

CONTRATO DE EMPRÉSTITO – Falta de objeto del contrato – Causa ilícita – Nulidad

[P]ara que opere la responsabilidad contractual del Estado es imprescindible que se constate o verifique la existencia de un daño antijurídico por parte del contratista –el cual puede estar referido a la afectación negativa del interés legítimo que se persigue con el negocio jurídico– y la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración contratante, por medio de la acreditación del desconocimiento de los principios de buena fe, de reciprocidad de las prestaciones contractuales, y de la culpa de la administración. [...] [S]e tiene que el interés jurídico que se invoca por el demandante no está protegido, ya que su génesis se encuentra en una conducta inexorablemente irregular, consistente en la entrega por particulares de diversas sumas de dinero, en efectivo, a favor de quien se desempeñaba como alcalde municipal de la entidad territorial, sin que se cumpliera con los requisitos legales establecidos en la ley 80 de 1993 [...]. [...] [S]i bien es posible que el burgomaestre estuviera facultado por el Concejo Municipal para suscribir negocios jurídicos de empréstito con particulares, lo cierto es que los dineros entregados [...] no tuvieron un soporte contractual estatal sino que, por el contrario, fueron producto de un convenio entre particulares [...]. [...] [L]os contratos estatales no existen porque adolecen de objeto, ya que su celebración se efectuó con posterioridad a la entrega de los dineros [...] razón por la que no existía como tal el interés jurídico sobre el que versaban los negocios jurídicos; ahora bien, en caso de que se aceptara o predicara su existencia, serían nulos por causa ilícita, ya que la finalidad de aquéllos no era otra que trasladar a la entidad territorial una obligación personal [...]. [...] [S]e 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. [...] [E]l mandatario de manera fraudulenta y delictual solicitó de mano de particulares la entrega en mutuo de diversas cantidades de dinero, todas en efectivo, las cuales nunca ingresaron al erario de la entidad territorial. [...] [L]a 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.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Improcedencia de reconocimiento

[L]o 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 [T]ampoco 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 del acreedor, pues se demostraron las irregularidades y su imprudencia al suscribir documentos que no correspondían a la verdad -e interponer una acción con fundamento en inconsistencias, para «salvar» su dinero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 13001-23-31-000-1996-11249-01(25254)

Actor: WILLIAM GAINES RODRÍGUEZ

Demandado: MUNICIPIO DE TURBACO

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de febrero de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la que se decidió lo siguiente:

“Deniéganse las pretensiones de la demanda” (fl. 147 cdno. ppal. 2ª instancia).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. En escrito del 19 de junio de 1996, el señor William Gaines Rodríguez, mediante apoderado judicial, interpuso demanda de controversias contractuales contra el municipio de Turbaco con la finalidad de que se acceda a las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: que entre el municipio de Turbaco (Bolívar) y el señor William Gaines Rodríguez 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 el día en que se perfeccionaron los contratos y a su vez el municipio de Turbaco (Bol.) se comprometió a reintegrar el dinero el término de doce (12) meses.

“TERCERA: que las partes contratantes acordaron una cláusula penal por incumplimiento equivalente al cincuenta (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.

“SÉPTIMA: que se condene al municipio de Turbaco (Bol.) a indemnizar los perjuicios morales y materiales que ha sufrido la actora (sic).

“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, en caso de presentar oposición.

“DECLARACIONES Y CONDENAS SUBSIDIARIAS

“PRIMERA: que entre el municipio de Turbaco (Bolívar) y el señor William Gaines Rodríguez existen dos (2) contratos estatales de empréstito.

“SEGUNDA: que el objeto del contrato de empréstito fue la entrega de mutuo oneroso de una suma de dinero que el actor el día en que se perfeccionaron los contratos, y a su vez el municipio de Turbaco (Bol.) se comprometió a reintegrar el dinero el término (sic) de doce (12) meses.

“TERCERA: 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 William Gaines Rodríguez 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 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.

“SÉPTIMA: que se condene al municipio de Turbaco (Bol.) a indemnizar los perjuicios que ha sufrido la actora (sic).

“(…)” (fls. 6 y 7 cdno. ppal. – mayúsculas y negrillas del original).

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El Concejo Municipal de Turbaco (Bolívar), por medio del Acuerdo No. 50 de 1992, adicionó el Acuerdo No. 046 de 1992, en el sentido de establecer la

posibilidad de que el Alcalde celebrara contratos, negociara empréstitos con la Nación, entidades bancarias reconocidas por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), o financistas privados con idoneidad económica y moral, hasta por la suma de ochocientos millones de pesos, para los cuales podría pignorar la participación que le correspondía a la entidad territorial en la cuenta antes denominada “ingresos corrientes de la Nación”.

1.1.2. En desarrollo de los actos administrativos citados, y con fundamento en el literal b) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, el municipio demandado suscribió dos contratos de empréstito con William Gaines Rodríguez, en los que este último se comprometió a entregar al momento de la celebración de del primer negocio la suma de \$17´781.320,00, y en el segundo el mismo valor, es decir, un total de \$35´562.640,00. Por su parte, el municipio se obligó a pagar dentro de los doce meses siguientes a la firma de cada contrato –esto es el 14 de septiembre de 1995– las sumas entregadas a título de empréstito.

