

Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-23-33-000-2009-00445-00
Demandante	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
Demandado	COOPERATIVA MULTIACTIVA DE GESTORES DE CARTAGENA – GESTOCOOP y CARLOS MUÑOZ AGUIRRE
Tema	<i>Nulidad absoluta de contrato por objeto ilícito, al verificarse la violación de normas de derecho público –</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede 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 384 de 2007 suscrito entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y GESTOCOOP, según las manifestaciones de esta acción contractual.

SEGUNDA. En consecuencia, de las anterior declaratoria, condenar a la GESTOCOOP y a CARLOS MUÑOZ AGUIRRE, en calidad de cesionario del crédito hecha por la cooperativa, 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.

Pretensiones subsidiarias

PRIMERA SUBSIDIARIA: Declarar el incumplimiento del contrato No. 386 (sic) de 2007 por parte del contratista COOPERATIVA MULTIACTIVA DE GESTORES DE

¹ Folio 1-29 cdno 1 (fl. 1-39)

² Folio 2-3 cdno 1 (fl. 2-3)

CARTAGENA - GESTOCOOP o de su cesionario CARLOS ALBERTO MUÑOZ AGUIRRE.

SEGUNDA SUBSIDIARIA. En consecuencia, condenar a la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE GESTORES DE CARTAGENA GESTOCOOP o en subsidio a CARLOS ALBERTO MUÑOZ AGUIRRE, al pago de los perjuicios derivados de ese incumplimiento, inclusive la cláusula penal pecuniaria contemplada en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato.

3.1.2 Hechos³

Durante el mes de diciembre de 2007, el Departamento de Bolívar afrontó una ola invernal que afectó a varios municipios de la región. 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 2007, 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.

Mediante única solicitud de oferta de diciembre 20 de 2007, se invitó a la Cooperativa Multiactiva de Gestores de Cartagena - GESTOCOOP a presentar propuesta para la adquisición de los bienes requeridos, sin que cumpliera con las condiciones de idoneidad y capacidad jurídica, técnica y financiera para ejecutar el objeto contratado, violando así el principio de selección objetiva y transparencia que gobierna los contratos estatales, omitiendo, entre otros requisitos, anexar el 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).

El día 24 de diciembre de 2007, GESTOCOOP presentó una propuesta de Contratación por un valor de \$731.955.000 y un tiempo de entrega de 5 días después de recibido la orden de compra o legalizado el contrato. Mediante documento de 24 de diciembre de 2007, el señor WALTER E. JIMÉNEZ BARRIOS - SECRETARIO DE SALUD DEL DEPARTAMENTO certificó que la propuesta de la

³ Folio 3-13 cdno 1 (fl. 3-13 dig)

cooperativa se ajustaba a los precios de mercado, lo cual no es cierto puesto que el contrato sobrepasaba el valor real de los mercados en \$253.866.392.

El Contrato No. 384 sin fecha de 2007, se suscribió entre el Gobernador LIBARDO SIMANCA TORRES y JOSÉ ÁNGEL RAMOS en representación de GESTOCOOP. El objeto del contrato era la adquisición de Mercados y Kits de aseo para apoyar en actividades de salubridad y de alimentación inicialmente en los municipios de Cicuco, Talaigua Nuevo, San Jacinto del Cauca, el Peñón, Margarita, en el Departamento de Bolívar. 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.

Se establecieron como obligaciones del contratista: 1) la entrega de los objetos contratados, 2) Responder por la Calidad de los bienes suministrados, 3) Sufragar los gastos que se ocasionaran por razón del presente contrato, entre estos, pago de impuestos, pago de publicación del contrato en la gaceta departamental, constitución de garantía única, etc. 4) Responder por las imperfecciones que presenten los bienes y hacer las reposiciones pertinentes cuando así lo exija el Departamento.

Mediante documento del 27 de diciembre de 2007, la señora BETTY MERCADO BARRIOS certificó el cumplimiento del contrato; el mismo día que este se suscribió y legalizó. La certificación de cumplimiento se hizo sin tener en cuenta que aún no se había realizado la entrada al Almacén de la secretaria de Salud Departamental, como lo contempla la cláusula segunda del contrato. El certificado —documento obligatorio y esencial para el pago— no hace referencia a ningún inventario de entrada o certificación de calidad de los bienes adquiridos, y no es concordante con los comprobantes de almacén. Tampoco indica el lugar de recepción de los bienes contratados.

A través de comprobante de ingreso a almacén No 230 de 31 de diciembre de 2007, la señora LUNELA PALIS VIANA - Almacenista del Edificio de Asistencia Social de la Secretaria de Salud Departamental (Lugar de Entrega de la Prestación), certificó el ingreso efectivo de 6.971 mercados y kits de aseo por un valor de \$731.955.000; cuando ya había terminado el plazo de la urgencia manifiesta.

Con comprobante de salida de almacén N° 1040 de 31 de diciembre de 2007, la señora LUNELA PALIS hizo "Entrego Mercados y Kits de Aseo" " a BETTY MERCADO BARRIOS, sin que se dieran instrucciones sobre el uso o destinación de los bienes.

Del contenido del expediente contractual se encuentra la factura de venta No 1517 con fecha de expedición del 27 de diciembre del 2007, de la impresora

Lourdes & Cia. Ltda, aportada por el contratista; sin embargo, a través de comunicación remitida el 27 de marzo de 2009, la representante legal de IMPRESORA LOURDES y Cía Ltda., se certifica que la factura de venta No 1517 no fue elaborada por dicha empresa.

Alega que las mercancías no fueron repartidas a la población que las requería; y que por las irregularidades presentadas en el desarrollo del anterior contrato se iniciaron investigaciones por parte de los entes de control.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante propone los siguientes cargos:

Nulidad absoluta del contrato por falta indicación de la fecha de suscripción:

Manifiesta que la fecha de suscripción del contrato es un requisito para su subsistencia teniendo en cuenta que, a través de ella se puede verificar si el contrato podía ser celebrado por el mecanismo excepcional de la contratación directa, o si debía someterse a la totalidad de las formalidades señaladas en la ley 80/93. Además, es necesario determinar la fecha para verificar la competencia del suscriptor en nombre de la administración, toda vez que el mismo tuvo lugar en los días de finalización del período del Gobernador (finalizaba el 31 de diciembre de 2007), por lo que la fecha es un requisito de especial importancia, para determinar si el contrato fue efectivamente celebrado en su período legal. Por último, el cumplimiento del contrato tenía un plazo de 1 mes, por lo que si no se conoce la fecha no se sabe cuándo venció el mismo.

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 acreditó tener experiencia en este tipo de contratos; el contratista no acreditó la infraestructura logística suficiente para la cantidad de dinero que se contrató; el Contratista no podía contratar por una suma de dinero tan tal pasto que su capacidad financiera está limitada por los aportes de los socios, según el art. 14 de la Ley 79/88; no se consultaron registros públicos de personas habilitadas para realizar el objeto contractual; solo se tuvo en cuenta una única solicitud para contratar.

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 esperó aproximadamente 20 días para ser suscribir v legalizar bs contratos 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 urgencia manifiesta por la oía invernal (28 de diciembre de 2007) y a pocos días de la terminación de período del Sr. Gobernador De Bolívar (31 de diciembre de 2007).*
- *Del expediente contractual se evidencia que se recibió una única solicitud para contratar de una cooperativa que no cumplía los requisitos de capacidad técnica y experiencia para de los efectos.*
- *Hay inconsistencias entre los certificados de entrada y salida de las mercancías al Almacén de la Secretaría de Salud Departamental.*
- *No se pactó modificación contractual alguna en especial que permitiera la entrega de los bienes contratados en lugar diferente del inicialmente contratado.*
- *Solo en las inspecciones de la autoridad de control se verifica que los bienes contratados, sobre los que se certificó el cumplimiento, no se encontraban en las bodegas oficiales sino en bodegas de propiedad o arrendamiento del contratista*
- *En los informes aparecieron nuevas circunstancias que hasta ese momento nunca habían sido puestas de presente: Una presunta modificación contractual realizada vía telefónica entre las partes contratantes. Gobernador de 2007 y contratista, que tiene múltiples inconsistencias.*
- *No se tomaron medidas razonables, como exigir pólizas o contratos de bodega je, ni se garantizó la responsabilidad de bs bienes contratados al ser supuestamente entregados en un lugar diferente al convenio.*
- *No se evidencia un inventario siquiera sumario 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 13 de agosto del 2009 (fl. 108); siendo admitida el 6 de octubre de 2009 (fl. 109); en esta actuación se ordenó la notificación a los demandados, Gestocoop y Carlos Alberto Muñoz Aguirre.

El señor Carlos Alberto Muñoz Aguirre dio contestación a la demanda el 11 de mayo de 2010 (fl. 114-121); y, como quiera que no se pudo notificar a Gestocoop, se designó curador ad litem quien tomó posesión el 28 de abril de 2014 (fl. 301), ese mismo día se contestó la demanda (fl. 302-303).

Con auto del 29 de septiembre de 2015, se abrió el periodo probatorio (fl. 310-313) y el 27 de febrero de 2017 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 502). El 12 de febrero de 2021 ingresó el proceso para fallo.

3.3 CONTESTACIÓN

3.1 Contestación de Carlos Alberto Muñoz Aguirre⁴

Manifestó que los hechos son parcialmente ciertos, toda vez que el contrato se llevó a cabo en las condiciones expuestas, sin embargo, destacó que le Departamento sí recibió los bienes objeto del convenio, como quiera que así fue certificado por las personas encargadas y por el Gobernador Joaco Berrio a través de Resolución No. 048 de 2008.

Expuso que Gestocoop le cedió el crédito a él, quien aceptó al constatar la viabilidad del mismo con la expedición de la Resolución No. 048 de 2008; sin embargo, resaltó que no fue parte dentro de la actuación contractual por lo que desconoce los asuntos puntuales de la misma.

Como excepciones presentó las siguientes:

Indebida pretensión de la demandada: Alega que la demandada habla de nulidad del contrato, pero no argumenta ningún vicio en cuanto a los elementos esenciales del contrato, no habla de falta de consentimiento, error,

⁴ Folio 144-121 cdno 1 (fl. 171-178)

fuerza o dolo, o falta de causa, u objeto ilícito, entendido este como un bien que este fuera del comercio, los bienes objeto del contrato suscrito entre Gestocoop y la demandante, es sobre bienes de libre circulación en el comercio. No se trata de bienes prohibido por lo tanto en ese sentido el objeto es licito. El departamento no demandó la nulidad de los actos administrativos que declararon la emergencia Manifiesta, por lo tanto, si se mira el objeto del contrato como las prestaciones a las que las partes se obligan en contrato en este sentido también cumple el requisito de la licitud

Falta de legitimidad por pasiva: con fundamento en que el señor Carlos Alberto Muñoz no intervino en ninguna etapa contractual y, en todo caso, quien le responde por la existencia del crédito es la entidad cedente.

Solicitud de lo no debido: La anterior excepción la fundamenta en el hecho que no puede afectarme una nulidad de un contrato que el señor Muñoz no ha suscrito; afirma que solo es un cesionario del crédito, y lo máximo que puede hacer la entidad demandante es oponerse al pago de la obligación que le cedió la firma Gestocoop, pero nunca pretender una condena su contra, debido al efecto relativo de los contratos que solo obliga a quienes lo suscriben. En consecuencia, solicita que se condene en costas al Departamento, por haberlo llamado a juicio.

Indebida acumulación de pretensiones: Por cuanto se pretende una condena en contra de una persona diferente, puesto que los apellidos indicados en la demanda no corresponden al del demandado.

Falta de autonomía de la voluntad y consentimiento de Carlos Alberto Muñoz Águirre, en la celebración del contrato entre GESTOCOOP y el Departamento de Bolívar. El fundamento es que dentro del contrato celebrado no aparece el consentimiento de Carlos Alberto Muñoz Aguirre, de obligarse a dar, hacer o no hacer frente a la contratante hoy demandante DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

Falta de legitimación activa por parte del departamento de Bolívar para demandar contractualmente a CARLOS ALBERTO MUÑOZ AGUIRRE. Entre el Departamento de Bolívar y el demandado CARLOS ALBERTO MUÑOZ AGUIRRE, no se ha realizado ningún contrato, contra él no puede perseguirse ninguna indemnización, solo podría por vía de excepción negarse a pagar el crédito que le cedió GESTOCOOP.

Pleito Pendiente. Entre el señor MUÑOZ AGUIRRE y la entidad demandante existe un pleito pendiente en donde CARLOS ALBERTO MUÑOZ AGUIRRE está ejecutando al departamento de Bolívar, y es en esa oportunidad procesal en que la entidad podrá controvertir la obligación. Dicho pleito son el proceso 120-2008 y 257-2008 que están en el Tribunal Administrativo de Bolívar.

3.2 Contestación de Gestocoop⁵

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.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 Demandante⁶: La parte presentó sus alegatos, solicitando que se accedan a las pretensiones de la demanda

3.6.2 Demandado Carlos Muñoz Aguirre⁷: No presentó alegatos

3.6.3 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.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 132.6 del CCA.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, el problema jurídico se planteará, así:

¿Debe declararse la nulidad absoluta del contrato celebrado entre el Departamento de Bolívar y Gestocoop, 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

⁵ Folio 302-303 cdno 2 (fl. 122-123)

⁶ Folio 509-516 cdno 3 (fl. 124-131)

⁷ Folio 504-508 cdno 3 (fl. 119-123)

¿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 Gestocoop, celebrado en el marco de la emergencia suscitada en diciembre de 2007, toda vez que en el mismo se evidencia una violación a los principios de transparencia y selección objetiva toda vez que la entidad contratante no procuró la exigencia o verificación de requisitos necesarios para adelantar la contratación que se surtió entre el Departamento de Bolívar y Gestocoop; de igual forma, se advirtió una desviación de poder, puesto que, aunque el fundamento del contrato realizado era legítimo, se observó la intención de la administración de favorecer al contratista, sacrificando para ello el interés general y los fines de la contratación, lo que generó que la población no recibiera la ayuda que necesitaban.

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)⁸.

⁸ 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



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 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.

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.



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 Estado⁹, 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
- jj).- 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 mismo, retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la celebración del contrato (efectos ex tunc)¹⁰.

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.

⁹ 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)

¹⁰ 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)

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados:

- Certificado de existencia y representación¹¹ expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena, de fecha 5 de agosto de 2009, en el que consta el registro de la Cooperativa Multiactiva de Gestores de Cartagena (GESTOCOOP), constituida el 13 de agosto de 2001, con un patrimonio del \$0 pesos.

Entre las actividades de su objeto social se describen las siguientes: “Establecer por su cuenta o mediante convenios con entidades preferible mente del sector solidario, el suministro de bienes y servicios a sus asociados y a la comunidad en general”(…) “Instalación por parte de la Cooperativa de almacenes de consumo o para el suministro de comestibles, textiles, drogar, granos, vive res y abarrotes al por mayor y detal y servicios que requieran lo asociados y la comunidad”.

El Representante Legal de la entidad era el señor José Patiño Ramos.

- Ficha técnica del contrato 384 donde se describen los documentos necesarios para la contratación, y la fecha de entrega de los mismos¹².
- Contrato de compraventa sin número y sin fecha suscrito¹³ por el Departamento de Bolívar y Gestocoop, en el que se indicó lo siguiente:

“consideraciones que se indican: 1) Que el Gobernador de Bolívar, mediante Decreto No 690 de 13 de diciembre de 2007, declaró la Urgencia Manifiesta en el Departamento de Bolívar hasta el día 28 de diciembre de 2007, para continuar enfrentando la situación de calamidad y crisis humanitaria que afecta el territorio departamental como consecuencia de la ola invernal, según acta de comité regional de para la prevención y atención de desastres de fecha 06 de diciembre de 2007. (...) 3) Que la Secretaría de Salud Departamental realizó el Análisis de Necesidad, Oportunidad y Conveniencia correspondiente a la necesidad de contratar la adquisición de Mercados y Kits de aseo, para apoyar en actividades de salubridad y de alimentación en una segunda fase en los municipios de Cicuco, Talaigua Nuevo, San Jacinto del Cauca, El Peñón, Margarita en el departamento de Bolívar, para dar respuesta oportuna a las comunidades bolivarenses a través de la Atención Integral con nuestro Equipo Interdisciplinario de Salud.

CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: Contratar la para la adquisición de Mercados y Kits de aseo, para apoyar en actividades de salubridad y de alimentación inicialmente en los municipios de Cicuco, Talaigua Nuevo, San Jacinto del Cauca, El Peñón, Margarita en el departamento de Bolívar, para dar respuesta oportuna a las comunidades bolivarenses a través de la Atención integral con nuestro Equipo interdisciplinario de Salud., conforme a los documentos que constituyen anexos del presente contrato

¹¹ Folio 34-36 cdno 1 (fl. 34-39)

¹² Folio 37 cdno 1 (fl. 40)

¹³ Folio 38-42 cdno 1 (fl. 42-50)



SENTENCIA No 097/2022
SALA DE DECISIÓN No. 004

13-001-23-31-000-2009-00445-00

PRODUCTO / PRESENTACION	CANT	VUNIT	TOTAL
 Mercados que incluyen: Arroz, Azucar,,Café en bolsa, Frijol Rojo, Aceite Litro, Leche en polvo, Lenteja, Panela 4 unds, Atún 2 latas, Bebida achocolatada, Sal, Harina de trigo.	6.971	60.000	418.260.000
Kit de aseo: Cepillo de dientes adulto 2, cepillo de dientes niños 2, crema de dientes 2, desodorante en crema, Jabón para baño, peinilla, toalla hilo, jabón barra, rollo de papel higiénico.	6.971	45.000	313.695.000
TOTAL			\$731.955.000

CLAUSULA SEGUNDA; VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato tiene un valor total de SETECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS MOTE. (\$731.955.000), suma esta que EL DEPARTAMENTO cancelará al CONTRATISTA así: Contra entrega de los elementos descritos en la Cláusula Primera del presente contrato, 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. CLAUSULA TERCERA: TERMINO: El presente Contrato tendrá una vigencia de un mes".

- Factura de venta No. G-1517 del 27 de diciembre de 2007, expedida por la impresora Lourdes, por valor de \$347.094¹⁴.
- Póliza de seguros expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, con No. 0236623 del 27 de diciembre de 2007, en la que se ampara el contrato 731.955.000, por los riesgos de cumplimiento del contrato, calidad del bien o servicio, anticipo. La anterior póliza fue aprobada el mismo día por la gobernación de Bolívar.¹⁵
- Cuenta de cobro por valor de \$714.798.927, expedida por Gestocoop, No. 16-12-2007, por concepto de pago de la adquisición de merados y kits de aseo para apoyo a las actividades de salubridad y alimentación en los municipio de CICUCO, TALAIGUA NUEVO, SAN JACINTO DEL CAUCA, EL PEÑON, MARGARITA en Bolívar¹⁶.
- Certificado expedido por la señora Betty Mercado Barrios, en su calidad de Coordinadora del Programa de Emergencia y Desastres, de fecha 27 de diciembre de 2007, por medio del cual hace constar el cumplimiento del contrato en mención, por parte de Gestocoop¹⁷.
- Registros presupuestales No. 7020 del 27 de diciembre de 2007¹⁸, por valor de \$210.732.323 y \$504.066.604 en favor de Gestocoop.
- Certificado de consulta de precios hecha por el Secretario de Salud Departamental, el 24 de diciembre de 2007, en el que hace constar que los

¹⁴ Folio 43 cdno 1 (fl. 52)

¹⁵ Folio 44 y rev. cdno 1 (fl. 54-55)

¹⁶ Folio 45 cdno 1 (fl. 56)

¹⁷ Folio 46 cdno 1 (fl. 58)

¹⁸ Folio 47-48 cdno 1 (fl. 60-62)

precios ofrecidos por Gestocoop se ajustan al mercado; anexo se encuentran registros de búsqueda¹⁹.

