

Compartido por:



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 880012333000201900020 01 (66.102)
Demandante: Unión Temporal IE Flowers Hill
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: — CONTRATO ESTATAL – regido por el Estatuto General de la Contratación Pública / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – por objeto, causa ilícita y desviación de poder / RESTITUCIONES MUTUAS – se reconocen solo si se acredita el beneficio recibido por la administración con la ejecución del acuerdo declarado nulo

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia mediante la cual se declaró de oficio la nulidad del contrato No. 1190 de 2013.

El objeto de la controversia en esta instancia tiene por fin determinar si se configuró un vicio de nulidad absoluta respecto del contrato en torno al cual versa el litigio.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión proferida el 3 de febrero de 2020 por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la cual decidió:

“PRIMERO: DECLÁRASE fundado el impedimento manifestado por la Dra. Noemí Carreño Corpus. Consecuencialmente, se le declara separada del conocimiento del presente proceso.

SEGUNDO: DECLÁRANSE probadas las excepciones planteadas por la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: DECLÁRASE de oficio la nulidad absoluta del contrato de obra pública No. 1190 de 2013, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

QUINTO: No hay lugar a condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente dejando las anotaciones del caso. Devuélvase al interesado el remanente de los dineros consignados para gastos del proceso; y archívese una copia de esta providencia en los copiadore de este Tribunal.”¹.

2. La providencia cuestionada resolvió la demanda cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son los siguientes.

Pretensiones

3. El 24 de mayo de 2019², la Unión Temporal I.E. Flowers Hill³ (en adelante la demandante, la unión temporal o UT) presentó demanda contra el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (en adelante el departamento o la entidad), con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe como obra en el texto original):

“1.- Declarar que el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA incumplió la obligación de liquidar el Contrato de Obra Pública 1190 de 2013, cuyo objeto es la ‘Reconstrucción y ampliación de la Institución Educativa Flowers Hill en San Andrés Isla’ y adeuda el pago de las obras realizadas y recibidas a satisfacción a favor de la UNIÓN TEMPORAL I.E. FLOWERS HILL por un valor de MIL DOSCIENTOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL CIENTO OCHENTA Y UN PESOS M.L. (\$1.205’940.181).

2.- Realizar la liquidación Judicial del Contrato de Obra Pública 1190 de 2013, cuyo objeto es ... con fundamento en el Acta N° 15 (de recibo final de obras) del 11 de septiembre de 2017.

3.- Ordenar al DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA el Pago de (sic) pendiente de conformidad con el Acta N° 15 (de recibo final de obras) del 11 de septiembre de 2017, a la UNION TEMPORAL I.E. FLOWERS HILL por un valor de MIL DOSCIENTOS CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL CIENTO OCHENTA Y UN PESOS (\$1.205’940.181) correspondiente al Contrato de Obra Pública 1190 de 2013, cuyo objeto es la ‘Reconstrucción y ampliación de la Institución Educativa Flowers Hill en San Andrés Isla’.

4.- ORDENAR el pago de todos los intereses de mora y demás emolumentos dejados de percibir, comprendido el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la presentación de la demanda, los cuales deberán liquidarse, desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, y hasta el día en que se profiera el fallo en el presente proceso.

5.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el CPACA y se reajustará en su valor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo, tomando como base para su liquidación la variación del índice de precios al consumidor.

¹ Folios 390 a 391 del cuaderno principal.

² Folio 249 del cuaderno 2.

³ Integrada por Fernando León Díez Cardona, con una participación de 90% y Mauricio José Rodríguez Cotua, con una participación del 10% (Fl. 13, c. 1).

6. Condénese al DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA al pago de las costas y gastos del proceso”⁴.

Hechos

4. La unión temporal y el departamento suscribieron el contrato de obra No. 1190 de 2013, cuyo objeto consistió en la *“reconstrucción y ampliación de la Institución Educativa Flowers Hill en San Andrés Isla”* ⁵, por un valor de \$7.206’993.998 y un término de 12 meses que culminaría el 27 de febrero de 2015; sin embargo, en virtud de varias prórrogas y suspensiones, el plazo se amplió hasta el 25 de mayo de 2017.

5. La labor contratada se ejecutó en un 100%. En el acta No. 15 del 11 de septiembre de 2017 de recibo final de la obra se consignó que el valor final ascendió a \$11.174’218.313 y que quedaba un saldo a favor de la unión temporal de \$1.205’940.181.

6. En virtud del saldo adeudado a la finalización de la obra, la contratista emitió la factura No. 15 del 15 de diciembre de 2017, por el monto de \$1.205’940.181, sin que la contratante la pagara.

7. Pese a múltiples comunicaciones que la unión temporal le envió al departamento con el propósito de obtener el pago de la referida factura⁶, éste se abstuvo de cumplir la obligación de pago y no realizó la liquidación del contrato.

Fundamentos de derecho

8. El departamento incumplió sus compromisos contractuales, al no pagar la factura No. 15 del 15 de diciembre de 2017, por el monto de \$1.205’940.181 y abstenerse de liquidar el contrato No. 1190 de 2013.

9. Conforme a lo prescrito en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, el contratista está habilitado para solicitar la liquidación judicial del contrato y el reconocimiento de los saldos debidos.

Contestación de la demanda

10. El departamento se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamento arguyó que el contrato No. 1190 de 2013 y el adicional del 14 de marzo de 2017 fueron el resultado de un acuerdo ejecutado desde 2011, con la finalidad de cometer delitos contra la administración pública.

⁴ Folio 8 del cuaderno 1.

⁵ Folio 2 del cuaderno 1.

⁶ Referenció los escritos del 7 y del 26 de febrero de 2019.

11. El señor Fernando León Diez Cardona, integrante de la unión temporal, se acogió al principio de oportunidad con la Fiscalía General de la Nación, tras dar cuenta de la comisión de hechos delictivos relacionados con la celebración del negocio jurídico en el que se fundan las pretensiones de la demanda. Asimismo, el ex gobernador del departamento, Ronald Housni Jaller y la Fiscalía General de la Nación celebraron un preacuerdo relativo a la celebración del contrato.

12. El departamento resultó afectado por más de \$12.000'000.000 por la celebración irregular de contratos, entre ellos, el 1190 de 2013, razón suficiente para abstenerse de pagar la factura No. 15 que le fue presentada; circunstancia de la que dan cuenta los siguientes procesos penales: (i) 63001600887720180009, (ii) 110016000102201900153, (iii) 110016000102018003500, y (iv) 110016000102201700348.

13. Formuló los medios exceptivos de *buena fe*, toda vez que “*las autoridades encargadas de emitir los actos administrativos demandados han obrado bajo [ese] principio*”⁷ e *improcedencia de la liquidación del contrato por ser un objeto ilícito*, por cuanto a la entidad no le corresponde liquidar un contrato que se originó en el actuar delictivo.

Alegatos en primera instancia

14. Surtido el debate probatorio⁸, en el término para alegar de conclusión, la demandante señaló que el contrato No. 1190 de 2013 no adolece de vicio. Agregó que la demandada no probó los argumentos de su defensa.

15. El departamento y el Ministerio Público guardaron silencio.

Fundamentos de la providencia recurrida

16. El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró la nulidad absoluta del contrato No. 1190 de 2013, por causa ilícita y desviación de poder.

17. Para tomar su decisión se fundó en la evidencia que ofrece el preacuerdo del 22 de mayo de 2019, suscrito entre el ex gobernador del departamento y la Fiscalía General de la Nación, que da cuenta de que en su adjudicación y celebración mediaron intereses diversos al propósito de la contratación estatal.

18. Negó las restituciones mutuas, con fundamento en que no se acreditó que la entidad se hubiere beneficiado de la ejecución del contrato, en la medida que no

⁷ Folio 269 del cuaderno 2.

⁸ En la audiencia inicial del 27 de noviembre de 2019, el Tribunal incorporó como pruebas los medios documentales aportados con la demanda -folios 14 a 199 del cuaderno 1 y 200 a 248 del cuaderno 2- y en la contestación de ésta -folios 275 a 319 del cuaderno 2-; asimismo y dado que las partes no solicitaron la práctica de pruebas adicionales, en esa misma diligencia, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto, esta decisión quedó notificada en estrados (folios 340 a 352 del cuaderno 2).

se aportaron pruebas que demostraran el alcance del trabajo realizado, pues el acta de recibo No. 15 de 2017 se limita a referir las actividades que se ejecutaron en la institución educativa, sin acreditar el monto de las prestaciones ejecutadas.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

19. La demandante impugnó el fallo de primer grado, con el fin de que sea revocado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones. Como sustento de su inconformidad expresó lo que la Sala se permite resumir a continuación.

20. El *a quo* erró al declarar la nulidad del contrato por causa ilícita, toda vez que el preacuerdo referido por el departamento no podía ser tomado como el insumo para dicha determinación, en tanto que en el acápite de pruebas de la contestación de la demanda no se solicitó expresamente que ese documento se tuviera como medio demostrativo.

21. Al justificar la declaratoria de nulidad absoluta, el Tribunal señaló que se configuró un concurso heterogéneo de los tipos penales de peculado por apropiación, cohecho propio e interés ilícito en la celebración de contratos, pese a que en el preacuerdo se hizo una variación en la calificación jurídica, en el sentido de solo imputar al procesado el delito de cohecho propio, razón por la cual no es cierto que el ex gobernador sea responsable de todos esos punibles.

22. El preacuerdo suscrito por el ex gobernador del departamento no tiene el alcance que el *a quo* le otorgó, puesto que constituye un mecanismo judicial para la terminación anticipada del proceso penal cuyos efectos solo se extienden a quienes participan en éste, es decir, sus determinaciones no se desplegaron a los integrantes de la UT. En todo caso, el preacuerdo por parte del referido ex funcionario, al implicar su renuncia al juicio oral, denota que el operador jurídico no realizó un análisis de los hechos sometidos a controversia, puesto que no aconteció el debate probatorio, por lo que la decisión allí advertida no constituye plena prueba que acredite que quienes conforman la UT participaron en la actividad delictiva que se menciona.

23. No se aportaron pruebas que permitan colegir que al momento de la suscripción del contrato se hubiere actuado con abuso o desviación de poder, ni el contenido del preacuerdo referido da lugar a presumir que la UT lo hubiere celebrado en indebida forma ante la ex gobernadora Aury Guerrero Bowie.

24. No es cierto que no se hubiere acreditado el beneficio recibido por la entidad con la ejecución de la obra, en tanto el acta de recibo final del “20 de junio de 2017 (sic)”⁹ sí da cuenta de que se cumplió con el objeto pactado, por cuanto el departamento recibió a entera satisfacción la construcción encargada.

⁹ Folio 399 del cuaderno principal.

Trámite en segunda instancia

25. Al alegar de conclusión en segunda instancia¹⁰, la parte demandante insistió en los argumentos que expuso en su alzada¹¹. La parte demandada se abstuvo de pronunciarse.

26. El Ministerio Público coincide en que el contrato de obra No. 1190 de 2013 está viciado de nulidad absoluta, por causa ilícita y desviación de poder. A su vez, reseña que no se allegó un medio demostrativo idóneo que determine el beneficio recibido por la entidad estatal, dado que no obran pruebas periciales, documentales o siquiera testimoniales sobre el alcance del trabajo realizado¹².

27. En proveído del 19 de febrero de 2024, la Sala, con fundamento en el artículo 213 del CPACA y en aras de dilucidar una serie de circunstancias que rodearon la celebración del contrato de obra pública No. 1190 de 2013, en atención a lo consignado en el preacuerdo suscrito el 22 de mayo de 2019 entre el señor Ronald Housni Jaller –ex gobernador del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina– y la Fiscalía General de la Nación, aportado con la contestación de la demanda, ordenó decretar como pruebas de oficio la sentencias del 8 de julio de 2019, radicación 00082, y del 2 de octubre de esa anualidad, radicación 00124, proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, así como oficiar a dicha Corporación para que remitiera la constancia de ejecutoria de las referidas providencias y copia de las decisiones que aprobaron los preacuerdos que celebraron los señores Ronald Housni Jaller y Aury Guerrero Bowie con la Fiscalía General de la Nación, que dieron lugar a que se dictaran las sentencias dentro de las radicaciones 00082 y 00124.

28. La Secretaría de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema atendió a los requerimientos elevados por esta Sala, mediante la remisión de los documentos solicitados, como consta en los índices 29, 30, 34 y 35 del aplicativo SAMAI.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

29. De conformidad con los reparos que fundamentan la alzada, la Sala encaminará su decisión a establecer si hay lugar a confirmar la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico respecto del cual gira la presente controversia y si procede el reconocimiento de las restituciones mutuas. Si la determinación es negativa, se analizarán las pretensiones formuladas en el libelo introductorio.

¹⁰ En auto del 4 de marzo de 2020, el Tribunal concedió el recurso de apelación –folio 404 del cuaderno principal– y esta Corporación lo admitió en proveído del 5 de octubre de ese año –folio 410 del cuaderno principal–. Luego, el 18 de mayo de 2021, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto –folio 415 del cuaderno principal–.

¹¹ Índice 14 del aplicativo SAMAI.

¹² Índice 15 del aplicativo SAMAI.

30. Empieza la Sala por señalar que no le asiste razón a la demandante al afirmar que el *a quo* no debió valorar el preacuerdo suscrito entre el ex gobernador del departamento, Ronald Housni Jaller, y la Fiscalía General de la Nación por no haber sido relacionado en el acápite de pruebas de la contestación de la demanda.

31. Si bien en ese acápite no se relacionó dicho preacuerdo, lo cierto es que la defensa de la entidad pública se sustentó en ese documento, al que hizo alusión expresa para explicar las razones de su oposición y que adjuntó con la contestación, con la indicación específica de que servía de base para que “se comprendan las circunstancias fácticas que rodearon los hechos expuestos”¹³.

32. Sumado a lo anterior, en la audiencia inicial el Tribunal, al resolver sobre el decreto probatorio, dispuso: “*TÉNGASE como pruebas y DÉSELE el valor correspondiente, a los documentos aportados por las partes*”¹⁴, decisión que incluyó el mencionado preacuerdo, dado que fue allegado oportunamente por el departamento con la contestación de la demanda, decisión que quedó en firme en tanto no fue recurrida.

33. Frente a los cuestionamientos del valor probatorio del preacuerdo, es pertinente poner de presente lo siguiente:

- A través del mismo el sujeto compareciente reconoce su responsabilidad en la comisión de uno o varios tipos penales mediando su renuncia al juicio con el fin de que se dicte sentencia anticipada, a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo, sin que ello signifique una renuncia al poder punitivo por parte del Estado¹⁵. Esta vía o consenso judicial para la abreviación del proceso penal recae sobre los hechos imputados y sus consecuencias, para que el procesado se declare culpable del delito que se le atribuye o de uno relacionado de pena menor, con el fin de que el fiscal elimine de la acusación alguna causal de agravación, un cargo específico o tipifique la conducta de una forma particular con el propósito de rebajar la pena.

- La facultad discrecional que la Constitución y la ley confieren a la Fiscalía General de la Nación para negociar y celebrar preacuerdos debe ejercerse teniendo como propósito el cumplimiento de los fines para los cuales el legislador previó ese mecanismo de justicia consensuada¹⁶ y el respeto de los derechos fundamentales tanto del procesado, como de las víctimas; por ello, el preacuerdo no puede soportarse únicamente en las manifestaciones de las partes, sino que debe estar respaldado en los elementos de prueba o evidencias que den cuenta de los hechos jurídicamente relevantes que lo sustentan¹⁷.

¹³ Folios 268 y 269 del cuaderno 1.

¹⁴ Folio 351 del cuaderno 2.

¹⁵ Sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional.

¹⁶ Código de Procedimiento Penal: “**ARTÍCULO 348. FINALIDADES.** <Artículo **CONDICIONALMENTE** **exequible**> Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso”.

¹⁷ Ídem.

- En línea con lo anterior, los reconocimientos que hace el procesado¹⁸ no carecen de respaldo probatorio en relación con los hechos relevantes del caso, así no se surta la contradicción que es propia de la etapa de juicio¹⁹. La celebración de un preacuerdo no supone que la Fiscalía se desprenda del ejercicio de su función constitucional de adelantar el ejercicio de la acción penal y de investigar los hechos que revisten las características de un delito (art. 250, Constitucional, modificado por el art. 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002). De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal “... *los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”. En ese mismo sentido, el inciso 1º del artículo 350 ídem señala que cuando la Fiscalía y el imputado llegan a un acuerdo sobre los términos de la imputación “*el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación*”, por lo que se ha entendido que las premisas del escrito de acusación son también aplicables al preacuerdo²⁰ que, supone, entre otras cosas, que se cuente con el material demostrativo suficiente para acusar al imputado ante el juez.

34. En estas condiciones, aun cuando es cierto que el preacuerdo que celebró el señor Ronald Housni Jaller con la Fiscalía General de la Nación no supone que se haya surtido la fase de contradicción de las pruebas que soportaban la existencia de las conductas por cuya comisión aceptó responsabilidad, ello no significa que los hechos relevantes en los que se basó carezcan de mérito probatorio, de manera que el contenido de tal documento ofrece serias razones para considerar que en la celebración del contrato No. 1190 de 2013 y sus adicionales se presentaron circunstancias contrarias a la legalidad con proyección sobre su validez.

35. En el preacuerdo del 22 de mayo de 2019, celebrado entre el señor Ronald Housni Jaller –ex gobernador del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina– y la Fiscalía General de la Nación, el primero de los referidos aceptó la comisión de múltiples punibles durante el ejercicio del mencionado cargo de elección popular. En el documento se puso de presente que el objeto de dicha negociación versó respecto de cinco procesos penales que estaban en curso, divididos en cinco hechos jurídicamente relevantes, en donde el referido ex servidor público actuó como sujeto activo y el departamento como sujeto pasivo, por circunstancias ocurridas desde el primer semestre de 2015 y hasta el primer

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁹ “*En los casos de aceptación temprana de la responsabilidad, si bien, como lo prevé el artículo 327, ibídem, no podrá comprometerse la presunción de inocencia del procesado, la carga probatoria del Estado se morigera, precisamente a fin de no obstaculizar esas formas de terminación anticipada de la actuación, por la voluntad libre, consciente y suficientemente informada del procesado, al señalarse que solo procederán “si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría y participación en la conducta y su tipicidad”. Luego, se reitera, es completamente equivocada la pretensión del demandante acerca de la necesidad de un debate o contradicción en juicio relacionado con la suficiencia de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente recolectada, en los que soporta la Fiscalía la imputación o la acusación*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de noviembre de 2018, AP4947-2019, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

²⁰ Sentencia SU-479 de 2019

semestre de 2017. Lo tocante al contrato que dio origen al *sub examine*, fue incluido en el hecho uno (1) de la negociación, respecto del cual se consignó lo siguiente²¹:

“CONCIERTO PARA DELINQUIR

En el Archipiélago de SAN ANDRES, PROVIDENCIA y SANTA CATALINA, por lo menos desde el año 2011 los señores AURY SOCORRO GUERRERO BOWIE, JACK HOUSNI JALLER, HERNÁN MORENO PÉREZ además de otros ciudadanos que se fueron sumando, entre ellos, FERNANDO LEÓN DÍEZ CARDONA, CÉSAR AUGUSTO JAMES BRYAN, ÁNGEL JOSÉ ANGARITA, MAURICIO RODRÍGUEZ COTUA, MAURICIO BOTERO, JUAN CARLOS RESTREPO ÁNGEL y desde el año 2015 RONALD HOUSNI JALLER, se concertaron con la finalidad de cometer delitos indeterminados contra la administración pública.

En el año 2015, HERNÁN MORENO PÉREZ, en compañía de FERNANDO LEÓN DÍEZ y MAURICIO BOTERO, y con la finalidad de mantener la forma en la que se venía contratando, es decir con el compromiso que una vez el Gobernador, HOUSNI JALLER les adjudicaría contratos a través de los cuales los miembros de la organización pudieran recibir el dinero de la Gobernación.

En virtud de este acuerdo, en el segundo semestre de 2015, los contratistas entregaron a RONALD HOUSNI JALLER mil doscientos millones de pesos (\$1.200.000.00 (sic)) destinados a los gastos de su campaña, quien los recibió con el compromiso de continuar entregándoles contratos en lo que además de recuperar la inversión en la campaña, permitirían que el gobernador y su hermano JACK HOUSNI continuaran recibiendo, el diez por ciento del valor de los contratos que pudieran acordar.

(...)

1.2. ADICIONES A CONTRATOS YA EXISTENTES

En desarrollo del acuerdo con los contratistas y el Representante a la Cámara JACK HOUSNI, que venía desde la gobernación anterior. El señor RONALD HOUSNI adicionó, (sic) los contratos de obra que se habían adjudicado por su antecesora AURY GUERRERO BOWIE, a miembros de la organización criminal, adiciones en las que tenía interés, en cuanto a estas le permitían cumplir con los acuerdos de quienes habían apoyado su campaña y la de su hermano, adiciones que ocurrieron de la siguiente manera (en total relacionan la adición de 5 contratos, se destaca sólo el que interesa a este proceso):

No	CONTRATO	OBJETO CONTRATO	FECHA DE LA ADICIÓN	VALOR DE LA ADICIÓN	VALOR DE LO ACORDADO
1	DE OBRA 1190 del 16/DIC/2013 COLEGIO FLOWERS HILL	Reconstrucción y ampliación de la Institución Educativa FLOWERS HILL BILINGUAL SCHOOL en San Andrés Islas	Después de que en junio y noviembre de 2016 adicionara plazos para la ejecución del contrato, el 14 de marzo de 2017 autorizó una adición en valor y plazo	Novcientos sesenta y siete millones doscientos veinticuatro mil trescientos quince pesos con veinte centavos (\$967'224.315 .20)	Noventa y seis millones setecientos veintidós mil cuatrocientos treinta y un mil pesos (\$96.722.431.0 o)

²¹ Folios 277 y 278 del cuaderno 2.

36. El contenido del preacuerdo, acompañado del material probatorio recaudado por la Fiscalía hasta ese momento –y que, se anticipa, fue luego constado en sede de sentencia anticipada– menciona que desde antes de que el señor Ronald Housni Jaller tomara posesión del cargo como gobernador, ya se habían fraguado ilícitos en la celebración de contratos, entre ellos, el No. 1190 de 2013, los cuales se siguieron perpetuando con posterioridad a que el mencionado señor asumiera esa condición.

37. Al celebrar el preacuerdo, el señor Ronald Housni Jaller aceptó su responsabilidad en la comisión de las conductas ilícitas relatadas en ese documento en torno a la celebración de la adición del 14 de marzo de 2017 al contrato No. 1190 de 2013, conductas que fueron tipificadas por la Fiscalía General de la Nación bajo los tipos penales de concierto para delinquir agravado e interés indebido en la celebración de contratos²². Sobre la base de tal reconocimiento, en el preacuerdo se concertó la rebaja de la pena privativa de la libertad –la cual se calculó, en atención al delito más grave por monto y naturaleza de la sanción–, más el reintegro del incremento patrimonial de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004²³, por el monto de \$5.077'239.894²⁴.

38. La gravedad de los hechos de los que da cuenta el preacuerdo y el posible compromiso que representaron para el patrimonio público, impusieron a la Sala la necesidad de ratificar tales circunstancias y, de cara a ello, las results del proceso penal que se adelantó en contra del señor Ronald Housni Jaller por ellos, así como las del proceso penal que por esos mismos supuestos se siguió en contra de la señora Aury Guerrero Bowie, mencionada en el preacuerdo del 22 de mayo de 2019, pruebas que condujeron a confirmar con toda contundencia lo que ya había sido advertido por el Tribunal²⁵.

39. En este punto, es pertinente mencionar que el preacuerdo que celebra el procesado con la Fiscalía pasa por la aprobación o convalidación del juez, quien, si bien no efectúa un control pleno e ilimitado sobre aquél, sí debe verificar que no desconozca o trasgreda límites constitucionales y legales ni las garantías fundamentales de las partes intervinientes. En este ejercicio debe examinar, entre otras cosas, que los hechos en los que se sustente la negociación tengan respaldo en elementos materiales probatorios, evidencia e información recopilada por el ente acusador²⁶.

40. Avalado el acuerdo en esos términos, el juez dicta sentencia anticipada, escenario en el que, aunque no se trata de un juicio igual al que acontece cuando

²² Folios 308 y 309 del cuaderno 2.

²³ "ARTÍCULO 349. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente".

²⁴ Folio 316 del cuaderno 2.

²⁵ Como se reseñó en el numeral 26 de esta providencia.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-479 de 2019. En el mismo sentido se puede consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de septiembre de 2018, SP4191-2018, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

el fallo se emite en desarrollo de la etapa de juicio oral, puede emitir un fallo condenatorio basado en el respaldo demostrativo suficiente que lo soporte.

41. Al examinar el contenido de la sentencia del 8 de julio del 2019 –radicación 00082– proferida por la Sala Especial de Primera instancia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual se condenó a la ex gobernadora del departamento Aury Guerrero Bowie²⁷, como autora responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado, interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio, se observa que esa decisión se adoptó con fundamento en los siguientes supuestos fácticos, respecto de los cuales la acusada aceptó los cargos en un preacuerdo:

(i) A partir de 2011 concertó con algunos contratistas, incluidos Hernán Moreno Pérez y Fernando León Díez Cardona –este último integrante de la UT I.E. Flowers Hill con una participación mayoritaria del 90%²⁸– recibir apoyo económico para su campaña electoral por parte de éstos, a cambio de adjudicarles contratos y éstos a su vez retornarle como contraprestación el 10% del valor de cada contrato adjudicado, a través del Secretario de Gobierno de la entidad;

(ii) En desarrollo de tal acuerdo, la procesada adjudicó nueve (9) contratos a los referidos contratistas y a personas naturales o jurídicas designadas por éstos con violación de los requisitos legales esenciales; y,

(iii) Recibió pagos por la adjudicación de ocho (8) de los referidos contratos, a través de sociedades como Furel S.A. y Constructora Díez Cardona S.A.S.

42. Los contratos adjudicados indebidamente fueron, entre otros (se destacan los que interesan a este proceso)²⁹:

	CONTRATO	OBJETO
1	1190 del 6 de diciembre de 2013, así como el contrato adicional del 22 de septiembre de 2015, por el monto de \$3.000'0000.000	Reconstrucción y ampliación de la Institución Educativa Flowers Hill
2	1217 del 23 de diciembre de 2013	Interventoría de las obras contratadas respecto del Instituto Bolivariano y la Institución Educativa Flowers Hill

43. Al analizar la negociación realizada y los elementos probatorios aportados como soporte de ésta, la Corte concluyó (se transcribe *in extenso* dada su relación con la controversia que se decide):

²⁷ Incorporada al proceso en virtud de lo dispuesto en el auto del 19 de febrero de 2024, visible en el índice 29 del aplicativo SAMAI. Esta providencia, en los términos de la constancia emitida por la Secretaría de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, cobró ejecutoria el 9 de julio de 2019 -índice 35 del aplicativo SAMAI-.

²⁸ Folio 13, c. 1.

²⁹ Folios 4 a 10 de la sentencia del 8 de julio de 2019, radicación 00082, proferida por la Sala Especial de Primera instancia de la Corte Suprema de Justicia.

“En suma, no tiene duda la Sala que de los elementos probatorios ponderados emerge, más allá de toda duda, la materialidad del delito de concierto para delinquir agravado que se concretó mediante la creación de un complejo entramado criminal organizado y promovido por AURY GUERRERO BOWIE, para la manipulación y direccionamiento ilícito de los procesos contractuales y la adjudicación de los mismos en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, que comenzó incluso desde cuando era candidata a la Gobernación y se prolongó durante la administración de ésta.

(...)

Ahora bien, en cuanto al estándar mínimo probatorio necesario para condenar por esta conducta [interés indebido en la celebración de contratos], además de la relación de contratos suscritos entre la Gobernación de San Andrés y los contratistas que financiaron la campaña de la ex-Gobernadora, fruto del acuerdo de marras orientado a apoderarse de la contratación del Archipiélago, respaldan el conocimiento del delito y de la responsabilidad de la enjuiciada, más allá de toda duda, los testimonios de DÍEZ CARDONA y JAMES BRYAN, cuya credibilidad como se ha venido anotando no admite discusión.

(...)

Prueba de que los pliegos de condiciones eran acomodados a los intereses y necesidades de los contratistas para satisfacer los requisitos y darles apariencia de legalidad y objetividad en su selección, cuando en realidad en ningún de los casos se respetaron los principios de transparencia y de selección objetiva, lo constituyen las siguientes afirmaciones ...

(...)

Todas estas circunstancias que dan cuenta de la violación de los principios de transparencia y objetividad en los procesos contractuales a que hace referencia esta causa, con el fin exclusivo de favorecer a quienes fueron escogidos irregularmente y a la procesada misma, ya que recibieron por ello, el valor equivalente al 10% del monto de cada contrato fueron corroboradas en gran medida por las declaraciones rendidas por JAMES BRYAN”³⁰.

44. La sentencia proferida en el marco del proceso penal seguido contra la ex gobernadora Guerrero Bowie otorga a esta Sala plena convicción de que la celebración de contrato No. 1190 de 2013 y su adicional del 22 de septiembre de 2015 tuvo origen en un actuar delictivo, que tornó en patente el propósito de favorecer los intereses de los sujetos que patrocinaron su elección, quienes pasaron luego a ser contratistas del departamento, así como el incremento ilícito de su propio peculio, con la adjudicación indebida de contratos a favor de aquéllos, por medio de la manipulación y direccionamiento ilícito de los procesos contractuales.

45. En la sentencia del 2 de octubre de 2019 –radicación 00124– la Corte Suprema de Justicia³¹, en virtud de la aprobación del preacuerdo que celebró Ronald Housni Jaller, lo condenó como “autor responsable de un delito de concierto

³⁰ Folios 37 a 46 de la sentencia del 8 de julio de 2019, radicación 00082, proferida por la Sala Especial de Primera instancia de la Corte Suprema de Justicia.

³¹ Incorporada al plenario en virtud del auto del 19 de febrero de 2024, obrante en el índice 30 del aplicativo SAMAI. Esta providencia quedó en firme el 2 de octubre de 2019, según constancia emitida por la Secretaría de la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia -índice 34 del aplicativo SAMAI-.

para delinquir agravado, coautor de 17 delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo, coautor de 9 delitos de cohecho propio en concurso homogéneo y sucesivo, coautor de 3 delitos de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y sucesivo y coautor de 2 delitos de peculado por apropiación, en concurso homogéneo .**90.75) MESES DE PRISIÓN**; multa de **MIL DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$1.002'534.452)** por los delitos de peculado por apropiación más el equivalente a **MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PUNTO DIECISÉIS (1.733,16) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** por los punibles de cohecho y contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales; inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de **NOVENTA PUNTO SETENTA Y CINCO (90.75) MESES**; y a la pena de **INHABILITACIÓN INTEMPORAL** para el ejercicio de derechos y funciones públicas de acuerdo con el inciso 5 del artículo 122 de la Carta Política, y multa conforme con lo dispuesto en los artículos 44 y 51 del Código Penal”.

46. En la providencia, al estudiar lo convenido respecto del hecho uno de dicha negociación –en el que se trató el contrato No. 1190 de 2013, más precisamente la adición No. 4–, la Corte Suprema de Justicia indicó (se transcribe *in extenso* dada su relevancia en el *sub lite*):

“En suma, no tiene duda la Sala que de los elementos probatorios ponderados emerge, más allá de toda duda, la materialidad del delito de concierto para delinquir agravado que se concretó mediante la creación de un complejo entramado criminal del que era cabeza RONALD HOUSNI JALLER, para la manipulación y direccionamiento ilícito de los procesos contractuales y la adjudicación de los mismos en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, que comenzó incluso cuando era candidato a la Gobernación y se prolongó mientras ejerció su cargo, todo con el propósito de reembolsar el dinero a los financiadores de su campaña a la gobernación y en otros casos beneficiarse de recibir a cambio dinero.

(...)

Ahora bien, en cuanto a la certeza para condenar por esta conducta, además de la verificación material de la realización de los contratos adicionales suscritos entre la Gobernación de San Andrés y los contratistas que financiaron la campaña del exgobernador, fruto del acuerdo de marras orientado a apoderarse de la contratación del Archipiélago, que obra en el proceso, respaldan el conocimiento del delito y la responsabilidad del enjuiciado, las aseveraciones de Fernando León Díez Cardona y César Augusto James Bryan cuya credibilidad no puede ser puesta en tela de discusión.

(...)

Lo narrado demuestra sin hesitación que durante su ejercicio como gobernador de San Andrés, el procesado manejó la contratación del Departamento, en especial estas seis adiciones con evidente vulneración de los principios, valores y normas que regulan la contratación oficial.

(...)”.

47. Las referidas providencias condenatorias confirman la veracidad y el respaldo probatorio con el que contaban los preacuerdos que suscribieron los señores Aury Guerrero Bowie y Ronald Housni Jaller, en la medida que fueron dictadas por el juez encargado de proferir la sentencia, al cual le correspondía verificar la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable. Tal como lo plasmó la Corte, al sostener que *“para lograr este estado de conocimiento no basta la simple manifestación de aceptación de responsabilidad, es menester, además, que ésta tenga apoyo en los elementos materiales probatorios y evidencia física que la respalde, con miras a desvirtuar la presunción de inocencia”*³².

48. Se destaca que las sentencias condenatorias sirven de plena prueba de lo que en ellas se decidió, esto es, que tanto la señora Aury Guerrero Bowie como el señor Ronald Housni Jaller, al celebrar el contrato No. 1190 de 2013 y sus adicionales no se guiaron por los fines que se procuran satisfacer a través de la contratación estatal, defraudando el patrimonio público.

49. En ese sentido, las referidas sentencias permiten ratificar con toda contundencia que la celebración de contrato No. 1190 de 2013 y sus adicionales tuvieron origen en la comisión de las conductas punibles que sustentaron las condenas que en ellas se proferieron.

50. Ahora, es cierto que el contenido del acuerdo celebrado entre los mencionados ex – gobernadores y la Fiscalía General de la Nación, así como las sentencias que con base en ellos se proferieron sólo dan cuenta de su responsabilidad penal, no así de la de los integrantes de la UT en la comisión de un delito; sin embargo, debe distinguirse que el análisis que acá se aborda no versa en torno a un reproche de carácter punitivo respecto de aquéllos, sino que de lo que se trata es de determinar si el motivo que condujo a la celebración del contrato y sus adicionales fue contrario a la ley y si, por tanto, se encuentran viciados de nulidad por causa ilícita (art. 1743, Código Civil) y desviación o abuso de poder (art. 44, núm. 3, Ley 80 de 1993), de lo cual dan cuenta, con suficiencia, el análisis de las sentencias condenatorias y de los preacuerdos, en la medida que ponen en evidencia que la suscripción de dichos negocios jurídicos no obedeció al fin que corresponde a la contratación estatal, sino que a través suyo lo que se pretendió fue cumplir un pacto contrario a la ley que se había concertado con el objeto de que quienes entonces fungían como gobernadores, pudieran devolver los recursos que recibieron para su campañas electorales con los dineros públicos de la contratación, de los cuales se beneficiarían al recibir un 10% de aquéllos.

51. Así, aun cuando tales preacuerdos y sentencias no dan cuenta de la responsabilidad penal de los integrantes de la UT, ello no desdice de que tales pruebas sean suficientes para establecer que quienes los suscribieron como representantes del departamento lo hicieron con un interés indebido que no se

³² Folio 65 de la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 2 de octubre de 2019, radicación 000124.

ajusta a los fines que persigue la contratación estatal, esto es, la satisfacción del interés general.

52. La parte demandante señaló en su alzada que la imputación del señor Housni Jaller solo se produjo por el delito de cohecho propio y no respecto de otros punibles, por lo que, a su juicio, las consideraciones del *a quo* carecen de veracidad.

53. Al respecto, ha de precisarse que lo que da lugar a que se tenga por configurado el vicio de nulidad de los negocios jurídicos no es el tipo penal en el que se haya encuadrado la conducta del mencionado señor –lo que es tarea del juez penal de cara a un juicio de responsabilidad de esa naturaleza–, sino la conducta en sí misma que, para lo que interesa a este juicio, pone en evidencia que estuvo dirigida a favorecer intereses particulares ajenos a los de la contratación estatal y, por tanto, opuestos a la legalidad, lo que encuadra en los vicios de causa ilícita y desviación de poder, como concluyó el Tribunal.

54. Con todo, ha de resaltarse que la tipificación de la conducta del ex gobernador en el delito de cohecho propio, da cuenta de que actuó para favorecer intereses diferentes a los que le imponía la ley como representante del departamento en el marco de la celebración de los contratos de la entidad, en tanto, según el artículo 407 del Código Penal, esa conducta punible corresponde al servidor público *“que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales ...”*

55. En línea con lo anterior, cabe mencionar que el vicio de nulidad que se encuentra configurado parte del hecho de que las conductas configuradoras de los ilícitos penales por los cuales fueron condenados los ex gobernadores del departamento consistieron en su participación y liderazgo en un entramado criminal elaborado con el objetivo de recibir apoyo económico por parte de particulares para su campaña política, a cambio de que cuando ocuparan el cargo de gobernadores y, por tanto, representantes legales de la entidad territorial y directores de su actividad contractual (art. 26, núm. 5, Ley 80 de 1993³³), pudieran manipular la contratación para beneficiarlos, mediante la adjudicación de negocios jurídicos y la adición de contratos vigentes, con la contraprestación adicional a su favor de un monto equivalente al diez por ciento (10%) de cada contrato otorgado o adicionado, circunstancias que, como lo reseñó el juez penal, tornaron patente la creación de una organización para el acuerdo de comisión de delitos contra la administración pública, con el objetivo, entre otros, de incrementar el patrimonio de sus participantes y que demostraron que la suscripción del contrato y sus adiciones ocurrió por motivos ajenos a la necesidad o al interés general.

³³ Esta norma establece que: *“la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma”*.

56. En este escenario y en el entendido de que las pruebas que obran en este proceso permiten establecer con suficiencia y claridad la finalidad y las conductas que desplegaron los ciudadanos condenados en su calidad de gobernadores del departamento –y, por tanto, representantes de la entidad territorial– en torno a la celebración del contrato No. 1190 de 2013 y sus adicionales, al punto que fueron condenados penalmente por ello, la Sala debe confirmar su nulidad absoluta.

57. Antes de finalizar esta parte del análisis, la Sala estima pertinente señalar que las pruebas que obra en el proceso no solo permiten constatar que en la celebración del contrato No. 1190 de 2013 se configuraron las causales de nulidad de causa ilícita³⁴ y desviación de poder³⁵ a las que aludió el Tribunal³⁶, sino también la de objeto ilícito, por cuanto se demostró que la entonces gobernadora –Aury Guerrero Bowie– dio trámite a la adjudicación y posterior celebración de ese negocio jurídico sin observar los requisitos legales esenciales contemplados en la normativa aplicable, al manipular los procedimientos de selección para favorecer con la adjudicación, no al mejor proponente como imperativamente lo señala la ley, sino a quienes la apoyaron económicamente durante su campaña política³⁷, todo ello como parte de un actuar deliberado de quien, en lugar de atender los mandatos de probidad, rectitud y transparencia en la actividad contractual del Estado, exhibió una conducta reprochable, que hizo parte de una multiplicidad de actos de corrupción.

Las restituciones mutuas

58. El *a quo* negó el reconocimiento de restituciones mutuas. Como sustento expresó que no se acreditó un beneficio a favor de la entidad con la ejecución del contrato. A su turno, la unión temporal sostuvo que el acta de recibo final de la obra da cuenta del cumplimiento del objeto pactado y, por ende, del beneficio recibido por el departamento, a través de la construcción de la institución educativa.

³⁴ De conformidad con el artículo 1534 del Código Civil, hay causa ilícita cuando el motivo que induce a la celebración del contrato es prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público.

³⁵ Causal de nulidad que en materia contractual se configura cuando la función administrativa asociada a la actividad contractual de Estado se ejerce con el propósito de favorecer a un tercero, o al propio servidor que la ostenta, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con el ejercicio de tal competencia. Al respecto, se pueden consultar, entre otras, la sentencia del 22 de marzo de 2007, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación, Exp. 28010.

³⁶ Se concretó el vicio de causa ilícita respecto de la celebración del contrato y sus adiciones, comoquiera que fue evidente que el motivo o fin que se buscó alcanzar con dichos acuerdos fue contrario al orden público, pues, lejos de satisfacer el interés general, lo que se buscó fue privilegiar un interés particular abiertamente ilegítimo e ilegal, lo que conduce también a establecer la causal de desviación de poder, pues es claro en estas condiciones que la función administrativa que recaía en los ex servidores públicos de cara a la contratación del departamento tenía por objeto satisfacer las necesidades públicas; sin embargo, se ejerció para favorecer intereses ajenos a ello.

³⁷ Recuérdese que de, conformidad con lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Esta Corporación ha sido enfática en señalar que las normas que rigen la selección de los contratistas integran el orden público de la Nación, en la medida que están diseñadas para lograr el cumplimiento de los fines de la contratación pública, que incluyen “*la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados*” —artículo 3º de la Ley 80 de 1993—, es decir, son normas de perentoria y obligatoria observancia que no pueden ser objeto de inaplicación ni disposición por pacto de los contratantes.

59. La nulidad absoluta de un acuerdo negocial, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

60. El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato estatal nulo aún por objeto o causa ilícita, *“cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido”*.

61. En este orden de ideas, la declaración de nulidad no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita solo será procedente cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante. De modo que, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a algún reconocimiento o pago.

62. La Sala estima pertinente precisar que el beneficio al que se refiere el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no supone el reconocimiento de una utilidad a favor del contratista, esencialmente, por dos razones, una porque la utilidad parte de la existencia y validez de la fuente que la habría de generar. Como la nulidad supone retrotraer las cosas al estado anterior al momento de la celebración del contrato, no podría sostenerse que al hacerse el ejercicio de las restituciones mutuas deba incluirse en ellas la utilidad que se habría podido derivar de la ejecución misma del contrato, en la medida que éste ha sido retirado del ordenamiento jurídico; la otra, porque, aun si se pasara por alto lo anterior, si se constatará que el contratista ha obrado a sabiendas de la ilicitud³⁸, reconocer ese concepto supondría validar y amparar jurídicamente una conducta que es contraria a los postulados del principio de buena fe, según el cual, nadie puede sacar provecho de su propio dolo o culpa.

63. Si bien obran en el expediente el acta de recibo final de obra No. 015 del 11 de septiembre de 2017³⁹, suscrita tanto por el representante de la UT como por el de la interventoría y el Secretario de Infraestructura del departamento, donde se plasmó que el valor total del contrato ascendió a \$11.174'218.313,20 y que quedaba un saldo insoluto a favor de la contratista por valor de \$1.205'940.181,20, así como el anexo del mismo nombre en el que se describen los ítems, cantidades y valores que se habrían ejecutado en el marco del contrato y sus adicionales⁴⁰, lo cierto es que dadas las graves y especiales circunstancias que rodearon la celebración de los negocios jurídicos, esos documentos no denotan la suficiencia y

³⁸ Sobre la aplicación de los artículos 48 de la Ley 80 de 1993 y 1525 del Código Civil se pueden consultar, entre otras, sentencia del 31 de marzo de 2023, Exp. 58623, proferida por Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación.

³⁹ Folio 92 del cuaderno 1.

⁴⁰ Folios 56 a 78 del cuaderno 1.

certeza requerida para evidenciar el provecho que la entidad pública habría obtenido por su ejecución.

64. No se desconoce que en dicha acta del 11 de septiembre de 2017 se plasmó la recepción de las obras y un valor pendiente por pagar; sin embargo, estos documentos no confieren la suficiencia probatoria requerida para acreditar el beneficio recibido. Las pruebas que obran en el plenario evidencian con toda claridad que tanto el contrato como sus adicionales se celebraron para dar cumplimiento a un acuerdo ilegal que buscaba que quienes aportaron recursos a la campaña electoral de los ex gobernadores recuperaran tal erogación y, además, que los ex servidores públicos incrementaran ilegalmente su patrimonio al recibir el 10% del valor de tales negocios jurídicos, es decir, lo que reflejan tales convenios delictivos es que parte de los recursos fue destinado a fines extraños a la consecución del interés general, sin que sea posible establecer en qué porcentaje de ellos su ejecución habría favorecido verdaderamente a la entidad pública. Dicho de otra manera, la evidencia indica que los recursos destinados a las obras se desviaron, de manera que no hay certeza del monto de recursos que verdaderamente habrían financiado las obras, quedando en entredicho la real y cabal ejecución de estas.

65. Pese a que el entramado criminal que halló acreditado la justicia penal da cuenta de que no todos los recursos serían invertidos en el objeto pactado –al punto de que el ex gobernador, como parte del preacuerdo se comprometió a devolver al erario público \$5.077'239.894–, las actas, de manera contraevidente, reflejan un escenario diferente, lo que genera serias dudas respecto de la veracidad y precisión de su contenido e impide que se tomen como prueba suficiente del beneficio que habría recibido la entidad por concepto del desarrollo de esos negocios jurídicos, en la medida que no existe ninguna otra prueba en el plenario que conduzca a corroborar lo consignado en esos documentos.

66. A lo anterior se añade que la adjudicación del contrato de interventoría que vigilaría la ejecución del contrato de obra No. 1190 de 2013 se realizó a favor del consorcio Educativo 2013 –contrato 1217 del 23 de diciembre de 2013–, negocio jurídico que también estuvo comprometido en la comisión de las conductas punibles que fueron aceptadas por la señora Guerrero Bowie y por las cuales se la condenó. Según se lee en la sentencia –al referenciar los hechos punibles aceptados por la procesada–, dicho contrato fue adjudicado a un consorcio cuya representante legal era “empleada de Fernando Díez”⁴¹, integrante de la unión temporal I.E Flowers Hill

⁴¹ “Y, respecto de este mismo cargo, haber aceptado promesa remuneratoria por la adjudicación del Contrato de Interventoría del MEGACOLEGIO CEMED núm. 1405 de 2014.

La siguiente es la lista de contratos adjudicados por la ex-Gobernadora:

1.3.1. Contrato de Obra 1190 de 6 de diciembre de 2013. Objeto: Reconstrucción y ampliación de la Institución Educativa Flowers Hill. Contratista: Unión Temporal I. E. Flowers Hill. Representante legal Fernando León Díez Cardona. Valor: \$7.206'993.998. Suma pagada por la Gobernación \$6.426'089.9659. Valor recibido por la acusada: \$642'608.996, según lo convenido.

Contrato adicional suscrito el 22 de septiembre de 2015, entre las mismas partes y representantes legales por \$3.000'000.000.

"(...)

—con una participación del 90% y representante de aquella— figura asociativa que, a su vez, era la contratista del contrato de obra a vigilar, por lo cual el aval otorgado por la interventoría en tales actas tampoco resulta suficiente para superar las dudas que se ciernen sobre el acta de recibo final y su anexo, comoquiera que lo que indican las pruebas, es que el consorcio interventor no era un actor imparcial y objetivo.

67. En este orden de ideas y al advertir que los medios documentales no muestran con completa evidencia la forma en que fueron utilizados los recursos del contrato, no existe la certeza sobre el beneficio que la entidad habría recibido con motivo de su inversión en el objeto comprometido y, por lo mismo, tampoco del monto del supuesto beneficio, si es que lo hubo.

68. Al no existir prueba que demuestre con certeza el monto de los recursos que habrían sido verdaderamente invertidos en la ejecución del contrato y sus adicionales y tampoco de que las obras que se habrían realizado cumplieran con las condiciones para las cuales fueron contratadas, la Sala debe colegir que, aún si se estimara que los integrantes de la UT no obraron a sabiendas de la ilicitud, no sería posible restituirles valor alguno, en la medida que la información que reposa en el acta de recibo final de obra y su anexo no ofrece el grado de convicción que se requiere para ello, por las razones ya anotadas.

Costas

69. Habida consideración de que en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 1, la Sala condenará en costas a la parte demandante en la medida en que, por las razones previamente expresadas, se resolverá desfavorablemente el recurso de apelación que interpuso en contra de la sentencia del 3 de febrero de 2020. Se advierte que, bajo las reglas del código en cita la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*.

70. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

1.3.3. Contrato 1217 de 23 de diciembre de 2013. Objeto: Interventoría técnica, financiera y administrativa de las obras físicas de reconstrucción, ampliación y mantenimiento de la Institución Educativa Instituto Bolivariano ETAPA I y la Institución Educativa Flowers Hill Bilingual School. Contratista: Unión Temporal Consorcio Educativo 2013 de la que hacía parte Opción, Diseño y Construcción. Representante Legal: Annelayke Díaz, empleada de Fernando Díez. Valor: \$711'309.400. Suma pagada por la Gobernación: \$545.325.351. Valor recibido por la acusada: \$54'532.535, de acuerdo a lo pactado” (Folio 5 de la sentencia del 8 de julio de 2019, radicación 00082, proferida por la Sala Especial de Primera instancia de la Corte Suprema de Justicia).

71. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que se regirán por el Acuerdo PSAA16-10554, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁴².

72. En este caso, la Sala advierte que condenará a la parte actora a pagar las costas de la segunda instancia, bajo el concepto de agencias en derecho, por el monto de tres (3) SMLMV.

73. La Sala advierte que, si bien la UT tiene capacidad para comparecer al proceso, lo cierto es que se trata de una figura asociativa que no constituye una persona jurídica diferente a la de sus integrantes, por lo cual es posible concluir que la parte actora está integrada de forma plural, en la medida que sus miembros serían los reales beneficiarios de la eventual prosperidad de las pretensiones que se perseguía con la demanda, por lo cual se estima que resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 365 del Código General del Proceso que señala que *“Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos”*.

74. Así las cosas y dado que las pretensiones se formularon de manera general a favor de la UT, la condena en costas se hará en función del porcentaje de participación de cada uno de los integrantes de la figura asociativa, esto es, según el documento de constitución⁴³, el 90% a cargo de Fernando León Díaz Cardona y 10% a cargo de Mauricio José Rodríguez Cotua.

IV. PARTE RESOLUTIVA

75. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

SEGUNDO: CONDENAR en costas, por esta instancia, a la unión temporal IE FLOWERS HILL, en favor del departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Para el efecto, las agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a 3 SMLMV, suma que será pagada por los integrantes de la figura asociativa en función de su

⁴² En su artículo 5 determina que, en los procesos declarativos de segunda instancia, la tarifa de agencias en derecho se debe fijar 1 y 6 S.M.M.L.V

⁴³ Folio 13, c. 1

Compartido por:



Radicación: 88001233300020190002001 (66.102)
Demandante: Unión Temporal I.E. Flowers Hill
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Asunto: Controversias contractuales

participación, esto es, 90% a cargo de Fernando León Díaz Cardona y 10% a cargo de Mauricio José Rodríguez Cotua.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo* teniendo en cuenta los mismos porcentajes de participación de los integrantes de la Unión Temporal.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLOREZ
(aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

***Nota:** se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.*