1.1.3. El municipio de Turbaco, de manera adicional, asumió el compromiso de reconocer una tasa de interés equivalente al tres por ciento (3%) mensual sobre las sumas entregadas, así como una tasa del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) en caso de mora.

1.1.4. Para el pago de la obligación, la entidad territorial acordó que pignoraría el cuarenta por ciento (40%) de los dineros correspondientes a su participación en los ingresos corrientes de la Nación, así como el traslado irreversible a favor del señor William Gaines Rodríguez de ese porcentaje en la cuanta del Banco Ganadero No. 253-17578, con la que se administraban los recursos procedentes de la Nación.

1.1.5. Para garantizar la obligación, el municipio de Turbaco constituyó a favor de William Gaines Rodríguez pagarés por el valor del capital, y en ellos se estipuló la fecha de vencimiento de las obligaciones.

1.1.6. Se pactó como cláusula penal por incumplimiento, el valor del 50% del monto total del contrato.

1.1.7. Una vez cambió la administración municipal, el nuevo mandatario formuló denuncia contra su antecesor por la supuesta celebración indebida de contrato.

1.1.8. El municipio de Turbaco incumplió con las obligaciones pactadas –pagos bimensuales– en el contrato.

1.2. El Tribunal Administrativo de Bolívar admitió el libelo demandatorio en auto del 30 de julio de 1996 (fl. 37 cdno. ppal.); el 16 de septiembre de 1997, se abrió a pruebas el proceso para decretar las solicitadas por las partes (fls. 50 y 51 cdno. ppal.) y, por último, el 30 de agosto de 2001, se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 124 cdno. ppal.).

1.3. El municipio demandado se opuso a las súplicas de la demanda. En apoyo de su defensa sostuvo que es cierto que el alcalde de esa época –señor Celedonio Cabarcas Puello– firmó los contratos aludidos, pero el demandante no hizo efectivo el desembolso al que se había comprometido, circunstancia por la que sería aplicable la excepción de contrato no cumplido. De otra parte, propuso las excepciones de: i) inexistencia de la obligación, ii) cobro de lo no debido, iii) incumplimiento o mora del demandante, y iv) la suscripción irregular del negocio jurídico (fls. 43 a 45 cdno. ppal.).

1.4. En la etapa de alegatos de conclusión intervinieron el demandante y el Agente Delegado del Ministerio Público en la primera instancia.

1.4.1. El demandante en su intervención reiteró los hechos y argumentos contenidos en el libelo demandatorio (fls. 137 a 140 cdno. ppal.).

1.4.2. El Agente Delegado del Ministerio Público en su concepto precisó lo siguiente: i) se dice que el 27 de diciembre el municipio de Turbaco celebró con el demandante dos contratos de empréstito en los cuales éste se comprometió a entregar a la entidad territorial la suma de \$35'562.640,00; no obstante, del interrogatorio de parte del señor William Gaines Rodríguez se desprende de manera inequívoca que esos documentos –creados bajo el ropaje de un contrato– no corresponden a la verdad, ya que, según se manifestó, desde la mitad de la administración del señor Celedonio Cabarcas, se venían entregando sumas de dinero directamente al mandatario, transferencias que eran a título personal, ii) como se aprecia, salta a la vista la existencia de un negocio personal entre los señores Gaines Rodríguez y Cabarcas, de manera que los contratos estatales no son una entidad real, sino que, por el contrario, devienen inexistentes porque

carecían de objeto, toda vez que su finalidad era dotar de un ropaje de “legalidad” la entrega de unos dineros que había recibido el alcalde municipal de Turbaco de manera directa y con el fin de satisfacer intereses privados, y iii) por último, es importante señalar que según se desprende de los documentos trasladados del proceso penal, todo pareciera indicar, que el precitado alcalde manejaba la alcaldía como un negocio particular, al punto que los diferentes créditos que obtuvo de particulares los quiso legalizar bajo el irregular y extraño trámite de celebración de unos “presuntos” contratos estatales y la suscripción de unos pagarés que respaldaban el pago de unos dineros que habían sido entregados directamente al mandatario sin que obrara en representación de la entidad territorial (fls. 127 a 136 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 12 de febrero de 2003, el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las súplicas de la demanda. En su criterio, del análisis del acervo probatorio se verificó que las sumas aparentemente entregadas a título de préstamo o mutuo no aparecen registradas en el presupuesto ni en las cuentas de la tesorería de la entidad territorial.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(...) El demandante menciona en el interrogatorio de parte cuya acta obra a folios 103 y siguientes que hizo entrega de los dineros en efectivo al señor Celedonio Cabarcas, alcalde municipal para la época.

“La documentación allegada al proceso no da certeza de la fecha en que se celebraron los contratos de empréstito, pues los mismos carecen de anotación respecto de la fecha. A folio 108 obra certificado suscrito por el alcalde y el tesorero municipal de Turbaco en que manifiestan que los pagarés constituidos a favor del demandante por valor de \$17'781.320,00 cada uno no han sido pagados.

“La conclusión a la que finalmente llega la Sala luego de estudiado el material probatorio obrante en el expediente es que no existió una relación de carácter contractual que llenara los requisitos previstos en la ley para la contratación administrativa. No hay claridad respecto de la fecha en que se celebraron los contratos, no hay prueba de que el demandante haya cumplido con la obligación que supuestamente adquirió con el municipio. El actor reconoce haber hecho entrega de los dineros en forma personal al Alcalde Municipal en efectivo y no allega prueba de que los mismos hayan hecho ingreso a las arcas municipales.

“Las transacciones que se produjeron entre el señor CELEDONIO CABARCAS y el demandante hasta donde está probado en el proceso fueron de carácter personal. Las mismas no fueron revestidas de las solemnidades propias de la contratación estatal por lo que las irregularidades a las que dieron origen afectan a ambas partes. Las normas de contratación son obligatorias tanto para la entidad contratante como para el contratista y si este último realiza sus transacciones por fuera de las previsiones legales no puede luego alegar el incumplimiento si no ha sido diligente en la atención de su interés.

“No se ha probado que se haya producido un enriquecimiento de la entidad estatal demandada que permita dar prosperidad a las pretensiones de la demanda. Si bien hubo aparentemente un negocio jurídico entre el representante legal del municipio y el demandante, no hay certeza de la legitimidad del mismo.

“Para la Sala no existe negocio jurídico que sirva como causa al empobrecimiento del actor en lo relativo a su relación con el municipio demandado, pues no demuestra ningún vínculo contractual. Tampoco se ha demostrado el enriquecimiento sin causa pues no se demuestra el correlativo enriquecimiento estatal.

“Esta Corporación finalmente concluye que el negocio jurídico celebrado entre el demandante y el señor CELEDONIO CABARCAS no involucró al municipio que este último representaba. Como se dijo antes, la relación contractual es de carácter personal entre el señor CELEDONIO CABARCAS y el demandante. Aparte de los títulos valores no existe respaldo alguno de la obligación del municipio con el demandante. Estos documentos no prueban la existencia del vínculo contractual en su modalidad de empréstito. La contratación que presuntamente se produjo no cumple con lo previsto en la ley 80 de 1993, decretos 1222 y 1333 de 1986.

“(…)” (fls. 144 a 147 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas del original).

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación (fls. 151 cdno. ppal. 2ª instancia), que fue concedido por el *a quo* en proveído del 2 de mayo de 2003 (fls. 153 y 154 cdno. ppal. 2ª instancia) y admitido por esta Corporación en auto del 24 de octubre de 2003 (fl. 171 cdno. ppal. 2ª instancia).

El recurso fue desarrollado como se expone a continuación (fls. 161 a 168 cdno. ppal. 2ª instancia):

3.1. Los requisitos a los que alude el Tribunal de primera instancia, en ningún motivo desvirtúan la existencia de la obligación, la cual nació a la vida jurídica por la manifestación expresa de la voluntad de la administración en cabeza de su representante legal (alcalde) de conformidad con las facultades consagradas constitucionalmente en el numeral 3 del artículo 315 de la Constitución Política. Por consiguiente, las exigencias legales eran predicables de la administración pública y, por lo tanto, las omisiones, errores o equivocaciones de los agentes estatales no pueden ser trasladados a los administrados que interactúan con el Estado de buena fe.

3.2. La prueba de que el municipio demandado recibió las sumas entregadas en empréstito por parte del demandante, se encuentra contenida en la sentencia del 18 de septiembre de 1997, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, en la que se decidió sobre la responsabilidad punible del señor Celedonio Cabarcas, providencia en la que esa Corporación judicial llega a la conclusión de la existencia de los contratos estatales a partir de la copia que reposaba en el proceso penal de los citados documentos, así como de la aceptación que hizo el sindicato en relación con la existencia de los mismos.

3.3. Los contratos de empréstito aportados con la demanda y los pagarés que los soportan son la manifestación de la voluntad de la administración y mi representado, los cuales se perfeccionaron en los términos del artículo 41 ley 80 de 1993, voluntad que estaba desprovista de vicios que pudieran invalidarla.

4. Alegatos de conclusión

En auto del 3 de diciembre de 2002 (fl. 173 cdno. ppal.), se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, etapa durante la cual intervino el demandante para señalar que es injustificado que se le exija al administrado que verifique: si la entidad pública realizó un estudio económico que demuestre la utilidad de las obras o inversiones que se van a financiar, que se cuente con la autorización de endeudamiento expedida por el Concejo Municipal, la existencia del concepto de la oficina de planeación municipal, la conveniencia técnica y económica del proyecto, la elaboración del presupuesto de rentas y gastos, entre otros aspectos.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) los hechos probados, 3) valoración probatoria y conclusiones y 4) costas.

1. Competencia de la Sala

Se es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, pues la pretensión mayor individualmente considerada, corresponde a la de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, por valor de \$35´562.640,00¹, suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año de 1996, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$6´860.000,00, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988, las cuales resultan aplicables por la fecha de presentación del recurso de apelación .

2. Los hechos probados

Del acervo probatorio que integra el proceso se destaca:

2.1. De folio 16 a 21 del cuaderno principal, obra copia íntegra y auténtica de dos documentos idénticos que revisten la forma de un contrato, con varios espacios en blanco –entre ellos el que corresponde a la fecha de suscripción–, en los que aparentemente se acordó entre el municipio y el demandante lo siguiente:

“(…) PRIMERA.- EL FINANCIERO ha entregado al municipio la cantidad de DIEZ Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$17´781.320,00) M/L. Suma que este ha recibido a satisfacción para el pago de obras públicas y funcionamiento del municipio. SEGUNDO: el Financiero se reserva el derecho de modificar las condiciones financieras del presente en el caso que el servicio anual de la deuda del municipio supere el monto de sus ingresos ordinarios conforme a lo previsto en el art. 11 literal B del decreto 673 de 1994 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. TERCERO: el Municipio reintegrará a WILLIAM GAINES RODRÍGUEZ la cantidad antes señalada en el plazo de doce (12) meses contados a partir de la firma del presente, cancelando un interés mensual de tres (3%) por ciento, el cuatro punto cinco (4,5%) en caso de mora, según se estipule en el pagaré o pagarés de respaldo del empréstito,

¹ Que es la suma impuesta por concepto de inventarios de materiales retenidos indebidamente, el no pago de obra ejecutada y reajustes.

pignorando para tal efecto el cuarenta (40%) por ciento de los dineros del IVA o ingresos corrientes de la Nación que correspondan al municipio...” (fls. 16 a 18 cdno. ppal.)

2.2. Dos pagarés suscritos el 14 de septiembre de 1995, por el señor Celedonio Cabarcas Puello, en calidad de alcalde municipal de Turbaco (Bolívar), cada uno por la suma de \$17'781.320,00, a favor del señor William Gaines Rodríguez (fls. 22 y 23 cdno. ppal.).

2.3. Copia de un oficio signado por el Tesorero municipal de Turbaco, dirigido al Personero Municipal de esa entidad territorial, en el que se hacen constar las obligaciones pendientes de cancelación, entre las cuales se encuentra la del señor William Gaines Rodríguez (fls. 24 a 28 cdno. ppal.).

2.4. Interrogatorio de parte del señor William Gaines Rodríguez, quien ante el cuestionario formulado respondió:

“(…) PREGUNTADO.- Conforme al contrato que se encuentra en el expediente de este proceso, usted aparece haciendo un empréstito al municipio de Turbaco ello es cierto o no. De ser afirmativo diga cuánto dinero prestó y si el mismo lo entregó en efectivo, cheque u otro título valor. CONTESTÓ.- Sí señor, la cantidad está suscrita la suma de diecisiete millones setecientos ochenta y un mil trescientos veinte pesos, lo mismo que el resto de pagarés que pertenecen a mi familia, los cuales fueron avalados por mí. Esta suma de dinero (sic) fueron entregadas por mí por partidas de efectivo, las que recibía en su época el señor alcalde Celedonio Cabarcas Puello y que ya fue condenado por estos hechos y que más aún para “Ripley” ya se encuentra gozando de libertad... Estas partidas de dinero de 17, 18 y 19, etc., etc., venían entregándose desde la mitad del período de la administración del período (sic) del señor Celedonio Cabarcas, se venían entregando estas sumas de dinero y que se respaldaban en sus oportunidades por los cheques que expedía la administración para estos negocios y que todo esto –medio operandis (sic)– se encuentra en la Fiscalía 40 de esta ciudad, anteriormente citada. Es más esto en Turbaco eran hechos públicos y notorios, si que la persona actual concejal de esa época, o concejal de esa época, corrijo Santiago Rafael Torres Puello, hoy actualmente demandante de esos actos hubiese puesto nada de su empeño para esa época, si se estaba cometiendo alguna violación legal, hubiese hecho algo por corregirla o enmendarla, de donde se desprende que para mí este señor es tan culpable como el señor Celedonio Cabarcas, porque él hace parte integrante de quiénes le dieron autorización al alcalde de ese momento para percibir estos créditos y en el efecto que estuviese haciendo mal uso de estos créditos debió denunciarlo desde su inicio para así evitar el daño que causó y sigue causando a las persona que de buena fe entregaron esos dineros...” (fls. 103 a 107 cdno. ppal.).

2.5. Copia íntegra y auténtica de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 1997, en la que se conformó la condena por el delito de peculado por apropiación respecto del ciudadano Celedonio Cabarcas Puello, en la que se lee:

“(…) En tal sentido, los hechos por los cuales era menester la imposición de una eventual condena no serían otros que los expuestos a manera de cargos y acompañados de la calificación jurídica que la ley obliga, que se contraen a lo dicho por la Fiscal Delegada No. 14..., en la resolución de acusación y ratificados en la audiencia pública, durante su intervención en la misma parte del ente acusador, y son éstos que CELEDONIO CABARCAS PUELLO, en calidad de Alcalde Municipal de Turbaco (Bol.), solicitaba y obtenía de particulares préstamos con fundamento en el cargo que ostentaba; en este orden recibió una suma que asciende a los cuatrocientos treinta y un millones ochocientos mil ciento veinte pesos (\$430'800.121.,00), suscribiendo a favor de los acreedores pagarés que serían cubiertos con los recursos del municipio provenientes del IVA. Se observa, además, que uno de los aspectos que tuvo en cuenta la Fiscalía para fundamentar la resolución de acusación en contra de CABARCAS PUELLO, fue la ausencia de cualquier registro contable en el municipio referido a los créditos mencionados, llegando a la conclusión de que tales sumas no ingresaron a las arcas del municipio.

“(…) Se encuentra establecido que CELEDONIO CABARCAS PUELLO, en su condición de Alcalde Municipal de Turbaco, recibió por concepto de préstamos efectuados con particulares y en 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 del alcalde, suscribieron con el hoy inculpado contratos denominados de empréstito garantizados con pagarés, comprometiendo para su pago los recursos provenientes del IVA correspondientes a 1995, dineros que no aparecen ingresados en los asientos contables del municipio.

“De otra parte, el doctor Antonio Alcalá Puello, asesor jurídico del municipio, en su declaración jurada rendida en este informativo, manifiesta su extrañeza de que los pagarés y los contratos de empréstito celebrados con particulares se encuentren firmados únicamente por el señor CELEDONIO CABARCAS y no tengan fecha de expedición. Igualmente el que hayan sido entregados en las oficinas del Banco Ganadero el 27 de diciembre de 1994, tres días antes de expirar la administración del hoy encartado. Pensó que copias originales de estos contratos y pagarés debían estar reposando en alguna de las dependencias de la Alcaldía de Turbaco, lo cual no ocurrió. Además dice que no se ha encontrado movimiento presupuestal que indique que al municipio de Turbaco le han ingresado y han hecho inversiones de las sumas de dinero que en dichos contratos se supone que debieron haber ingresado al

municipio y a la vez haber sido invertidos en obras o gastos de funcionamiento.

“(…) En general en el municipio de Turbaco, nunca se aplicaron parámetros objetivos de administración municipal, en términos de eficiencia, eficacia y equidad en beneficio de la comunidad…”

“(…) Considera la Sala que la ausencia de un registro contable durante la administración de CELEDONIO CABARCAS, que de existir hubiera permitido verificar de manera clara el destino dado a los dineros recibidos en préstamo, se constituye en un indicio grave que apunta hacia la responsabilidad del procesado.

“(…) Precisamente obra en el expediente oficio calendado el diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995), en el cual el Tesorero Municipal, Joaquín Mestre Cabarcas, informa al Contralor Municipal: “con relación a los empréstitos firmados el 27 de diciembre de 1994 lo siguiente: a) no existe ningún movimiento contable, ni registro de ingresos de dichos préstamos, b) por lo anterior se desconoce a qué cuentas fueron depositadas y qué gastos o pagos de obras realizaron con dicho dinero.”

“Además consta en este diligenciamiento que los dineros por concepto de préstamos fueron entregados por los particulares al hoy procesado en efectivo, lo que contraría la regla de la experiencia, pues en consideración a que se trataba de sumas millonarias, lo normal era que se emitieran cheques, lo que permitía el hallazgo de rastros contables de dichas negociaciones. Sin embargo, se optó por el mecanismo menos común lo que impidió establecer las fechas en que recibió el alcalde las referidas sumas y su destinación. Esta situación pone de manifiesto la intención del procesado de evitar la existencia de un posterior control fiscal sobre tales operaciones.

“Concluyendo, puede decirse de manera fehaciente que los dineros entregados por los prestamistas particulares quedaron bajo la administración funcional de CABARCAS PUELLO, pues fueron recibidos por el hoy procesado en calidad de Alcalde de Turbaco, aduciendo que se utilizarían para cancelar los sueldos a los maestros y otros empleados del municipio; sin embargo, además de ser inconsistentes las explicaciones del encartado CABARCAS PUELLO en su indagatoria sobre el destino dado a esos dineros, se demostró la ausencia de movimiento contable respecto de dichas sumas... aprovechando la desorganización administrativa existente durante su mandato, se apropió de esos dineros que recibió en su condición de Alcalde Municipal de Turbaco...” (fls. 1 a 52 cdno. pruebas No. 2 – mayúsculas del original).

La providencia en mención será valorada porque ha obrado a lo largo del proceso, su decreto fue solicitado por el demandante, y no fue tachada de falsa por las partes a lo largo de la actuación. De igual forma, se trata de un documento en el que se apoyó la parte demandante en la fundamentación del recurso de apelación. En consecuencia, si bien no se cumple con la regla de traslado del artículo 185 del

C.P.C., la Sala valorará el referido documento por cuanto, se itera, se trata de un documento que ha reposado en el proceso y las partes tuvieron la oportunidad de controvertirlo y ejercer el derecho de contradicción.

3. Valoración probatoria y conclusiones

3.1. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, el artículo 90 superior contiene el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado –en todas sus formas y modalidades–. Sobre el particular, el tribunal constitucional ha razonado de la siguiente forma:

“El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. **Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.**”² (Se destaca).

“

“Como ya se ha dicho, si bien en el anterior sistema jurídico no existía una cláusula constitucional ni legal que expresamente reconociera la existencia del instituto resarcitorio por las actuaciones de los entes públicos, el Constituyente de 1991, acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo y, al tenor del artículo 90 de la Carta Política, reconoce en forma directa la responsabilidad patrimonial del Estado, al consagrar que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”

“A propósito de ello, este alto Tribunal, coincidiendo con la línea doctrinal elaborada por el Consejo de Estado, en la Sentencia C-333 de 1996, se pronunció sobre el verdadero alcance de esta norma, aclarando que la misma, al margen de establecer el imperativo

² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

jurídico de la responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos y, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual. En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad como se pudo interpretar en algunos círculos, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues, según lo expresado, de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal -contractual, precontractual y extracontractual-.

“(…) la existencia de un régimen unificado en ningún caso borra las diferencias conceptuales que se registran en torno a los distintos ámbitos de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado. En realidad, la pretensión constitucional se limita a subsumir bajo el concepto de daño antijurídico los distintos tipos de responsabilidad -extracontractual, precontractual y contractual-, dejando a salvo la manera como cada una se estructura, se configura y se materializa dentro del campo del derecho público.

“Así las cosas, manteniendo el criterio expresado por la Corte en la Sentencia C-832 de 2001, es claro que la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado in extenso por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2°, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento Superior que, por un lado, le imponen a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes (art. 2°) y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83).

“En relación con el daño antijurídico, si bien el mismo constituye un concepto constitucional parcialmente indeterminado, en cuanto la Carta no lo define en forma expresa, la jurisprudencia y la doctrina, dentro de una interpretación sistemática de las normas constitucionales que lo consagran y apoyan, lo definen como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo. Respecto al incumplimiento del Estado, este se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas. Finalmente, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración; o, en otras palabras, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.

“En la medida en que el contenido material de la norma parcialmente

impugnada es relevante en el campo de la contratación estatal, la Corte hará algunas precisiones relativas al tema de la naturaleza de la responsabilidad contractual del Estado y a la concepción del contrato administrativo, dentro de los postulados del Estado Social de Derecho adoptado en nuestra Constitución Política.

“4.2. Responsabilidad contractual del Estado.

“(…) Siguiendo las pautas que sobre la materia han establecido la jurisprudencia y la doctrina *juspublicista*, puede sostenerse que el tema de la responsabilidad contractual reviste gran importancia en el campo del derecho administrativo, en cuanto comporta aquella garantía jurídica reconocida a los particulares que celebran contratos con la administración, dirigida a mantener la correspondencia económica de la relación contractual y la integridad y licitud de su patrimonio, frente a las lesiones o daños antijurídicos que puedan padecer por efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de la Administración Pública.

“Dentro del sistema jurídico que nos rige, la responsabilidad contractual se constituye en el único mecanismo de defensa con que cuenta el particular que colabora en la gestión de los servicios públicos, para exigir la tutela de sus derechos vulnerados o amenazados y lograr que se reemplace la prestación o prestaciones que no efectuó la Administración, por el reconocimiento y pago de una indemnización que lo ubique en la situación patrimonial que habría tenido de haberse dado estricto cumplimiento al contrato - utilidades y ganancias no percibidas-, complementada a su vez con el resarcimiento de los perjuicios directos que también se pudieron derivar del incumplimiento -pago de los mayores costos que se causen-.

“El tratamiento especial que el ordenamiento le reconoce al tema de la responsabilidad contractual del Estado se deriva, entonces, de la existencia previa de un contrato administrativo cuyos principios y naturaleza se encargan de delimitar la institución, otorgándole una configuración especial dirigida a garantizar los intereses contractuales que se encuentran en juego. En este sentido, es de afirmarse que si bien la garantía patrimonial de los particulares es el fundamento del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la teoría del equilibrio de los contratos, no se instituye en el único principio general de derecho que justifica la transferencia de los riesgos derivados del contrato a la Administración Pública.

“Los temas de mayor importancia y trascendencia en el ámbito de la contratación estatal, como lo son el proceso de licitación pública, las potestades contractuales y la misma equivalencia económica, no estarían en capacidad de configurarse si se desconocen los principios jurídicos que informan los contratos estatales. En este sentido, los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza, constituyen ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen a trasladar a la Administración Pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria suelen presentarse en el desarrollo del contrato estatal. Bajo esta nueva percepción del contrato, se supera

en el derecho moderno aquél criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad -que promovían la omnipotencia contractual de la administración-, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y la buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza, respectivamente incorporados en nuestra Constitución Política como un fin esencial (art. 2º) y como un valor fundante (art.83) del Estado Social de Derecho.

“En punto a la existencia y aplicación de los principios de reciprocidad y buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, se tiene que, a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, los mismos aparecen expresamente contenidos en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

“De esta manera, el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.

“Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

“De los principios anteriores, es necesario, para el desarrollo y solución del problema jurídico planteado por la norma acusada, referirse sucintamente a los de reciprocidad y buena fe.

“(...)”³

En esa perspectiva, la responsabilidad patrimonial contractual de la organización pública se encuentra estructurada, de igual forma, sobre la noción de daño antijurídico, así como en la de imputación del mismo en cabeza de la administración⁴.

Por lo tanto, el incumplimiento de la administración pública, en aras de que se genere el resarcimiento de los daños irrogados al contratista, requiere que se acredite, en primer lugar, la configuración de un daño (**afectación o alteración negativa a un interés legítimo o situación jurídicamente protegida**) que sea personal, cierto, determinado o determinable, y que no se esté en la obligación jurídica de soportar, es decir, que sea antijurídico.

De igual forma, la imputación o atribución de esa lesión –la imputación– tendrá que verificarse en dos planos: i) el fáctico, comoquiera que el daño tiene que tener origen en un comportamiento activo u omisivo de la administración contratante en la celebración o ejecución del negocio, y ii) el jurídico, que supone la verificación de un fundamento normativo de la responsabilidad, el cual, tratándose de la responsabilidad contractual del Estado puede hallarse en el desconocimiento de los principios de buena fe o de reciprocidad de las prestaciones mutuas, así como en el factor subjetivo de la culpa de la administración.

³ Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Sobre el particular, el Consejo de Estado de vieja data –en materia contractual– ha puntualizado: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño...”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 8163, M.P. Juan de Dios Montes H.

“Existe la tentación inicial de interpretar al art. 90 de la C.P. / 91 como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, tratándose de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1993, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes H.

En efecto, no debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato constituye una ley para las partes, circunstancia por la que las prestaciones a las que están obligadas –contratante y contratista– son de estricto cumplimiento, al igual que los deberes legales que impone el legislador – de manera preponderante– en cabeza de la administración pública, especialmente en la etapa de selección en virtud del principio de planeación contractual, así como en las etapas contractual y poscontractual cuando se trata del ejercicio de potestades o cláusulas exorbitantes.

De allí que, el desconocimiento de las obligaciones por parte de la administración pública, tratándose de la ejecución de un contrato estatal, pueden provenir del incumplimiento de dos tipos de prestaciones, cuyo fundamento es disímil, bien (i) porque pueden estar apoyadas directamente en el contrato, o (ii) porque se tratan de deberes exigidos en la ley, luego la relación con el texto contractual es indirecta.

En el primer supuesto, el incumplimiento como ya se precisó, puede tener su génesis en: i) la mora en la obligación, ii) el incumplimiento total o parcial, y iii) el cumplimiento defectuoso de la prestación.

De modo que, en los términos del artículo 1603 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales en virtud del principio de integración normativa del artículo 13 de la ley 80 de 1993⁵, las partes no sólo se obligan a lo expresamente pactado, sino también a los deberes o mandatos que se desprenden del acuerdo contractual, de la naturaleza de la obligación y de la ley (principio de buena fe objetiva).

En ese orden de ideas, para que opere la responsabilidad contractual del Estado es imprescindible que se constate o verifique la existencia de un daño antijurídico por parte del contratista –el cual puede estar referido a la afectación negativa del interés legítimo que se persigue con el negocio jurídico– y la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración contratante, por medio de la acreditación del

⁵ “**Artículo 13°.-** *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.* Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

“(…)”

desconocimiento de los principios de buena fe, de reciprocidad de las prestaciones contractuales, y de la culpa de la administración.

De modo que, se analizará el acervo probatorio para establecer si los medios de convicción que fueron allegados al proceso permiten inferir los supuestos fácticos y jurídicos alegados por el demandante.

3.2. Valorado el conjunto de pruebas que reposan en el proceso, se arriba a la misma conclusión a la que llegó el *a quo*, por las siguientes razones:

i) La afectación patrimonial sufrida por el demandante no constituye daño y mucho menos reviste la condición de antijuricidad desde el plano de la responsabilidad patrimonial –contractual– del Estado.

ii) En efecto, para que se pueda predicar la existencia de un daño se requiere que el interés jurídico –material o inmaterial– que resulta afectado o lesionado tenga su fundamento en una situación jurídicamente protegida, es decir, el interés, bien o derecho sea legítimo y lícito⁶.

En el caso concreto, se tiene que el interés jurídico que se invoca por el demandante no está protegido, ya que su génesis se encuentra en una conducta inexorablemente irregular, consistente en la entrega por particulares de diversas sumas de dinero, en efectivo, a favor de quien se desempeñaba como alcalde municipal de la entidad territorial, sin que se cumpliera con los requisitos legales establecidos en la ley 80 de 1993; situación irregular –que pudo haber sido amparada por el ordenamiento jurídico a favor del particular, en caso de que hubiera sido incitado, convocado o constreñido por la administración pública– que luego se pretendió dotar de legalidad con la suscripción apócrifa de un aparente contrato estatal con miras a salvaguardar la actuación ilícita del alcalde de la entidad demandada.

⁶ “La noción de situación jurídicamente protegida como clave para que una persona esté legitimada para actuar bien podría ser enunciada por su anverso, esto es, que no puede recibir indemnización quien se encuentre en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclama... No se trata entonces de que la situación del demandante se encuentre protegida por la moral, sino afirmar que la situación jurídicamente protegida es un derecho ínsito a toda persona que, por el sólo hecho de serlo, puede demandar... La postura de la jurisprudencia anterior hacía tabla rasa en la aplicación de una regla que aunque sigue existiendo debe ser enunciada de manera mucho más restrictiva: no puede demandar reparación del daño la persona que pretende que se le repare lo que es fruto de una situación ilegal. No tendría derecho a recibir indemnización, no porque no haya sufrido un perjuicio, que en efecto puede haberlo sufrido, sino porque el ordenamiento jurídico no protege ese interés o derecho porque se deriva de una situación contraria a la ley.” HENAO, Juan Carlos “El daño”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 94 y 95.

En otros términos, ante el incumplimiento de un acuerdo de naturaleza privada entre el alcalde de Turbaco y ciertos habitantes de la población, por medio del cual el señor William Gaines Rodríguez le entregó unos dineros al primero en calidad de mutuo oneroso, se procedió a abusar de manera ilícita y fraudulenta de la condición de representante legal del municipio para trasladar a la entidad territorial de manera ficticia la obligación que era de carácter personal y privada, para que aquella respondiera por los saldos insolutos que el burgomaestre se había apropiado de manera irregular.

Por consiguiente, la finalidad de los contratos estatales se encontraba desviada de un cometido legal, toda vez que el objetivo de los mismos era transferir de manera fraudulenta, engañosa y subrepticia una obligación personal del señor Celedonio Cabarcas Puello al municipio que él representaba.

De modo que, si bien es posible que el burgomaestre estuviera facultado por el Concejo Municipal para suscribir negocios jurídicos de empréstito con particulares, lo cierto es que los dineros entregados por el señor William Gaines Rodríguez no tuvieron un soporte contractual estatal sino que, por el contrario, fueron producto de un convenio entre particulares que luego se pretendió comprender –de forma irregular e ilícita– bajo el ropaje de contratos estatales de empréstito, al grado tal que el señor Celedonio Cabarcas Puello fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena por el delito de peculado por apropiación.

iii) Aunado a lo anterior, constituye un despropósito lo que pretende el apoderado judicial de la parte actora, al sostener que al haber sido condenado penalmente el alcalde municipal de Turbaco por delito de peculado por apropiación, se advierte que los dineros sí eran públicos y que los contratos estatales sí existen y son válidos.

A contrario sensu, los contratos estatales no existen porque adolecen de objeto, ya que su celebración se efectuó con posterioridad a la entrega de los dineros por parte del señor William Gaines Rodríguez, razón por la que no existía como tal el interés jurídico sobre el que versaban los negocios jurídicos; ahora bien, en caso de que se aceptara o predicara su existencia, serían nulos por causa ilícita, ya que la finalidad de aquéllos no era otra que trasladar a la entidad territorial una obligación personal del señor Cabarcas Puello.

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 otros términos, el mandatario de manera fraudulenta y delictual solicitó de mano de particulares la entrega en mutuo de diversas cantidades de dinero, todas en efectivo, las cuales nunca ingresaron al erario de la entidad territorial. De allí, que hubiera sido condenado penalmente por el delito de peculado por apropiación, según la calificación del sumario que realizó la Fiscalía General de la Nación.

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

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.

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, 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.”

iv) 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-:

Sobre el particular, el artículo 1524 del Código Civil establece:

“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” (Se destaca).

Sin hesitación es factible concluir, sin ambages, que la causa del contrato estatal suscrito entre el demandante y el señor Celedonio Cabarcas Puello, era trasladar o transferir en cabeza del municipio demandado la obligación personal y privada del último, quien para el momento de los hechos ostentaba la condición de alcalde municipal; inclusive, por cuenta de esa celebración irregular de contratos, fue condenado penalmente el señor Celedonio Cabarcas Puello a la pena de cuatro años de cárcel.

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.

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 acalde 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.

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.

3.3. 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 párrafo 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.

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 1998.⁸

“Lo anterior ha conducido a considerar que no opera la caducidad de la acción ejercitada con el objeto de que se anule un contrato 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.”⁹ ¹⁰(Se subraya).

⁸ A este respecto puede consultarse lo manifestado por la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2000, expediente 16956.

⁹ Sentencia de septiembre 13 de 1999, Exp. 6976.

¹⁰ 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”

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 interesada¹¹.

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 judice* 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–¹², o solicitarla el ministerio público en cualquier estado del proceso, o el juez en cualquiera de las instancias.

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

¹¹ 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.”

¹² 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 **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 comercial 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-.

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.

3.4. 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 80¹³-. Se trata de la aplicación del principio de 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

¹³ “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.”

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.

3.5. 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 del acreedor, pues se demostraron las irregularidades y su imprudencia al suscribir documentos que no correspondían a la verdad -e interponer una acción con 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 el 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”¹⁴.

¹⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 2012, rad. 03075-01(24.897)

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.

4. Costas

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas al demandante, por cuanto no se evidencia que haya actuado con temeridad o mala fe.

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:

Primero. 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 el señor William Gaines Rodríguez y el Municipio de Turbaco.

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

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

Tercero. Sin costas.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO