

**EDICTO No. 003**

La Secretaría del Tribunal Administrativo de Bolívar, conforme a lo consagrado en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, notifica la sentencia proferida el veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), dentro del proceso:

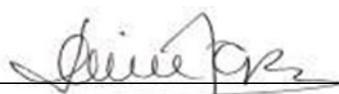
<b>Medio de control</b>	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
<b>Radicado</b>	13001-23-31-000-2008-00713-00
<b>Demandante</b>	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
<b>Demandado</b>	FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA
<b>Magistrado Ponente</b>	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Este edicto electrónico se fija por el término de TRES (03) días HÁBILES, en el sitio web de la Rama Judicial del Tribunal Administrativo de Bolívar, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunaladministrativo-de-bolivar/261>; desde el día **16 de febrero de 2023 a las 8:00 a.m.**, hasta el día **20 de febrero de 2023 a las 5:00 p.m.**

CONSTANCIA: Así mismo, se procedió a enviar la providencia a los correos electrónicos que se encontraban registrados en el expediente. La providencia notificada puede ser consultada en la página web de la Corporación o en la de la Rama Judicial a través del módulo de Consulta de Procesos.

Canales de comunicación: [desta06bol@notificacionesrj.gov.co](mailto:desta06bol@notificacionesrj.gov.co)

LA SECRETARIA GENERAL



DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ  
LA SECRETARIA GENERAL

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

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>CONTROVERSIAS CONTRACTUALES</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2008-00713-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>DEPARTAMENTO DE BOLIVAR</b>
<b>Demandado</b>	<b>FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA</b>
<b>Tema</b>	<i>Nulidad absoluta de contrato por objeto ilícito, al verificarse la violación de normas de derecho público – No se exigieron al contratista las condiciones mínimas que lo habilitaran para ejecutar el objeto del contrato</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## 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 demanda<sup>1</sup>.

#### 3.1.1 Pretensiones<sup>2</sup>

PRIMERA. Declarar la nulidad absoluta del Contrato 383 de 2007 suscrito entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y la FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA, según las manifestaciones de esta Acción Contractual.

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

#### Pretensiones subsidiarias

PRIMERA SUBSIDIARIA: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO del Contrato No. 383 de 2007 por parte del contratista FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA, y ordenar el pago de los perjuicios causados.

<sup>1</sup> Folio 1-28 cdno 1 (fl. 1-28)

<sup>2</sup> Folio 1-2 cdno 1 (fl. 1-2)

### 3.1.2 Hechos<sup>3</sup>

Durante el mes de junio de 2007, se presentó una Ola Invernal en el Departamento de Bolívar. Mediante acta de Reunión Extraordinario de 8 de mayo y 7 de junio de 2007, el Comité Regional de Atención y Prevención de Desastres solicitó y aprobó una urgencia manifiesta con el fin de asistir a los municipios afectados. Mediante Decreto No. 391 de 28 de junio 2007 el Gobernador del Departamento de Bolívar, Doctor LIBARDO SIMANCAS TORRES determinó estado de urgencia manifiesta. De igual modo, Mediante Decreto No. 0690 de 13 de diciembre de 2007, el Gobernador determinó estado de urgencia manifiesta a partir de la expedición del decreto hasta el 28 de diciembre de 2008, con el fin de conjurar la problemática social que se ha generado por la ola invernal.

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

El Contrato, No. 383 sin fecha de 2007, se suscribió entre el Gobernador LIBARDO SIMANCA TORRES y ÁLVARO ATENCIA en representación de la FUNDACIÓN TRABAJAR POR COLOMBIA. El objeto del contrato era el suministro de drogas y medicamentos para atender a la población afectada por la ola invernal en los municipios del Departamento de Bolívar, de conformidad con el comprobante de ingreso al almacén 204 del 25 de junio de 2007. 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.

Que de acuerdo con la cláusula segunda del Contrato 383 de 23 de noviembre de 2007, el valor y forma de pago del contrato se pactó así: *"El presente contrato tiene un valor total de quinientos cincuenta y seis millones de pesos (\$556.000.000oo) 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*

<sup>3</sup> Folio 2-7 cdno 1 (fl. 2-7 dig)



*perfeccionado y legalizado el contrato, previa aprobación de la póliza por parte de la gobernación 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".*

Del expediente administrativo de contratación, se extraen las siguientes irregularidades:

- La disponibilidad presupuestal que soportó la contratación fue el número 5638 del 29 de octubre de 2007 (\$556.000.000)
- El 25 de julio de 2007, la señora Luneta Palis Viana, mediante comprobante de número 204 de certificó que la Fundación Trabajar por Colombia "Ingreso de medicamentos por emergencia y desastre" con los Códigos No. 1469 -1530 y Cuentas de Ingreso No. 15180101 por un valor de \$556.000.000 millones de pesos.
- Mediante documento del 27 de diciembre de 2007 la Coordinadora de Programa de Urgencias, Emergencias y Desastres del Departamento certificó el cumplimiento del contrato.
- El contratista no anexó formato de hoja de vida y fue el único oferente.
- El señor WALTER E. JIMÉNEZ BARRIOS - Secretario de Salud del Departamento, emitió certificado del 21 de diciembre de 2007, en el que indicó que el sistema SICE, no arrojaba un precio indicativo de mercado para la compra de los medicamentos mencionados, situación que no se ajustaba a lo encontrado por la Oficina de Control Interno, la cual validó que sí existían los precios de los productos en el SICE y que la oferta de la fundación tenía un sobrepeso del 40%.

