

CONTRATO DE EMPRÉSTITO – Carencia de objeto – Inexistencia – Configuración

En virtud de lo expresado en el punto anterior, se puede concluir que los contratos del caso *sub iudice* carecen de objeto, toda vez que no contemplaron ninguna obligación -y prestación en general-, y por esa razón se podría declarar su inexistencia. En efecto, con su suscripción no se adquirió por parte de la contratista el compromiso de prestar una suma de dinero, y tampoco por parte del municipio de constituir pagarés o comprometerse a pagar en un plazo establecido, con determinada tasa de interés corriente y moratorio.

Se trata de una típica circunstancia de inexistencia de objeto, porque el negocio jurídico sólo pretende formalizar las prestaciones de dar y hacer que se ejecutaron entre las partes sin contrato, unos meses o años antes. Así que el origen de la obligación realmente nació de los hechos, no de los contratos, que se presentaron en esa época.

En gracia de discusión, la Sala considera que si acaso existen los dos contratos a que se refiere la demanda, porque fueron aportados al proceso, lo cierto es que la razón por la que se suscribieron adolecería de *causa ilícita*, que el Código Civil define en los siguientes términos –y que aplica por remisión de los arts. 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993, por tratarse de un negocio celebrado por el Estado con una persona natural no comerciante-: «Art. 1524. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. «Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.» «Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.»

En este horizonte, la causa que indujo al acto o contrato no fue la intención de hacer un verdadero préstamo de dinero al municipio de Turbaco, como se expresa en la demanda, sino legalizar la irregularidad que hasta ese momento se venía presentando, desde hace varios meses, quizá años, entre las mismas partes de estos contratos. De manera que la causa de los contratos no era *seria* ni *real*, porque su objeto no se iba a cumplir, o mejor, no existía préstamo que hacer, sólo se quería legalizar el crédito irregular que se hizo antes, y que fue superior en su monto al ahora «pactado», sólo que la suma acordada corresponde al valor adeudado y no pagado, es decir incumplido en su pago.

CONTRATO DE EMPRÉSTITO – Nulidad absoluta – Configuración

En este orden de ideas, no había objeto en este contrato, porque no se hizo desembolso del crédito al momento de celebrarlo –pese a que afirman hacerlo-, ni siquiera los pagarés que respaldarían esa suma se suscribieron con posterioridad, es decir, se trató de una maniobra fraudulenta, y burda, para incorporar en un contrato, que cumpliera con los requisitos de la Ley 80, las sumas impagadas meses o años atrás. No se pierda de vista que, incluso, fueron suscritos –según la fecha del vencimiento de las obligaciones- cuando el Alcalde estaba suspendido del cargo.

Por lo expuesto, la Sala declarará que los dos contrato de empréstito, si en gracias de discusión existen, adolecen de nulidad absoluta, pues es ilícita la causa que los originó, en este caso comoquiera que, a la luz de los principios de la Ley 80 de 1993, los negocios jurídicos sólo se pueden suscribir para que generen obligaciones, no para engañar o mentir sobre las que se causaron mediante actuaciones materiales pasadas; así que este intento de legalizar los hechos cumplidos lo proscribe la ley, sobre todo si el contenido de las obligaciones trata de hacer ver que apenas se van a ejecutar, cuando en realidad fueron cumplidas tiempo atrás.

Además se origina la nulidad absoluta, por vicio en su causa, puesto que la conducta acreditada en este proceso –que también se demostró en el penal, que se incorporó al contencioso administrativo por petición de la parte actora- es «contraria a las buenas costumbres», al igual que «al orden público», pues no cabe duda que atenta contra la moral administrativa y el buen comportamiento tanto de los servidores públicos –el alcalde de Turbaco en este caso- y de la contratista, fingir la celebración de un contrato, incorporando obligaciones que no se ejecutarán, para engañar a todos los ciudadanos y a los órganos públicos interesados en la contratación estatal, dando un ejemplo inverso de lo que en su lugar sí debe hacer la administración: enfrentar, por los causes administrativos y procesales que corresponden, los hechos consumados, que materializó de la mano del particular que le prestó dinero al Estado.

Es sabido que ni las «buenas costumbres», que corresponden a los comportamientos correctos, generalmente admitidos y compartidos por la comunidad -en este caso cuando se celebran

negocios jurídicos- ni el «orden público», representado en este evento en las leyes imperativas en materia contractual, toleran un comportamiento semejante, que buscó engañar a los que conocieran estos contratos, mintiendo sobre la causa, el origen y el alcance de las obligaciones que aparentemente nacerían allí.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., trece (13) de junio dos mil trece (2013)

Radicación número: 13001-23-31-000-1996-00991-01(24600)

Actor: NIDIA JUANA GAINES BORG

Demandado: MUNICIPIO DE TURBACO

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(APELACIÓNSENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de enero de 2003, por el Tribunal Administrativo de Bolívar -fls. 298 a 306, cdno. ppal.-, que negó las pretensiones de la actora, en los siguientes términos:

“Denieganse las súplicas de la demanda”

ANTECEDENTES

1. La demanda

Nidia Juana Gaines Borg -en adelante la contratista, la demandante o la parte actora- en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda contra el Municipio de Turbaco –en adelante el contratante, el demandado o el municipio- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones:

“DECLARACIONES Y CONDENAS PRINCIPALES:

"PRIMERA: Que entre el Municipio de Turbaco (Bolívar) y la señora **NIDIA JUANA GAINES BORG** existen dos Contratos Estatales de empréstito.

"SEGUNDA: Que el objeto del contrato de empréstito fue la entrega en mutuo oneroso de una suma de dinero al Municipio de Turbaco (Bolívar), del cual dio cumplimiento el actor (sic) el día en que se perfeccionaron los contratos, y a su vez el Municipio de Turbaco (Bol.) se comprometió a reintegrar el dinero el (sic) término de Doce (12) meses.

"TERCERO: Que las partes contratantes acordaron una cláusula penal por incumplimiento equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato.

"CUARTA: Que el Municipio de Turbaco (Bolívar) ha incumplido su obligación contractual de reintegrar con sus intereses el dinero dado en mutuo.

"QUINTA: Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) a dar cumplimiento a los contratos pagando el capital prestado con sus respectivos intereses corrientes y moratorios, actualizados al momento de dictar sentencia.

"SEXTA: Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) a pagar el valor de la cláusula penal establecida en el 50% del valor total del contrato según la cláusula tercera de los contratos. Actualizada al momento de dictar sentencia.

"SEPTIMA: Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) a indemnizar los perjuicios morales y materiales que ha sufrido la actora.

"OCTAVA: Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) al pago a favor del Tesoro Nacional de la multa consagrada en el parágrafo 2o del artículo 75 de la ley 80 de 1993.

"NOVENA: Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) al pago de las costas del proceso. en (sic) caso de presentar oposición."

"DECLARACIONES Y CONDENAS SUBSIDIARIAS:

"PRIMERA: Que entre el Municipio de Turbaco (Bolívar) y la señora **NIDIA JUANA GAINES BORG** existen dos (2) Contratos Estatales de Empréstito.

"SEGUNDA: Que el objeto del contrato de empréstito fue la entrega en mutuo oneroso de una suma de dinero al Municipio de Turbaco (Bolívar), del cual dio cumplimiento el actor (sic) el día en que se perfeccionaron los Contratos, y a su vez el Municipio de

Turbaco (Bol.) se comprometió a reintegrar el dinero el el (sic) término de Doce (12) meses.

- "TERCERO:** Que las partes contratantes acordaron una cláusula penal por incumplimiento equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato.
- "CUARTA:** Que el Municipio de Turbaco (Bol.) ha incumplido su obligación contractual de reintegrar con sus intereses el dinero dado en mutuo.
- "QUINTA:** Que se declare la nulidad del contrato de empréstito celebrado entre NIDIA JUANA GAINES BORG y el municipio de Turbaco (Bol.)
- "SEXTA:** Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) a reconocer el pago de la suma de dinero entregada por el actor (sic) en desarrollo de los contratos de empréstito, y recibida efectivamente por el Municipio de Turbaco (Bol.) por intermedio de su Representante Legal, suma que se actualizará al momento de dictar sentencia.
- "SEPTIMA:** Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) a indemnizar los perjuicios que ha sufrido la actora.
- "OCTAVA:** Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) al pago en favor del Tesoro Nacional de la multa consagrada en el parágrafo 2o del artículo 75 de la ley 80 de 1993.
- "NOVENA:** Que se condene al Municipio de Turbaco (Bol.) al pago de las costas del proceso."

Para fundamentar las pretensiones adujo –fls. 2 a 19, cdno. 1- que el Concejo Municipal de Turbaco -Bolívar- por medio del Acuerdo No. 050 del 31 de agosto de 1992, adicionó el Acuerdo No. 046 del 14 de agosto de 1992, que facultó al Alcalde para celebrar contratos y negociar empréstitos con la Nación, entidades de crédito público bancarias reconocidas por la Superintendencia o financistas privados, hasta por la suma de 800 millones de pesos.

En desarrollo del acuerdo mencionado, el demandado celebró dos contratos de empréstito con la señora Nidia Juana Gaines Borg, donde se obligó a entregar al momento de perfeccionar el primer contrato \$21'282.244, y en el segundo la suma de \$21'282.243, para un total de \$42'564.487, y el municipio a pagar, dentro de los doce meses siguientes, a la firma de cada contrato.

Estas obligaciones se hicieron exigibles el 30 de marzo de 1995. Adicionalmente, el Municipio se obligó a pagar un interés remuneratorio del 3% sobre la cifra acordada, y el 4.5% por intereses mensuales de mora.

La entidad territorial, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, suscribió a favor del demandante dos pagarés por el valor del capital, en los que acordaron las fechas de vencimiento de las obligaciones. Indicó, además, que la cláusula penal pactada fue del 50% del monto de los contratos.

Sin embargo, adujo que el alcalde que suscribió los documentos fue denunciado penalmente por su sucesor, por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, peculado por aprobación oficial diferente¹ y falsedad en documento público, pues se desconoció la destinación de los dineros recibidos en mutuo por el municipio.

La demandante señaló que después de varios conatos para cumplir lo pactado, buscó conciliar extrajudicialmente con el municipio, sin embargo, éste manifestó que la razón por la cual no pagó fue porque la demandante, en los dos contratos, se comprometió a desembolsar las sumas de dinero, pero no cumplió, quedando la entidad territorial exenta de su deber de pagar.

Finalmente, apoyó normativamente la demanda en el artículo 83 de la Constitución Política; en los artículos 5, 11, 13, 26, 28 y 41 de la Ley 80 de 1993; en los artículos 1519, 1546, 1551, 1592 y 1602 del Código Civil; en los artículos 3, 7 y 13 del Decreto 2682 de 1993, y en el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986.

2. Contestación de la demanda

El municipio de Turbaco aceptó unos hechos y negó otros, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de: i) inexistencia de la obligación, ii) cobro de lo no debido e iii) incumplimiento o mora por parte de la demandante –fls. 125 y ss., cdno. 1-.

Señaló que no podía condenársele por incumplimiento de una obligación que no existió, porque el contratista no desembolsó el dinero, ni podía declararse la nulidad de los contratos con base en la infracción del Municipio de Turbaco. Por el contrario, manifestó que si procedía la nulidad sería porque los negocios jurídicos se celebraron desconociendo las exigencias establecidas en la Ley 80 de 1993. Advirtió, finalmente, que las pretensiones se dirigían acreditar un enriquecimiento sin causa.

¹ Así determinó el demandante, el tipo penal.

3. Alegatos de conclusión

3.1. De la demandante: Reiteró lo establecido en la demanda, y señaló que quedó claro que los servidores públicos a quienes correspondía vigilar la ejecución del contrato omitieron cumplir sus deberes, "desnaturalizando su razón de ser como autoridades de la República" –fl. 284, cdno. 1-.

3.2. Del demandado: No intervino en esta etapa del proceso.

3.4. Concepto del Ministerio Público: Rindió concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no era viable la acción contractual porque ella supone la existencia inequívoca de un contrato, que, a su juicio, no fue precisamente lo celebrado entre el municipio de Turbaco y la demandante. Manifestó que para que el contrato de mutuo se perfeccionara se requería de la tradición, sin embargo en el expediente esto no se acreditó. Adicionalmente señaló, que aunque para la celebración de estos negocios jurídicos no se requiere licitación, sí es necesario que se cumplan unas exigencias mínimas que en el *sub lite* no se demostraron. Por último, manifestó que lo realmente probado en el proceso era la forma como el Alcalde Cabarcas manejó el municipio –como un negocio personal-, y añadió que todas las actuaciones administrativas debían sujetarse a los principios de transparencia y publicidad –fls. 287 y ss., cdno. 1-.

4. La sentencia

El *a quo* reprochó el incumplimiento de las funciones mínimas de la Tesorería municipal de Turbaco, porque no constató la existencia de libros de contabilidad, ni los comprobantes de ingresos y egresos, además de que no había registro de los movimientos financieros, situación bastante delicada, tratándose de entes territoriales que deben propender por la distribución y uso adecuado del dinero público, atendiendo a las normas presupuestales -fl. 304, cdno. ppal.-

Le pareció lógico que no se encontraran –por lo mencionado- recibos de ingreso del dinero entregado al alcalde por la parte actora, lo que llevó a concluir que no habiendo respaldo del cumplimiento de la obligación no podía reconocerse la existencia de los dos contratos, que además no fueron debidamente legalizados, porque carecían de número de identificación y de fecha de suscripción.

También expreso que aunque la Ley 80 no exigía un proceso de licitación para celebrar estos contratos, en todo caso el Decreto 1333 de 1986 estableció algunos requisitos mínimos para suscribirlos: justificación de las inversiones, explicación de la utilidad, y autorización del Concejo Municipal para el endeudamiento².

A juicio del Tribunal, el Alcalde justificó su actuación en las facultades otorgadas por el Concejo, por medio de los acuerdos mencionados en la demanda, sin embargo señaló que no fueron aportados al proceso, situación que incidió en la decisión, en la medida de que comprobándose la existencia de los mismos se aceptaría la actuación del mandatario.

Finalmente le pareció inusual la entrega en efectivo de tanto dinero, obviando la existencia de cuentas bancarias a nombre del ente territorial; e igualmente consideró extraño que la alcaldía no expidiera una constancia de recibo del capital, de manera que no existiendo documento en poder del demandante que respalde el cumplimiento de la obligación -en cuanto al desembolso del dinero-, negó las pretensiones de la demanda.

6. El recurso de apelación

² El *a quo* señaló -fls. 305 a 306, cdno. ppal.-: “Esto se desprende de la expresa remisión que hace el inciso 6 del parágrafo 2 del Art. 41 de la ley 80 de 1993, que al definir los contratos de empréstito como operaciones de crédito publico, dispone:

“(…) ‘las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de esta operaciones, éstas deberán registrarse en la división general de crédito público, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.’ (…)

“A su vez, el Art. 279 del Decreto 1333 de 1986, consagra como requisitos que debe llenar toda operación de crédito público, los siguientes:

“1. Estudio económico que demuestre la utilidad de las obras o inversiones que se van a financiar y sujeción de los planes y programas que estén adelantando las respectivas administraciones seccionales y municipales, junto con la proyección del servicio de la deuda que se va a contraer.

“2. Autorización de endeudamiento expedida por el Concejo Municipal.

“3. Concepto de la oficina de planeación municipal o de la correspondiente oficina seccional si aquella no existiere sobre la conveniencia técnica y económica del proyecto.

“4. Relación y estado de la deuda pública y valor de su servicio anual, certificada por la autoridad competente.

“5. Presupuesto de rentas y gastos de la vigencia en curso y sus adiciones y modificaciones legalmente autorizadas.”

Requisitos que, el *a quo*, consideró incumplidos, pues no quedaron demostrados plenamente en el curso del proceso.-Fl. 305, cdno. ppal.-

La demandante impugnó la decisión –fls. 320 a 327, cdno. ppal.-. Adujo que los requisitos del contrato a los que aludió el Tribunal, omitidos por el municipio, no desvirtuaban la existencia de la obligación de pagar el préstamo, que nació a la vida jurídica por la manifestación de la voluntad de la administración municipal, representada por el Alcalde, de conformidad con las facultades que le confiere la Constitución y la ley.

Los requisitos mencionados corresponden a exigencias procedimentales que debió cumplir la administración, y aseguró que los yerros u omisiones de los servidores públicos no puede afectar a los administrados que interactúan, de buena fe, ante el Estado, a quienes no se les exigió –en el caso concreto- más que exteriorizar su voluntad en un contrato, y cumplirlo. Adujo que no era su obligación de la señora Nidia Juana Gaines Borg realizar ni revisar las actuaciones administrativas precontractuales que corresponden a la entidad territorial, exigencia que aparentemente le impuso el Tribunal, al negar las pretensiones de la demanda. Así mismo, señaló que tampoco podía exigírsele que verificara, entre otros requisitos, en su momento, si la entidad pública realizó los estudios económicos que demostraran la utilidad de los contratos, además de la autorización del Consejo para endeudarse –fl. 320 y ss., cdno. ppal.-.

Finalmente, sobre la inexistencia de los acuerdos municipales que autorizaron al alcalde para celebrar los contratos de empréstito, le pareció inexplicable esta afirmación del tribunal, pues reposan a folio 16 y ss. del cuaderno de pruebas, y se allegaron oportunamente al proceso.

Así mismo le pareció inadmisibles que se desconociera el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que definió la responsabilidad penal del alcalde de Turbaco, en relación con los tipos de peculado por apropiación y por aplicación oficial diferente, por suscribir los contratos de empréstito y los pagarés que son objeto de la controversia, pues en el mismo se aceptan ingresos de dinero al municipio y su posterior apropiación por parte del mandatario –fallo que además obra como prueba dentro del proceso-.

7. Alegatos en el trámite de la impugnación

7.1. De la demandante: Reiteró lo expuesto en la sustentación del recurso.

7.2. Del demandado: No intervino en esta instancia del proceso.

7.3. *Concepto del Ministerio Público:* No rindió concepto en esta instancia del proceso.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que no se accederá a lo pretendido, y para tal efecto se expondrán las razones que conducen a ello, siendo necesario analizar: i) la competencia de la Corporación para conocer del presente asunto; ii) lo probado en el proceso; iii) el caso concreto, iv) la falta de objeto y la causa ilícita en los contratos de empréstito; v) la competencia para declarar, en segunda instancia, la nulidad del contrato y vi) la faltad de configuración del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto.

1. Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 129³ del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, del Consejo de Estado - modificado por el Acuerdo 55 de 2003⁴-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

Adicionalmente, en el asunto que nos ocupa, la demandante presentó -en primera instancia- acción contractual contra el municipio de Turbaco -Bolívar-, por el incumplimiento de los contratos de empréstito celebrados entre ellos. Y cuando se presentó la demanda -8 de abril de 1996- para que un proceso fuera de doble instancia su cuantía debía exceder de \$13'460.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor superaba tal monto, por lo que era de aquellos que podía impugnarse.

³ “Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

⁴ “Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

“Sección tercera (...)

“Las controversias de naturaleza contractual.”

2. Lo probado en el proceso

Para enfocar el alcance de la controversia, la Sala hará un recuento detallado de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, que resultan relevantes en el caso bajo estudio.

a. Se destaca, inicialmente, la existencia de un contrato de empréstito –fl. 20, cdno. 1- celebrado entre Nidia Juana Gaines Borg –denominado El financiero- y Celedonio Cabarcas Puello, quien obró en su condición de Alcalde del municipio de Turbaco –denominada El municipio-. Allí se estableció que el financiero “ha entregado al municipio la cantidad de VEINTE Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS M/L (\$21’282.243.00) M/L...” –fl. 20, cdno 1-, y además, que la suma fue recibida a satisfacción para el pago de obras públicas y funcionamiento del municipio.

En la cláusula tercera, se acordó un plazo de (12) meses para el pago, contados a partir de la suscripción del contrato; y también se pactó un porcentaje del 3% mensual, por concepto de intereses remuneratorios, y del 4.5% de intereses moratorios.

Así mismo se incluyó una cláusula penal del 50% del valor total del negocio, en caso de incumplimiento por parte del municipio. Al final, el documento lo firmaron Nidia Juana Gaines Borg y Celedonio Cabarcas Puello, éste además estampó un sello, que dice “ALCALDIA MPAL, Turbaco Bol.”.

La demandante manifestó que del negocio jurídico nació para el municipio la obligación de pagar, en los siguientes términos: “El Municipio para garantizar la obligación *nacida* de los contratos estatales, constituye a favor de mi representada pagarés por valor del capital, y en ellos se estipula claramente la fecha de vencimiento de las obligaciones”.⁵

b. A folio 23 del cuaderno 1 se encuentra el segundo contrato. Allí se confirma que entre la demandante –El financiero- y el municipio, se suscribió un segundo contrato de empréstito, que también señala que el financiero, “ha entregado al Municipio la cantidad de VEINTE Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$21’282.244.00) M/L”, se acordó, además, que la suma fue recibida a satisfacción para el pago de obras públicas y funcionamiento del municipio. En la cláusula tercera, pactaron un plazo de doce meses para el pago,

⁵ Escrito de la demanda, fl. 2, cdno. 1.

contados a partir de la suscripción del contrato; adicionalmente, establecieron un porcentaje del 3% mensual, por concepto de intereses remuneratorios y del 4.5% en caso de mora.

Fijaron una cláusula penal del 50% del valor del negocio, en caso de incumplimiento por parte del municipio. Al final, como frente a lo inicialmente acordado, el documento lo firmaron Nidia Juana Gaines Borg y Celedonio Cabarcas Puello, quien además estampó un sello, que dice "ALCALDIA MPAL, Turbaco Bol.". Sobre el mismo –al igual que en el anterior- el demandante aduce que de él nació la obligación para el municipio.

c. También obran dos pagarés, *el primero* –que no cuenta con fecha de suscripción (fl. 26, cdno. 1)- establece que Celedonio Cabarcas Puello, como alcalde municipal de Turbaco, "pagará incondicionalmente al vencimiento del mismo" -30 de marzo de 1995- y a la orden de Nidia Juana Gaines Borge, "VEINTE Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MTCE. (\$21'282.244.oo)". Adicionalmente, estableció el 3% como intereses durante el plazo, y el 4.5% de intereses de mora.

El *segundo pagaré* –que tampoco cuenta con fecha de suscripción (fl. 27, cdno. 1)- establece, igualmente, que Celedonio Cabarcas Puello, como alcalde municipal de Turbaco, "pagará incondicionalmente al vencimiento del mismo" -30 de marzo de 1995- y a la orden de Nidia Juana Gaines Borge, "VEINTE Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS MTCE. (\$21'282.243.oo)". Adicionalmente estableció el 3% mensual como intereses durante el plazo, y el 4.5% de intereses de mora.

d. En el oficio del 12 de enero de 1995 –fls. 28 y ss., cdno. 1-, suscrito por la Tesorera saliente de la administración, dirigido al funcionario que la reemplazó, se informa sobre el estado financiero del municipio de Turbaco. Expresó que con el propósito de cumplir algunas obligaciones pecuniarias, el municipio firmó a varias personas pagarés dados en garantía, comunicación que además identifica a las personas a favor de quienes se suscribieron esos títulos valores. Y entre ellos –fl. 3 del documento, al final- se relacionan los dos pagarés suscritos a nombre de Nidia Juana Gaines Borge, así:

"PAGARÉS No	VALOR	FECHA DE VENCIMIENTO
2584965	\$21' 282,243.oo	Marzo 30 de 1995
2584966	21' 282,244.oo	Marzo 30 de 1995".

e. Se portó además copia de la denuncia que presentó el señor Santiago Rafael Torres Puello, alcalde de Turbaco, contra Celedonio Cabarcas, ex mandatario del municipio, de la comisión de varios punibles: peculado culposo, celebración indebida de contratos, falsedad documental y peculado por apropiación. En efecto –en lo atinente al *sub judice*, indicó que el señor Cabarcas suscribió unos contratos de empréstito con personas naturales, y que para garantizar la obligación firmó unos pagarés, que reposaban en el Banco Ganadero, se establece en la denuncia, además, que no se sabe en qué se invirtió el dinero entregado en préstamo.

f. Obra la certificación expedida por el jefe de personal de la Alcaldía Municipal de Turbaco, del 1 de septiembre de 1999 -fl 192, cdno. 1-, donde certifica que Celedonio Cabarcas Puello “Prestó sus servicios a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE TURBACO en calidad de ALCALDE MUNICIPAL, desde el primero (1er.) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994) al diez (10) de febrero del mismo año, fecha en la que fue suspendido del cargo mediante Decreto número 101 de fecha 10 de febrero de 1994. Que posteriormente se reincorpora a su cargo el día primero (1er.) de mayo hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)”.

g. También se encuentra la certificación expedida por el Tesorero de Turbaco –del 1 de septiembre de 1999-, en la que establece: “Que al momento de asumir la dirección del municipio por parte del señor SANTIAGO RAFAEL TORRES PUELLO, el día (1er) de enero de 1995, no se encontraron en las oficinas de la Tesorería ni en el Archivo General de la Alcaldía libros de contabilidad alguno ni comprobantes de ingresos y egresos, del período comprendido entre el primero (1er) de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1994, lapso dentro del cual ejerció como alcalde el señor CELEDONIO CABARCAS PUELLO. Solo se pudo constatar la existencia de unos cuadernos de contabilidad en los que se intentó llevar Libros de Bancos y se hallaron algunos extractos de Cuentas Corrientes de los Bancos UCONAL y GANADERO, especialmente de los años 1992 a 1994...” -fl 193, cdno. 1-.

h. Por último, el 15 de enero de 1998 se allegaron copias de la actuación de primera y segunda instancia del proceso penal adelantado contra Celedonio Cabarcas Puello, por los delitos de peculado por apropiación y peculado por aplicación oficial diferente.

La Sala advierte que el Acuerdo No. 050 de 1992, por el cual se adicionó el Acuerdo No. 046 de 1992, expedido por el Consejo Municipal del municipio demandado no se aportó

con la demanda, y tampoco se decretó por el Tribunal, además de que en la sentencia el *a quo* negó su existencia, adicionalmente que aunque el demandante alega en el recurso de alzada que se encuentra a folio 16 del cuaderno de pruebas, esto no corresponde con el orden del mismo, pues en dicho folio se encuentran los fundamentos jurídicos de la demanda.

3. El caso concreto

Con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, se advierten varias inconsistencias en el recuento de los hechos que hizo la parte actora, según pasa a analizarse, lo que servirá para la decisión que se adoptará en la parte resolutive.

De un lado, se percibe que prácticamente todo lo que manifestó la parte actora sobre los hechos de la demanda es impreciso o falso respecto de la causa de la obligación, pues no provino de los dos contratos de empréstito, sino que -en el mejor de los casos- es anterior a ellos.

En efecto, de la declaración jurada rendida por la demandante, señora Nidia Juana Gaines Borg, en el proceso penal, aportado a este expediente -por solicitud que hizo la misma parte actora-⁶, se deduce que el empréstito surgió de préstamos informales que hizo en el pasado, y que la administración respaldaba con cheques; así se evidenció a partir de la siguiente pregunta formulada en el proceso penal: *"de la respuesta anterior se puede colegir que usted hizo entrega de una cantidad de dinero en calidad de préstamo para le (sic) municipio de Turbaco, si es así señale en que cantidad y en que fecha se hizo entrega de la misma"*, a lo cual la parte actora de este proceso respondió en el penal: *"yo le entregué a mi sobrino lo que iba pidiendo y se llegó a una cifra grande, fue entregado parcialmente, pero no recuerdo de cuanto eran las partidas, inicialmente lo que nos dieron de respaldo eran varios cheques y como no se cumplió el pago de esos cheques por eso elaboraron los pagarés"*; títulos valores que al tenor de lo establecido en los contratos serían suscritos con posterioridad a la firma del negocio jurídico, sin embargo es tan imprecisa la demandante, tanto en su declaración, como en la acción contractual en general, respeto del nacimiento de la obligación que posteriormente, contradice lo mencionado, pues cuando el investigador le preguntó: *"señale si a la firma del contrato usted hizo entrega real de las sumas anotadas"*, la señora Gaines contestó: *"claro el llevó el contrato y yo le di la plata, se firmó el contrato y me parece que fue por*

⁶Dispone el art. 185. Del C de P.C. "PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella."

partidas que se entregó el dinero. El 27 de diciembre lo firmamos y se registró el contrato y se entregó la plata.”-fl. 61, cdno 2-.

Además en la sentencia de segunda instancia aportada con el proceso penal, se manifestó que Celedonio Cabarcas Puello, en su condición de Alcalde municipal de Turbaco “...recibió por concepto de prestamos efectuados con particulares y a favor del municipio, elevadas sumas de dinero por un valor total que supera los cuatrocientos millones de pesos, para garantizar dicho pago entregó a los acreedores cheques correspondientes a la cuenta corriente del municipio en el Banco Ganadero de la ciudad de Cartagena. En vista de que dichos cheques no fueron pagados, los acreedores al ver culminado el mandato electoral, suscribieron con el hoy inculpado contratos de empréstito garantizados con pagarés... ” -fl. 498. cdno. 2-.

De lo anterior se deduce la evidente contradicción en cuanto al nacimiento de la obligación, porque lo cierto es que si en los contratos se establecía que la obligación se vencía 12 meses después de su suscripción y el pagare señalaba tal fecha -30 de marzo de 1995-, el negocio jurídico se celebró el 30 de marzo de la anualidad anterior, fecha en la que, por demás, cabe señalar, Cabarcas Puello estaba suspendido, por lo que la Sala le resta credibilidad tanto a lo manifestado a en la demanda como por la actora en su declaración jurada, pues de lo aportado al proceso tampoco surge certeza para acoger las pretensiones de la accionante.

Lo expuesto significa, sin duda alguna, que los contratos fueron posteriores a los créditos, y que las partes los celebraron no con la finalidad de hacer surgir las obligaciones sino para legalizar todas las irregularidades cometidas hasta ese momento, como incluso se concluyó en el proceso penal donde se condenó al Alcalde de Turbaco. De allí que, el móvil de los dos contratos no fue un crédito, sino la urgencia de legalizar las irregularidades cometidas hasta ese momento, tanto por la administración -quizás principalmente por ella-, pero también por la demandante, que pasó por encima de la legalidad del contrato, e incurrió en otra al suscribir documentos con fechas que no corresponden, sólo para ajustarse a la legalidad sobre la cual pasaron por encima, hasta el punto de consignar fechas sin tener la precaución de verificar si en aquella época el alcalde de turno contaba con las facultades legales de suscribir los contratos.

En estos términos, el documento del 12 de enero de 1995, proferido por la Tesorera saliente de la administración, con destino al nuevo funcionario que la reemplazó, resulta impertinente para formarse un juicio objetivo del caso bajo estudio, porque aunque hace constar la existencia de la obligación, resulta incorrecto que la Corporación acceda a las

pretensiones de la acción impetrada cuando la misma se ha basado en inconsistencias que no tienen justificación.

Finalmente, respecto a la copia de la noticia titulada "fallo contra Celedonio Cabarcas", la Corporación no se referirá, pues no se aportó con la demanda, ni fueron decretadas por el *a quo*, de manera que no es posible estudiarla porque menos aún fue controvertida.

4. La falta de objeto y la causa ilícita en los contratos de empréstito

En virtud de lo expresado en el punto anterior, se puede concluir que los contratos del caso *sub iudice* carecen de objeto, toda vez que no contemplaron ninguna obligación -y prestación en general-, y por esa razón se podría declarar su inexistencia. En efecto, con su suscripción no se adquirió por parte de la contratista el compromiso de prestar una suma de dinero, y tampoco por parte del municipio de constituir pagarés o comprometerse a pagar en un plazo establecido, con determinada tasa de interés corriente y moratorio.

Se trata de una típica circunstancia de inexistencia de objeto, porque el negocio jurídico sólo pretende formalizar las prestaciones de dar y hacer que se ejecutaron entre las partes sin contrato, unos meses o años antes. Así que el origen de la obligación realmente nació de los hechos, no de los contratos, que se presentaron en esa época.

En este sentido, la Sección Tercera señaló en un caso semejante –sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp. 15.596-, donde se celebró un contrato adicional con el exclusivo propósito de legalizar la ejecución de una obra que ya se había cumplido, que:

"3.2.1. "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95". ¿Contrato nuevo o adición?

(...)

"De acuerdo con lo anterior, en el clausulado de la pretendida "Adición" se evidencia, de manera clara, que la común intención de las partes era la de adicionar el Contrato 247 – 95. Así se demuestra en su título, en el encabezamiento y en las diferentes cláusulas: en la primera, "objeto"; en la segunda, "valor"; en la tercera, "plazo"; en la cuarta, "forma de pago"; en la sexta, "vinculación"; en la séptima, "garantías"; en la octava, "vigencia"; y en la novena, "liquidación". En todas ellas se refleja de manera inequívoca que el querer de las partes, plasmado en el texto, era el de adicionar el contrato en obras, plazo y valor, a pesar de que, como se concluyó con anterioridad, el Contrato 247 – 95 ya había sido liquidado.

“Menos aún se puede acoger el argumento de la prevalencia de la supuesta común intención de hacer un contrato nuevo, cuando en las declaraciones rendidas al proceso por el mismo actor, acompañadas por el llamado en garantía Carlos Alirio Espitia Cárdenas, se afirma algo completamente contrario, es decir que no hubo contrato nuevo alguno, puesto que la obra adicional había sido ejecutada con anterioridad tanto a la suscripción del Acta de Liquidación Bilateral como de la propia *"Adición"*.

“En observancia de lo dicho hasta el momento, la Sala concluye que, en efecto, lo que realmente se perseguía con el documento llamado *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"*, era adicionar la obra, el valor y el período de ejecución del Contrato 247 – 95 y no celebrar un nuevo contrato.

“3.2.2. Inexistencia de la *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"*”

“De acuerdo con pronunciamientos efectuados en ocasiones anteriores por la Sala⁷, la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. Los argumentos que sirven para sustentar tal afirmación están concentrados especialmente en lo siguiente: en primer lugar cabe precisar que en cuanto el artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar, cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción *"cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia."*

“Habida cuenta de lo anterior, en relación con el caso concreto, corresponde a la Sala analizar qué tipo de sanción judicial podría predicarse de la infructuosamente pretendida *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"*, para lo cual se debe principiar por recordar que fue suscrita el día 29 de abril de 1996 y que con anterioridad, el 28 de febrero de 1996,

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. N°16.106. Actores: Luz Marina González y otros.

ya se había liquidado el Contrato 247 – 95; esto significa claramente que se pretendió adicionar un contrato que ya estaba liquidado, iniciativa que de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional no es susceptible de reconocimiento jurídico puesto que una vez liquidado el contrato estatal no es posible hacerle adiciones al mismo. Así se desprende de la definición comprendida en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y de la interpretación uniforme que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha realizado acerca de los efectos que la liquidación bilateral de un contrato produce sobre la correspondiente relación obligacional; en la norma en cita se precisa que la liquidación bilateral de un contrato constituye un negocio jurídico donde se hacen constar *"los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo"*; en consecuencia, por elemental sustracción de materia, cuestión que comporta una imposibilidad tanto ontológica como jurídica, las adiciones no pueden tener lugar después de que tal finiquito ha ocurrido.

"En atención a lo expuesto, la Sala considera que la *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"* es inexistente, de conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio:

"Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales"

"Pues bien, en la actuación que pretendieron llevar a cabo tanto la sociedad Tracto Casanare Ltda., como el del Departamento de Casanare relacionada con la suscripción de una supuesta *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"*, se advierte la falta de un elemento esencial de los contratos, como es el objeto, puesto que según quedó probado en el expediente, a partir de la declaración del propio representante legal de la compañía contratista, ahora demandante y de los demás elementos probatorios mencionados con anterioridad, la obra que pretendía constituir el objeto material de la *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"* fue ejecutada con anterioridad a la suscripción de éste último documento, por tal razón la *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"* carecía de objeto material y por ello mismo carecía también de objeto jurídico dada la imposibilidad física en que se encontraban las partes para convenir y ejecutar, hacia el futuro, unas obras que ya existían, ya habían sido ejecutadas y ya habían sido liquidadas de manera bilateral y definitiva."

