

Cartagena de Indias D. T. y C, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Controversias contractuales
Radicado	13-001-33-33-012-2012-00094-01
Demandante	Trinidad Verano Vallejo
Demandado	Departamento de Bolívar – Ministerio de Salud – Superintendencia Nacional de Salud
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Incumplimiento contractual – improcedente cuando no se cumplen con todas las obligaciones contractuales.

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2015, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA (fs. 1 - 17).

a). Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado, formuló demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en la que formuló las siguientes pretensiones:

“1. PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1.1. - Que se declare el incumplimiento del contrato No. 199 del 17 de marzo de 2011, suscrito entre la Gobernación de Bolívar, en su calidad de contratante y Trinidad Verano Vallejo, (...) de conformidad con los hechos de esta demanda.

1.2- Que, como consecuencia de la anterior declaración, se liquide judicialmente el contrato No. 199 del 17 de marzo de 2011, y se establezcan los valores que adeuda la entidad contratante a la demandante, correspondientes al 12% sobre los excedentes efectivamente recaudados por concepto de situado fiscal y sistema general de participaciones, en: **i)** Instituto de Seguros Sociales; **ii)** Fondo de Pensiones Porvenir.

1.3.- Que se condene a la entidad contratante al pago de los siguientes conceptos: **i)** capital; **ii)** lucro cesante y **iii)** daño emergente.



1.4.- Que ante la imposibilidad de que la demandante pudiera continuar ejecutando el contrato, se liquide y ordene el pago del valor adeudado correspondiente al trabajo realizado hasta el mes de enero de 2012, y se liquide el 12% sobre los valores aceptados por las administradoras de salud y pensiones: **i) BBVA ii) COOMEVA; iii) CAJANAL, iv) ARP Positiva** Compañía de Seguros, de conformidad con los hechos de la demanda.

2. DECLARACIONES CONDENATORIAS:

2.1. Que se condene al Departamento de Bolívar a pagar a la demandante, por concepto de capital, el 12% sobre los dineros efectivamente consignados a favor de la ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué en liquidación, más los rendimientos financieros que reintegraron las siguientes entidades:

2.1.1 Instituto de los seguros sociales: Se adeuda la suma de \$175.982.310.50, que corresponde al valor del 12% pactado sobre el valor que fue reintegrado por esta entidad en cuantía de \$ 1.466.519.254.

2.1.2.- Se adeuda igualmente el 12% sobre el valor de los rendimientos financieros que produjeron los dineros que tuvo en su poder el Seguro Social, sin embargo, para la fecha en que se presenta esta demanda, se desconoce el valor de los mismos, razón por la cual se solicitará como prueba al ISS, que se certifique el valor exacto que fue reintegrado por concepto de capital y de rendimientos financieros.

2.1.3. PORVENIR, se adeuda por concepto de capital la suma de \$ 4.364.670.00, equivalente al 12% sobre el capital reintegrado que fue de \$ 36.372.250.33. Este valor comprende capital y rendimientos financieros.

2.1.4.- BBVA PENSIONES HORIZONTE, se adeuda la suma de \$ 25.868.970.12, que corresponde al 12% sobre el capital y rendimientos financieros que están pendientes de la firma de las actas de conciliación, para proceder al reintegro por esta Administradora que según documentos anexos es de \$ 215.574.751.

2.1.5. COOMEVA EPS, se adeuda la suma de \$ 70.344, equivalente al 12% sobre el capital de \$ 586.208.00, que fue reconocido mediante acta suscrita por COOMEVA y TRINIDAD VERANO, el 8 de septiembre de 2011.

Está pendiente por pagar el 12% sobre los rendimientos financieros de este capital, que debe ser certificado por COOMEVA, tal como se solicitará en el acápite de pruebas.

2.1.6. Respecto de CAJANAL se venía adelantando el proceso de saneamiento de aportes de la ESE San Juan de Dios de Magangué, pero no hay un estado de cuenta generado por la entidad; sin embargo, con el fin de establecer los valores a reintegrar, CAJANAL debe certificar los valores correspondientes a excedentes por situado fiscal y sistema general de participaciones.

Con la certificación que debe expedir CAJANAL, se pueden establecer los valores a reintegrar, sobre los cuales se debe aplicar el 12% que corresponde a la demandante.

2.1.7.- ARP Positiva Compañía de Seguros: se adeuda la suma de \$ 2.384.855.64, equivalente al 12% sobre el capital de \$ 19.873.797 que fue reconocido por la ARP, pero sobre los cuales no se alcanzó a suscribir las actas correspondientes.

Está pendiente por pagar el 12 % sobre los rendimientos financieros de este capital, que debe ser certificado por ARP POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, tal como se solicitará en el acápite de pruebas.



2.2.- LUCRO CESANTE, representado en los intereses de mora a la máxima certificada por la Superintendencia Financiera, sobre el valor del 12% que le corresponde a la demandante por los valores que fueron efectivamente consignados a la cuenta de la ESE SAN JUAN DE DIOS DE MAGANGUE, por parte del Instituto de Seguro Social y de "Porvenir, contados a partir del día siguiente a la consignación de los aportes por saneamiento, (cláusula 4 del contrato) y hasta cuando se haga efectivo el pago a la demandante.

2.3. DAÑO EMERGENTE: Que corresponde a las sumas adeudadas a las personas contratadas para ayudar en el cumplimiento del objeto del contrato de saneamiento de aportes y obtención de la información, como son: Carmen Mendoza, Dibia Ibarra, Shirley Benítez y Rafael Cubas. La forma de pago pactada con cada una de las señoras fue de \$ 700.000 mensuales durante 2 años y 5 meses, contados desde el 18 de julio de 2009, fecha en la que se inició el saneamiento de aportes patronales hasta el 30 de diciembre de 2011.

Al señor Cubas, se le debía pagar una suma total de \$ 7.000.000 (siete millones de pesos) por todos los medios magnéticos, que elaboró al Seguro Social, pues era la única administradora de pensiones que exigía este requisito.

El total de la suma adeudada es de \$ 41.000.000

Gastos de desplazamiento a la ciudad de Bogotá a las oficinas del Seguro Social Sede Central para validar los medios magnéticos y demás funciones que tiene centralizado el Instituto, que se cuantifican en \$10.000.000, a razón de \$1.000.000 por viaje, por 10 desplazamientos.

Para demostrar este perjuicio se adjunta copia de la denuncia instaurada por las señoras Dibia Ibarra y Shirley Benítez, ante la Inspección de Trabajo de Cartagena.

Total daño emergente: cincuenta y un millones de pesos.

b). Hechos.

Para sustentar sus pretensiones la parte demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Ejecutó de manera sucesiva contratos de prestación de servicios para llevar a cabo el saneamiento de aportes patronales con la liquidada E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué ante las EPS, IPS y AFP públicas y privadas.

Suscribió con la liquidada E.S.E. San Juan de Dios de Magangué el contrato No. 180709901 del 18 de julio de 2009 cuyo objeto era "prestar sus servicios profesionales para el saneamiento de los aportes patronales del sector salud, tramitar ante las entidades de previsión social la conciliación de aportes y la devolución de los mismos si hubiere lugar a ello", cuya duración del contrato fue de 15 meses.

El 24 de agosto de 2009 se suscribió un contrato de fiducia mercantil entre la Fiduprevisora S.A. y la Gobernación de Bolívar, y el contrato 180709901 de 2009 fue cedido a la Fiduprevisora S.A.

Posteriormente suscribió contrato con la Fiduprevisora S.A. hasta marzo de 2011, fecha en la que terminaba el contrato de Fiducia que había suscrito la Gobernación de Bolívar.

El 17 de marzo de 2011 suscribió el contrato No. 199 con la Gobernación de Bolívar, con el fin de continuar con el saneamiento de los aportes patronales.

El 29 de junio de 2011 se adicionó el término de duración del contrato hasta el 30 de diciembre de 2011.

El 23 de diciembre de 2011 se adicionó el plazo del contrato hasta el 30 de julio de 2012.

En la cláusula segunda del contrato se establecieron sus obligaciones como contratista: **"1)** Apoyar en actividades tendientes a determinar, liquidar, y consolidar los saldos para el saneamiento de los aportes patronales del sector salud; **2)** realizar todas las actividades necesarias para lograr el saneamiento de los aportes patronales conforme a las reglas de la Ley 715/01 y sus normas reglamentarias, y las Resoluciones 4047/03 y 3815/03; **3)** tramitar ante las autoridades correspondientes la conciliación de aportes y devolución de los mismos, si hay lugar a ello; **4)** apoyar en el levantamiento de la información de las autoliquidaciones de pensión, salud y riesgos profesionales; **5)** extraer los valores girados de la Nación por aportes patronales para las vigencias 94 a 2001 en concordancia con las Resoluciones 4047 y 3815/03 y determinar los de 2002 a 2007, conforme a lo establecido en el Decreto 1636/06; **6)** desarrollar los formularios establecidos para la determinación, liquidación y consolidación de los aportes patronales ; **7)** solicitar a las entidades correspondientes los estados de cuenta; **8)** remitir la información a la Dirección Seccional de Salud Departamental; **9)** tramitar ante las entidades correspondientes la solicitud de los excedentes de los dineros Sistema General de Participaciones vigencia 2002 a 2007; **10)** las demás que surjan en desarrollo de la ejecución del contrato a celebrar y que sean afines al mismo.

En el contrato se designó como Interventor, al Secretarlo de Hacienda Departamental.

El Hospital San Juan de Dios de Magangué, era una Empresa Social del Estado del orden Departamental, razón por la cual, el pago de los aportes patronales

para la seguridad social (pensiones, Salud y riesgos profesionales), le correspondía a la Nación por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El porcentaje para seguridad social a cargo del trabajador era descontado en la nómina de cada uno de ellos por parte del Hospital San Juan de Dios, pero no lo giraba a los Fondos de Pensiones o a la administradora donde se encontraban afiliados los trabajadores, como tampoco a las EPS y ARP, ya que no contaban con los recursos suficientes para cumplir con las obligaciones laborales.

La deuda del Hospital recaía sobre los trabajadores vinculados al momento de la liquidación, pensionados y extrabajadores que habían demandado al Hospital para obtener el traslado de los dineros por concepto de seguridad social.

Una vez se expide el Decreto de supresión y liquidación de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué, el Ministerio de la Protección Social asumió la deuda y giraba los recursos de la seguridad social directamente a los fondos de pensiones, administradoras de régimen de prima media, fondos de cesantía, ARP, EPS e IPS.

Si bien el Ministerio de la Protección Social giró los recursos a las entidades antes indicadas, no se individualizaron los aportes por cada trabajador, pues el giro fue global por toda la deuda.

En cumplimiento del objeto contractual, la demandante debía realizar las autoliquidaciones de cada trabajador para que el seguro social o la entidad a la cual cotizaba o se encontraban afiliados, le abonara en la cuenta personal de cada trabajador los valores que les correspondía por salud, pensiones y riesgos profesionales.

Alegó que el trabajo fue dispendioso, pues debía verificar todas las nóminas mensuales desde 1994 hasta la fecha de la liquidación de la E.S.E., las autoliquidaciones que hizo el Hospital y verificar si hubo pago o no, por lo que contrató de manera verbal a los señores Carmen Mendoza, Dibia Ibarra, Hirly Benitez y Rafael Cubas, y el pago de sus honorarios se realizaría cuando la Gobernación cancelara el valor del porcentaje pactado en el contrato, correspondiente al reintegro de los excedentes por parte del Seguro Social.

La Gobernación de Bolívar había autorizado el pago de unos honorarios a favor de la demandante y le otorgó poder dirigido a las EPS y a las AFP, en la que la autorizaba a realizar todo el saneamiento de los aportes patronales de la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué y firmar las actas de conciliación.

Para el pago de los honorarios, presentaba la respectiva cuenta de cobro, con el informe de actividades, certificación bancaria de lo efectivamente recaudado, certificación expedida por la Unidad de Tesorería de la Gobernación sobre el ingreso de los dineros que tenía en la cuenta que abrió el Departamento a nombre del Hospital, cancelándole un total de \$ 9.270.231.

El saneamiento de aportes con el Seguro Social terminó en agosto de 2011.

De acuerdo con el oficio No. 006499 del 29 de julio de 2011, el jefe del Departamento Nacional de Cobranzas del I.S.S., el valor de los remanentes por salud y pensiones ascendieron a la suma de \$ 1.466.519.254, que comprende el situado desde 1994 hasta 2001, y sistema general de participaciones de 2001 hasta el año 2008, fecha en que se liquidó el Hospital, cuyos rendimientos financieros causados desde el año 1994 corresponden a la suma de dos mil millones de pesos.

El 16 de septiembre de 2011 solicitó al I.S.S. la elaboración de las actas para poder efectuar el reintegro de los excedentes, y ante el cumplimiento por parte de dicha entidad el Gobernador de Bolívar, el 11 de octubre de 2011 solicitó ordenar a quién corresponda emitir las respectivas actas de conciliación, con el fin de que el I.S.S. efectuara la devolución de los excedentes por situado fiscal y sistema general de participación a favor de la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué. Solicitud que fue reiterada el 20 de diciembre de 2011 y les indicó que él mismo suscribiría las actas en nombre del Departamento, toda vez que el I.S.S. no aceptó el poder que se le había otorgado a la demandante el 9 de septiembre de 2011, pues exigió que dicho poder debía ser otorgado directamente por el Gobernador.

El 26 de enero de 2012 se presentó ante la Secretaría de Hacienda Departamental para entregar los informes y radicar la cuenta de cobro de los valores adeudados por honorarios del saneamiento de aportes de PORVENIR, que ya se habían consignado en la cuenta de la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué, e ingresado al presupuesto del Departamento.

El nuevo secretario de Hacienda e Interventor del Contrato le manifestó de manera verbal que el nuevo Gobernador no otorgaría ningún poder para la firma de las actas, ni firmaría ningún documento que se requiera para la ejecución del contrato, y además se negó a recibir los informes y la cuenta de cobro, respecto de PORVENIR.

A juicio de la demandante el actuar de la nueva administración era desconocer el contrato suscrito, incumpliendo la cláusula séptima del contrato.

Con posterioridad se enteró que el I.S.S. consignó los dineros por concepto de situado fiscal, período 1994 - 2001, por lo que el 2 de mayo de 2012 solicitó a la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar el pago los dineros que fueron reintegrados por parte del I.S.S., solicitud que no fue respondida.

El gobernador del Departamento de Bolívar confirió poder a otra persona para firmar las actas con las cuales se efectuará el reintegro de los excedentes por saneamiento de aportes patronales con el I.S.S.

c. Fundamento de derecho.

La demandante adujo que en virtud del principio de responsabilidad, los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

No obstante lo anterior, el gobernador del Departamento de Bolívar le confirió poder a otra persona para firmar las actas con las cuales se efectuaría el reintegro de los excedentes por saneamiento de aportes patronales con el I.S.S., desconociendo el trabajo realizado y el resultado obtenido por la demandante, a quien le negó el pago de unos honorarios ganados legítimamente, actuación que contraría los principios que orientan la contratación estatal y constituyen un incumplimiento del contrato.

3.2. Contestaciones de la demanda.

- El Departamento de Bolívar (fs. 196 – 209 y 389 - 418) contestó la demanda aduciendo, en resumen, lo siguiente:

Por medio de las Resoluciones No. 0737 de 8 de junio de 2009, 252 de 2011 y 231 de 2012 el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia de Salud ordenaron y prorrogaron la intervención forzosa técnica administrativa de la Secretaría Departamental de Salud de Bolívar.

La Resolución 251/11 extendió el periodo de intervención de la Secretaría de Salud Departamental hasta el 18 de junio de 2012.

Mediante la Resolución 231 de 2012 se nombró a los señores Juan Pablo Contreras Lizarazo y Wiison Miguel Jaimes Castaño como agentes liquidadores.

En la fecha del supuesto desconocimiento del contrato (enero de 2012), la Secretaría Departamental de Salud se encontraba intervenida por la Superintendencia de Salud, y por ello fue la única entidad que pudo desconocer el contrato al que aduce la demandante, por lo que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Propuso las excepciones previas de **(i)** falta de jurisdicción por ausencia de conciliación prejudicial, **(ii)** ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – falta absoluta de poder y **(iii)** falta de competencia. Adujo que la parte demandante, al presentar la solicitud de conciliación prejudicial y otorgar poder, se refirió al contrato de prestación de servicios No. 119 de 17 de marzo de 2011 y no al contrato No. 199 de 17 de marzo de 2011. Además, la cuantía del proceso fue estimada en suma superior a 500 SMLMV, por lo que la competencia para conocer en primera instancia el asunto corresponde al Tribunal Administrativo de Bolívar.

- **La Superintendencia Nacional de Salud (fs. 389 - 418)**, quien se vinculó al proceso en calidad de llamada en garantía, reconoció que ordenó la toma de posesión de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar conforme a los Decretos Nos. 1922/94, 056/75, 12987/97 y la Ley 60/93; y que el agente especial liquidador tomaba decisiones bajo total autonomía e independencia, por tanto, no actuaba ni en nombre ni en representación de la Superintendencia, en virtud del artículo 205 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuyo artículo 295-10 dispone que *“los liquidadores responderán por los perjuicios que por dolo o culpa grave causen a la entidad en liquidación o a los acreedores, en razón de actuaciones adelantadas en contravención de las disposiciones especiales que regulan el proceso de liquidación forzosa administrativa. Para todos los efectos legales, los bienes inventariados y el avalúo realizado conforme a lo previsto en las normas respectivas, determinarán los límites de la responsabilidad del liquidador como tal.”*

No corresponde a la Superintendencia desplegar las obligaciones y funciones que por ley debió ejercer el Agente Especial Interventor de la Secretaría Departamental de Salud.

No ha desconocido el cumplimiento del Contrato No. 119 de marzo 17 de 2011, ya que esto es una función atribuida legalmente al agente especial interventor. No puede asumir la responsabilidad del aparente incumplimiento del contrato objeto del presente asunto, ya que no tiene como función cumplir los contratos

celebrados por alguna de sus intervenidas con terceros, por lo que se configura la excepción de legitimación en la causa por pasiva.

- **El Ministerio de Salud (fs. 532 - 543)**, señaló que es un organismo oficial de carácter nacional sin capacidad jurídica ni facultad legal para reparar presuntos daños ocasionados por entidades totalmente independientes y autónomas al Ministerio, a quien solo le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como dictar normas técnicas, administrativas y científicas de obligatorio cumplimiento.

De conformidad con el literal A del artículo 23 del Decreto Ley 254/00, modificado por el artículo 12 de la Ley 1105/06, las personas que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la entidad en liquidación deben presentar su reclamación con la prueba en que fundamentan sus créditos, y cuando se trate de derechos incorporados en títulos valores deberá presentarse el original del título. De igual manera, para el caso objeto de estudio es al demandante a quien incumbe probar que prestó el servicio alegado y que la contraparte incumplió sus obligaciones contractuales.

El acreedor no puede perder de vista que al convenir prestar un servicio a la ESE, se obligaba contractualmente a presentar documentos específicos para el reconocimiento y posterior pago de las facturas que debieron haber cancelado antes del Decreto 3202/07, sin los cuales la pretensión no puede prosperar, toda vez que el obviar cualquiera de los requisitos necesarios para el reconocimiento, conllevarla a desatender las exigencias legales que aplican a este proceso, en el cual no se puede reconocerse reclamación alguna sin el lleno de los requisitos que el acreedor Intenta evadir.

El Ministerio no tuvo relación con la demandante ni injerencia en el proceso liquidatorio de la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué, pues fue la Gobernación de Bolívar quien ordeno y asumió la liquidación de la misma, por lo que se debe declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.3. Sentencia apelada (fs. 829 - 843).

El Juez Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 25 de junio de 2015, declaró probada las excepciones de inexistencia del incumplimiento planteada por el Departamento de Bolívar y falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, porque no se acreditó en el proceso la relación sustancial con estas entidades.

Por otra parte, negó las pretensiones de la demanda en relación con el Departamento de Bolívar, aduciendo que el contrato de prestación de servicios No. 199 del 17 de marzo de 2011 es un contrato de los llamados "de resultado", puesto que las obligaciones del contratista son de esta naturaleza, en la medida en que se compromete a procurar un resultado determinado y preciso.

Del contrato de prestación de servicios se derivan dos compromisos en cabeza del contratista, **a)** la obligación de suscribir las actas de conciliación para recaudo de dineros por saneamiento de aportes patronales en favor de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué y para el reintegro de los excedentes; y **b)** el ingreso efectivo de los valores equivalentes a los aportes patronales en favor de la ESE.

La parte demandante no acreditó el cumplimiento de los resultados a los que se comprometió en virtud de la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 199 del 17 de marzo de 2011, es decir, independientemente de aquellas circunstancias fácticas que rodearon el desarrollo de las actividades propias de dicha ejecución contractual, no aparece acreditado en el expediente que hubiesen existido causas imputables a la entidad demandada Departamento de Bolívar que originaran la imposibilidad de la contratista de lograr la suscripción de las actas de conciliación para el reintegro de excedentes, y el recaudo efectivo de aquellas sumas de dinero que posteriormente ingresaron a las cuentas del Departamento por concepto de saneamiento de los aportes patronales en favor de la ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué.

Las actuaciones de los agentes interventores dentro de un proceso de intervención forzosa técnica administrativa a entidades que presten el servicio público de seguridad social en salud, tienen el carácter de autónomas e independientes en ejercicio de sus facultades en relación a la entidad intervenida, de allí que cualquier inconveniente presentado entre el agente interventor y la contratista demandante, no comprometen al Departamento de Bolívar, toda vez que el agente interventor no la representa en dichas actuaciones. La entidad que desconoce las facultades concedidas a la demandante a través de los poderes otorgados por el Gobernador de Bolívar fue el Instituto de Seguros Sociales, hecho que tampoco es imputable al Departamento de Bolívar.

La demandante no acreditó el cumplimiento de los resultados a que se había comprometido en el contrato de prestación de servicios No. 199 del 17 de marzo de 2011, pues no acreditó la suscripción de las actas de conciliación para la devolución de excedentes ni que se hubiese producido el recaudo efectivo de estas sumas de dinero en favor de la E.S.E. a sanear.

No es posible efectuar la liquidación judicial del contrato de prestación de servicios, objeto de la demanda, porque a pesar de haberse aportado algunos informes presentados por la contratista relacionados con el desarrollo de las actividades contractuales, no se cuenta con la totalidad de la documentación y soportes necesarios para verificar si la totalidad de las obligaciones contratadas se encuentran satisfechas o, de no ser así, en qué porcentaje se dio el cumplimiento que se alega, ya que no se allegaron informes de supervisión del contrato sobre el correcto cumplimiento de dichas obligaciones, ni de las actas de conciliación para devolución de excedentes suscritas por la contratista, ni relación de aquellos pagos (ingreso efectivo) producto de la gestión adelantada por la demandante.

3.4. Recurso de apelación (fs. 848 - 855).

La parte accionante apeló la sentencia de primera instancia aduciendo, en resumen, que contrario a lo manifestado por el A-quo sí cumplió con las obligaciones estipuladas en el contrato, pues hizo el recaudo efectivo de los dineros por concepto de saneamiento de aportes patronales a favor de la Gobernación de Bolívar, tal como consta en las certificaciones expedidas por el I.S.S., PORVENIR y COOMEVA.

El contrato No. 199 de 2011, no se limita a la labor de recaudo de dinero, pues el saneamiento de aportes patronales es una labor que implica realizar un grupo de actividades, como:

- Establecer por los conceptos de salud, pensión, riesgos profesionales y cesantías, financiados con situado fiscal (1994 al 2001) y Sistema General de Participaciones (21 de diciembre de 2001 en adelante), los montos reales adeudados por las IPS pública departamental de cada uno de los funcionarios, conforme a las "nóminas mensuales que fueron reportadas por la entidad E.S.E. San Juan de Dios de Magangué en cada vigencia fiscal desde el año 1994, hasta la fecha. La liquidada E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué correspondió realizar el saneamiento de aportes patronales desde el año 1994 hasta el año 2008, fecha en la cual finalizó el proceso de liquidación de la entidad.
- Consolidar, revisar y verificar la pertinencia de la información que presentó en su momento la liquidada E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué, con el fin de facilitar el cruce de aportes patronales, conforme a los montos reales adeudados frente a los estados de cuenta emitidos por las administradoras de pensión, salud, fondos de cesantías y administradoras de riesgos profesionales, atendiendo los lineamientos que para tal fin fueron determinados en la Resolución No. 3815 de 2003, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

- La información que haya sido omitida por la ESE y/o por las administradoras de salud, pensión, riesgos profesionales, cesantías, deben ser elaborada y aplicada para la respectiva vigencia.

- Los excedentes generados solo pueden ser solicitados por la respectiva entidad territorial una vez efectuado el saneamiento completo de aportes patronales, para adicionarlos a su presupuesto y financiar la prestación del servicio de salud en lo no cubierto por el subsidio a la demanda, conforme a la Resolución 3815 de 2003, por la cual se reglamentaron los literales a) y b) del parágrafo del artículo 58 de la ley 715/01, en la que se determinó el procedimiento que se debe aplicar para el saneamiento de aportes patronales (cesantías, pensión, salud y riesgos profesionales).

En razón a los servicios prestados por parte de la contratista, se pactó como forma de pago la comisión del 12% de acuerdo al recaudo de excedentes por saneamiento de aportes patronales, los cuales fueron recaudados por parte de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, en la cuenta del Banco AV Villas No. 825071715, a nombre de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar y a la cuenta de ahorros del banco DAVIVIENDA No. 0570- 70012927 a nombre de la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué que dispuso por la Gobernación del Bolívar.

Al proceso se allegó **(i)** el acta suscrita el 8 de septiembre de 2011 con el representante legal de Coomeva, donde consta la devolución de \$ 586.206 por concepto de saldo a favor de la entidad empleadora; **(ii)** certificación suscrita el 30 de enero de 2012 por el asesor de la Unidad de Tesorería de la Gobernación de Bolívar, donde consta el ingreso de \$ 36'372.250,33 a la cuenta del Banco Davivienda para el giro de excedentes de aportes patronales; y **(iii)** certificación suscrita por el I.S.S., donde consta los valores girados por concepto de saneamiento de aportes patronales de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué a la cuenta de DAVIVIENDA dispuesta para tales fines.

La apoderada de la Gobernación de Bolivar aceptó y dio por cierto en sus alegatos de conclusión, sobre los recaudos realizados por excedentes generados a favor de la entidad demandada una vez realizado el saneamiento de aportes patronales de la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué, lo que demuestra que los recaudos en dichas entidades se hicieron e ingresaron a las cuentas que para tal fin dispuso la Gobernación de Bolívar.

Las obligaciones del contrato no se presumen ni se interpretan, y por ello el juez no podía manifestar que era obligación de la contratista suscribir las actas.

Concluyó finalmente:

- Existió una relación contractual con la Gobernación de Bolívar que generó derechos y obligaciones para las partes.

- La contratista cumplió el objeto del contrato No. 199 de 2011, entre cuyas obligaciones no se encontraba la de firmar del acta de conciliación con las entidades en representación de la Gobernación del Bolívar, específicamente con el I.S.S.
- Fue efectivo el recaudo de excedentes por saneamiento de aportes patronales con las entidades como I.S.S., PORVENIR y COOMEVA, tal como consta en certificaciones allegadas al proceso.
- La Gobernación del Bolívar recibió los dineros recuperados por la contratista con ocasión del saneamiento de aportes patronales de la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué y no cumplió su obligación de pago, conforme a los honorarios pactados en el contrato No. 199 de 2011, correspondientes al 12% del dinero efectivamente recuperado y percibido por la Gobernación.
- El incumplimiento de la Gobernación del Bolívar generó daños a la contratista, pues no pudo cumplir con el pago de servicios profesionales con su equipo de trabajo.
- La labor de saneamiento de aportes patronales con diversas entidades, que no alcanzaron a girar los dineros producto del excedente, fue truncado por la misma Gobernación del Bolívar al contratar otras personas para la labor encomendada, lo cual generó un detrimento para el Departamento y para los ingresos de la contratista.

3.5. Actuación procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 24 de febrero de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 4 del cuaderno de segunda instancia), y por providencia de 3 de agosto de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 8 del cuaderno de segunda instancia).

La parte demandante reiteró en sus alegatos, en resumen, lo manifestado en la demanda y en el recurso de apelación (fs. 18 – 25 del cuaderno de segunda instancia).

La Superintendencia de Salud, reiteró lo señalado en la contestación de la demanda (fs. 11 – 17 del cuaderno de segunda instancia).

El Departamento de Bolívar en sus alegatos de conclusión, manifestó que la cláusula tercera del contrato estableció las actividades contractuales que debían ser llevadas a cabo por la contratista, y para el pago de los honorarios la

contratista debía demostrar **(i)** la suscripción de actas de conciliación más la prueba del ingreso efectivo de los dineros recuperados al patrimonio del Departamento o **(ii)** con la suscripción del acta de conciliación más la prueba del cruce de cuentas entre los diferentes fondos a EPS de las entidades objeto de saneamiento.

La demandante en su demanda confesó haber realizado sus actividades contractuales hasta diciembre de 2011, que para esa fecha no se habían suscritos las actas de conciliación y además que a partir de enero de 2012 no tiene conocimiento si se hizo el pago correspondiente. Por lo que se puede afirmar que, en caso de haberse efectuado los recaudos de los dineros, ello ocurrió en el año 2012 y siguiente, es decir no fue consecuencia de la labor contratada con la demandante.

Adicional a lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado mediante providencia de 5 de junio de 2014 declaró la nulidad parcial de las Resoluciones 821/09, 1022/09, 1120/09 y 1176/09, por medio de las cuales se intervino de manera forzosa a la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar.

Como hubo una injerencia indebida de un tercero en la administración de los negocios y contratos del Departamento de Bolívar, y las funciones ejercidas y las órdenes impartidas fueron arbitrarias, se debe exonerar de responsabilidad al Departamento por el hecho de un tercero (fs. 26 – 31 del cuaderno de segunda instancia).

- **El Ministerio de Salud** en sus alegatos de conclusión reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda (fs. 32 – 39 del cuaderno de segunda instancia).

- **El Agente del Ministerio Público** no rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia, sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar en segunda instancia la decisión que en derecho corresponda.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema jurídico

La Sala deberá determinar si en el presente caso hay lugar o no a declarar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 180709901 del 18 de julio de 2009 por parte del contratante, al no cancelar las sumas de dinero que reclama la contratista.

5.3 Tesis del Tribunal.

La parte demandante no demostró que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales de resultado, entre ellas las de celebrar conciliaciones con las EPS, FP y ARP y asegurar los recaudos de dinero pactados en el contrato, o que habiendo estado en disposición para cumplirlas no hubiera podido por causa imputable al Departamento o a un tercero, a fuerza mayor o caso fortuito, razón por la cual, con base en el artículo 1609 del Código Civil, se negarán las pretensiones de declaración de incumplimiento contractual de dicha entidad y la reclamación de pagos formulada en su contra.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

5.4. Marco normativo y jurisprudencial.

5.4.1. Sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El artículo 1602 del Código Civil, establece que el contrato se constituye en ley para las partes.

El artículo 1609 ibídem establece 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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Por lo anterior, para invocar la declaratoria de incumplimiento parcial o total, las partes deben acreditar que satisfizo todas sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo pactados en el centrado, tal como lo ha señaló el Consejo de Estado, en sentencia del 30 de julio de 2015, dentro del proceso radicado con el No. 25000-23-26-000-2001-02044-02(33925), así:

“18. En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su co-contratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.



19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.

20. La Sala reitera que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión:

Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada".

En la misma providencia señaló que "es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato)".

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas aportadas.

- Copia del contrato de prestación de servicios profesionales No. 180709901 suscrito el 18 de lio de 2009 entre la demandante y la ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué – Bolívar (fs. 19 – 22).
- Copia del contrato de prestación de servicios profesionales No. 199 suscrito el 17 de marzo de 2011 entre la demandante y el Departamento de Bolívar (fs. 24 - 28).

- Copia del OTRO SI al contrato de prestación de servicios profesionales anterior, suscrito el 29 de junio de 2011 (f. 29).
- Copia del OTRO SI al contrato de prestación de servicios profesionales anterior, suscrito el 23 de diciembre de 2011 (f. 30).
- Copia de la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales No. 75-44-101029385 de 19 de enero de 2012 (fs. 32).
- Copia del poder otorgado por el Gobernador de Bolívar a la demandante para realizar el saneamiento de aportes patronales de la ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué – Bolívar en liquidación ante el I.S.S. El poder tiene nota de presentación personal realizada el 9 de septiembre de 2011 ante la Notaría Segunda del Circuito de Cartagena (fs. 32).
- Copia del oficio dirigido al secretario de Hacienda Departamento de Bolívar, suscrito el 20 de diciembre de 2011 por la demandante, relacionado con el informe de actividades. (fs. 33 - 36).
- Copia del oficio No. 00006499 suscrito el 29 de julio de 2011, por medio del cual el I.S.S. da respuesta a una solicitud presentada el 14 de junio de 2011 por el gerente de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué, relacionada con la actualización de los estudios de aplicación entre los años 1996 – 2001 (fs. 37 – 39).
- Copia del oficio No. 01849 de 2010, por medio del cual el I.S.S. da respuesta a la demandante en condición de contratista – saneamiento de aportes patronales de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué, relacionado con la aplicación del situado fiscal del sistema general de participaciones de la entidad (fs. 40 – 42).
- Copia del oficio No. 142179 de 23 de agosto de 2011, por medio del cual la demandante en calidad de apoderada especial para saneamiento de aportes patronales, le solicita a la jefe Nacional de Cobranzas del I.S.S. la elaboración de las actas de conciliación para la devolución de excedentes a favor de la E.S.E. (f. 43).
- Copia de la certificación suscrita por el secretario de Hacienda del Departamento de Bolívar en el que hace constar que la demandante “viene cumpliendo a satisfacción con las obligaciones contraídas en el contrato de prestación de servicios profesionales No. 199 de 17 de marzo de 2011”. La anterior certificación fue expedida para el cobro de los honorarios por el valor de \$

9.270.231, correspondiente al 12% del valor de \$ 77.251.926.57 (recaudo por concepto de saneamiento de aportes patronales de la ESE San Juan de Dios de Magangué liquidada), (f. 44).

- Copia de la consulta de movimiento de la cuenta DAVIVIENDA No. 0000 0570 7001 2927, realizada el 27 de septiembre de 2011 (f. 46).

- Copia de la consulta de saldos y movimiento de la cuenta DAVIVIENDA No. 0000 0570 7001 2927, realizada el 28 de septiembre de 2011 (f. 47).

- Copia de la certificación suscrita el 27 de septiembre de 2011, por medio de la cual el asesor de la Unidad de Tesorería Departamental de Bolívar hace constar que a la cuenta DAVIVIENDA No. 0570 7001 2927 ingresó la suma de \$ 77.251.926.57, y que dicha cuenta corresponde a la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué en liquidación (f. 48).

- Copia del oficio suscrito el 14 de marzo de 2012, por medio del cual la demandante le comunica a la directora de prestación de servicios y atención primaria del Ministerio de Salud sobre el presunto incumplimiento del contrato de prestación de servicio por parte del Departamento de Bolívar (fs. 115 - 116).

- Copia del oficio suscrito el 13 de febrero de 2012, por medio del cual la demandante le comunica a la Procuraduría regional de Bolívar sobre el presunto incumplimiento del contrato de prestación de servicio por parte del Departamento de Bolívar (fs. 117 - 121).

- Copia del oficio suscrito el 14 de marzo de 2012, por medio del cual la demandante le comunica al Ministerio del Trabajo sobre el presunto incumplimiento del contrato de prestación de servicio por parte del Departamento de Bolívar (fs. 122 - 123).

- Copia del oficio suscrito el 30 de enero de 2012, por medio del cual la demandante le comunica agente interventor delegado por la Superintendencia de Salud sobre el presunto incumplimiento del contrato de prestación de servicio por parte del Departamento de Bolívar (fs. 124 - 126).

- Copia del oficio No. 18 de mayo de 2012 por medio del cual el agente especial de la Superintendencia Nacional de Salud da respuesta a la demandante de las quejas presentadas por presunto incumplimiento del contrato (fs. 130 – 133).

- Copia de la certificación de saneamiento de aportes patronales pensionales suscrita el 7 de octubre de 2011 por la demandante y el director de cuentas

individuales de PORVENIR (fs. 58 – 59).

- Copia del CDP No. 1200 suscrito el 28 de febrero de 2011, por medio del cual consta la disponibilidad presupuestal de \$ 5.000.000, para el pago del “contrato de prestación de servicios de apoyo al saneamiento de los aportes patronales laborales a lo que respecta a la entidad ahora liquidada ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué Bolívar en liquidación”.

- Copia de la consulta de saldos y movimiento de la cuenta DAVIVIENDA No. 0570 7001 2927, realizada el 26 de enero de 2012 (f. 62).

- Copia de la certificación suscrita el 30 de enero de 2012, por medio de la cual el asesor de la Unidad de Tesorería Departamental de Bolívar hace constar que a la cuenta DAVIVIENDA No. 0570 7001 2927 ingresó la suma de \$ 36.372.250.33, y que dicha cuenta corresponde a la liquidada E.S.E. San Juan de Dios de Magangué (f. 63).

- Copia del oficio suscrito el 11 de octubre de 2011, por medio del cual el Gobernador Departamental de Bolívar le solicita a la jefe de Departamento Nacional de Cobranzas del I.S.S., emitir las actas de conciliación para que I.S.S. efectúe las devoluciones de los excedentes por situado fiscal y sistema general de participaciones a favor de la liquidada ESE San Juan de Dios de Magangué (fs. 66 -67). Dicho oficio no tiene constancia de recibido.

- Copia del oficio suscrito el 20 de diciembre de 2011, por medio del cual el Gobernador Departamental de Bolívar le informa a la jefe de Departamento Nacional de Cobranzas del I.S.S., que las cata para la devolución de los excedentes por situado fiscal y/o sistema general de participaciones de la liquidada E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué se firmará por el Gobernador Departamental y el jefe de la Unidad de Contabilidad de la Gobernación Departamental. Y, además, que el proceso de saneamiento de aportes patronales de las ESE San Juan de Dios de Magangué, San Judas Tadeo de Simití y Montecarmelo del Carmen de Bolívar, está cargo de la señora Trinidad Verano Vallejo, conforma a los contratos 263 de 2010 y 199 de 211 suscritos con la Gobernación de Bolívar (f. 65). Dicho oficio no tiene constancia de recibido.

- Copia del oficio suscrito el 8 de septiembre de 2011, por medio del cual el agente interventor delegado de la Superintendencia Nacional de Salud para la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar le informa al I.S.S., que los excedentes a favor del situado fiscal y del sistema general de participaciones de los aportes patronales de las vigencias 1994 -2001 y 2002 a 2009, deben ser consignados en la cuenta de ahorro de DAVIVIENDA No. 057070112893 a nombre

de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué (f. 69). Este oficio no tiene constancia de recibido.

- Copia del oficio EC-2011-2163 de 22 de septiembre de 2011, por medio del cual el jefe jurídico y de canales externo del equipo de cobranzas de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantía, le informa la gerente de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué sobre los estados de cuenta de pensiones obligatorias (fs. 75 – 92).

- Copia de la certificación suscrita el 2 de noviembre de 2011, por medio de la cual el responsable del servicio al cliente de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantía, hace constar la deuda por concepto de aportes patronales de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios (fs. 93 - 97).

- Copia del oficio suscrito el 8 de noviembre de 2011, por medio del cual la demandante, en condición de apoderada especial para el saneamiento de aportes patronales de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué, presenta objeciones del contenido del estado de cuenta enviado por BBV Horizonte (fs. 98 – 101).

- Copia del acta suscrita el 8 de septiembre de 2011, por el representante legal de COOMEVA EPS y la demandante, en calidad de apoderada especial, por medio de la cual determinan los saldos anuales a favor o en contra de la entidad empleadora causados en las vigencias del año 2006, por concepto de aportes patronales al sistema general de seguridad especial en salud a través de la EPS (fs. 102 - 103).

- Copia del oficio suscrito el 29 de septiembre de 2011, por medio del cual el agente interventor delegado de la Superintendencia Nacional de Salud para la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar le informa a COOMEVA E.P.S., que los excedentes a favor del situado fiscal y del sistema general de participaciones de los aportes patronales de las vigencias 1994 -2001 y 2002 a 2009 deben ser consignados en la cuenta de ahorro de DAVIVIENDA No. 057070012927, a nombre de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué (f. 104). Dicho oficio tiene constancia de recibido por la entidad mencionada el 30 de septiembre de 2011.

- Copia del oficio suscrito el 19 de octubre de 2011, por medio del cual la demandante le solicita a la coordinadora Nacional de recaudo y cartera de POSITIVA Compañía de Seguro, la devolución de excedentes a favor de la E.S.E. por valor de \$ 19.873.797 (f. 106).

- Copia del expediente administrativo del contrato No. 199 de 17 de marzo de

2011 celebrado entre la demandante y el Departamento de Bolívar (fs. 701 – 746).

- Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Las pruebas obrantes al proceso dan cuenta que la demandante y el Departamento de Bolívar suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 199 el 17 de marzo de 2011, cuyo objeto era la prestación personal e independiente de servicio para el saneamiento de los aportes patronales de la extinta E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Magangué en liquidación.

La cláusula tercera del contrato dispuso que por estar sujetos los honorarios al resultado de éxito de la gestión que se le encomienda al contratista, la cuantía del presente contrato es indeterminada, pero determinable, por lo cual la remuneración que obtendrá el contratista por la ejecución del contrato será pagada en su integridad cuando existan saldos efectivamente recaudados por el Departamento como consecuencia del proceso de saneamiento de los aportes patronales de la extinta ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué en – liquidación.

El párrafo segundo de la misma cláusula tercera, estableció que la obligación de pago de honorarios a cargo del Departamento se generará una vez se haya suscrito el acta de conciliación, pero su pago estará supeditado al ingreso efectivo de los dineros recuperados al patrimonio del Departamento, así:

***“Cláusula tercera. valor del contrato.** Por estar sujetos los honorarios al resultado de éxito de la gestión que se le encomienda al contratista, la cuantía del presente contrato es indeterminada pero determinable. La remuneración que obtendrá el contratista por la ejecución del contrato será pagada en su integridad cuando existan saldos efectivamente recaudados por el Departamento como consecuencia del proceso de saneamiento de los aportes patronales de la extinta ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué en - liquidación. Entiéndase que el recaudo de los dineros por saneamiento de aportes, puede ser por ingreso efectivo al patrimonio del Departamento de los recursos conciliados y/o por el cruce de cuentas entre los diferentes fondos o EPS de las entidades objeto de saneamiento. La tarifa general por concepto de honorarios a reconocer por parte del Departamento al Contratista, será del doce por ciento 12%, más IVA sobre las sumas efectivamente recaudadas por el Departamento como gestión del saneamiento y conciliación de los aportes patronales laborales de Ley 60 de 1993 y Ley 715 de 2001.*

PARAGRAFO PRIMERO; Los recursos para efectos del pago de honorarios del contratista serán con cargo al presupuesto del Departamento, afectación que se condiciona a los resultados de la gestión del contratista. No obstante, que actualmente no se requiere comprometer el presupuesto de la entidad en virtud del presente contrato, para efectos fiscales y de la Garantía Única se establece el valor del presente contrato en la suma de (\$ 5.000.000.00) con cargo al certificado de disponibilidad presupuestal No. 1200 de fecha



28 de febrero 2011, que se anexa al presente contrato.

PARAGRAFO SEGUNDO: En todo caso se entenderá que la obligación de pago de honorarios a cargo del Departamento se generará una vez se haya suscrito el acta de conciliación, pero su pago estará supeditado al ingreso efectivo de los dineros recuperados al patrimonio del Departamento".

La cláusula cuarta del contrato estableció la forma del pago de los honorarios de la demandante, así:

"Cláusula cuarta: Forma de Pago. El Departamento de Bolívar pagará al contratista el porcentaje anterior, dentro de los cinco (5) días siguientes a la consignación por parte de las entidades de previsión social (A.F.P., I.S.S., E.P.S., A.R.P., F.NA), o quien haga sus veces por cada giro que reciba en forma sucesiva o simultáneamente; lo anterior, previa existencia de la respectiva Disponibilidad Presupuestal".

Conforme a lo anterior, el contrato descrito no obligaba al Departamento a remunerar a la contratista por una actividad de medio, sino explícitamente por los resultados de dicha actividad; esto es, la obligación de pagar el porcentaje pactado a la contratista surgía cuando las entidades de previsión social (A.F.P., I.S.S., E.P.S., A.R.P., F.NA), efectuaran el respectivo reintegro de los dineros por cuenta del saneamiento de aportes patronales, previa las conciliaciones, para cuya celebración se otorgaba poder a la contratista, de lo cual da cuenta la cláusula segunda del contrato que estableció su objeto, así:

"CLÁUSULA SEGUNDA. ALCANCE DEL OBJETO: En desarrollo del objeto, el contratista ejecutará las siguientes actividades: **1.** Apoyar en actividades tendientes a determinar, liquidar y consolidar los saldos para el saneamiento de los aportes patronales del sector salud. **2.** Realizar todas las actividades necesarias para lograr el saneamiento de los aportes patronales conforme a las reglas de la Ley 715 de 2001, y sus normas reglamentarias, y las resoluciones 4047 de 2003 y 3815 de 2003; **3.** Tramitar ante las entidades correspondientes la conciliación de aportes y devolución de los (mismos si hay lugar a ello; **4.** Apoyar en el levantamiento de la información de las autoliquidaciones de pensión, salud, riesgos profesionales; **5.** Extraer los valores girados de la nación por aportes patronales para las vigencias 1994 a 2001 en concordancia a las resoluciones 4047 de 2003 y 3815 de 2003; y determinar los de 2002 a 2007, conforme a lo establecido en el decreto 1636 de 2006; **6.** Desarrollar los formularios establecidos para la determinación, liquidación y consolidación de los aportes patronales; **7.** Solicitar a las entidades correspondientes los estados de cuenta; **8.** Remitir la información a la Dirección Seccional de Salud Departamental; **9.** Tramitar ante las entidades correspondientes la solicitud de los excedentes de los dineros que se encuentran allí por situado fiscal de las vigencias de 1994 - 2001, y los correspondientes al sistema general de participaciones de las vigencias 2002 - 2007; **10.** Las demás que surjan en desarrollo de la ejecución del contrato a celebrar y que sean afines al mismo.

La cláusula sexta , estableció las obligaciones del contratista, así:

CLAUSULA SEXTA - OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: *En virtud del presente contrato, el contratista se obliga a 1) Cumplir con todas las actividades descritas en las cláusulas primera y segunda, las señaladas en la invitación a cotizar y en la oferta presentada por el contratista, la cual hace parte integral del presente contrato; 2) Obrar con lealtad y buena fe evitando dilaciones y entorpecimientos que afecten la prestación del servicio contractual. 3) Acreditar y mantener su afiliación a los sistemas de pensiones y salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 100 de 1993, durante la ejecución del contrato. 3.) Acreditar de conformidad con el art. 60 de la ley 610 de 2.000 que no se encuentra relacionado en el boletín de responsables fiscales, así como no tener antecedentes judiciales y disciplinarios vigentes. 4) Actuar con suma diligencia y cuidado en todas las actividades que le corresponden, con eficiencia, rectitud y probidad. 5) Presentar informes mensuales sobre el desarrollo y avance de las actividades realizadas y los resultados alcanzados. 6) Proporcionar las herramientas y equipos requeridos para la ejecución del contrato. 7) Las demás que se deriven de la esencia y naturaleza de este tipo de contrato.*

De la lectura de los criterios jurisprudenciales expuestos y de las cláusulas contractuales transcritas se infiere entonces que la declaración de incumplimiento del contrato comentado por parte del Departamento de Bolívar está condicionada: **i)** a que se pruebe el cumplimiento por parte de la contratista de las labores orientadas al saneamiento de aportes patronales para las cuales fue contratada, y **ii)** que ellas dieron como resultado la celebración de las conciliaciones a las que estaba facultada, y el recaudo efectivo de los dineros como resultado de dicha gestión .

Al proceso se allegaron documentos que acreditan que la entidad demandada recibió algunos pagos, pero en parte alguna dan cuenta que los mismos fueron consecuencia de la celebración de conciliaciones u otras gestiones a cargo de la contratista.

En efecto, obra en el expediente copia de la certificación suscrita el 27 de septiembre de 2011, por medio de la cual el asesor de la Unidad de Tesorería Departamental de Bolívar hace constar que a la cuenta DAVIVIENDA No. 0570 7001 2927 ingresó la suma de \$ 77.251.926.57, y que dicha cuenta corresponde a la E.S.E. San Juan de Dios de Magangué en liquidación (f. 48). Obra igualmente copia de la certificación suscrita el 30 de enero de 2012, por medio de la cual el asesor de la Unidad de Tesorería Departamental de Bolívar hace constar que a la cuenta DAVIVIENDA No. 0570 7001 2927 ingresó la suma de \$ 36.372.250.33, y que dicha cuenta corresponde a la liquidada E.S.E. San Juan de Dios de Magangué (f. 63).

No obstante, como afirmó atinadamente el A-quo, no se aportaron las actas de conciliación que permitan inferir que los pagos efectuados por concepto de saneamiento, (y que reclama la demandante), sean producto de su gestión, es decir, no existe prueba que demuestre que fue ella quien realizó la gestión de recuperación de los saldos a favor de la E.S.E.

Luego, no se demostró que la demandante hubiera cumplido con las obligaciones de resultado a las cuales se comprometió. Y por ello no procede declarar que el Departamento de Bolívar se encontraba en mora de pagar la retribución pactada en el contrato.

Aunque la parte demandante alegó que el contrato No. 199 de 2011, no se limitaba a la labor de recaudo de dinero o firmas de las actas de conciliación, sino que agrupaba otras series de actividades, lo cierto es que debía cumplir con todas las obligaciones estipuladas en el contrato, pues de no hacerlo configuraría un incumplimiento de sus obligaciones contractuales y le estaba vedado exigir el cumplimiento del contrato por el contratante, máxime, se insiste, si se tiene en cuenta que expresamente el contrato condicionó el pago de la retribución pactada a unos resultados.

Conviene añadir que el contratista tampoco probó haber cumplido con la obligación pactada en la cláusula sexta, numeral 5, consistente en “presentar informes mensuales sobre el desarrollo y avance de las actividades realizadas y los resultados alcanzados.

Recuerda la Sala que, de conformidad con el artículo 1609 del C.C. ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Y habiendo el demandante incumplido con sus obligaciones contractuales sin que haya demostrado *causas que justifiquen su conducta y que no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato)*”.

Si bien la demandante aseguró que no pudo suscribir actas de conciliación con el ISS por haberse desconocido dicho Instituto el poder otorgado por el Gobernador de Bolívar, lo cierto es dicha situación no se probó en el proceso y no le era imputable al poderdante.

Conviene resaltar que con los mismos criterios la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidió una demanda instaurada en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, instaurada por una persona que reclamaba la declaración del incumplimiento de un contrato con cláusulas análogas al

examinado previamente, relacionadas con el saneamiento de aportes patronales.⁵

Los argumentos anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

- Costas en segunda instancia.

Aplica la Sala el artículo 188 del C.P.A.C.A., el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como el recurso de apelación se decide en forma desfavorable al apelante, procede condenarlo en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de origen, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

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: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO. Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales en esta instancia, a favor de la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el Sistema de Gestión Siglo XXI.

⁵ Ver sentencia proferida el 7 de septiembre de 2015 por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C -, dentro del proceso de controversias contractuales radicado con el número 25000-23-26-000-2011-00450-01(47720). Demandante: María Victoria López Muñoz. Demandada: Fondo Financiero Distrital de Salud de Bogotá.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