Informa que, por este asunto se iniciaron investigaciones por parte de los entes de control y de la fiscalía; además de que los bienes comprado nunca fueron distribuidos a la población que los necesitaba.

### **3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación**

La parte demandante propone los siguientes cargos:

- **Irregularidad en el trámite de contratación.** Sobre este aspecto expuso que la contratación 383/07 se desarrolló durante la urgencia manifiesta de junio de 2007, como quiera que existe un comprobante de ingreso de



13-001-23-31-000-2008-00713-00

mercancía al almacén de fecha 25 de junio de 2007; sin embargo, el contrato se celebró en fecha posterior y el registro presupuestal se expidió en octubre de 2007; que, todo lo anterior permite concluir que lo que se pretendía era legalizar una contratación realizada en junio, a través de la cual se configuraba un hecho cumplido.

- **Nulidad absoluta el contrato por objeto ilícito, por cuanto existe falta de capacidad de la entidad para comercializar medicamento;** ello, conforme con los artículos 1523, 1517 del código civil y 899 del código de comercio; así mismo, se apoya en la Ley 23/62, Ley 9/79 y los Decretos 1950/64, 2200/05,3050/05 y la Resolución 1403/07. En ese sentido afirma que la entidad contratista no demostró estar habilitada por los entes de control para comercializar medicamentos.
- **Nulidad absoluta del contrato por falta de capacidad del representante legal de la fundación,** pues este no tenía facultades legales para suscribir el contrato, sin autorización de la junta, puesto que este superaba los 499 SMLMV.; sobre este aspecto indicó que, dicha autorización debía estar inscrita en el registro mercantil, pero ello no se hizo así; por el contrario, fue el revisor fiscal quien certificó esa facultad sin que este tuviera competencia para ello.
- **Nulidad absoluta del contrato por violación de los principios de la transparencia y selección objetiva.** Sostiene que Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común, adicionalmente, el artículo 13 del mismo Estatuto dispone que también son nulos cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal y "abuso o desviación de poder.

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

Enuncia que, con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en

el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata.

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

- **Nulidad absoluta del contrato por desviación de poder.** Alega que existe desviación de poder conforme a las siguientes situaciones extrañas:
  - Los contratos fueron la legalización de hechos cumplidos.
  - Del expediente contractual no se evidencia que en todos los contratos se envió una única solicitud para contratar, a una fundación que no cumplía requisitos de capacidad técnica y experiencia.
  - Hay inconsistencias entre los certificados de entrada y salida de las mercancías a Almacenes.
  - No se señaló ninguna modificación contractual, ni reza dentro del expediente, ni otros funcionarios de la Administración dan fe de la modificación contractual, para efectos del recibo de la mercancía.
  - Solo en las Inspecciones de la Autoridades de Control se verifica que los bienes contratados, sobre los que se verificó el cumplimiento, no se encontraban en las bodegas oficiales.
  - La Contraloría previno sobre posible detrimento patrimonial, El interventor, desconociendo los hechos anteriores, excesivamente motivado en algunos aspectos y deficiente en otros, certificó el cumplimiento del 100% del valor de los contratos.
  - En los informes aparecieron nuevas circunstancias: una presunta modificación contractual, que tiene amplias inconsistencias.
  - No se tomaron medidas razonables, como exigir pólizas o contratos de bodegaje, ni se garantizó la responsabilidad de los bienes,
  - No se evidencia un inventario exhaustivo de los bienes objeto del contrato.

- **Nulidad absoluta del contrato por incumplimiento de los fines de la contratación.** Indicó que, el contrato sub lite fue suscrito para hacer frente a una emergencia invernal, sin embargo, los hechos de esta demanda ponen de presente el incumplimiento de lo anterior, en vez de terminar las mercancías contratadas en manos de la población afectada -aproximadamente 12.000 bolívares-, 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 19 de diciembre de 2008 (fl. 28); siendo admitida el 25 de marzo de 2009 (fl. 462); como quiera que no se pudo notificar al accionado, se designó curador ad litem quien se notificó el 21 de abril de 2014 (fl. 376) y, en la misma fecha contestó la demanda (fl. 295-297). La fijación en lista se hizo del 10 al 23 de febrero de 2015 (fl. 379 rev);

Con auto del 25 de septiembre de 2015, se abrió el periodo probatorio (fl. 430-433) y el 4 de noviembre de 2016 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 598). El 12 de febrero de 2021 ingresó el proceso para fallo.

### 3.3 CONTESTACIÓN<sup>4</sup>

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

No propuso excepciones previas ni de fondo.

### 3.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**3.4.1 Demandante:** No presentó alegatos

**3.4.2 Demandado:** No presentó alegatos

---

<sup>4</sup> Folio 379 cdno 2 (fl. 19)

**3.4.3 Ministerio Público:** No presentó concepto.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

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

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

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

##### **5.2 Problema jurídico**

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

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

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

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

##### **5.3 Tesis de la Sala**

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

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

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

## **5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **5.4.1 Nulidad absoluta del contrato.**

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

En ese sentido, el Consejo de Estado sostiene que en los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado (*Exceptio non adimpleti contractus*)<sup>5</sup>.

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;*

---

<sup>5</sup> El Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A en sentencia del 30 de enero de 2013, Radicación número: 20001- 23-31-000-2000-01310-01(24217), C.P (E) Danilo Rojas Betancourth, dijo: "El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual "la mora de uno purga la mora del otro", consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.



**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.

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 Estado<sup>6</sup>, 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;

<sup>6</sup> 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)



13-001-23-31-000-2008-00713-00

- 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 incurso 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)<sup>7</sup>.

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

**ARTICULO 1746. <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>.** *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*  
*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

## 5.5 CASO CONCRETO

### 5.5.1 Hechos relevantes probados:

- Contrato se suministró<sup>8</sup> de medicamentos suscrito por el Departamento de Bolívar y la Fundación Trabajar por Bolívar, de fecha 23 de noviembre de 2007, el cual tenía como fundamentos, y condiciones las siguientes:

<sup>7</sup> 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)

<sup>8</sup> Folio 33-35 cdno 1 (fl. 33-52)



En las consideraciones se expuso que:

*CONSIDERACIONES: 1-) Que el Gobernador de Bolívar mediante **el Decreto 391 de junio 28 de 2007** declaro la urgencia manifiesta en el Departamos de Bolívar con el fin de conjurar la problemática social; que se ha generado con ocasión de la calamidad pública causada por la fuerte ola invernal. 2) Que dicho decreto estableció que las acciones realizadas por el departamento de Bolívar para continuar en los procesos de atención, rehabilitación de las familias afectadas y de la reconstrucción y reparación de la infraestructura averiada, deben someterse a la normatividad especial sobre el manejo de emergencias y llevarse a cabo bajo la coordinación del comité regional de prevención y atención de desastres departamental y para tal efecto se elaboró el Plan de Acción específico de acuerdo con los lineamientos dados en el plan nacional ^ atención de desastres de conformidad con los decretos 919 de 1989 y 93 1998 - 3)Que mediante comprobante de ingreso de almacén No. 204 de fecha 25 de julio del 2007 se reciben los medicamentos e insumos para la atención a la población de los municipios altamente afectados por la ola invernal suministrados por la firma fundación trabajar por Colombia. - 4) Que, para atender el objeto de la presente contratación, se acogió la propuesta presentada por, la FUNDACIÓN TRABAJAR POR criterios y principios de selección objetiva que prevé la Ley 80/93 (...)*<sup>9</sup>

**CLAUSULA PRIMERA-OBJETO:** Suministrar drogas y medicamentos para atender a la población afectada por la ola invernal en los municipios del Departamento de Bolívar, de conformidad al comprobante de ingreso de almacén No. 204 del 25 de julio del 2007. 6) Que el Departamento previa verificación del SICE se establecieron que los precios objeto del presente contrato se encuentran ajustados a este sistema de información y/o a los precios del mercado, tal como lo hace constar la secretaria de salud mediante certificación expedida por el secretario de salud de fecha noviembre 22 del 2007. **CLAUSULA SEGUNDA - VALOR:** El valor del presente contrato es de QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M.CTE (\$556.000.000.00), en los cuales se incluyen todos los costos relacionados con el objeto del contrato y otros gastos que se ocasionen. **CLAUSULA TERCERA - FORMA DE PAGO:** El Departamento de Bolívar- Secretaria de Salud Departamental pagará al contratista la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M.CTE (\$556.000.000.00) una vez perfeccionado y legalizado el presente contrato, después de aprobada la Póliza de garantía por Departamento de Bolívar y luego de la entrega de los medicamentos por parte del proveedor y recibido a satisfacción por el Interventor asignado para supervisar el contrato, anexo a la cuenta de cobro respectiva, **CLAUSULA CUARTA IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL:** El cumplimiento de la obligación de pago al contratista, se subordina a la disponibilidad presupuestal correspondiente a la vigencia 2007, Rubros: Gasto de Emergencia Ola Invernal Código 2231110056000313, según Certificado de Disponibilidad No. 5638 expedido el 29 de Octubre de 2.007, por el Asesor de la Unidad de Presupuesto del Departamento de Bolívar. **CLAUSULA QUINTA TERMINO:** El presente contrato tendrá una vigencia de un (1) meses<sup>10</sup>.

- Factura de venta No. G- 1815 del 30 de noviembre de 2007, del pago de la publicación del contrato de suministro de medicamentos celebrado entre la el Departamento de Bolívar suscribió con la Fundación Trabajar por Colombia, por valor de \$556.000.000, de fecha 23 de noviembre de 2007<sup>11</sup>.
- Póliza de seguro de cumplimiento No. 3500001041601, expedida por Agrícola de Seguros, emitida el 29 de noviembre de 2007, por el plazo de 5 meses, en la cual se ampara el contrato de suministro de medicamentos celebrado entre la el Departamento de Bolívar suscribió con la Fundación Trabajar por Colombia, por concepto de cumplimiento del contrato<sup>12</sup>. La misma

<sup>9</sup> Folio 33 cdno 1 (fl. 33)

<sup>10</sup> Folio 44 cdno 1 (fl. 52)

<sup>11</sup> Folio 36 cdno 1 (fl. 36)

<sup>12</sup> Folio 37 cdno 1 (fl. 38)



se encuentra aprobada por la autoridad contratante el 29 de noviembre de 2007.

- Comprobante de ingreso a Almacén No. 204 del 25 de julio de 2007, en el que la señora Lunela Palis Viana da cuenta del recibo de la mercancía constituida por medicamento “de la emergencia y desastre” entregados por la Fundación Trabajar por Colombia<sup>13</sup>.
- Factura de venta N° 0007, por la suma de \$ 556.000.000, presentada por la Fundación Trabajar por Colombia al Departamento de Bolívar, referente a los medicamentos contratados<sup>14</sup>.
- Certificado emitido el 25 de julio de 2007, por la Coordinadora del Programa de Emergencias y Desastres de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, señora Betty Mercado Barrios, en el que hace constar el recibo a satisfacción de los productos compradas a la Fundación Trabajar por Colombia<sup>15</sup>.
- Registro presupuestal No. 6690 del 17 de diciembre de 2007, en el que figura como beneficiario Fundación Trabajar por Colombia, para “*compra de medicamentos, insumos y sueros antiofídicos para atender en salud a la población afectada por la ola invernal en el Dpto de Bolívar*”, por valor de 556.000.000<sup>16</sup>.
- Certificado de existencia y representación de la Fundación Trabajar por Colombia, el cual se encuentra incompleto, por lo que del mismo no es posible verificar cual es el objeto de la entidad, ni las facultades del representante legal<sup>17</sup>.
- Consulta de registro de precios temporal de los medicamentos a adquirir, realizado en la plataforma SICE, con su respectivo certificado, en el que se advierte la fecha de registro de la información con el contratista el 22 de noviembre de 2007<sup>18</sup>
- Estudio de conveniencia y oportunidad para la contratación del suministro de medicamentos, insumos y suero antiofídico para atender salud a la población afectada por la ola invernal en el Departamento de Bolívar; en dicho documento se indica la necesidad de contratar los elementos mencionados para atender a la población que ha sufrido con las inundaciones de la ola

<sup>13</sup> Folio 40-43 cdno 1 (fl. 44-50)

<sup>14</sup> Folio 45-49 cdno 1 (fl. 53-61)

<sup>15</sup> Folio 50 cdno 1 (fl. 62)

<sup>16</sup> Folio 51 cdno 1 (fl. 64 dig)

<sup>17</sup> Folio 52-55 cdno 1 (fl. 66-70)

<sup>18</sup> Folio 56-159 y 169-228 cdno 1 (fl. 72-276 y 287-413)



13-001-23-31-000-2008-00713-00

invernal. Que el contrato se ejecutaría en 30 días, el valor estimado sería de \$556.000.000, y en el perfil se estipuló que el contratista debía ser una persona natural o jurídica con experiencia demostrada en el suministro de medicamentos, insumos y suero antiofídico para entidades del Estado y particulares<sup>19</sup>.

- Certificado emitido el 23 de noviembre de 2007, por el Secretario de Salud del Departamento, en el que hace constar que los precios ofrecidos por la Fundación Trabajar por Colombia para adquisición de los medicamentos y suero antiofídico, se ajustan a los precios de mercado<sup>20</sup>.

- Documentos entregados por el contratista interesado – Fundación Trabajar por Colombia – para acceder a la contratación: RUT de la Fundación Trabajar por Colombia<sup>21</sup>; Certificado del 29 de octubre de 2007, donde consta que, ni la Fundación Trabajar por Colombia, ni el señor Álvaro Atencia, figuran como responsables fiscales<sup>22</sup>; Certificado del 26 de octubre de 2007, donde consta que, el señor Álvaro Atencia, no figura con sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación<sup>23</sup>.

- Concepto técnico y económico previo para la celebración de un contrato de suministro de medicamentos, insumos y suero antiofídico para atender en salud a la población afectada por la ola invernal en el Departamento de Bolívar, de fecha 23 de noviembre de 2007<sup>24</sup>.

- 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*"<sup>25</sup>.

Se hace constar que el contrato de la referencia 383/07 para la compra de medicamentos no hace parte de los hechos por los cuales se condenó a las señoras mencionadas

<sup>19</sup> Folio 160-164 cdno 1 (fl. 278-285)

<sup>20</sup> Folio 229 cdno 1 (fl. 415)

<sup>21</sup> Folio 231 cdno 1 (fl. 418)

<sup>22</sup> Folio 232 y 236 cdno 1 (fl. 420 y 428)

<sup>23</sup> Folio 231 cdno 1 (fl. 422)

<sup>24</sup> Folio 241-242 cdno 1 (fl. 437-439)

<sup>25</sup> Folio 316-353 cdno 1 y 2 (fl. 252-273 y 1-16)

13-001-23-31-000-2008-00713-00

- 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<sup>26</sup>, por los contratos suscritos en los años 2007, 2008 y 2009.
- Cotización emitida por la empresa Olímpica frente a los precios de algunos de los medicamentos comprados con el contrato bajo estudio, entre los años 2006-2008 (promedio)<sup>27</sup>.
- Oficios del 18 de junio de 2009, emitido por la Contraloría Departamental de Bolívar, en función de advertencia, por los contratos 380, 384, 385 y 386; así como la indagación preliminar del proceso de responsabilidad fiscal por el contrato 380/07 de la urgencia manifiesta en Bolívar<sup>28</sup>.
- Testimonio rendido por el Dr. EDGAR RAFAEL LARIOS REDONDO<sup>29</sup>, quien manifestó haberse desempeñado en el cargo de Coordinador de Comité Departamental del Atención y Prevención de Desastres, en el año 2007, sin embargo, indicó que para el momento de los hechos había sido encargado de la Alcaldía del Municipio de Tiquicio, por ausencia del titular, y solo hasta el 2 de enero de 2008 retornó a la oficina; por lo que no tenía conocimiento de lo acontecido directamente con la contratación para atender la emergencia de diciembre de 2007.
- Decreto 690 del 13 de diciembre de 2007, por medio del cual el Gobernador de Bolívar declaró la urgencia manifiesta por la ola invernal<sup>30</sup>.
- Resolución 33 del 5 de diciembre de 2007, por medio de la cual se realizó la declaratoria de situación de calamidad pública en el Departamento de Bolívar y se reconoce afectación en varios Municipio; y la Resolución 36 del 12 de diciembre de 2007, por medio de la cual se adiciona el artículo 1 del acto administrativo anterior<sup>31</sup>.
- 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 Bolívar, del 5 de diciembre de 2007<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Folio 460-496 cdno 2 (fl. 106-177)

<sup>27</sup> Folio 497-501 cdno 1 (fl. 178-182)

<sup>28</sup> Folio 522-536 y CD cdno 1 (fl. 203-210)

<sup>29</sup> Folio 583-584 cdno 3 (fl. 11-13)

<sup>30</sup> Folio 585-587 cdno 3 (fl. 15-16)

<sup>31</sup> Folio 594-597 cdno 3 (fl. 23-26)

<sup>32</sup> Folio 588-590 cdno 3 (fl. 17-20)

- Acta de reunión extraordinaria del comité departamental para la prevención y atención de desastres de Bolívar, del 6 de diciembre de 2007<sup>33</sup>.
- Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia<sup>34</sup> 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

En el caso bajo estudio de demanda la nulidad absoluta del contrato suscrito entre el Departamento de Bolívar y la Fundación Trabajar por Colombia el **23 de noviembre de 2007**; o, en su defecto, que se declare el incumplimiento del mismo.

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

La parte accionada estuvo representada por curador ad litem por lo que este solamente indicó que no le constaban los hechos.

Así las cosas, para efectos de resolver el problema jurídico planteado por la entidad actora, encuentra esta Corporación que, en el contrato de marras se consideró lo siguiente:

*CONSIDERACIONES: 1-) Que el Gobernador de Bolívar mediante **el Decreto 391 de junio 28 de 2007** declaro la urgencia manifiesta en el Departamos de Bolívar con el fin de conjurar la problemática social; que se ha generado con ocasión de la calamidad pública causada por la fuerte ola invernal. 2) Que dicho decreto estableció que las acciones realizadas por el departamento de Bolívar para continuar en los procesos de atención, rehabilitación de las familias afectadas y de la reconstrucción y reparación de la infraestructura averiada, deben someterse a la normatividad especial sobre el manejo de emergencias y llevarse a cabo bajo la coordinación del comité regional de prevención y atención de desastres departamental y para tal efecto se elaboró el Plan de Acción específico de acuerdo con los lineamientos dados en el plan nacional atención de desastres de conformidad con los decretos 919 de 1989 y 93 1998 - 3)Que mediante comprobante de ingreso de almacén No. 204 de fecha 25 de julio del 2007 se reciben los medicamentos e insumos para la atención a la población*

<sup>33</sup> Folio 591-593 y 612-614 cdno 3 (fl. 22-22)

<sup>34</sup> Folio 430-663 cdno 3 (fl. 85-118)

13-001-23-31-000-2008-00713-00

de los municipios altamente afectados por la ola invernal suministrados por la firma fundación trabajar por Colombia. - 4) Que, para atender el objeto de la presente contratación, se acogió la propuesta presentada por, la FUNDACIÓN TRABAJAR POR criterios y principios de selección objetiva que prevé la Ley 80/93 (...)<sup>35</sup>

Conforme con lo expuesto, se tiene que, este negocio jurídico tiene como fundamento la declaratoria de urgencia manifiesta realizada mediante Decreto 391 de junio de 2007, el cual no fue traído al proceso; de igual manera, el mismo tiene por finalidad formalizar la ejecución de un contrato adelantado en ese mes, para el suministro de medicamento, bajo las siguientes condiciones:

**CLAUSULA PRIMERA-OBJETO:** Suministrar drogas y medicamentos para atender a la población afectada por la ola invernal en los municipios del Departamento de Bolívar, de conformidad al comprobante de ingreso de almacén No. 204 del 25 de julio del 2007. 6) Que el Departamento previa verificación del SICE se establecieron que los precios objeto del presente contrato se encuentran ajustados a este sistema de información y/o a los precios del mercado, tal como lo hace constar la secretaria de salud mediante certificación expedida por el secretario de salud de fecha noviembre 22 del 2007. **CLAUSULA SEGUNDA - VALOR:** El valor del presente contrato es de QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M.CTE (\$556.000.000.00), en los cuales se incluyen todos los costos relacionados con el objeto del contrato y otros gastos que se ocasionen. **CLAUSULA TERCERA - FORMA DE PAGO:** El Departamento de Bolívar- Secretaria de Salud Departamental pagará al contratista la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M.CTE (\$556.000.000.00) una vez perfeccionado y legalizado el presente contrato, después de aprobada la Póliza de garantía por Departamento de Bolívar y luego de la entrega de los medicamentos por parte del proveedor y recibido a satisfacción por el Interventor asignado para supervisar el contrato, anexo a la cuenta de cobro respectiva, **CLAUSULA CUARTA IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL:** El cumplimiento de la obligación de pago al contratista, se subordina a la disponibilidad presupuestal correspondiente a la vigencia 2007, Rubros: Gasto de Emergencia Ola Invernal Código 2231110056000313, según Certificado de Disponibilidad No. 5638 expedido el 29 de Octubre de 2.007, por el Asesor de la Unidad de Presupuesto del Departamento de Bolívar. **CLAUSULA QUINTA TERMINO:** El presente contrato tendrá una vigencia de un (1) meses<sup>36</sup>.

Así las cosas, en el proceso consta el **comprobante de ingreso a Almacén No. 204 del 25 de julio de 2007**, en el que la señora Lunela Palis Viana da cuenta de la recepción de la mercancía constituida por medicamento “de la emergencia y desastre” entregados por la Fundación Trabajar por Colombia<sup>37</sup>. De igual manera, se encuentra el certificado emitido el **25 de julio de 2007**, por la Coordinadora del Programa de Emergencias y Desastres de la Secretaria de Salud Departamental de Bolivar, señora Betty Mercado Barrios, en el que hace constar el recibo a satisfacción de los productos compradas a la Fundación Trabajar por Colombia<sup>38</sup>.

Que, para efectos de la legalización de la ejecución anterior, se expidió el estudio de conveniencia y oportunidad para la contratación del suministro de medicamentos, insumos y suero antiofídico para atender salud a la población afectada por la ola invernal en el Departamento de Bolívar; en dicho

<sup>35</sup> Folio 33 cdno 1 (fl. 33)

<sup>36</sup> Folio 44 cdno 1 (fl. 52)

<sup>37</sup> Folio 40-43 cdno 1 (fl. 44-50)

<sup>38</sup> Folio 50 cdno 1 (fl. 62)

documento se indica la necesidad de contratar los elementos mencionados para atender a la población que ha sufrido con las inundaciones de la ola invernal. Que el contrato se ejecutaría en 30 días, el valor estimado sería de \$556.000.000, y en **el perfil se estipuló que el contratista debía ser una persona natural o jurídica con experiencia demostrada en el suministro de medicamentos**, insumos y suero antiofídico para entidades del Estado y particulares<sup>39</sup>.

Adicionalmente, se emitió un concepto técnico y económico<sup>40</sup>, un certificado del **23 de noviembre de 2007**, en el que el Secretario de Salud del Departamento, hace constar que los precios ofrecidos por la Fundación Trabajar por Colombia para adquisición de los medicamentos se ajustan a los precios de mercado<sup>41</sup> y se consultó el registro de precios temporal, en la plataforma SICE, de los medicamentos a adquirir, el **22 de noviembre de 2007**<sup>42</sup>

Con la **factura de venta N° 0007 del 26 de noviembre de 2007**, presentada por la Fundación Trabajar por Colombia al Departamento de Bolívar, se realizó el cobro de la suma de \$ 556.000.000, referente a los medicamentos contratados<sup>43</sup>.

Por último, se expidió el **Registro presupuestal No. 5638 del 17 de diciembre de 2007**, por valor de 556.000.000<sup>44</sup> y se aprobó la póliza de seguro de cumplimiento No. 3500001041601, prestada por Agrícola de Seguros el 29 de noviembre de 2007<sup>45</sup>.

En el proceso no hay constancia de pago de las sumas anteriores.

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

José Luis Benavides<sup>46</sup>, expone que, en nuestro sistema, se define el contrato como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (C.C., artículo 1495); lo que lleva a concebir su objeto como la o las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer (C.C., artículo 1517). En ese sentido, el objeto corresponde al contenido de la obligación a la que se comprometen las partes, esto es, la o las prestaciones convenidas.

<sup>39</sup> Folio 160-164 cdno 1 (fl. 278-285)

<sup>40</sup> Folio 241-242 cdno 1 (fl. 437-439)

<sup>41</sup> Folio 229 cdno 1 (fl. 415)

<sup>42</sup> Folio 56-159 y 169-228 cdno 1 (fl. 72-276 y 287-413)

<sup>43</sup> Folio 45-49 cdno 1 (fl. 53-61)

<sup>44</sup> Folio 51 cdno 1 (fl. 64 dig)

<sup>45</sup> Folio 37 cdno 1 (fl. 38)

<sup>46</sup> BENAVIDES, José Luis. Identificación de las nulidades en los contratos estatales en Colombia. Revista digital de derecho administrativo No. 25, primer semestre de 2021 PP. 55-107



13-001-23-31-000-2008-00713-00

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

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

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

*Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que solo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia<sup>47</sup>.*

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

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

**En efecto, la violación de tales principios o fundamentos de orden constitucional que, técnicamente han sido entronizados como normas positivas de carácter imperativo, conduce a que el acto jurídico nazca viciado de objeto ilícito, en la medida en que, en los términos del artículo 1519 del Código Civil “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” y, desde luego, el desconocimiento de los cimientos de la función administrativa se ubica, precisamente en esta causal de nulidad absoluta y, por ende, insubsanable<sup>48</sup>.**

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

<sup>47</sup> Consejo de Estado, sentencia del 04/06/2015, exp. 37.566. Reiterado por la Sección Tercera, Subsección C en la sent. 10/12/2015, exp. 51.489.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, sentencia 27/05/2015, exp. 30.690.

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

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

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe *“edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”*<sup>49</sup>.

En consecuencia, con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993<sup>50</sup>, de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.

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

<sup>49</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

<sup>50</sup> Para la época de suscripción de los contratos que nos convocan, el artículo 24 disponía: *“1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)”*. El mismo fue después subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, modificado por el Decreto 62 de 1996, y posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007.



13-001-23-31-000-2008-00713-00

*así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”<sup>51</sup>.*

Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos, cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que *“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”<sup>52</sup>.*

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”<sup>53</sup>.* En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, *“las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.*

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

<sup>51</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390)

<sup>52</sup> Decreto 855 de 1994, art. 2º.

<sup>53</sup> Ibídem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.



13-001-23-31-000-2008-00713-00

Descendiendo al caso concreto, encuentra este Tribunal que, las disposiciones anteriores son aplicables al negocio jurídico estudiado en el asunto, como quiera que se trata de una contratación directa adelantada en virtud de una situación de calamidad pública, declarada a través del Decreto 391 de junio 28 de 2007, según se aduce en el mismo contrato (pues no se trajo el Decreto al proceso)<sup>54</sup>.

Como ya se mencionó en otros acápite de esta providencia, el Departamento de Bolívar suscribió un contrato con la Fundación Trabajar por Colombia con el objeto de que esta última le suministrara las drogas y medicamentos para atender a la población afectada por la ola invernal en los municipios del Departamento de Bolívar, de conformidad al comprobante de ingreso de almacén No. 204 del 25 de julio del 2007<sup>55</sup>.

En este punto es relevante indicar que, los artículos 41 a 43 de la Ley 80 de 1993 permiten que, en el marco de una urgencia manifiesta, se proceda con la contratación directa de los servicios o adquisición de bienes que se necesiten para atender la misma, prescindiéndose de la formalidad de realizar el contrato escrito e, incluso, del acuerdo del precio (cuando la urgencia lo amerite); no obstante, las normas en cita exponen que deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

Así las cosas, lo que se observa del contrato de marras, es que este era la legalización de la actuación surtida en la emergencia de junio de 2007; puesto que, de acuerdo con el comprobante de ingreso de almacén No. 204 del 25 de julio del 2007, se constataba que, al parecer, la Fundación Trabajar por Colombia había entregado al Departamento de Bolívar unos medicamentos.

Ahora bien, echa de menos en este Tribunal, que en el expediente contractual repose la autorización u orden de servicios de que trata el artículo 41 de la Ley 80/93, dada por el Departamento de Bolívar a Fundación Trabajar por Colombia, en el momento en el que se generó la situación de calamidad que obligó a la declaratoria de urgencia manifiesta y a la ejecución del contrato en la forma ya descrita.

De otro lado, se tiene que, de acuerdo de las pruebas, se tiene que es en el mes de noviembre cuando se inician los trámites para formalizar el contrato que ya se había "ejecutado" en junio y julio de 2007; encontrándose que, el

<sup>54</sup> Folio 33 cdno 1 (fl. 33)

<sup>55</sup> Tetanol, conocido como vacuna antitetánica.

[https://www.invima.gov.co/documents/20143/453029/RS\\_4\\_Vacunas\\_Abril\\_2016.pdf/5342851f-4ee6-7930-0261-5a14621764fd?t=1541002933452](https://www.invima.gov.co/documents/20143/453029/RS_4_Vacunas_Abril_2016.pdf/5342851f-4ee6-7930-0261-5a14621764fd?t=1541002933452)

<http://pedia-gess.com/archivos1.pdf/Tetanol.pdf>

Departamento de Bolívar expidió un estudio de conveniencia y oportunidad<sup>56</sup> en el que se indicó que el contratista debía ser una persona natural o jurídica con experiencia demostrada en el suministro de medicamentos, insumos y suero antiofídico para entidades del Estado y particulares<sup>57</sup>.

El anterior, es el único referente que se tiene sobre las calidades o requisitos del contratista; advirtiéndose que la Fundación Trabajar por Colombia solo allegó: RUT de la Fundación Trabajar por Colombia<sup>58</sup>; Certificado del 29 de octubre de 2007, donde consta que, ni la Fundación Trabajar por Colombia, ni el señor Álvaro Atencia, figuran como responsables fiscales<sup>59</sup>; Certificado del 26 de octubre de 2007, donde consta que, el señor Álvaro Atencia, figuran con sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación<sup>60</sup> y cámara de comercio en el que se indica que la fundación tiene entre su objeto la venta de medicamentos<sup>61</sup>.

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

Así las cosas, se tiene que, conforme con el certificado de existencia y representación de la Fundación Trabajar por Colombia, se tiene que el objeto social de esta es<sup>62</sup>:

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

<sup>56</sup> Folio 92-93 cdno 1 (fl. 139-141)

<sup>57</sup> Folio 160-164 cdno 1 (fl. 278-285)

<sup>58</sup> Folio 239 cdno 1 (fl. 418)

<sup>59</sup> Folio 232 y 236 cdno 1 (fl. 420 y 428)

<sup>60</sup> Folio 231 cdno 1 (fl. 422)

<sup>61</sup> Folio 52-55 cdno 1 (fl. 66-70)

<sup>62</sup> Folio 43-46 cdno 1 (fl. 44-51)



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



13-001-23-31-000-2008-00713-00

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



13-001-23-31-000-2008-00713-00

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. **Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración.** La expedición del Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración expedido por el INVIMA (...)<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Para ampliar sobre el tema se puede consultar la Resolución No. 010911 del 25 de noviembre de 1992, por medio del cual se determinan los requisitos para apertura y traslado, de las Droguerías o Farmacias Droguerías.

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

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

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

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

Resulta incomprensible que el Departamento de Bolívar no hubiera verificado el cumplimiento de los requisitos legales para contratar la compra de medicamentos. En ese sentido, las pruebas que reposan en el proceso demuestran que el Departamento no verificó si la Fundación invitada reunía la autorización legal para la comercialización del producto; y menos aún, se pidió algún tipo de constancia que permitiera verificar que los medicamentos e insumos comprados pudieran ser comercializados y reunieran los requisitos de calidad para su uso en personas.

Así las cosas, encuentra la Sala que las omisiones anteriores afectan gravemente el principio de transparencia, y de selección objetiva, en la

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

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

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

#### **(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 tuvo por objeto la adquisición de medicamentos e insumos médicos por parte del Departamento de Bolívar, empero, en la demanda se indicó que, en realidad, dichos insumos nunca

fueron almacenados o entregados en las condiciones que dispuso el contrato, es decir, que el contrato nunca se cumplió.

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

Esta situación, permite concluir que, efectivamente, el objeto del contrato no se cumplió puesto que las medicinas contratadas nunca fueron entregadas al Departamento de Bolívar, ni estuvieron en custodia de este<sup>64</sup>.

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.

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

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

---

<sup>64</sup> Folio 475-508 cdno 3 (fl. 85-118)



13-001-23-31-000-2008-00713-00

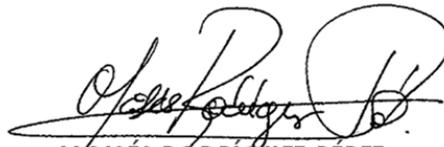
**SEGUNDO: DECLÁRASE** que no el Departamento de Bolívar no está obligado al reconocimiento y pago de ninguna la prestación, por concepto del contrato de la referencia.

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

**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