- Documentos allegados por el contratista para acreditar los requisitos para realizar el negocio juicio: cámara de comercio; certificado de revisor fiscal de Gestocoop, del 19/12/07, en el que indica que el representante legal tiene facultades para realizar operaciones bancarias y comerciales en cuantía de 5.000 smlmv; constancia de paz y salvo en aportes de seguridad social y parafiscales; RUT de Gestocoop y su representante legal; certificado de antecedentes fiscales y de antecedentes disciplinarios de Gestocoop y su representante legal; certificado del DAS del señor José Ángel Patiño²⁰.
- Cotización presentada el 24 de diciembre de 2007²¹, por Gestocoop, en los que se describe lo siguiente:

DESCRIPCIÓN	CANT.	VALOR UN	VR TOTAL
MERCADOS BÁSICOS, que cumplan con las normas del MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL	6.971	60.000	418.260.000
KIT DE ASEO BÁSICOS, que cumplan con las normas del MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL	6.971	45.000	313.695.000
TOTAL			731.955.000

- Invitación a presentar propuesta, suscrita por el Secretario de Salud a Gestocoop, el 20 de diciembre de 2007²².
- Términos de referencia para la contratación plurimencionada²³ en la que señalaron los requisitos que debía cumplir el contratista; así como el concepto técnico y económico del mismo²⁴.
- Decreto 690 del 13 de diciembre de 2007, por medio del cual el Gobernador de Bolívar declaró la urgencia manifiesta por la ola invernal (incompleto)²⁵.
- Cotización realizada por una persona apellido Arias, para el suministro de los mercados y kits de aseos por valor de \$280.931.300 los primeros y \$219.586.500 los segundos²⁶.

¹⁹ Folio 49 y ss cdno 1 (fl. 64)

²⁰ Folio 53-65 cdno 1 (fl. 72-94)

²¹ Folio 65 cdno 1 (fl. 96)

²² Folio 66 cdno 1 (fl. 98)

²³ Folio 71-75 cdno 1 (fl. 108-115)

²⁴ Folio 74-76 cdno 1 (fl. 115-117)

²⁵ Folio 346-348 cdno 2 (fl. 173-175)

²⁶ Folio 79-80 cdno 1 (fl. 123-125)

- Comprobante de ingreso a almacén No. 230 del 31 de diciembre de 2007 de 6971 mercados y kits de aseo (sin relacionar los productos que estos contenían). Documento firmado por Lunela Palis como Almacenista²⁷.
- Comprobante de salida de almacén No. 104 del 31 de diciembre de 2007 de 6971 mercados y kits de aseo (sin relacionar los productos que estos contenían). Documento firmado por Lunela Palis como Almacenista²⁸.
- Informe de supervisión y coordinación del contrato 384 de 2007, elaborado por la señora Betty Mercado Barrios, en su calidad de Coordinadora del Programa de Emergencia y Desastres²⁹.
- Resolución No. 33 del 5 de diciembre de 2007, por medio de la cual se declara la situación de calamidad pública en el Departamento de Bolívar y se reconoce afectación en varios municipios; y la Resolución 36 del 12 de diciembre de 2007 que adiciona la 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 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 de esas actuaciones³¹.
- Oficio del 31 de marzo de 2008, por medio del cual el señor Carlos Alberto Muñoz Aguirre, en calidad de cesionario de crédito, solicita al Gobernador de Bolívar – Joaco Berrio – el pago valor del contrato que dicha entidad celebró con Gestocoop por valor de \$714.798.927³².
- Oficio del 25 de marzo de 2008³³, por medio del cual Gestocoop solicita al Gobernador de Bolívar, Joaco Berrio, que retire las mercancías que se encuentran en las bodegas de la cooperativa, desde hace 3 meses, en virtud del contrato celebrado para la urgencia manifiesta, y se indica que:

En el momento que se fueron a entregar al almacén de la Gobernación, se nos manifestó la incapacidad de almacenaje que tenían, y que con gusto colaboraríamos de manera temporal, pero para nosotros ya resulta demasiado oneroso y desfavorable porque nos está ocasionando mayores costos de almacenamiento, y limitación de nuestro espacio.

²⁷ Folio 81 cdno 1 (fl. 127)

²⁸ Folio 82 cdno 1 (fl. 127)

²⁹ Folio 83-90 cdno 1 (fl. 131-145)

³⁰ Folio 91-94 cdno 1 (fl. 147-150)

³¹ Folio 95-96 cdno 1 (fl. 151-152)

³² Folio 97 cdno 1 (fl. 153)

³³ Folio 98 cdno 1 (fl. 154)

- Oficio del 27 de marzo de 2009³⁴, por medio del cual la Impresora Lourdes certifica que la Factura de venta No. 1517 para la publicación del contrato de referencia, no corresponde con la que reposa en sus archivos, como quiera que la misma fue expedida en realidad el 2 de mayo de 2007 a nombre de Constructora Haydar y CIA Ltada, por valor de \$336.576; la numeración presentada a la Gobernación es manual, mientras que la de la impreso es con maquina; así mismo enumeró otras inconsistencias al respecto y concluyó que la factura presentada por Gestocoop no fue elaborada por la impresora Lourdes. Adicionalmente anexa copia de la factura de venta No. 1517 de 2 de mayo de 2007.
- Certificado emitido por la Impresora Lourdes, en el cual se hace constar que los contratos celebrados con Fundación Trabajar por Colombia y Gestocoop, en especial el que aquí se discute no han sido publicados³⁵.
- 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*"³⁶.
- Acta de acta de reunión extraordinaria del Comité Departamental para la Prevención y Atención De Desastres del 6 de diciembre de 2007 y Plan de contingencia aprobado por el comité departamental de atención y prevención de desastres para afrontar la emergencia originada por la ola invernal en el Departamento de Bolívar³⁷.
- 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 otros, por los contratos suscritos en los años 2007, 2008 y 2009³⁸.
- Testimonio rendido por el señor Edgar Larios³⁹

PREGUNTADO: Informe al Despacho qué relación tiene usted con el Departamento de Bolívar.

CONTESTÓ: "Yo soy funcionario del Departamento de Bolívar, desde el año 1995, actualmente me

³⁴ Folio 103-105 cdno 1 (fl. 159-161)

³⁵ Folio 106-107 cdno 1 (fl. 162-163)

³⁶ Folio 162-199 cdno 1 (fl. 225-262)

³⁷ Folio 338-343 cdno 2 (fl. 164-170)

³⁸ Folio 360-432 cdno 2 y 3 (fl. 189-200 y 1-32)

³⁹ Folio 497-499 cdno 3 (fl. 105-108)



13-001-23-31-000-2009-00445-00

desempeño como funcionario de la Unidad Departamental de atención de Riesgos" PREGUNTADO: Informe al Despacho, todo lo que le conste sobre los hechos ocurridos en la temporada invernal del 2007 y la contratación surtida en ella? CONTESTÓ: A mediados de noviembre de 2007 el Departamento de Bolívar padece los estragos de la segunda temporada invernal, que para esa fecha se registró en todo el país. Esta temporada invernal generó aumento en los diferentes cuerpos de agua del Departamento de Bolívar, como lo son el Canal del DIQUE, Río Magdalena, Río Cauca; afectando el Departamento de Bolívar, como quedó plasmado en la Resolución No. 33 y No. 36 de declaratoria de calamidad pública del 5 de diciembre de 2007 y 12 de diciembre de 2007, emanada de la Dirección Nacional de atención de Desastres. Ello, trae como consecuencia la visita al territorio de la Directora Nacional de prevención y atención de desastres, la Dr. Luz Amanda Pulido, lo que conlleva a una reunión extraordinaria del Comité Departamental de Atención Y prevención de Desastres el 6 de diciembre de 2007, para definir cuáles serían las actividades que se emprenderían para mitigar o atender a la aproximadamente 15.000 familias que resultaron afectadas, de acuerdo con documentos que reposan en otros procesos en este tribunal. Lo anterior, lleva a declarar en el Departamento de Bolívar la urgencia manifiesta, el 13 de diciembre de 2007, Decreto No. 690, firmado por el Gobernador Libardo Simanca Torres y Rafael Espinazo Ruello, Secretario del Interior. Hasta allí este suscrito tiene conocimiento del proceso de declaratoria de Urgencia Manifiesta, puesto que fui encargado de la Alcaldía del Municipio de Tiquido por ausencia del titular, y solo hasta el 2 de enero de 2008 retorné a la oficina. Eso es todo de lo que tengo conocimiento directo. A finales del mes de enero me visita a mi oficina la Procuradora Regional la Dra. Amada OJeda Torreglosa, interrogándome sobre 8 contratos más o menos, creo que me mencionó, que se habían dado en la administración, pero me permitió corroborar que todo aquello se desarrolló en el tiempo en el que estuve fuera del cargo. Solo hasta esa fecha me entere de los procesos contractuales desarrollados. Los documentos soportes de lo antes expresado. Resolución No. 33 y No. 36 de declaratoria de calamidad pública del 5 de diciembre de 2007 y 12 de diciembre de 2007, emanada de la Dirección Nacional de atención de Desastres y Decreto No. 690 de 2007, ya fueron aportado por mí en otros procesos sobre este mismo tema, y por lo tanto solicito que se trasladen las mismas a este asunto". Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandada Carlos Muñoz, quien PREGUNTA: De conformidad con lo emergencia invernal ocurrida en diciembre de 2007, eran necesaria la contratación del suministro de mercados objeto de este proceso? CONTESTÓ: "El sistema Nacional de Atención y Prevención de desastre, hoy sistema Nacional para la Gestión del Riesgo, y su marco legal, busca minimizar, reducir y mitigar el sufrimiento y la prolongación de alguna necesidad fundamental; para este caso en especial, sí existía la necesidad de suministrar los alimentos o el kits alimentario a la población afectada. De hecho, que la Unidad Nacional entregó a estas mismas comunidades paquetes alimentarios. Entrega que coordinó la doctora Rocío Rodríguez, por mi ausencia en el cargo."

- Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia⁴⁰ 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 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

5.5.2.1 Excepciones previas

- Pleito pendiente

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴¹, la excepción de pleito pendiente requiere para su configuración que (i) exista otro proceso en curso; (ii) que las pretensiones de ambos procesos sean idénticas; (iii) que las

⁴⁰ Folio 523-556 cdno 3 (fl. 139-172)

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Bogotá D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-00887-01 (49377)

partes sean las mismas; y (iv) que tengan la misma causa y se fundamenten en los mismos hechos.

El señor Carlos Alberto Muñoz, en el escrito de contestación, alegó la excepción de pleito pendiente por la existencia de un proceso ejecutivo que cursa en este Tribunal en el que se adelanta el cobro del crédito derivado de la ejecución del contrato 384/2007.

De lo anterior encuentra este Tribunal que, si bien no ese adjuntó prueba de estos hechos, lo cierto es que a simple vista se puede advertir que la figura del pleito pendiente no prospera en la medida en que se tratan de dos acciones diferentes, que tiene objetivos distintos, como es el cobro de una acreencia y la nulidad del contrato que da lugar a esa acreencia.

Bajo este presupuesto, observa esta Corporación que lo que existiría en este caso sería una prejudicialidad, que implicaría la suspensión del otro proceso, hasta tanto se resuelva el presente asunto contractual, pero no hay lugar a declarar probada la excepción de pleito pendiente, por lo que la misma será negada.

- Falta de legitimación del señor Carlos Alberto Muñoz Aguirre, indebida acumulación de pretensiones y solicitud de lo no debido.

En el caso de marras, el señor Carlos Alberto Muñoz presentó excepciones a la demanda, manifestando entre ellas, que no se encontraba legitimado para comparecer al presente asunto, por cuanto no hizo parte de la relación contractual entre el Departamento de Bolívar y Gestocoop.

El Consejo de Estado, se ha pronunciado manifestando que *“La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. (...) la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. (...) la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas (...) la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso”*⁴².

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Radicado 05001-23-31-000-1995-00575-01 (24677)

En el caso de marras, se tiene que, el Departamento de Bolívar presenta la demanda de referencia contra Gestocoop y contra el señor Carlos Muñoz solicitando que se declare la nulidad del contrato y que en consecuencia los demandados hagan las restituciones a que haya lugar; que, en caso de que se declare el incumplimiento, los accionados lo indemnicen con el pago de perjuicios.

Ahora bien, advierte esta Judicatura que, en la demanda, no se relaciona ningún hecho del que se pueda verificar la actuación desplegada por el señor Carlos Muñoz, que lo lleve a ser vinculado a la presente acción. Sin embargo, el señor Muñoz Aguirre, al momento de presentar su contestación, manifestó ser el cesionario del crédito que tiene el Departamento de Bolívar, en favor de la cooperativa Gestocoop y que en la actualidad tiene en contra del ente territorial actor una demanda ejecutiva identificada con el No. 13-001-23-31-000-2008-00120-00.

Ahora bien, debe resaltar esta Corporación que al proceso no se trajo el contrato de cesión que prueba de la relación que se suscitó entre el señor Muñoz Aguirre y Gestocoop, por el contrario, solo se cuenta con el Oficio del 31 de marzo de 2008, por medio del cual el señor Carlos Alberto Muñoz Aguirre, en calidad de cesionario de crédito, solicita al Gobernador de Bolívar – Joaco Berrio – el pago valor del contrato que dicha entidad celebró con Gestocoop por valor de \$714.798.927⁴³.

De acuerdo con lo anterior, encuentra esta Judicatura que, si bien es cierto que el señor Carlos Muñoz no tuvo injerencia, ni participación en la suscripción y ejecución del contrato No. 384 de 2007, formalizado entre el Departamento de Bolívar y Gestocoop, lo cierto es que puede verse afectado por las decisiones que se adopten en este asunto, toda vez que, en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, debe restituir los valores que se le hayan pagado en virtud del crédito que adquirió; pues, de su escrito de contestación, se extrae la afirmación que actualmente cuenta con un proceso ejecutivo en este Tribunal en el que está cobrando la suma de dinero antes mencionada y que ya ha recibido pagos por concepto de este contrato, lo cual lo compromete en la devolución de los dineros, en caso de que se declare la nulidad del contrato o el incumplimiento. Bajo este presupuesto, es preciso indicar que la excepción propuesta no es procedente en este caso.

5.5.2.2 Del fondo del asunto.

El apoderado del Departamento de Bolívar alega como primera causal de nulidad del contrato plurimencionado, carece de fecha cierta de suscripción, por lo que se desconoce si el mismo se llevó a cabo dentro de la urgencia

⁴³ Folio 97 cdno 1 (fl. 153)

manifiesta; además, indica que existe objeto ilícito por violación a los principios de transparencia, selección objetiva y a los fines de la contratación; nulidad absoluta por desviación de poder; por último, aduce un incumplimiento del contrato.

(i) Nulidad por desviación de poder, violación a los principios de transparencia y selección objetiva

Tanto la doctrina como la jurisprudencia convergen en señalar que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla. En otros términos, la desviación de poder tiene lugar cuando un acto fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, pero que en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto; esta circunstancia vicia el acto porque la autoridad ejerce sus atribuciones conferidas por la ley con una finalidad diferente de la prevista por ella, bien en beneficio personal o de un tercero.

Por lo tanto, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto (art. 85 C.C.A).

Ahora bien, de acuerdo con 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”*. Y, el artículo 24 numeral 8 *ibídem*, para garantizar el principio de transparencia en ella, prohíbe expresa y categóricamente esta actuación cuando señala que *“[l]as autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley”*, precepto cuya inobservancia en la celebración del contrato, *mutatis mutandi* de la consecuencia prevista para los actos administrativos, se sanciona con nulidad absoluta del mismo, en los términos del numeral 3 del artículo 44 *ibídem*, según el cual incurren en ese vicio cuando los contratos del Estado *“se celebren con abuso o desviación de poder”*.

En este caso, el vicio es predicable del propio contrato, en tanto él constituye un abuso o desviación de poder, por no atender el fin público que anima celebrarlo, sino otros fines diferentes a los establecidos en las normas que rigen esta actividad del Estado. En tal sentido, debe precisarse que el fin de la contratación constituye un presupuesto de legalidad del contrato y, por ello, se

configura la desviación de poder siempre que con él se persiga un fin distinto al señalado por el legislador, de manera que no resulta válido un contrato que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o satisfacción de los intereses generales.

Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, debe declararse la nulidad de los contratos estatales celebrados con abuso o desviación de poder (numeral 3º ídem), causal en la que también pueden estar incursos los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad administrativa o el patrimonio público en los términos indicados, teniendo en cuenta que se ha ejercido la competencia del funcionario para contratar no con el fin o propósito general de la contratación (art. 3 Ley 80/93), sino con otro en desmedro del mismo. **Para tal efecto, se debe demostrar entonces las motivaciones secretas o preferencias, interés particular o motivación subjetiva por parte de los funcionarios que celebraron el contrato.**

Ahora bien, la desviación de poder entraña una problemática probatoria, en tanto el acto o contrato en apariencia puede observarse como legal, pero la intención o finalidad que se propone con el mismo no es la de satisfacer el interés general. En efecto, “[s]e caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad por el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia externa de legalidad; la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal; no es objetable por incompetencia ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto.”⁴⁴ Por tal razón su estudio implica adentrarse en la esfera volitiva de la autoridad, es decir, dada la naturaleza subjetiva del vicio se impone el análisis de la intención del autor del acto o parte del contrato para determinar si es o no congruente con el interés público y en consecuencia establecer la existencia de la desviación que ocasiona su nulidad.

Tal y como lo anota la doctrina, las dificultades probatorias no son insalvables, pues “basta que la conjunción de los distintos medios probatorios produzca en el juzgador la certeza suficiente de que la desviación de poder ha sido cometida” y “quizás la prueba de indicios sea la más adecuada para desentrañar el vicio.”⁴⁵ Incluso, ante la complejidad que implica adentrarse a la subjetividad de quienes actúan desviadamente, la doctrina ha elaborado lo que se denomina “los hechos denunciadores del desvío de poder, que no son más que elementos indiciarios para su configuración probatoria, que si bien es cierto se predicen de los actos con contenido unilateral, no [se] encuentra mayor dificultad para que sean aplicados en materia contractual; entre ellos, se señalan los siguientes: contradicción del acto con medidas anteriores; contradicción del acto con medidas posteriores; motivación excesiva;

⁴⁴ Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, t II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 403.

⁴⁵ Betancur, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, Señal Editora, 2002, págs. 379.

motivación contradictoria; motivación insuficiente; alteración de los hechos; decisión ilógica; derogación de forma interna; precipitación con que el acto fue proferido; desigualdad de tratamiento a los interesados; carácter sistemático de ciertas prohibiciones; carácter general atribuido a medidas que deberían permanecer como particulares; injusticia manifiesta; disparidad de tratamiento, entre otros.”⁴⁶

De acuerdo con lo anterior, se tiene que, el apoderado de la parte actora manifiesta que el contrato demandado está viciado de nulidad, en la medida en que existen indicios que demuestran que la administración del año 2007 actuó con desviación de poder, toda vez que: a) El fundamento de los contratos lo encontramos en un diagnóstico del 6 de diciembre de 2007, sin embargo, la Administración Departamental esperó aproximadamente 20 días para suscribir y legalizar los contratos aun cuando los diagnósticos señalaron más de 25.000 afectados, por lo cual la contratación era "urgente" e "indispensable"; b) Los contratos, finalmente, vinieron a ser suscritos en los últimos días de vigencia de la urgencia manifiesta por la ola invernal (28 de diciembre de 2007) y a pocos días de la terminación de período del Sr. Gobernador De Bolívar (31 de diciembre de 2007); c) Del expediente contractual se evidencia que se recibió una única solicitud para contratar de una cooperativa que no cumplía los requisitos de capacidad técnica y experiencia para de los efectos; d) Hay inconsistencias entre los certificados de entrada y salida de las mercancías al Almacén de la Secretaría de Salud Departamental; e) No se pactó modificación contractual alguna en especial que permitiera la entrega de los bienes contratados en lugar diferente del inicialmente contratado; f) Solo en las inspecciones de la autoridad de control se verifica que los bienes contratados, sobre los que se certificó el cumplimiento, no se encontraban en las bodegas oficiales sino en bodegas de propiedad o arrendamiento del contratista; g) En los informes aparecieron nuevas circunstancias que hasta ese momento nunca habían sido puestas de presente: Una presunta modificación contractual realizada vía telefónica entre las partes contratantes, Gobernador de 2007 y contratista, que tiene múltiples inconsistencias; h) No se tomaron medidas razonables, como exigir pólizas o contratos de bodegaje, ni se garantizó la responsabilidad de los bienes contratados al ser supuestamente entregados en un lugar diferente al convenio; i) No se evidencia un inventario siquiera sumario de los bienes supuestamente entregados en cumplimiento del objeto del Contrato.

Conforme con lo anterior, y con lo probado en el expediente, se tiene que, en efecto, desde el **5 de diciembre de 2007**, la Directora de Prevención y Atención de Desastres del Ministerio del Interior y de Justicia profirió la Resolución No. 33, por medio de la cual declaró la situación de calamidad pública en el

⁴⁶ Cretella, José, Anulación de Actos Administrativo por Desvío de Poder, Río de Janeiro, Eidt. Forense, 1978, pág. 108. Citado por Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, t .iv, contratación indebida, 2006, pág. 91.

Departamento de Bolívar, reconociendo la grave afectación sufrida por 26 municipios⁴⁷, autorizando al Comité Regional y Comité Local de Prevención y Atención de Desastres la realización de planes de acción para mitigar los daños.

Que, en virtud de lo anterior, el **6 de diciembre de 2007**⁴⁸, se realizó la “REUNIÓN EXTRAORDINARIA DEL COMITÉ OPERATIVO PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE DESASTRES”, en la que el Dr. Edgar Larios, Coordinador del Comité Regional, manifestó la situación de calamidad que afrontaban los municipios de Bolívar afectados con las inundaciones, y recomendó tomar las acciones jurídicas necesarias - declarar la urgencia manifiesta - para contar con el presupuesto que permitiera cubrir las necesidades de la población hasta el 31 de diciembre de 2007, toda vez que ese día finalizaba el periodo constitucional del Gobernador; por otro lado, la Dra., Cira Velásquez recordó que no era posible comprometer vigencias futuras, por lo que el presupuesto debía corresponder a lo existente hasta el 31 de diciembre de 2007.

En esta misma reunión quedó aprobado el "PLAN DE CONTINGENCIA APROBADO POR EL COMITÉ DEPARTAMENTAL DE ATENCIÓN Y PREVENCIÓN DE DESASTRES PARA AFRONTAR LA EMERGENCIA ORIGINADA POR LA OLA INVERNAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR", la que se indica la asignación de \$550.000.000 para la Secretaría de Salud Departamental, en lo que respecta a la atención en salud y compra de medicamentos.

Posteriormente, con Decreto 690 del **13 de diciembre de 2007**, el Gobernador de Bolívar declaró la urgencia manifiesta por la ola invernal⁴⁹, esto es 7 días después de la declaratoria de calamidad y de la sugerencias hechas por el COMITÉ OPERATIVO PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE DESASTRES DE BOLÍVAR; según este acto administrativo, la urgencia tendría lugar hasta el **28 de diciembre de 2007**. En consecuencia, se realizaron una serie de contratos para atender la emergencia humanitaria y de salud, generada en las poblaciones afectadas.

El **19 de diciembre de 2007**, la Secretaria de Salud y la Coordinadora del Programa de emergencia y desastres expedieron los estudios de conveniencia, concepto técnico, concepto económico⁵⁰ y términos de referencia para la contratación de 6.971 mercados y 6971 kits de aseos para la población afectada⁵¹; en este documento no se hizo exigencia alguna de requisitos frente a la capacidad financiera, organizacional o experiencia del contratista, por lo tanto, los términos de referencia solo se limitaron a indicar el objeto del

⁴⁷ Folio 91-94 cdno 1 (fl. 147-150)

⁴⁸ Folio 338-343 cdno 2 (fl. 164-170)

⁴⁹ Folio 346-348 cdno 2 (fl. 173-175)

⁵⁰ Folio 74-76 cdno 1 (fl. 115-117)

⁵¹ Folio 74-76 cdno 1 (fl. 115-117)

contrato, el plazo, forma de pago, valor y documentos necesarios para sustentar la propuesta tales como certificados de antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales, inscripción en el SICE, pago de parafiscales.

El **20 de diciembre de 2007** se realizó una invitación a Gestocoop⁵², para presentar propuesta; sin embargo no se invitó a ninguna otra entidad reconocida para que presentara cotizaciones sobre las mercancías requeridas.

Gestocoop respondió el llamado el **24 de diciembre de 2007**⁵³ con una cotización para el suministro de los mercados y kits de aseos por valor de \$418.260.000 los primeros y \$313.695.000 los segundos; para un total de \$731.955.000⁵⁴. Ese mismo día el Secretario de Salud del Departamento, hizo constar que los precios ofrecidos se ajustaban a los precios de mercado⁵⁵.

De acuerdo con lo anterior, entre el 24 y 27 de diciembre de 2007, debió suscribirse el contrato, puesto que, lo cierto es que el documento que formaliza dicho negocio no tiene una fecha específica que así lo indique. Los requisitos para la ejecución del contrato se adelantaron **el 27 de ese mismo mes y año** se expidieron 2 registros presupuestales No. 7020 y 7021, por valor de \$210.732.323 y \$504.066.604 en favor de Gestocoop⁵⁶ y se constituyeron las garantías, a través de póliza de seguros expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, con No. 0236623 del **27 de diciembre de 2007**, en la que se ampara el contrato 731.955.000, por los riesgos de cumplimiento del contrato, calidad del bien o servicio, anticipo. La anterior póliza fue aprobada el mismo día por el Gobernador de Bolívar (1 día antes de que se terminara la urgencia manifiesta).⁵⁷

El contrato suscrito entre las partes, contenía las siguientes cláusulas⁵⁸:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: Contratar la para la adquisición de Mercados y Kits de aseo, para apoyar en actividades de salubridad y de alimentación inicialmente en los municipios de Cicuco, Talaigua Nuevo, San Jacinto del Cauca, El Peñón, Margarita en el departamento de Bolívar, para dar respuesta oportuna a las comunidades bolivarenses a través de la Atención integral con nuestro Equipo interdisciplinario de Salud., conforme a los documentos que constituyen anexos del presente contrato

⁵² Folio 66 cdno 1 (fl. 98)

⁵³ Folio 65 cdno 1 (fl. 94)

⁵⁴ Folio 65 cdno 1 (fl. 96)

⁵⁵ Folio 49 y ss cdno 1 (fl. 64)

⁵⁶ Folio 47-48 cdno 1 (fl. 60-62)

⁵⁷ Folio 44 y rev. cdno 1 (fl. 54-55)

⁵⁸ Folio 38-42 cdno 1 (fl. 42-50)



SENTENCIA No 097/2022
SALA DE DECISIÓN No. 004

13-001-23-31-000-2009-00445-00

PRODUCTO / PRESENTACION	CANT	VUNIT	TOTAL
Mercados que incluyen: Arroz, Azucar,,Café en bolsa, Frijol Rojo, Aceite Litro, Leche en polvo, Lenteja, Panela 4 unds, Atún 2 latas, Bebida achocolatada, Sal, Harina de trigo.	6.971	60.000	418.260.000
Kit de aseo: Cepillo de dientes adulto 2, cepillo de dientes niños 2, crema de dientes 2, desodorante en crema, Jabón para baño, peinilla, toalla hilo, jabón barra, rollo de papel higiénico.	6.971	45.000	313.695.000
TOTAL			\$731.955.000

CLAUSULA SEGUNDA; VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor del presente Contrato tiene un valor total de SETECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS MOTE. (\$731.955.000), suma esta que EL DEPARTAMENTO cancelará al CONTRATISTA así: **Contra entrega de los elementos descritos en la Cláusula Primera del presente contrato, 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.** CLAUSULA TERCERA: TERMINO: El presente Contrato tendrá una vigencia de un mes".

En la cláusula 5°, el contratista se obligó, entre otras cosas al "**pago de publicación del Contrato en la Gaceta Departamental**"; presupuesto que supuestamente fue cumplido, tal como se advierte en la factura de venta No. G-1517 del 27 de diciembre de 2007, expedida por la impresora Lourdes, por valor de \$347.094⁵⁹.

Sin embargo, con el Oficio del 27 de marzo de 2009⁶⁰, la Impresora Lourdes certificó que la Factura de venta No. 1517 para la publicación del contrato de referencia, no corresponde con la que reposa en sus archivos, como quiera que la misma fue expedida en realidad el 2 de mayo de 2007 a nombre de Constructora Haydar y CIA Ltada, por valor de \$336.576. Adicionalmente anexa copia de la factura de venta No. 1517 de 2 de mayo de 2007, que según ellos corresponde a la original que estaba en su poder. Asimismo, certificó que los contratos celebrados con Fundación Trabajar por Colombia y Gestocoop, en especial el que aquí se discute, no fueron publicados⁶¹.

El mismo **27 de diciembre de 2007**, la señora Betty Mercado Barrios, en su calidad de Coordinadora del Programa de Emergencia y Desastres (cláusula 7° del contrato), certificó el cumplimiento del contrato en mención, por parte de Gestocoop⁶²; sin embargo, la Almacenista de la Gobernación de Bolívar solo certificó la "recepción" de la mercancía el **31 de diciembre de 2007**, a través de comprobante de ingreso a almacén No. 230; según esta prueba se recibieron un total de 6971 mercados y kits de aseo (sin relacionar los productos que estos contenían)⁶³.

⁵⁹ Folio 43 cdno 1 (fl. 52)

⁶⁰ Folio 103-105 cdno 1 (fl. 159-161)

⁶¹ Folio 106-107 cdno 1 (fl. 162-163)

⁶² Folio 46 cdno 1 (fl. 58)

⁶³ Folio 81 cdno 1 (fl. 127)

Finalmente, por medio de comprobante de salida de almacén No. 104 del **31 de diciembre de 2007**, se certificó el “egreso” de 6971 mercados y kits de aseo (sin relacionar los productos que estos contenían). Documento firmado por Lunela Palis como Almacenista⁶⁴.

Lo anterior indica que, el 31 de diciembre de 2007, se recibieron en el almacén de la Secretaría de Salud un total de 6.971 mercados y kits de aseo, y en esa misma fecha salieron del almacén, con destino desconocido.

La señora Betty Mercado Barrios presentó informe de supervisión y coordinación del contrato 384 de 2007⁶⁵, en el cual indicó que el contrato había iniciado el 27 de enero de 2007 y en esa misma fecha había finalizado con una ejecución del 100%; sin embargo, en las conclusiones se hace referencia a un contrato de medicamentos, así:

El propósito principal del contrato, es adquirir 6971 Mercados y 6971 Kits de Aseo los cuales serán vendidos por la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE GESTORES GESTOCOOP cumpliendo con los requerimientos técnicos y de calidad estipulados por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL. La entrega de los mismos, se determina de manera (...) almacenados con las mismas especificaciones que ingresaron al almacén visitando personalmente las instalaciones de la bodega del proveedor y haciéndole las amonestaciones acerca del cuidado de los bienes⁶⁶

Del ejercicio de Supervisión y Coordinación del presente Contrato se debe concluir; perfeccionado y legalizado el contrato procedió a la entrega los bienes en el lugar establecido por el contrato y en la cantidad pactada. Los medicamentos e insumos entregados por el Contratista cumplen con las normas técnicas de calidad. El contratante ante la incapacidad del almacén de la Secretaría Departamental de Salud de Bolívar para albergar la totalidad de los de la bienes adquiridos autorizó quede los mismos se almacenaran en bodegas a cargo del contratista, previo recibo por parte del almacenista. El contratante no ha cancelado la suma pactada al contratista, estando pendiente la liquidación del contrato⁶⁷.

El contratista presentó cuenta de cobro por valor de \$714.798.927, expedida por Gestocoop, No. 16-12-2007, por concepto de pago de la adquisición de mercados y kits de aseo para apoyo a las actividades de salubridad y alimentación en los municipios de CICUCO, TALAIGUA NUEVO, SAN JACINTO DEL CAUCA, EL PEÑON, MARGARITA en Bolívar⁶⁸, pero no existe prueba de su pago, así como tampoco existe constancia de la presentación de la factura de los mercados, a la que se comprometió en la cláusula segunda del contrato.

En el proceso no existe prueba de que el contrato mencionado se haya liquidado.

⁶⁴ Folio 81 cdno 1 (fl. 127)

⁶⁵ Folio 83-90 cdno 1 (fl. 131-145)

⁶⁶ Folio 86-87 cdno 1 (fl. 140-141)

⁶⁷ Folio 89 cdno 1 (fl. 143)

⁶⁸ Folio 45 cdno 1 (fl. 56)

Con Oficio del 25 de marzo de 2008⁶⁹, Gestocoop solicitó al Gobernador de Bolívar, Joaco Berrio, el retiro de las mercancías que se encontraban en las bodegas de la cooperativa, desde hace 3 meses, en virtud del contrato celebrado para la urgencia manifiesta, y se indica que:

En el momento que se fueron a entregar al almacén de la Gobernación, se nos manifestó la incapacidad de ¡almacenaje que tenían, y que con gusto colaboraríamos de manera temporal, pero para nosotros ya resulta demasiado oneroso y desfavorable porque nos está ocasionando mayores costos de almacenamiento, y limitación de nuestro espacio.

Por su parte, la Procuraduría Regional de Bolívar, levantó un Acta del 27 de marzo de 2008, en virtud de la visita realizada a la entidad accionante, en la cual se le pidieron 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 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 de esas actuaciones⁷⁰.

Debe destacarse también, que contra las funcionarias Betty Mercado, Lunela Palis y los dos Gobernadores de la época se surtieron procesos penales y disciplinarios, porque 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:

- 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 2009⁷¹.
- Sentencia del 19 de marzo de 2013, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, condenó a las señoras Betty Mercado y Lunela Palis por falsedad en documento público⁷².
- 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 Juzgado⁷³.

La sentencia proferida por el Juzgado Penal que conoció en primera instancia el proceso expuso los siguientes hechos:

⁶⁹ Folio 98 cdno 1 (fl. 154)

⁷⁰ Folio 95-96 cdno 1 (fl. 151-152)

⁷¹ Folio 360-432 cdno 2 y 3 (fl. 189-200 y 1-32)

⁷² Folio 162-199 cdno 1 (fl. 225-262)

⁷³ Folio 523-556 cdno 3 (fl. 139-172)



13-001-23-31-000-2009-00445-00

"En esencia, hay una inexactitud muy grosera en la que incurren las procesadas MERCADO BARRIOS y PALIS VIANA respecto a la fecha de recibo de las mercancías y; que redundante sobre la verdad de esa certificación. En ello se concreta la acusación formulada por la Fiscalía Seccional de Cartagena.

A nuestro juicio, el momento de la recepción de las mercancías es uno sólo -materialmente-. Luego, debería haber coincidencia en lo certificado por las procesadas, o por lo menos, deben aproximarse los momentos, especialmente, cuando una hace las veces de Jefe de Bodega, y recibe, mientras que la otra es la interventora y en un segundo momento, supervisa lo realizado por la primera.

Lo absurdo que se presenta en este caso es que los momentos se trastocan pues primero recibe la interventora -diciembre 27 de 2007- y después - diciembre 31 de 2007- es cuando recibe quien hace las veces de Jefe de Bodegas. (...)

Siguiendo con el análisis de las inexactitudes, la fecha de la celebración del contrato es un buen referente a la hora de contabilizar los tiempos de entrega y hacer la crítica a la credibilidad y validez de las posturas de las procesadas. Esto dijo LUNELA PALIS VIANA del recibo de las mercancías ...los medicamentos, los insumos, los mercados, los kits (sic) de aseo empezaron a llegar a partir del 20 de diciembre aproximadamente al almacén y bodegas de la secretaría de salud. Desde la perspectiva de la lógica, resulta un imposible contractual, que las procesadas reciban las mercancías mucho antes de la firma de la cuestionada contratación.

Lo peor es que en la ejecución del contrato se presentó una variante en cuanto al sitio donde se almacenaban los- elementos de la contratación pues en el proceso se probó que a mediados del mes de Febrero de 2008, los contratistas arrendaron una bodega con la firma ROSASCO CARDI Y CIA S.EN C. hasta donde trasladaron los alimentos, kits de aseo y medicinas, supuestamente recibidos por las servidoras públicas. El arriendo de las bodegas no resulta contemporánea con el recibo de las, mercancías por parte de las procesadas que data de Diciembre de 2007 sino que ocurre dos meses después -febrero de 2008-, circunstancia que sumada a la contradicción de las procesadas en cuanto a la fecha de recibo de las mercancías, le resta credibilidad al dicho de MERCADO BARRIOS y RALIS VIANA pues en sus descargos asumen la existencia de una bodega en el sector el Manzanillo del barrio el Bosque que no estaba en posesión de los contratistas.

(...)

Independientemente de lo anterior, las razones que suministra LUNELA PALIS VIANA en su favor en relación con el envío de las mercancías objeto de la contratación a las bodegas de los proveedores, es que el Secretario de Salud del Departamento de Bolívar, Dr. WALTER JIMENEZ, atendiendo instrucciones del Gobernador, LIBARDO SIMANCAS TORRES, lo habían autorizado. Jurídicamente debemos señalar que tal autorización, al parecer verbal, por parte de los superiores de la Jefe de Bodega, se presenta como un despropósito pues se trata de un contrato público y de bienes adquiridos con dineros públicos. Ese cambio de reglas de juego, amerita documentación y no hacerlo desdibuja los principios de transparencia y responsabilidad a los que deben sujetarse la administración. No se tiene noticia de que el cambio de bodega se documentara.

Es más, son muchos los interrogantes que, surgen con ocasión de ese estado irregular de cosas: ¿cuántas bodegas tenían los contratistas?, ¿dónde estaban ubicadas?, ¿a quién correspondía la custodia de las mercancías?, ¿cómo era el procedimiento para retirar los productos?, ¿existió conteo?. Y, atendiendo el número exagerado de mercancías, ¿qué tiempo se empleó para verificar su recibo?

La pregunta más contundente que se impone es, ¿qué capacidad de manejo de los productos tenían los contratistas toda vez que les correspondió alquilar bodegas?

Se sabe que el tema del alquiler de las bodegas no les compete a las procesadas, pero es obvio que las afecta en la medida en que los elementos del contrato seguían bajo su responsabilidad en atención a sus calidades de Jefe de Bodegas e interventora de la contratación. (...)



13-001-23-31-000-2009-00445-00

Era lógico que por tratarse de una emergencia se hacía necesaria una reacción rápida por parte de la Gobernación en favor de los damnificados, y ello implicaba atender directamente a las comunidades haciendo entrega de los mercados in situ de la tragedia.

Las procesadas se encuentran involucradas en una contratación muy sui generis y en el presente proceso se ha demostrado que el comportamiento de los contratistas no es muy transparente. El desafortunado comportamiento de los contratistas termina por involucrar más a las procesadas pues ellas expiden certificados de un hecho que no es cierto y favorecen a quienes en el proceso muestran un comportamiento desleal.

Desde esa perspectiva debe tenerse cuenta que se menciona por parte de la administración de JOACO BERRIO VILLAREAL de la existencia de un contrato de transporte que NO aparece y sobre cuyo cumplimiento nadie hace referencia

Una cantidad tan exagerada de productos -alimentos, kits de aseo y medicinas- exigía un buen manejo en cuanto al transporte de esos elementos. Era previsible que se requerían bodegas gigantescas, a menos que estuviera en los planes iniciales entregar in situ, lo que justifica un contrato de transporte. Tiene sentido entonces los cuestionamientos realizados, por BERRIO VILLAREAL.

La investigación de las irregularidades de la contratación refleja un comportamiento fraudulento por parte de los contratistas que indiciariamente influye negativamente sobre la certificación de las procesadas.

En ese entendido, revisemos cuáles son esas irregularidades que atribuimos a los contratistas. En el expediente aparece probado pues así lo reconoce la IMPRESORA LOURDES, firma encargada de la publicación de los contratos, que los contratistas adulteraron las facturas con las que acreditaron la publicación de los contratos en la gaceta departamental, elemento exigido para efectos de la validez del acto jurídico de los contratos.

La voluntad por defraudar por parte de los contratistas se hace evidente y alcanza su máximo nivel cuando se recibe por parte de la Fiscalía Seccional 40 la indagatoria de ÁLVARO ANTONIO ATENCIA BLANQUICETT:

Del procesado y contratista, ATENCIA BLANQUICETT, son estas perlas:

Que siempre ha suscrito contratos con la Gobernación de Bolívar a través de JOSE ANGEL PATINO RAMOS; b) Que PATIÑO RAMOS siempre lo buscaba y le hablaba de los contratos, y le decía que le prestara la firma y él accedía a prestarla; c) Que muchas de las firmas que aparecen en los contratos, cuentas de cobro y pólizas no son suyas; d) Que JOSÉ ÁNGEL PATINO le informaba y él suponía que todo estaba bien porque no había ningún inconveniente ni ninguna anomalía.

Y, otro aspecto a tener en cuenta en relación con las entidades que contrataron con la Gobernación es que se trata de instituciones que no tienen suficiente patrimonio que respalde su gestión para efectos de contratar con una entidad del Estado y en lo que tiene que ver con la comercialización de medicinas algunas no cumplen la exigencia de ley en cuanto a tener autorización para ese tipo de transacciones.

Se comparte la postura de la Fiscal en cuanto a que, si las empresas contratistas deseaban librarse del señalamiento, lo fácil era exhibir las facturas de compra de los elementos objeto del contrato. Las facturas por tratarse de grandes cantidades muestran la fecha en que se compró, a quién se compró y si pagaron impuesto.

Es obvio que si las mercancías existen, y se puede verificar, y el momento de la adquisición resulta coincidente con el contrato, la discusión no se trasladarla al lugar en el que se encuentra y que tiene en aprietos a las servidoras públicas, las que se han gastado en insistir que son responsables, experimentadas y con un gran sentido de pertenencia.

Lo definitivo es que las procesadas certificaron una situación que no coincide con la realidad, que es objetiva y que las compromete.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de mayo de 2017, se expuso lo siguiente:

En este caso, se tiene que ante la ola invernal que azotó el Departamento de Bolívar, el Gobernador de ese entonces Libardo Simancas mediante el Decreto 690 del 13 de diciembre de 2007 declaró la urgencia manifiesta⁷⁴ con vigencia hasta el 28 de ese mes y año, esto es, tres días antes de que terminara su administración.

Con base en tal figura contractual el Gobernador suscribió los siguientes contratos:

CONTRATO	VALOR	CONTRATISTA	OBJETO
Nº 380 de 24 dic. 2007	\$643.984.559,00	Fundación Trabajar por Colombia	Adquisición de medicamentos e insumos
Nº 381 de 24 dic. 2007	\$495.200.288,00	" " "	Adquisición de complementos nutricionales
Nº 382 sin fecha	\$384.720.000,00	" " "	Adquisición de etanol, refuerzo de vacunas antirrábicas, suero antiofídico, pruebas para detectar la malaria y el dengue.
Nº 384 sin fecha	\$731.955.000,00	Gestocoop	Adquisición de mercados y kits de aseo.
Nº 385 sin fecha	\$225.993.910,00	" " "	Adquisición de insecticidas, rodenticidas, suero antiofídico, pruebas rápidas de malaria y dengue, químicos para purificar el agua.
Nº 386 sin fecha	\$880.425.000,00	" " "	Adquisición de mercados y kits de aseo

Lo investigado aquí no tiene que ver con los fundamentos de tal declaración de urgencia, ni la legalidad de los contratos celebrados, lo cuestionado ha sido lo relacionado con la efectiva recepción de los elementos contratados porque el mismo día en que se firmaron tales convenios o a escasos tres días de su suscripción BETTY MERCADO BARRIOS, Coordinadora del Programa de Urgencia, Emergencia y Desastres del Departamento de Bolívar, además de interventora, el 27 de diciembre de 2007 certificó que recibió a satisfacción y en su totalidad de los insumos para atender a los damnificados, en tanto que LUNELA PALIS VIANA, como Jefe de Bodegas de la Secretaría de Salud Departamental, a cuyo cargo estaba el contabilizar el ingreso de las mercancías objeto de los contratos, el 30 y 31 de diciembre de la anualidad en cita expidió certificación dando cuenta el ingreso de todos los objetos al almacén del edificio de Asistencia Social.

Tal premura o rapidez en la cual claramente se trastoca el orden de las cosas al aparecer en primer momento la interventora recibiendo las mercancías, para luego hacerlo la jefe del almacén, ha tenido en las instancias dos ópticas; la primera tendiente a su justificación dada la finalización del período declarado por la urgencia manifiesta (diciembre 13 al 28), y la otra que la censura ya que ante la terminación de la administración gubernamental (diciembre 31) se quiso favorecer a los contratistas para que obtuvieran el pago respectivo ante la administración que asumía el comando del departamento el 1º de enero de 2008.

⁷⁴ De acuerdo con lo normado en el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 (que modificó la Ley 80 de 1993) la urgencia manifiesta habilita excepcionalmente la contratación directa.

A su turno el artículo 42 de la citada Ley 80 señala que esta figura opera cuando "la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o públicos."



13-001-23-31-000-2009-00445-00

El a quo para predicar el compromiso penal de las procesadas destacó la informalidad reinante al no mediar actas que acreditaran cabalmente el ingreso de los elementos, no obrar las facturas respectivas de adquisición de los insumos, medicamentos, etc., ni constancias de su salida, pues, sólo había cuatro actas de entrega a los municipios de Soplaviento, Calamar y San Cristóbal con fechas 2 y 27 de diciembre de 2007, sin poder determinar si correspondía a la primera ola invernal para la cual también se había declarado la urgencia manifiesta por Decreto 391 de junio 28 de 2007.

(...)

Pero el juzgado no sólo tomó la disparidad y la falta de secuencia de las constancias en su aspecto formal, porque luego de evidenciar la cantidad de productos contratados que abarcaba comestibles, elementos de aseo, insumos químicos, medicinas, venenos, entre otros, y que por lo mismo demandaban suficiente espacio, se concluyó judicialmente que si bien las procesadas argumentaron que ante la insuficiencia de las bodegas oficiales para depositar la mercancía surgió la necesidad de que los proveedores las tuvieran bajo su cuidado, para lo cual medió autorización del secretario de salud departamental, no se supo cuáles o en cuántas bodegas estaban los elementos, su sitio de ubicación y capacidad de almacenamiento, etc.

Subrayó que, aunque las procesadas hablaban que los elementos fueron dejados en las bodegas del sector de Manzanillo del barrio El Bosque, había material probatorio indicativo que éste inmueble fue tomado en arriendo el **23 de febrero de 2008**, mucho tiempo después de las certificaciones cuestionadas.

También sopesó las inconsistencias cuando LUNELA PALIS aseveró que la mercancía la empezó a recibir desde el 20 de diciembre de 2007, es decir, antes de que se celebraran los contratos (24 y 27 siguiente), para concluir que "El arriendo de las bodegas no resulta contemporánea con el recibo de las mercancías por parte de las procesadas que data de diciembre de 2007 sino que ocurre dos meses después, febrero de 2008, circunstancia que sumada a la contradicción de las procesadas en cuanto a la fecha de recibo de las mercancías, le resta credibilidad al dicho de MERCADO BARRIOS y PALIS VIANA pues en sus descargos asumen la existencia de una bodega en el sector de Manzanillo del barrio El bosque que no estaba en posesión de los contratistas".

(...)

Si bien es entendible que se trataba de conjurar la crisis humanitaria originada en el desastre que dejó en el departamento de Bolívar la ola invernal y que precisamente a través de la figura de la urgencia manifiesta se abreviaron los términos contractuales y se obviaron algunos requisitos para contratar, ello no habilita la informalidad absoluta en la recepción de los objetos adquiridos, pues la ejecución de los contratos demandaba el mayor recelo a fin de verificar el ingreso de toda la mercancía.

La premura con que se obró denota que en vez de tratar de atender a los damnificados, ya que solo obran cuatro constancias de entrega de ayudas a los municipios de San Cristóbal, Calamar, Soplaviento, se buscó proteger y amparar los intereses de los contratistas para que apareciera como si toda la mercancía adquirida mediante los contratos de 24 y 27 de diciembre de 2007 fue efectivamente entregada el 27 de diciembre, según la interventora BETTY DEL CARMEN MERCADO BARRIOS o los días 30 y 31 según la almacenista LUNELA PALIS VIANA.

Y ello se dio ante el cambio de administración el 1º de enero de 2008, constancias que como documentos públicos servían de prueba y tenían efectos jurídicos para que los contratistas demostraran haber cumplido con el objeto contratado y obtener por ello el pago de los contratos, pues en ellos se había estipulado que: "El departamento cancelará al contratista así contra-entrega de los elementos descritos en la cláusula primera del presente contrato, en el Almacén de la Secretaría de Salud Departamental, una vez perfeccionado y legalizado el contrato, previa aprobación de la póliza por parte de la gobernación de Bolívar, para el pago es indispensable la presentación del acta de recibo a satisfacción del total de los elementos objeto de contrato, junto con la factura y demás documentos conducentes para el pago" (subrayas ajenas al texto).

Resulta así inverosímil la afirmación de la procesada BETTY MERCADO BARRIOS que la contabilización y verificación de las mercancías la hizo con su equipo de trabajo en las Bodegas de Manzanillo los días 24, 25 y 26 de diciembre, porque, se insiste, se acreditó documental y



13-001-23-31-000-2009-00445-00

testimonialmente que las aludidas bodegas solo fueron ocupadas el 27 de febrero de 2008, esto es, dos meses después de la expedición de la certificación de la citada interventora dando cuenta del recibo a satisfacción de los elementos adquiridos.

En este sentido la Corporación revindica la conclusión del juez de primer grado que no se cumplió con el lugar de almacenamiento de la mercancía que según los contratos era el Almacén de la Secretaría de Salud, y aunque para el Tribunal esos "aspectos pueden constituir faltas al deber de cuidado y custodia de la mercancía recibida, pero que no se relacionan o no van encaminados a determinar la existencia de la falsedad objeto de juzgamiento", ese desconocimiento del lugar donde fueron almacenados los elementos evidenciaba que los mismos no fueron recibidos en su totalidad. Por demás, no se puede soslayar la variedad de mercancía ya que no sólo se trataba de mercados, abarcaba también objetos de aseo, artículos médicos, incluso insecticidas, demandaban un manejo adecuado e independiente, sin que tampoco obre prueba de donde o cómo fueron almacenados.

(...)

Si la fe pública, como bien jurídico penalmente protegido se refiere a la credibilidad que se le dan a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes, aquí LUNELA PALIS y BETTY MERCADO en cumplimiento de sus labores como almacenista y Coordinadora del Programa de Urgencia, Emergencia y Desastres de la Gobernación (además de interventora), respectivamente, no se ciñeron a la verdad en relación con el aspecto objetivo del ingreso físico de los elementos contratados por la Gobernación de Bolívar para atender a los damnificados que dejó la ola invernal, aspecto que tenía relevancia en la relación de los contratistas con el Estado.

En este orden de ideas deviene diáfano que la postura de los demandantes y del Procurador Delegado ante esta sede extraordinaria denotan que la valoración objetiva, fidedigna individual y en conjunto de los medios probatorios configuraba la alteración de la verdad en las constancias expedidas el 27 de diciembre de 2007 por las funcionarias de la Gobernación de Bolívar; BETTY DEL CARMEN MERCADO BARRIOS, Coordinadora del Programa de Urgencia, Emergencia y Desastres de la Gobernación y del 30 y 31 de diciembre por LUNELA PALIS VIANA, Jefe del Almacén, cuando en uno y otro caso dieron cuenta del recibo e ingreso de los elementos adquiridos por la administración.

Por ello con acierto probatorio el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena mediante fallo de 19 de marzo de 2013 las declaró penalmente responsables del delito de falsedad ideológica en documento público previsto en el artículo de 286 del Código Penal, al imponerles las penas de cincuenta (50) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dosimetría que se ajusta a los parámetros legales ya que tal comportamiento tiene una penalidad de cuatro (4) a ocho (8) años, quantum que permitió el otorgamiento de la detención domiciliaria en favor de las mismas.

Lo anterior significa la prosperidad de los cargos casacionales formulados por los representantes de la Procuraduría General de la Nación y de la parte civil, dada la verificación de los errores en que incurrió el Tribunal de Cartagena, por ello, la Corte Suprema de Justicia casará la sentencia absolutoria de segundo grado emitida en favor de BETTY DEL CARMEN MERCADO BARRIOS y LUNELA PALIS VIANA, en su lugar, confirmará la decisión condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito del citado Distrito Judicial al declararlas responsables del delito de objeto de acusación".

De acuerdo con lo expuesto, encuentra esta Sala que, si bien es cierto que el contrato 384 de 2007, celebrado entre el Departamento de Bolívar y la Cooperativa Gestocoop tuvo origen en una situación real, que ameritaba la atención urgente, como era la emergencia suscitada por la segunda ola invernal del año 2007, y que dio lugar a la expedición de actos administrativos declaratorios de calamidad pública y urgencia manifiesta, lo cierto es que, de

las otras pruebas traídas al proceso se puede advertir que, en efecto, la motivación oculta de la administración no tenía por finalidad la protección del interés de la población afectada, sino el beneficio de los contratistas, toda vez que, el interés de los servidores públicos se centró más en la obtención del pago de una mercancía que, realmente, en la ayuda a las comunidades afectadas con las inundaciones.

No existe otra explicación para estos hechos, si se tiene en cuenta que desde el 5 de diciembre de 2007 se conocía de la situación que afectaba al Departamento de Bolívar, siendo hasta el 13 de diciembre/07 que se declaró la urgencia manifiesta y, solo hasta último día antes de que se terminara dicha emergencia, fue que, aparentemente se suscribieron los contratos para atender tal situación de necesidad (según lo que se expone en el informe de seguimiento al contrato realizado por la señora Betty Mercado); destacándose además que, la compra de los productos realizada por el Departamento de Bolívar era muy alta, y no se tenía un plan para la entrega de los mismos a los interesados, y menos aún, se contaba con la infraestructura para almacenarlos evidenciándose en este aspecto una violación al principio de planeación; además, se le dio prioridad a la expedición de certificados para demostrar la ejecución del contrato y habilitar el cobro del mismo, aun cuando dicho cumplimiento no se había llevado a cabo, corriéndose el riesgo de que el contratista nunca consumara sus obligaciones y, aun así, pudiera reclamar el pago del objeto contractual a la autoridad administrativa. Además, el contrato nunca se liquidó.

Las pruebas hasta ahora recabadas permiten concluir que el afán de la administración del Departamento en el año 2007, estaba circunscrito al interés de adelantar los contratos y que estos aparecieran ejecutados antes de que se terminara el periodo de electoral del Gobernador Libardo Simancas, dejándose de lado la verdadera finalidad del contrato que era socorrer a las víctimas de la ola invernal.

Es importante resaltar, que el contrato suscrito, por el Departamento de Bolívar para atender la emergencia tenía un plazo de cumplimiento de 1 mes, cuando se suponía que la situación de urgencia ameritaba una ejecución inmediata; y, a pesar de que el contratista tenía 1 mes para cumplir el contrato, se optó por falsificar los certificados de recibido a satisfacción de los mercados y kits de aseo, cuando en realidad no se había recibido ninguno, puesto que, tal como quedó establecido en el proceso penal, en realidad las bodegas en las que se almacenaron los productos fueron arrendadas para tal fin en febrero del año siguiente, es decir, por fuera del plazo de cumplimiento del contrato, y la mercancía no fue recibida legalmente por ningún funcionario de la Gobernación, como quiera que el contratista se amparaba en unos certificados falsos, que habían sido expedidos con anterioridad al cumplimiento.

También llama la atención de esta Judicatura, que los contratos celebrados por la Gobernación de Bolívar se realizaron únicamente con 2 entidades, una fundación y una cooperativa quienes, según la sentencia penal, eran la fachada para que el señor Patiño, representante legal de Gestocoop contratara con el Departamento de Bolívar, es decir, en realidad se estaba contratando con un solo interesado, a través de dos personas jurídicas diferentes.

Se desprende del certificado de Cámara de Comercio⁷⁵ que, el objeto social de la cooperativa principalmente está orientado a realización de capacitaciones y formación de los asociados, sin que sea muy claro que en realidad ésta tenga capacidad para vender productos alimenticios y de aseo, puesto que, en su objeto social se describen las siguientes: *“Establecer por su cuenta o mediante convenios con entidades preferiblemente del sector solidario, el suministro de bienes y servicios a sus asociados y a la comunidad en general” (...)* *“Instalación por parte de la Cooperativa de almacenes de consumo o para el suministro de comestibles, textiles, drogar, granos, víveres y abarrotes al por mayor y detal y servicios que requieran los asociados y la comunidad”*.

De igual forma, es preciso destacar que la cooperativa involucrada en este caso no acredita capacidad financiera para contratar con el Estado por los altos montos de los contratos asignados; pues se verifica que Gestocoop, en su certificado de existencia y representación acredita un patrimonio de \$0 pesos⁷⁶, lo que lleva a esta Corporación a preguntarse si en realidad esta entidad podía cumplir con las obligaciones de unos contratos que ameritaban una alta inversión, y de manera inmediata, puesto que los negocios jurídicos tenían los siguientes valores \$1.838.373.910 millones de pesos (los 3 contratos adjudicados a Gestocoop: \$731.955.000 \$225.993.910, \$880.425,000).

Frente a este aspecto, encuentra esta Judicatura que, la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, vigente para la fecha del contrato, expone en su artículo 5 lo siguiente:

ARTÍCULO 5. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La

⁷⁵ Folio 34-36 cdno 1 (fl. 34-39)

⁷⁶ Folio 34-36 cdno 1 (fl. 34-39)

13-001-23-31-000-2009-00445-00

verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. (...)

De acuerdo con lo anterior, se tiene que, los requisitos habilitantes miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación. La entidad contratante es la encargada de fijar en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, los requisitos habilitantes que deben cumplir los proponentes, y es a ello, a quienes les corresponde presentar los documentos para acreditarlos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la ley no exige establecer requisitos habilitantes en la modalidad de selección de contratación directa, pues, en estos eventos la Entidad Estatal escoge directamente a la persona natural o jurídica que debe ejecutar el objeto del Proceso de Contratación, más aun cuando se trata de situaciones de urgencia manifiesta en los que la Ley 80/93 es más flexible en sus procedimientos, en procura de que se realice una contratación ágil; pero, lo anterior es sin perjuicio del deber de la Entidad Estatal de revisar la idoneidad del contratista y verificar su capacidad jurídica para obligarse y cumplir con el objeto del contrato.

En ese sentido, el artículo 6 de la Ley 1150/07 (vigente para la época), indica que, para la modalidad de contratación directa no es requisito que el proponente se encuentre inscrito en el registro único que llevan las Cámaras de Comercio, sin embargo, le corresponde a la entidad proceder a verificar la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente de acuerdo con las condiciones de la contratación que se vaya a realizar.

A pesar de lo anterior, se verifica que en este caso no se tomaron las precauciones necesarias para seleccionar al contratista más idóneo para la realización del negocio jurídico, lo que afecta el principio de transparencia y de selección objetiva.

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*⁷⁷. En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8° 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, considera esta Sala que en el caso de marras se ha evidenciado una violación a los principios de transparencia y selección objetiva toda vez que la entidad contratante no procuró la exigencia o verificación de requisitos necesarios para adelantar la contratación que se surtió entre el Departamento de Bolívar y Gestoocop; de igual forma, se advirtió una desviación de poder, puesto que, aunque el fundamento del contrato realizado era legítimo, se observó la intención de la administración de favorecer al contratista, sacrificando para ello el interés general y los fines de la contratación, lo que generó que la población no recibiera la ayuda que necesitaban.

Conforme con lo expuesto, encuentra esta Corporación que debe declararse la nulidad absoluta del contrato.

(ii) 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 en referencia tuvo por objeto la adquisición de kits de aseo y mercados por parte del Departamento de Bolívar, empero, en la demanda se indicó que, en realidad, dichos insumos nunca fueron

⁷⁷ *Ibíd.* Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

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 los kits contratados nunca fueron entregados al Departamento de Bolívar, ni estuvieron en custodia de este⁷⁸.

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 con la FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA; y, mucho menos, está demostrado que dicho beneficio le hubieren servido para satisfacer un interés público. Tampoco hay prueba de que el ente accionante haya realizado algún pago por este concepto.

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.

5.4 De la condena en costa.

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: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por el señor CARLOS ALBERTO MUÑOZ AGUIRRE.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato para la compra de 6971 mercados y 6971 kits de aseo; suscrito entre el Departamento de Bolívar y Gestocoop, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

⁷⁸ Folio 475-508 cdno 3 (fl. 85-118)

13-001-23-31-000-2009-00445-00

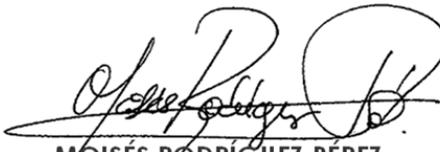
TERCERO: DECLÁRASE que el Departamento de Bolívar no está obligado al reconocimiento y pago de ninguna la prestación, por concepto del contrato de la referencia.

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

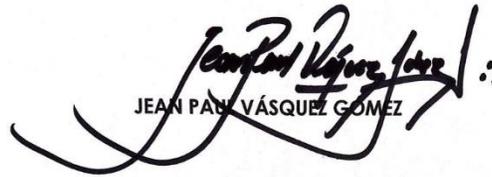
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.024 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