de venta No. 1539, el 27 de diciembre de 2007, del pago de la publicación del contrato mencionado⁴⁷, y aportó la Póliza de seguro de cumplimiento No. CE- 0236625, expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia en, emitida el 27 de diciembre de 2007, por el plazo de 5 meses, en la cual se ampara el contrato por valor de 384.720.000, frente al riesgo de cumplimiento del contrato y calidad del bien o servicio⁴⁸.

Por su parte, la señora Lunela Palis Viana, encargada del almacén de la Secretaría de Salud, suscribió el comprobante de ingreso a Almacén No. 231 del 30 de diciembre de 2007, en el que se hace constar el recibo de los productos objeto de contrato, de parte de la empresa Fundación Trabajar por Colombia (este certificado aparece impreso el 8 de enero de 2008)⁴⁹. De igual forma, expidió y firmó el y comprobante de salida de almacén No. 1065 de la misma mercancía, de fecha 30 de diciembre de 2007, (cuya fecha de

⁴⁶ Folio 48-51 cdno 1 (fl. 54-59 dig)

⁴⁷ Folio 52 cdno 1 (fl. 61 dig)

⁴⁸ Folio 43 cdno 1 (fl. 63 dig)

⁴⁹ Folio 55 cdno 1 (fl. 67 dig)

impresión fue el 27 de marzo de 2008)⁵⁰, en este se hace constar la entrega de los bienes comprados a la señora Betty Mercado.

Asimismo, reposa en el proceso el certificado emitido el 27 de diciembre de 2007, por la Coordinadora del Programa de Emergencias y Desastres de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, señora Betty Mercado Barrios, en el que hace constar el recibo a satisfacción de los productos comprados a la Fundación Trabajar por Colombia⁵¹; ello, antes de que la Almacenista certificara su recibimiento en el almacén.

A pesar de lo anterior, contra las citadas funcionarias, y el Gobernador de Bolívar de la época se surtieron proceso penales y disciplinarios, porque al parecer los productos adquiridos por medio de estos contratos nunca fueron recibidos por el Departamento de Bolívar y, aun así, se certificó su recibo a satisfacción, para efectos de proceder con el pago de los contratos. De ello, dan cuenta las siguientes providencias:

- Sentencia del 19 de marzo de 2013, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, resolvió "*DECLARAR penalmente responsable a las ciudadanas BETTY MERCADO BARRIOS y LUNELA PALIS VIANA, como autoras de la conducta punible de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO*", por haber certificado el recibimiento de los elementos comprados a Fundación Trabajar por Colombia, sin que ello fuera cierto⁵².
- Fallo disciplinario proferido el 30 de noviembre de 2012, en el que fue investigado y sancionado, el señor Libardo Simancas Torres (Gobernador) y otros, por los contratos suscritos en los años 2007, 2008 y 2009⁵³.
- Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de mayo de 2017, por medio de la cual se dejó en firme la decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, en la sentencia del 19 de marzo de 2013⁵⁴.

Ahora bien, teniendo claro lo acontecido en este negocio jurídico, procede la Sala a resolver los argumentos de la demanda para efectos de verificar si, en efecto, existe una nulidad absoluta del contrato.

⁵⁰ Folio 100-109 cdno 1 (fl. 155-173 dig)

⁵¹ Folio 56 cdno 1 (fl. 69 dig)

⁵² Folio 179-216 cdno 1 y 2 (fl. 252-273 y 1-16)

⁵³ Folio 335-407 cdno 2 y 3 (fl. 152-217 y 1-7)

⁵⁴ Folio 475-508 cdno 3 (fl. 85-118)

(i) Nulidad por falta de capacidad del representante de la Fundación Trabajar por Colombia para celebrar el contrato.

De acuerdo con el artículo 633 del CC., las personas jurídicas se dividen en corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Este modelo de entidades, para efectos de obtener el reconocimiento de su personería, debían acogerse a los lineamientos establecidos en el Decreto 1529 de 1990, según el cual, dicho reconocimiento era realizado por el ente territorial departamental en el que estuvieren domiciliadas. Ahora bien, esta función fue delegada a las Cámaras de Comercio, a partir de la expedición del Decreto Ley 2150 de 1995.

Así las cosas, se dispuso, que las entidades antes mencionadas, se constituirán por medio de escritura pública o documento privado y, a partir de su registro en la Cámara de Comercio adquirirán la personería para actuar como entes independientes de sus miembros o fundadores. De igual manera, la norma anterior crea la obligación de que los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores, los libros, la disolución y la liquidación de personas jurídicas, se inscribirán en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la fundación.

De igual forma, determinó que, la existencia y la representación legal de estas entidades de derecho privado, se prueba con la certificación expedida por la Cámara de Comercio competente, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales y en los mismos términos y condiciones que regulan sus servicios.

En el caso de marras, la parte demandante afirma que, de acuerdo con el certificado de existencia y representación de la Fundación Trabajar por Colombia, podía advertirse que el representante legal de la entidad contratista no tenía capacidad para suscribir el contrato de referencia en nombre de dicha fundación, como quiera que el convenio superaba el valor autorizado al mismo para contratar.

Verificado el certificado de existencia y representación de la mentada Fundación, expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena⁵⁵, se observa que, el Representante Legal de dicha entidad es el señor Álvaro Atencia Blanquicet, y sus facultades eran las siguientes:

*FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL: La Fundación tendrá un Presidente con capacidad de gestión y gerencia, nombrado por un periodo de un año por primera vez por la Asamblea de Delegatarios. Podrá ser reelegido y removido por la Junta Directiva antes concluir su periodo. (...) **El Presidente podrá sin previa autorización realizar actos y celebrar contratos hasta por 499 salarios mínimos mensuales.***

⁵⁵ Folio 64-67 cdno 1 (fl. 84-91)

De acuerdo con lo anterior, advierte esta Judicatura que le asiste razón parcial a la parte accionante, en la medida en que, efectivamente el representante legal de la Fundación Trabajar por Colombia no podía suscribir contratos superiores a 499 smlmv, sin autorización.

En ese sentido, se evidencia que la cuantía del contrato objeto de litis suscrito en el año 2007 era de \$384.720.000, lo cual supera el monto consignado en las facultades del representante legal de la fundación, toda vez que el salario mínimo legal vigente para ese año ascendía al valor de \$433.700, lo que equivale a \$216.416.300.

Es de destacar que en este proceso no se trajo acompañado ningún documento que acreditara que el Representante legal de la fundación contratista tuviera facultades para realizar contratos por montos superiores a los descritos; sin embargo, en la misma demanda se indica que, al trámite de contratación, el representante legal de la fundación allegó un certificado de Revisor Fiscal en el que éste aseguraba que el señor Atencia Blanquicet ya contaba con las facultades para contratar por un monto superior. Ahora bien, encuentra la Sala que, este tipo de autorizaciones no pueden ser certificadas por el revisor fiscal de la entidad, puesto que esta no es su función, de acuerdo con el artículo 207 del CCo; por el contrario, como quiera que la concesión de facultades al representante legal corresponden a verdaderas reformas estatutarias de la fundación, las mismas debieron ser inscritas en Cámara de Comercio y, por lo tanto, debían verse reflejadas en el certificado de existencia y representación de la respectiva entidad.

En ese sentido, se la Superintendencia de Sociedades⁵⁶, ha indicado que:

"Puede la junta directiva de una sociedad anónima ampliar la facultad de negociación del representante legal. ¿En qué casos?"

Para resolver el interrogante expuesto, es pertinente traer a colación la doctrina que sobre la materia mantiene la Entidad, publicada en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995, página 85 y ss (Oficio OA- 14642 de 11 de septiembre de 1979), que expresa:

"El gerente de una sociedad se entiende facultado para ejecutar o celebrar todo acto o contrato comprendido en el objeto social y cualquier limitación debe estar consagrada en los estatutos de la compañía. Así mismo la modificación de sus atribuciones es una reforma estatutaria. El gerente de una sociedad se entiende facultado para ejecutar o celebrar todo acto o contrato comprendido en el objeto social y cualquier limitación debe estar consagrada en los estatutos de la compañía. Así mismo la modificación de sus atribuciones es una reforma estatutaria. El contrato de sociedad contiene estipulaciones de muy diversa índole. Así, mientras muchas de sus cláusulas son de interés exclusivo de los asociados, como ocurre con las que reglamentan la forma de repartir las utilidades sociales o el ejercicio de los derechos de preferencia, de voto y de inspección, otras trascienden al orden externo y afectan en mayor o menor grado los intereses de terceros, por cuya razón merecen, con mayor justificación que las primeras, una adecuada publicidad. Tal ocurre con

⁵⁶ Concepto jurídico emitido por la Superintendencia de Sociedades el 22 de abril de 2015. Ver también Oficio 220-128076 Del 07 de noviembre de 2011 Ref: Facultades de los representantes legales



la cláusula del objeto social, que fija los límites de la capacidad legal de la persona jurídica, y con las que regulan lo relacionado con la representación legal de la compañía. Dentro de estas últimas, revisten particular importancia para los terceros aquellas estipulaciones que establecen limitaciones a las facultades de los representantes legales.

En materia de atribuciones, el principio general es que el gerente se entiende facultado para ejecutar o celebrar todo acto o contrato comprendido en el objeto social, la excepción es que su capacidad normal de contratación se encuentre restringida y por lo mismo, es obvio que cualquier limitación de tal naturaleza no solo debe encontrarse consignada en los estatutos sociales y estar concebidos sus alcances en términos claros y precisos, sino que la estipulación no puede estar afectada de una inestabilidad que pueda desvirtuar la seguridad y certeza que reclaman los intereses de terceros. Es por eso que el artículo 196 del Código de Comercio establece: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros". Otras disposiciones del estatuto mercantil reiteran esa misma exigencia. Así, el artículo 110, ordinal 6 del Código de Comercio, prescribe que los estatutos sociales deben contener "la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores..."

Por su parte, el artículo 117, inciso segundo, del mismo Código, expresa que "para probar la representación de la sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso". Por consiguiente, cualquier limitación a las facultades del representante legal debe estar consagrada expresamente en los estatutos de la compañía, de tal suerte que "haga parte" del contrato bajo la categoría de "estipulación contractual". La modificación es reforma estatutaria, que requiere la aprobación de la asamblea general de accionistas, de donde resulta que asignarle a la junta directiva la atribución de modificar los límites originalmente estipulados es tanto como facultarla para reformar los estatutos sociales. Por lo demás se logra en esa forma que tales modificaciones sean dotadas de la publicidad que es propia de toda reforma estatutaria y se garantiza a los terceros la posibilidad de lograr una información adecuada y oportuna sobre la introducción de dichos cambios". Con la normativa y argumentos expuestos puede colegirse claramente que la facultad para modificar los estatutos sociales corresponde de manera privativa e indelegable a los socios o accionistas reunidos en asamblea general o junta de socios, con sujeción a lo previsto en los estatutos o en la ley en cuanto a convocatoria y quórum se refiere (Art. 187, Num. 1º del Código de Comercio, concordante con el artículo 68 de la Ley 222/95), diferente a la facultad otorgada a la junta directa o que conserva el máximo órgano social para autorizar al representante legal llevar a cabo ciertos actos o contratos, en razón a la cuantía o a la naturaleza del mismo, por ejemplo, atribución que debe constar de manera expresa en el contrato de sociedad (Arts. 110, Num. 6, 116 y 117 del C. de Co.), decisión que debe consignarse en el acta del órgano social que corresponda".

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que, efectivamente, la constancia que pudiera dar el revisor fiscal de la fundación no era el documento idóneo para acreditar las facultades otorgadas al representante legal de la Fundación Trabajar por Colombia, sino que estas atribuciones, debían ser demostradas con el certificado de existencia y representación de la entidad o, en su defecto, si la premura de la situación de calamidad pública impedía el registrar la autorización mencionada, por lo menos debía aportarse al proceso copia del acta de la junta de asociados, en la que se le otorgaban dichas facultades al representante legal. En consecuencia, debe concluirse

que el señor Atencia Blanquicet no tenía facultades para suscribir contratos por montos superiores a los 499 smmv.

En ese orden de ideas, lo siguiente en esta providencia es verificar si el vicio anterior, tiene la virtualidad de generar una nulidad absoluta del contrato o una nulidad relativa.

Sobre este aspecto, el tratadista José Luis Benavides⁵⁷, sostiene que las nulidades absolutas relacionada con los contratistas privados, en cuanto a la capacidad para contratar, corresponden a las enunciadas en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (inhabilidades e incompatibilidades); mientras que, las nulidades absolutas por falta de capacidad de las entidades públicas hacen referencia a la falta de competencia o autorización (en caso de los alcaldes y gobernadores)⁵⁸.

De otro lado, frente a este tema el Consejo de Estado ha expuesto que⁵⁹:

“La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que (...) en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta. En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.), para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior), dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta. Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas.

De acuerdo con lo indicado se deduce que, la ausencia de autorización para contratar que tenga un representante legal de una entidad privada, no es un

⁵⁷ BENAVIDES, José Luis. Identificación de las nulidades en los contratos estatales en Colombia. Revista digital de derecho administrativo No. 25, primer semestre de 2021 PP. 55-107

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 20001-23-31-000-2004-01644-01 (37438). Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01 (20688)

vicio que afecte la capacidad de la persona jurídica, sino un límite a la representación legal que pueda este ejercer de la entidad; en ese orden de ideas, el Consejo de Estado considera que este problema genera una nulidad relativa, la cual puede ser saneada hasta antes de suscribirse el contrato, puesto que el representante legal del ente privado puede recibir la autorización de la Junta Directiva o la Asamblea para efectos de formalizar el contrato, hasta antes de suscribirse el mismo.

Ahora bien, en este caso, encuentra la Sala que el vicio mencionado nunca se saneó⁶⁰, lo que quiere decir que el señor Álvaro Atencia Blanquicet, al momento de suscribir el contrato no ostentaba la representación de la Fundación, comprometiendo únicamente su responsabilidad en la operación jurídica, y no la del ente al cual se le adjudicó el contrato de forma directa.

Esta última apreciación nos lleva entonces a evaluar una posible vulneración al artículo 41 de la Ley 80 de 1993, según el cual, los contratos estatales son intuitu personae, en el entendido de que, una vez seleccionado el contratista no puede cambiarse ni sustituirse pues sus condiciones y la oferta presentada fueron las razones que motivaron su elección⁶¹. Bajo esta premisa, considera esta Judicatura que el hecho de que se haya seleccionado a un contratista, a fin de que ejecutara una labor en favor de la administración, y que el representante legal de dicha entidad haya suscrito el contrato en nombre de la persona jurídica de derecho privado, sin tener autorización para ello, es una nulidad que vicia de forma absoluta el contrato, en la medida en que con ello se transgreden normas de derecho público, lo que a su vez, genera también un objeto ilícito, tal y como más adelante se expondrá.

(ii) Existe objeto ilícito por cuanto la fundación contratista no acreditó tener autorización para conservar, distribuir y manipular medicamentos.

José Luis Benavides⁶², expone que, en nuestro sistema, se define el contrato como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (C.C., artículo 1495); lo que lleva a concebir su objeto como la o las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer (C.C., artículo 1517). En ese sentido, el objeto corresponde al contenido de la obligación a la que se comprometen las partes, esto es, la o las prestaciones convenidas.

⁶⁰ Y la misma fue demandada antes de que se vencieran los 2 años que establece el artículo 46 de la Ley 80/93.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del siete (7) de febrero de dos mil dos (2002). Radicación número: 11001-03-26-000-2001-0062-01 (21845)

⁶² BENAVIDES, José Luis. Identificación de las nulidades en los contratos estatales en Colombia. Revista digital de derecho administrativo No. 25, primer semestre de 2021 PP. 55-107

En cuento al Estatuto General de Contratación, indica que, como quiera que este parte de la tipología civil y comercial de las nulidades, este nos lleva a la identificación del objeto ilícito según lo establecido en el artículo 1519 del Código Civil, de acuerdo con el cual: **“hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”**.

El tratadista expone que, el Consejo de Estado ha considerado de manera más amplia que, el artículo 1519 del Código Civil significa: **“toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente”**, lo que le permite concluir:

Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe, así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que solo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia⁶³.

En estas condiciones, el objeto ilícito es concebido de manera extremadamente amplia, identificado con la infracción de la ley en el proceso de contratación:

“En nuestro ordenamiento jurídico todas esas anomalías se traducen en el desconocimiento de disposiciones que hacen parte del orden público jurídico, cuyo cumplimiento es incondicional e irrestricto (artículo 16 del Código Civil), lo cual vicia de nulidad absoluta el contrato.

En efecto, la violación de tales principios o fundamentos de orden constitucional que, técnicamente han sido entronizados como normas positivas de carácter imperativo, conduce a que el acto jurídico nazca viciado de objeto ilícito, en la medida en que, en los términos del artículo 1519 del Código Civil “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” y, desde luego, el desconocimiento de los cimientos de la función administrativa se ubica, precisamente en esta causal de nulidad absoluta y, por ende, insubsanable⁶⁴.

Bajo esta perspectiva, se analiza que, el Alto Tribunal, ha evocado con frecuencia el artículo 1519 del Código Civil de diversas maneras: (i) En ocasiones, por el desconocimiento de las reglas de orden público que gobiernan los procesos de contratación, como la selección de oferta que desconoció las exigencias técnicas mínimas del pliego de condiciones, el contrato suscrito con elusión de la licitación pública, la aplicación impropia del régimen de contratación con instituciones sin ánimo de lucro, la contratación gravemente irregular, la tipología errada del contrato con el propósito de eludir el proceso licitatorio que debía seguirse, la transgresión de la moralidad

⁶³ Consejo de Estado, sentencia del 04/06/2015, exp. 37.566. Reiterado por la Sección Tercera, Subsección C en la sent. 10/12/2015, exp. 51.489.

⁶⁴ Consejo de Estado, sentencia 27/05/2015, exp. 30.690.

administrativa mediante la conclusión del contrato, la violación de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, o la contratación por funcionario incompetente; (ii) En otros eventos, la corporación valora el objeto mismo del contrato o sus cláusulas, para determinar que infringen reglas de orden público, de diversas formas.

En lo que se refiere a la nulidad de los contratos, por violación de los principios de la contratación estatal, se advierte que, según el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, *“la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*, por lo que el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe *“edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”*⁶⁵.

En consecuencia, con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁶⁶, de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.

En relación con el procedimiento de licitación pública, el Consejo de Estado ha dicho que el mismo *“hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa*

⁶⁵ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

⁶⁶ Para la época de suscripción de los contratos que nos convocan, el artículo 24 disponía: *“1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)”*. El mismo fue después subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, modificado por el Decreto 62 de 1996, y posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007.

del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”⁶⁷.

Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos, cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que “En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”⁶⁸.

En este sentido, el Máximo Tribunal Contencioso ha reiterado que “la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”⁶⁹. En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

Como ha quedado claro, es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés. Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

Descendiendo al caso concreto, encuentra este Tribunal que, las disposiciones anteriores son aplicables al negocio jurídico estudiado en el asunto, como

⁶⁷ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390)

⁶⁸ Decreto 855 de 1994, art. 2º.

⁶⁹ Ibídem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

quiera que se trata de una contratación directa adelantada en virtud de una situación de calamidad pública, declarada a través de las Resoluciones 33 y 36 de diciembre de 2007⁷⁰.

Como ya se mencionó en otros acápites de esta providencia, el Departamento de Bolívar suscribió un contrato con la Fundación Trabajar por Colombia con el objeto de adquirir los siguientes elementos⁷¹:

PRODUCTO / PRESENTACION	CANT	VUNIT	TOTAL
TETANOL X DOSIS	8000	\$ 10.600	\$ 84.800.000
SUERO ANTIOFIDICO POLIVALENTE X 2 DOSIS	220	\$ 286.000	\$ 62.920.000
PRUEBA RAPIDA PARA DIAGNOSTICO DE DENGUE X 25 PRUEBAS	100	\$ 1.185.000	\$ 118.500.000
PRUEBA RAPIDA PARA DIAGNOSTICO DE MALARIA X 25 PRUEBAS	100	\$ 1.185.000	\$ 118.500.000
TOTAL			\$384.720.000

En el estudio de conveniencia y oportunidad⁷² para la compra de los anteriores elementos se expuso que los mismos eran necesarios para prevenir los riesgos producidos por accidentes en las zonas inundadas y garantizar la mayor cobertura en atención; todo, con la finalidad de realizar acciones de prevención que eviten el incremento de los índices de morbilidad por malaria, dengue, accidentes ofídicos y tétanos.

En los términos de referencia⁷³, se indicaron, entre otras cosas, los documentos necesarios para sustentar la propuesta así: *“El contratista debe estar registrado debidamente en el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal SICE, aportar el certificado de matrícula de persona natural o certificado de existencia y representación legal de la empresa vigente en original, certificado de antecedentes fiscales expedido por la Contraloría General de la República, de la firma y del representante legal, original vigente, el certificado de antecedentes Disciplinarios de la firma y del representante legal, expedido por la Procuraduría General de Nación, certificado de antecedentes judiciales DAS, fotocopia del RUT, constancia de que quien firma está al día en aportes parafiscales de los empleados, y propuesta donde se especifique claramente la descripción del bien o servicios, con sus respectivos valores y totales e impuestos pertinentes (...)”.* **Advierte esta Judicatura que en los términos de referencia no se le exigió al contratista acreditar el cumplimiento de la normativa vigente para la comercialización de medicamentos, como tampoco se exigió ninguna condición referente a los productos a adquirir.**

⁷⁰ Folio 123-126 cdno 1

⁷¹ Tetanol, conocido como vacuna antitetánica.

https://www.invima.gov.co/documents/20143/453029/RS_4_Vacunas_Abril_2016.pdf/5342851f-4ee6-7930-0261-5a14621764fd?t=1541002933452
<http://pedia-gess.com/archivos1.pdf/Tetanol.pdf>

⁷² Folio 92-93 cdno 1 (fl. 139-141)

⁷³ Folio 89-91 cdno 2 (fl. 133-137 dig)



De acuerdo con lo anterior, reposan en el expediente, como documentos entregados por el contratista interesado – Fundación Trabajar por Colombia – los siguientes: RUT de la Fundación Trabajar por Colombia⁷⁴; Certificado del 29 de octubre de 2007, donde consta que, ni la Fundación Trabajar por Colombia, ni el señor Álvaro Atencia, figuran como responsables fiscales⁷⁵; Certificado del 15 de noviembre de 2007, donde consta que, ni la Fundación Trabajar por Colombia, ni el señor Álvaro Atencia, figuran con sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación⁷⁶; Certificado de existencia y representación de la Fundación Trabajar por Colombia⁷⁷; y, Cotización realizada por la Fundación Trabajar por Colombia a la Secretaria de Departamental de Salud de Bolívar, el 24 de diciembre de 2007, para la compra de 100 pruebas rápidas de dengue, 100 pruebas rápidas malaria, 220 cajas de suero antiofídico y 8.000 ampollas de tetanol, por valor total de 384.720.000⁷⁸.

Se deja constancia que no se indicó la marca o el laboratorio fabricante de los medicamentos o insumos médicos y tampoco se allegaron los permisos que demostraran que el contratista tuviera autorización para comercializar con medicamentos.

Sobre este aspecto, es importante traer a colación nuevamente el Decreto 2150 de 1995, en el cual se establece que, en el evento de que de acuerdo con la ley exija obtener licencia de funcionamiento para el desarrollo de determinado objeto social, el reconocimiento de carácter oficial, autorización o permiso de iniciación de labores; la entidad de derecho privado (corporación o fundación), estará obligada a obtenerlo para efectos de poder cumplir con los requisitos previstos para ejercer los actos propios de su actividad principal (artículo 42).

Así las cosas, se tiene que, conforme con el certificado de existencia y representación de la Fundación Trabajar por Colombia, se tiene que el objeto social de esta es⁷⁹:

*OBJETO SOCIAL: Contribuir con el bienestar y desarrollo de la comunidad mediante la elaboración y ejecución de proyecto sostenibles en las áreas de educación, cultura, salud, deporte, construcción, confección, asesorías, publicidad, mercadeo, capacitaciones, administración de programas estatales que permita mejorar la calidad de vida en el ámbito municipal, departamental, nacional e internacional y privado. **Las actividades de salud**, educación y administración de programas estatales se llevarán a cabo a través de convenios con empresas internacionales y/o entidades públicas o privadas (regionales, departamentales y nacionales), autorizadas para ello por la ley. (...) **Compra venta de medicamentos, insumos, materiales, reactivos y equipos médicos odontológicos hospitalarios y de laboratorio. Compraventa de equipos, insumos, materiales biológicos para dotación a los programas de salud pública como Zoonosis, PAI, TBC, Lepra, leishmaniasis, etc.***

⁷⁴ Folio 69 cdno 1 (fl. 94)

⁷⁵ Folio 70 y 74 cdno 1 (fl. 96 y 104)

⁷⁶ Folio 71 y 75 cdno 1 (fl. 98 y 106)

⁷⁷ Folio 43-46 cdno 1 (fl. 44-51)

⁷⁸ Folio 85 cdno 1 (fl. 125 dig)

⁷⁹ Folio 43-46 cdno 1 (fl. 44-51)

Sobre el cumplimiento de requisitos o licencias de funcionamiento de medicamentos como los mencionados, la Ley 23 de 1962 establece quienes pueden ejercer la química farmacéutica o la farmacia en el territorio nacional, precisando que sólo los que estén autorizados por la ley podrán hacerlo. En este sentido la norma establece:

“Artículo 10. Para los efectos de la presente Ley se denominan con el nombre de Farmacia-Droguerías aquellos establecimientos que se dediquen a la venta de drogas oficiales, de especialidades farmacéuticas, al despacho de fórmulas magistrales y al cuidado y venta de barbitúricos y estupefacientes, con las limitaciones que la ley impone al respecto.

Parágrafo. Toda Farmacia-Droguería para su normal funcionamiento debe estar dirigida por un químico farmacéutico o un farmacéutico titulado o licenciado, en legal ejercicio de su profesión.

Artículo 11. Los depósitos de drogas son establecimientos comerciales destinados exclusivamente a la venta de drogas al por mayor; podrán tener Sección de Reenvase, y no les será permitido la elaboración de productos farmacéuticos. Los depósitos de drogas que posean Sección de Reenvase para su normal funcionamiento deberán estar asistidos por un químico farmacéutico licenciado en legal ejercicio de su profesión.

Artículo 12. Con el fin primordial de proteger la salud pública, la Subdivisión de Drogas, Alimentos y Cosméticos del Ministerio de Salud Pública podrá revisar en cualquier momento, de oficio o petición de cualquier persona, las licencias concebidas a estos productos por dicha Subdivisión o las que se concedan en adelante y suspenderlas o cancelarlas cuando incurran en cualesquiera de las causales que fije el Ministerio de Salud Pública. Igualmente podrá, sin notificación previa, ordenar la congelación de la venta de los productos, cuando a su juicio sea necesario para proteger la salud pública.

Artículo 13. El Gobierno queda facultado para fijar los derechos de análisis y de licenciamiento para la expedición o revalidación de licencias y por los cambios que en ellas se soliciten.

Artículo 15. Ejercen ilegalmente la farmacia, todas las personas que sin haber llenado los requisitos de la presente Ley practiquen cualquier acto reservado al ejercicio de tales profesiones

Artículo 16. Quien ejerza ilegalmente la farmacia, conforme a lo previsto en esta Ley incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, sanción que podrá ser inmutable según la gravedad del caso, y al decomiso de la mercancía, si la tuviere, sin perjuicio de las responsabilidades que conforme al Libro II, Título VIII, Capítulo II del Código Penal les sean deducibles. Los extranjeros, además de cumplir la pena que les fuere impuesta, serán expulsados de país.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará, el procedimiento para adelantar las investigaciones que se inicien por ejercicio ilegal de la farmacia, con arreglo a la ley.

Artículo 17. El propietario, Gerente y el farmacéutico Director de los establecimientos farmacéuticos son responsables civil y penalmente de la calidad y pureza de los productos que se elaboren en el respectivo establecimiento. El propietario, Gerente y el farmacéutico Director de los establecimientos en donde se expendan drogas y medicamentos, son responsables en los mismos términos anteriores de la calidad y pureza de los productos que expendan, si no han tenido del debido cuidado en las condiciones de almacenamiento, si se han abierto los empaques originales o si se han expedido los productos después de la fecha de vencimiento.

Artículo 18. Los Gerentes o representantes de casas importadoras o distribuidoras de productos farmacéuticos, fabricados en el extranjero, son responsables civil y penalmente de la calidad y pureza de los productos que importen y vendan.

Artículo 19. El Jefe de la Subdivisión de Drogas, Alimentos y Cosméticos, dependencia del Ministerio de Salud Pública, creada por Decreto número 2380 de 1960, deberá ser un médico o un químico farmacéutico".

Conforme a esta disposición surge claramente para esta Corporación que, la comercialización de medicamentos está sujeta a normas de derecho público de la Nación, que establece limitaciones e impone el cumplimiento de requisitos en cabeza de quienes efectúen la venta de tales medicamentos.

Lo anterior encuentra asidero pues, se trata de la protección de la salud pública, luego entonces, no puede en manera alguna permitirse que la comercialización de medicamentos - para el caso que nos ocupa - quede en manos de cualquier particular que desatienda los claros mandatos legales que fijan requisitos y autorizaciones para asegurar el cumplimiento de ese cometido de mayúscula importancia para cualquier sociedad.

El tema de la producción, almacenamiento, distribución, comercialización, dispensación, entre otros, es a juicio de esta Corporación un asunto de derecho público de la Nación, que tiene su regulación primaria en la ley, que desarrolla la reglamentación en diferentes normas, como es el caso del Decreto 2205 de 2005, cuyo objeto es el de regular los procesos propios del servicio farmacéutico, en los siguientes términos:

Artículo 1º. Objeto. El presente decreto tiene por objeto regular las actividades y/o procesos propios del servicio farmacéutico.

Artículo 2º. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los prestadores de servicios de salud, incluyendo a los que operen en cualquiera de los regímenes de excepción contemplados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a todo establecimiento farmacéutico donde se almacenen, comercialicen, distribuyan o dispensen medicamentos o dispositivos médicos, en relación con el o los procesos para los que esté autorizado y a toda entidad o persona que realice una o más actividades y/o procesos propios del servicio farmacéutico.

Artículo 3º. Definiciones. Para efectos del presente decreto adóptense las siguientes definiciones (...) Establecimiento farmacéutico.

Establecimiento farmacéutico. Es el establecimiento dedicado a la producción, almacenamiento, distribución, comercialización, dispensación, control o aseguramiento de la calidad de los medicamentos, dispositivos médicos o de las materias primas necesarias para su elaboración y demás productos autorizados por ley para su comercialización en dicho establecimiento.

Artículo 11. Establecimientos farmacéuticos. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2330 de 2006. Se consideran establecimientos farmacéuticos mayoristas: los Laboratorios Farmacéuticos, las Agencias de Especialidades Farmacéuticas y Depósitos de Drogas, y establecimientos farmacéuticos minoristas: Las Farmacias-Droguerías y las Droguerías.

Los establecimientos farmacéuticos solo están obligados a cumplir con las disposiciones contenidas en el presente decreto, el modelo de gestión del servicio farmacéutico y demás normas que los modifiquen, en relación con los medicamentos y dispositivos médicos, en los aspectos siguientes y en los demás seguirán regidos por las normas vigentes.

1. **Farmacias-Droguerías.** La dirección estará a cargo exclusivamente del Químico Farmacéutico. Estos establecimientos se someterán a los procesos de:

- a) Recepción y almacenamiento;
- b) Dispensación;
- c) Preparaciones magistrales.

2. **Droguerías.** La dirección estará a cargo del Químico Farmacéutico, Tecnólogo en Regencia de Farmacia, Director de Droguería, Farmacéutico Licenciado, o el Expendedor de Drogas. Estos establecimientos se someterán a los procesos de:

- a) Recepción y almacenamiento;
- b) Dispensación.

Artículo 26. Inspección vigilancia y control. Sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras autoridades, corresponde a las entidades territoriales de salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, ejercer la inspección, vigilancia y control del servicio farmacéutico, dentro del campo de sus competencias. Estas instituciones adoptarán las acciones de prevención y seguimiento para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto. Además, adelantarán las investigaciones y aplicarán las sanciones o medidas correctivas a que haya lugar, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes.

A su turno la Resolución 1403 del 14 de mayo de 2007, establece que:

ARTÍCULO 1º. OBJETO. La presente resolución tiene por objeto determinar los criterios administrativos y técnicos generales del Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico y adoptar el Manual de condiciones esenciales y procedimientos del Servicio Farmacéutico.

ARTÍCULO 2º. CAMPO DE APLICACIÓN. El Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico y el Manual de Condiciones Esenciales y Procedimientos, así como las demás disposiciones contenidas en la presente resolución, se aplicarán a toda persona que realice una o más actividades y/o procesos del servicio farmacéutico, especialmente, a los prestadores de servicios de salud, incluyendo a los que operen en cualquiera de los regímenes de excepción contemplados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y a todo establecimiento farmacéutico donde se almacenen, comercialicen, distribuyan o dispensen medicamentos y dispositivos médicos o se realice cualquier otra actividad y/o proceso del servicio farmacéutico.

ARTÍCULO 23. ALCANCE DE LAS AUTORIZACIONES. Las autorizaciones concedidas a las personas a quienes se les aplican las disposiciones de la presente resolución y el manual que adopta, tendrán los siguientes efectos:

1. **La habilitación de servicios farmacéuticos.** La habilitación que hagan las entidades territoriales de salud del servicio farmacéutico de una institución prestadora de servicios de salud le autoriza para la realización de todos los procesos propios de dicho servicio, con excepción de las actividades y/o procesos cuya certificación corresponda al INVIMA.

2. **Autorización a agencias de especialidades farmacéuticas, depósitos de drogas, farmacia-droguería y droguería.** La autorización que hagan las entidades territoriales de salud a estos establecimientos farmacéuticos les permitirá realizar los procesos expresamente señalados para cada caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 2200 de 2005, el Decreto 2330 de 2006, la presente resolución y el manual que adopta.

3. **Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración.** La expedición del Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración expedido por el INVIMA (...) ⁸⁰

⁸⁰ Para ampliar sobre el tema se puede consultar la Resolución No. 010911 del 25 de noviembre de 1992, por medio del cual se determinan los requisitos para apertura y traslado, de las Droguerías o Farmacias Droguerías.

Así pues, no queda duda que el almacenamiento, comercialización o distribución de medicamentos, se sujeta a una regulación que impone en cabeza de quienes ejerzan estas actividades una serie de obligaciones y requerimientos, como las autorizaciones que deben obtenerse, además de estar sujetos a la inspección y vigilancia de las autoridades a las cuales las normas atribuyan tales competencias, como son las entidades territoriales de salud, la Superintendencia Nacional de Salud y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - Invima -.

En el caso concreto, observa la Sala que estas disposiciones que fijan en la administración la responsabilidad de hacer las verificaciones pertinentes, no le podía ser desconocida por el Departamento de Bolívar, por tanto, estaba en el deber de hacerlo exigible aunque el contrato se hubiere celebrado en virtud de la urgencia manifiesta; ya que, precisamente la necesidad de contar con la certeza de adquirir medicamentos e insumos de parte de proveedores autorizados debía ser prioritario en todo el trámite contractual.

Advierte la Sala que, en los términos de referencia a la contratación de la adquisición de los insumos plurimencionados⁸¹, no se indicó absolutamente nada respecto a la necesidad de que el contratista acreditara el cumplimiento de requisitos para la comercialización de los medicamentos e insumos médicos requeridos para la atención de la urgencia manifiesta; por el contrario, lo único que se solicitó fueron aspectos de antecedentes, disciplinarios, fiscales y penales, cámara de comercio, pólizas y Rut.

Estima la Corporación que la actuación tendiente a definir el futuro negocio jurídico para la adquisición de los medicamentos destinados a ser utilizados para la ayuda a las poblaciones afectadas por el rigor del invierno en los meses de noviembre y diciembre de 2007, imponía unos deberes mínimos - muy a pesar de la situación de urgencia - para asegurar la celebración válida del contrato, lo cual no ocurrió en el caso concreto.

Resulta incomprensible que el Departamento de Bolívar hubiera verificado el cumplimiento de varios otros requisitos, aún de menor entidad que los relacionados con el aseguramiento que su proveedor de medicamentos contara con las autorizaciones correspondientes, pero éste precisamente hubiera sido omitido. Las pruebas que reposan en el proceso demuestran que el Departamento no verificó si la Fundación invitada a suministrarle las vacunas y pruebas rápidas de dengue y malaria, para atender la población afectada por las inundaciones, reunía la autorización legal para la comercialización del producto; y menos aún, se pidió algún tipo de constancia que permitiera

⁸¹ Folio 89-91 cdno 2 (fl. 133-137 dig)

verificar que los medicamentos e insumos comprados pudieran ser comercializados y reunieran los requisitos de calidad para su uso en personas.

En efecto, en la ficha técnica elaborada por la Gobernación de Bolívar⁸², en la cual se hace la relación de documentos correspondientes al contrato ya referido, se omitió incluir o efectuar observación a documento alguno referido a la autorización para comercializar medicamentos.

Así las cosas, encuentra la Sala que las omisiones anteriores afectan gravemente el principio de transparencia, y de selección objetiva, en la medida en que la administración no tuvo la precaución de exigir los requisitos necesarios para efectos de escoger el mejor oferente, lo que indica que esta escogencia no fue objetiva, en la medida en que la generalidad de los términos de referencia permitía que cualquier persona se postulara para la contratación sin tener en cuenta los requisitos de idoneidad que lo hicieran más favorable para los intereses de la administración; lo que permite concluir que en el presente asunto existe un objeto ilícito del contrato.

De igual forma, considera esta Corporación que también existe objeto ilícito por la falta de capacidad del contratista, puesto que, a pesar de que su objeto social le permitía ejercer la actividad de comercio de medicamentos, no acreditó estar habilitado legalmente para ello, de acuerdo con la normativa antes transcrita; como quiera que no acreditó contar con el personal necesario para el manejo de los medicamentos e insumos médicos, y tampoco el permiso otorgado por la respectiva entidad territorial donde desarrollara la actividad, conforme con los preceptos de la Resolución 1403/07.

Adicionalmente, tal como se anticipó en acápites anteriores, también existe nulidad del contrato por objeto ilícito en la medida en que se contravino el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que establece que el contrato estatal es intuito personae y por lo tanto debe celebrarse con la persona escogida a través del modo de selección objetiva respectivo. En ese sentido, al no tener el señor Álvaro Atencia la representación legal de la Fundación para suscribir contratos cuyo objeto tuviera un valor de 887 smmv (defecto que no fue subsanado al momento de la suscripción del contrato), no podía comprometer la responsabilidad de la entidad privada para el desarrollo del objeto del contrato, lo que, de conteras, significaba que la única responsabilidad comprometida en el contrato era la del mismo Álvaro Atencia, persona que no fue seleccionada por el Departamento de Bolívar para ejecutar el negocio jurídico.

⁸² Folio 47 cdno 1 (fl. 52)

En mérito de lo expuesto, se procederá a acceder a la pretensión de nulidad absoluta del contrato; no sin antes aclarar que, no hay lugar a ejercer ningún pronunciamiento frente a la pretensión de declaratoria de incumplimiento del contrato, la cual era subsidiaria.

(iii) Restituciones mutuas.

Atendiendo el artículo 1746 del Código Civil, se tiene que, la declaratoria de nulidad de un acto o contrato o de una de sus cláusulas implica que este desaparezca del mundo jurídico, como si nunca hubiera existido y, por lo mismo, se retrotraen las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la celebración del contrato (efectos ex tunc).

Por otra parte, no puede perderse de vista que, el artículo 48 de la Ley 80/93, determina que, en el contrato nulo por objeto o causa ilícita, hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado del contrato; entendiéndose este beneficio, como aquel obtenido cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público. De otro lado, el pago que se debe reconocer por este concepto, debe estar ceñido únicamente al monto del beneficio que ésta hubiere obtenido la entidad estatal.

En el caso concreto, el contrato tuvo por objeto la adquisición de medicamentos e insumos médicos por parte del Departamento de Bolívar, empero, en la demanda se indicó que, en realidad, dichos insumos nunca fueron almacenados o entregados en las condiciones que dispuso el contrato, es decir, que el contrato nunca se cumplió.

Lo anterior, se constata en la sentencia de la **Corte Suprema de Justicia**, de fecha 10 de mayo de 2017, en la que se decidió dejar en firme el fallo adoptado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, en el que se condenó a las señoras Lunela Palis y Betty Mercado, por el delito de falsedad ideológica en documento público, al haber expedido constancias de cumplimiento de varios contratos, entre ellos el de la referencia, sin que tal situación de cumplimiento fuera real.

Esta situación, permite concluir que, efectivamente, el objeto del contrato no se cumplió puesto que las medicinas contratadas nunca fueron entregadas al Departamento de Bolívar, ni estuvieron en custodia de este⁸³.

Bajo ese entendido, encuentra la Sala que no existe prueba en el proceso que demuestre que la entidad estatal contratante se benefició del contrato suscrito

⁸³ Folio 475-508 cdno 3 (fl. 85-118)

con la FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA; y, mucho menos, está demostrado que dicho beneficio le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Así las cosas, se declarará que no hay lugar a restituciones mutuas, ni al reconocimiento de ninguna prestación generada a partir del contrato, cuya nulidad se declara en esta providencia.

5.6 Otros asuntos.

Advierte esta Corporación que el apoderado del Departamento de Bolívar presentó renuncia al poder a él otorgado y le comunicó tal situación a su representada, tal y como se advierte a folios 519-517 (cdno 3), por lo que, se procederá a acceder a tal renuncia.

Por otro lado, encuentra esta Corporación que a folio 441-443 reposa una prueba que no pertenece a este proceso, pues corresponde al expediente 13001233100020110029500, Club de Leones contra el Departamento de Bolívar, el cual se encuentra surtiendo la segunda instancia en el consejo de Estado. Por lo anterior se ordenará a la Secretaria de este Tribunal, que desglose el documento mencionado, e inserte una constancia en la que se certifique tal actuación, sin alterar la foliatura del proceso. Consecuentemente, que envíe la prueba de referencia al Consejo de Estado para que repose en el expediente que le corresponde.

5.7 De la condena en costas.

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, de acuerdo con los parámetros señalados por el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones que le fueron introducidas por el art. 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato para la compra de etanol, refuerzo de vacunas antirrábicas, suero antiofídico, pruebas para detectar la malaria y el dengue; suscrito entre el Departamento de Bolívar y la Fundación Trabajar por Colombia, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia

SEGUNDO: DECLÁRASE que el Departamento de Bolívar no está obligado al

reconocimiento y pago de ninguna la prestación, por concepto del contrato de la referencia.

TERCERO: NO CONDENAR en costas procesales conforme con lo expuesto.

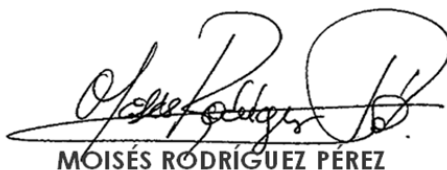
CUARTO: ACEPTASE la renuncia de poder presentada por el defensor del Departamento de Bolívar.

QUINTO: ORDENASE a la Secretaria de este Tribunal que desglose la prueba visible a folio 441-443 de este proceso, e inserte una constancia en la que se certifique tal actuación, sin alterar la foliatura del proceso. Consecuentemente, **DEBERÁ** envíe la prueba de referencia al Consejo de Estado para que repose en el expediente No. 13001233100020110029500, que corresponde a una demanda de reparación directa presentada por el Club de Leones contra el Departamento de Bolívar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 023 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