En gracia de discusión, la Sala considera que si acaso existen los dos contratos a que se refiere la demanda, porque fueron aportados al proceso, lo cierto es que la razón por la que se suscribieron adolecería de *causa ilícita*, que el Código Civil define en los siguientes términos –y que aplica por remisión de los arts. 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993, por tratarse de un negocio celebrado por el Estado con una persona natural no comerciante-:

“Art. 1524. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

“Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

En este horizonte, la causa que indujo al acto o contrato no fue la intención de hacer un verdadero préstamo de dinero al municipio de Turbaco, como se expresa en la demanda, sino legalizar la irregularidad que hasta ese momento se venía presentando, desde hace varios meses, quizá años, entre las mismas partes de estos contratos. De manera que la causa de los contratos no era *seria* ni *real*, porque su objeto no se iba a cumplir, o mejor, no existía préstamo que hacer, sólo se quería legalizar el crédito irregular que se hizo antes, y que fue superior en su monto al ahora “pactado”, sólo que la suma acordada corresponde al valor adeudado y no pagado, es decir incumplido en su pago.

En este orden de ideas, no había objeto en este contrato, porque no se hizo desembolso del crédito al momento de celebrarlo –pese a que afirman hacerlo-, ni siquiera los pagarés que respaldarían esa suma se suscribieron con posterioridad, es decir, se trató de una maniobra fraudulenta, y burda, para incorporar en un contrato, que cumpliera con los requisitos de la Ley 80, las sumas impagadas meses o años atrás. No se pierda de vista que, incluso, fueron suscritos –según la fecha del vencimiento de las obligaciones- cuando el Alcalde estaba suspendido del cargo.

Por lo expuesto, la Sala declarará que los dos contrato de empréstito, si en gracias de discusión existen, adolecen de nulidad absoluta, pues es ilícita la causa que los originó, en este caso comoquiera que, a la luz de los principios de la Ley 80 de 1993, los negocios jurídicos sólo se pueden suscribir para que generen obligaciones, no para engañar o mentir sobre las que se causaron mediante actuaciones materiales pasadas; así que este intento de legalizar los hechos cumplidos lo proscribire la ley, sobre todo si el contenido de las obligaciones trata de hacer ver que apenas se van a ejecutar, cuando en realidad fueron cumplidas tiempo atrás.

Además se origina la nulidad absoluta, por vicio en su causa, puesto que la conducta acreditada en este proceso –que también se demostró en el penal, que se incorporó al contencioso administrativo por petición de la parte actora- es “contraria a las buenas

costumbres”, al igual que “al orden público”, pues no cabe duda que atenta contra la moral administrativa y el buen comportamiento tanto de los servidores públicos –el alcalde de Turbaco en este caso- y de la contratista, fingir la celebración de un contrato, incorporando obligaciones que no se ejecutarán, para engañar a todos los ciudadanos y a los órganos públicos interesados en la contratación estatal, dando un ejemplo inverso de lo que en su lugar sí debe hacer la administración: enfrentar, por los causes administrativos y procesales que corresponden, los hechos consumados, que materializó de la mano del particular que le prestó dinero al Estado.

Es sabido que ni las “buenas costumbres”, que corresponden a los comportamientos correctos, generalmente admitidos y compartidos por la comunidad -en este caso cuando se celebran negocios jurídicos- ni el “orden público”, representado en este evento en las leyes imperativas en materia contractual, toleran un comportamiento semejante, que buscó engañar a los que conocieran estos contratos, mintiendo sobre la causa, el origen y el alcance de las obligaciones que aparentemente nacerían allí.

En igual sentido expresó al sentencia citada antes, del 18 de febrero de 2010 –exp. 15.596-:

“3.2.3. Nulidad por causa ilícita.

“Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, la Sala considera que de haber llegado a tener existencia la *"Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95"* sería posible declarar la nulidad absoluta del mismo por causa ilícita, entendida en los términos correspondientes del Código Civil:

"Artículo 1524.- No puede haber obligación sin causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

"Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

"Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita"

“De acuerdo con la declaración rendida en el proceso por parte del actor, las obras adicionales fueron ejecutadas en febrero de 1996, a pesar de que no había un documento escrito en el cual se diera cuenta de la adición respectiva, porque el Gobernador de ese entonces, William Pérez, le había dicho a José Emilio Riveros Riaño, Gerente de Tracto Casanare Ltda., *"termine la obra que yo le legalizo"*, luego de que el mencionado

Gobernador recibiera la solicitud de la comunidad de "terminar la vía y empatar con la entrada a la escuela del Das o vía a Muní que era algo más de un kilómetro".

"En atención a lo anterior, la Sala concluye que la "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95" tenía como causa la intención contraria al orden público de dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible adelantar obras adicionales sin que tuviera lugar el lleno de los requisitos legales. En otras palabras, de haber existido el negocio jurídico este habría estado viciado de causa ilícita puesto que con la suscripción de la "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 – 95", sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad."

Por las razones anotadas, y siguiendo la línea jurisprudencial citada, la Sala accederá a la pretensión quinta subsidiaria -y negará las demás- que dispone: "QUINTA: Que se declare la nulidad del contrato de empréstito celebrado entre *NIDIA JUANA GAINES BORG* y el municipio de Turbaco (Bol.)".

Ahora bien, aunque la parte actora no justificó la razón de esta pretensión, es decir, no indicó cuál causal de nulidad se configuró, en todo caso debe recordarse que si esto constituyera un obstáculo para estudiar de fondo y decidir conforme se anuncia, debe tenerse en cuenta que el juez tiene poderes oficiosos para actuar de esta manera, incluso en segunda instancia, según pasa a explicarse.

5. Competencia para declarar, en segunda instancia, la nulidad del contrato.

Establecido que la ausencia de los requisitos estudiados hasta ahora genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, es necesario aclarar que la facultad que se tiene de declararla ha provenido- históricamente- del parágrafo del art. 78 de decreto 222, que establecía:

"Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico **o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas**. No se sanean por ratificación de las partes." (Negrillas fuera de texto)

Es así como en este caso, incluso, la demandante solicita se declare la nulidad, aunque está claro que es posible hacerlo de oficio, en las condiciones finalmente reiteradas por la Ley 80 de 1993, también mantenidas en el art. 87 CCA. -modificado por la ley 446 de 1998- que estableció en el inciso tercero que:

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. **El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso.** En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.”

En estas condiciones, el ordenamiento jurídico contempla un poder excepcional del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, que, conforme lo precisó la Sala Plena de la Corporación, es procedente si la nulidad está totalmente demostrada en el proceso y en el mismo intervienen las partes contratantes o sus causahabientes.

Ahora, y de forma extraordinaria, esta posibilidad no está restringida al término de caducidad de la acción, porque si bien para el momento en que el juez actúe han podido transcurrir los plazos que la ley establece para intentar la acción correspondiente, esta Sección ha sostenido invariablemente que por su naturaleza ello no aplica cuando la nulidad se decreta de oficio, puesto que resulta apenas obvio que el juez suele conocer de los procesos –y más en segunda instancia- cuando el tiempo ha vencido. De allí que, la caducidad es exigible de las partes del contrato o de los terceros con interés que solicitan su nulidad, pero no del juez cuando la decreta de oficio. En esa perspectiva:

“Sobre este punto se ha pronunciado la Sala Plena, manifestando que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, depende del cumplimiento de dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, caso en el cual, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate; y ha dicho además la Sala sobre tal facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, que la misma no está sometida al término de caducidad de la acción, “...*porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...*”, no obstante lo cual, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del C.C., “...*que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años¹, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos...*”¹ (sentencia de 16 de febrero de 2006. Exp. 13.414)

En esta misma línea de pensamiento señaló esta Sección, en la sentencia de 6 de julio de 2005 –exp. 12.249-, que:

“Sobre el referido poder, la Sala ha precisado que puede ejercitarse al dictar el fallo, en cualquiera de las instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso

intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso.

“Esa facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, no está sometida al término de caducidad de la acción, porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial en el sentido que propone el actor.”

Sin embargo, la anterior posibilidad tiene un límite. Resulta que en términos del art. 1.742 del Código Civil -aplicable tanto a la contratación regida por el decreto-ley 222 de 1983 como por la ley 80 de 1993-, “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato... Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”, de allí que transcurridos 20 años –para la época de suscripción del contrato *sub iudice* (10 años ahora, con la reforma de la ley 791 de 2003)- ni siquiera de oficio procede su declaración, pues se sanean los vicios, por ministerio de la ley⁸.

En otras palabras, ni siquiera de oficio se puede anular un contrato estatal, cuando ha transcurrido el término de prescripción extraordinaria –que antes fue de 20 años y hoy es de 10-, porque la ley sana el vicio. Sin embargo, obsérvese que una cosa es la prescripción y otra la caducidad, por ello si bien esta no corre para el juez, aquella sí, y por eso el art. 1.741 sí lo vincula.

Vale la pena aclarar que el término de prescripción extraordinaria que rige el caso concreto es el de 20 años, toda vez que la norma que lo establece es de naturaleza sustantiva –no procesal- y porque era la vigente al momento en que empezó a correr –o sea a la fecha de suscripción de los dos contratos: 1994-, de allí que por aplicación de la ley 153 de 1.887 se sabe que los plazos que han empezado a correr se rigen por la ley vigente al momento en que lo hicieron. Este es el caso, ya que la modificación a dicha

⁸ El art. 1.742 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en los siguientes términos: “Al interpretar la norma objeto de demanda no prohíbe el saneamiento de la nulidad absoluta cuando ésta es generada por objeto o causa ilícita. Por el contrario, mediante la expresión acusada se autoriza su saneamiento siempre y cuando haya transcurrido un período determinado, que el legislador ha fijado en 20 años (ley 50/1936).

“En efecto: según el precepto acusado cuando la nulidad absoluta no es producida por objeto o causa ilícitos puede sanearse por ratificación de las partes ‘y en todo caso por prescripción extraordinaria’. La expresión ‘y en todo caso’ se refiere no sólo a las nulidades producidas por causas diferentes a objeto o causa ilícitos sino también a las generadas por éstos; pues si el legislador hubiere querido excluir del saneamiento los actos o contratos cuyo objeto o causa es ilícito, bien hubiera podido omitir dicha frase y decir expresamente ‘y por prescripción extintiva’, pero ello no ocurrió así.” -Sentencia C-597 de 1998-

norma es de 2003, fecha para la cual venía corriendo la prescripción de 20 años. Por tanto, como no han transcurrido los 20 años, entonces esta jurisdicción puede declarar la nulidad del contrato.

Finalmente, lo analizado hasta ahora debe diferenciarse de la figura del *saneamiento* de la nulidad, en virtud del cual, y en términos del artículo 1.742 CC., "Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria". Según esta disposición, el saneamiento convalida los negocios que nacieron con un vicio en su formación, en dos situaciones: i) cuando las partes satisfacen con posterioridad la deficiencia de que haya adolecido el negocio, o ii) sencillamente dejando que transcurran los 20 años de prescripción –hoy en día 10 años-.

Lo anterior aplica tanto para la nulidad relativa, como cuando el vicio es constitutivo de nulidad absoluta, salvo que ésta se haya producido por objeto o causa ilícita, en cuyo evento no es saneable, por disposición de la ley.

En este orden en el caso concreto ni siquiera procede el saneamiento del vicio advertido en esta instancia, por voluntad de las partes, sencillamente porque el defecto radica en la causa, que no es saneable de esta forma.

No obstante, esta postura tiene, a su vez, una limitante en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es decir, un caso en el cual el transcurso del tiempo no impide al juez pronunciarse sobre la nulidad de un contrato, bien de oficio o por solicitud de parte o de un tercero. Se trata de los contratos que disponen de los bienes de uso público, los cuales -por razones constitucionales- son inembargables, imprescriptibles y no se pueden enajenar. Sobre el particular ha expresado esta Sección –sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 12.249-:

"Cabe tener en cuenta también, conforme lo ha advertido esta Corporación, que tal saneamiento de la nulidad absoluta no opera cuando el vicio de invalidez se produce en consideración a la características de los bienes de uso público, bajo el entendido de que tales eventos están amparados por la imprescriptibilidad, según lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución y en el parágrafo 1 del artículo 136 del C.C.A, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998.⁹

"Lo anterior ha conducido a considerar que no opera la caducidad de la acción ejercitada con el objeto de que se anule un contrato

⁹ A este respecto puede consultarse lo manifestado por la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2000, expediente 16956.

que recayó sobre un bien de uso público, conforme lo indicó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 16.596, actor: Personería Distrital de Bogotá. En esta oportunidad reiteró lo afirmado por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia que resolvió la demanda de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la transferencia del dominio de la propiedad del subsuelo de los terrenos conocidos con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana:

“ [e]l mero transcurso del tiempo no puede extinguir las acciones encaminadas a que se produzca declaración judicial sobre la propiedad del subsuelo. De no ser así, el paso del tiempo volvería indirectamente enajenable o prescriptible un bien público carente de esas características. Dicho en otras palabras, de aceptarse la tesis sobre la caducidad en casos como éste, los bienes de uso público podrían convertirse en patrimonio particular de quienes los detenten por espacio de 20 años.”^{10 11}(Se subraya).

Además de lo manifestado, es claro que la nulidad que se puede declarar de oficio es la absoluta, no así la relativa, porque la Ley 80 de 1993, que remite al derecho privado, confirió competencia al juez sólo para estos efectos, por ello la nulidad relativa sólo puede alegarla la parte interesada¹².

Ahora, si bien puede sorprender a las partes, o a alguna de ellas, que en primera o en segunda instancia el juez declare la nulidad de un contrato o parte de él, cuando el proceso no giró alrededor de este aspecto –aunque el caso *sub iudice* sí tuvo esa pretensión–, lo cierto es que el ordenamiento jurídico lo permite, si la encuentra probada, con el fin de hacer prevalecer en los negocios jurídicos el interés general y el orden público.

De esta forma, bien puede solicitarse en la demanda la nulidad absoluta, o proponerse como excepción -por la parte interesada-¹³, o solicitarla el ministerio público en cualquier estado del proceso, o el juez en cualquiera de las instancias.

¹⁰ Sentencia de septiembre 13 de 1999, Exp. 6976.

¹¹ El legislador acogió esta tesis jurisprudencial en el art. 44 de la ley 446 de 1998, que modificó el art. 136 del C.C.A, que prescribe:“Parágrafo 1°. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará”

¹² Al respecto ha señalado la Sala –sentencia de 12 de octubre de 2000, exp. 13.097–, que: “Se dice como mínimo, porque el juez oficiosamente puede declarar la nulidad del contrato sólo por causales de nulidad absoluta. Respecto de las otras causales “**las relativas**”, únicamente las partes pueden alegarlas.”

¹³ En la sentencia de 12 de octubre de 2000 -Exp. 13.097-, expresó la Sección Tercera: “La última codificación mencionada dice, textualmente, que ‘Cuando se proponga la excepción de

En consecuencia, tanto en la primera como en la segunda instancia es posible declarar la nulidad absoluta del contrato, siempre y cuando los afectados hagan parte del proceso, y esté probada la causal. Y aunque es innegable que en la segunda instancia es más sorpresiva para las partes una decisión de estas, lo cierto es que la ley privilegió la protección del orden jurídico, de la moral y del interés general -sobre el interés de las partes-, cuando autorizó declarar la nulidad del contrato si concurrían las anteriores condiciones.

El juez no puede abstenerse de declarar la nulidad, si la encuentra acreditada, toda vez que la ley no le confiere una potestad discrecional para hacerlo, sino que le impone la obligación de actuar. Por las razones expuestas, se declarará, en la parte resolutive, la nulidad absoluta del contrato; advirtiendo que esta forma de proceder no afecta, en el caso concreto, el principio constitucional de la *no reformatio in pejus* -que inhibe la posibilidad de anular el contrato si desmejora la condición del único apelante- porque en este caso al recurrente se le negaron en la primera instancia todas las pretensiones, de manera que la decisión que se adoptará no lo dejará en una situación más desfavorable de la que ya tiene.

En relación con las restituciones derivadas de la declaración de nulidad absoluta, se considera que si bien no proceden por vicios como el que se estudió -causa ilícita-, no debe perderse de vista que la ley 80 de 1993 reguló el tema de manera distinta, permitiendo que lo dado o pagado, siempre que aproveche a la entidad, lo compense ésta -art. 48 de la ley 80¹⁴-. Se trata de la aplicación del principio de

nulidad o de simulación del acto o contrato del cual se pretenda derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción' (3º inc art. 306).

“La naturaleza de ese hecho exceptivo, considerar que el contrato es nulo, sí es excepción de fondo no sólo porque así lo dice la ley sino además, porque aún ante la falta de disposición que así lo dispusiere, cuando se pretende frente a un contrato y ante el juez, derivar algo, frente al demandado, de dicha relación negocial es necesario, como mínimo, que ésta relación no adolezca de un vicio constitutivo de **causal de nulidad absoluta**.” (Resalto fuera de texto)

En el mismo sentido se ha señalado: “Así las cosas, en el evento en que el demandado proponga la excepción de nulidad del contrato, siempre que sean partes del proceso quienes lo fueron del contrato, la sentencia deberá tacharse de inconsonante, si, a pesar de haber encontrado demostrada dicha excepción, se limita tan sólo a declararla fundada, desconociendo que el juzgador tiene el deber insoslayable de pronunciarse aplicando la regla de procedimiento citada, la cual, se reitera, es de ineludible cumplimiento. Con otras palabras, si el juez no obra así, incurre en vicio de actividad, pues la sentencia cae en desarmonía o incongruencia por *mínima petita*, habida cuenta que se dejó de decidir sobre uno de los extremos de la litis.” -Sentencia de 25 de noviembre de 2004, exp. 25.560-.

equidad, que, salvada la buena fe, ordena pagar las prestaciones recibidas en todo aquello que ha favorecido a la otra parte del contrato. De alguna manera, esta disposición también supone, parcialmente, la aplicación de la prohibición del *enriquecimiento sin causa*, porque impide que una parte del contrato se beneficie impunemente de los servicios prestados por otra, que no actuó de mala fe.

En estos términos, siguiendo la orientación filosófica del art. 48 de la ley 80, es perfectamente aplicable al caso concreto que las partes paguen todo aquello que las hubiere favorecido, en los términos, condiciones y precios del contrato celebrado. No obstante, nada se dio o pagó con base en los dos contratos de empréstito, porque se demostró que ninguna obligación sería surgió de ellos, puesto que sólo pretendieron legalizar las actuaciones materiales del pasado, así que nada habría que deshacer con fundamento exclusivamente en estos acuerdos de voluntades.

No obstante lo anterior, ni siquiera aunque las obligaciones hubieran nacido allí se ordenaría restituir alguna prestación, porque el código civil establece que si el vicio que se configura es de causa ilícita no hay lugar a restituir las prestaciones dadas o pagadas, sanción que previene de la celebración de contratos con vicios semejantes.

6. Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto.

Incluso, tampoco se accederá a las pretensiones de la demanda desde otro ángulo pues ni siquiera se configuran los elementos propios de la *teoría del enriquecimiento sin causa*, ya que si bien existe certeza respecto del "aumento del patrimonio" de un sujeto –el municipio-, a juzgar por los resultados del proceso penal, que condenó al alcalde por el delito de peculado-, y el empobrecimiento de otro, lo cierto es que ello tuvo lugar por culpa de la acreedora, pues se demostraron las irregularidades y su imprudencia al suscribir documentos que no correspondían a la verdad -e interponer una acción con

¹⁴ "Art. 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

"Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo 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. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público."

fundamento en inconsistencias, para “salvar” su dinero- lo cual le resta certeza a esta Sala en relación con que lo ocurrido sucedió únicamente por la irresponsabilidad del Alcalde de turno.

De otro lado, es necesario enfatizar el hecho de que los préstamos que pudo hacer la demandante no surgieron de verdaderos contratos de empréstito, sino que los negocios jurídicos se suscribieron cuando las obligaciones se habían cumplido por la parte actora, y lo que se pretendió con su aparente celebración fue que el cambio de administración no dudara de la existencia de los compromisos adquiridos por el municipio. Esto no puede admitirlo la Sala, cuando lo cierto es que para estos contratos la ley exige solemnidades que no pueden imprudentemente eludir las partes. La Corporación lo ha señalado en los siguientes términos:

“Pero además el enriquecimiento sin causa no puede ser admitido en este caso porque se trata de un evento en que con él se está pretendiendo desconocer el cumplimiento de una norma imperativa como lo es aquella que exige que los contratos estatales se celebren por escrito, agotando desde luego los procedimientos de selección previstos en la ley”¹⁵.

Y aunque el derecho sustancial prevalece sobre las formalidades, por mandato constitucional, lo cierto es que ni la administración pública ni la administración de justicia pueden reconocer prestaciones dinerarias cuando desde el principio se les condujo a error, con la presentación de documentación inconsistentes, para respaldar obligaciones que no cumplen las características fundamentales, ya que las mismas no son claras, ni expresas, y ni siquiera provenientes del deudor –pues como se estableció para la aparente fecha de suscripción de los negocios el Alcalde estaba suspendido-.

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

FALLA

Modifícase la sentencia proferida el 16 de enero de 2003, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual quedará así:

Primero: Declárase la nulidad de los contratos de empréstito celebrados entre la señora Nidia Juana Gaines Borg y el Municipio de Turbaco.

¹⁵ Sentencia de 19 de noviembre de 2012, rad. 03075-01(24.897)

Segundo: Niéganse las demás pretensiones de la demanda, tanto las principales como las subsidiarias.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO