

CONTRATO ESTATAL – Objeto ilícito – NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Ley 80 artículo 44 y 45

La Ley 80 de 1993 establece la regulación de la nulidad absoluta del contrato estatal en los artículos 44 y siguientes, precisando como causales “los casos previstos en el derecho común” y causales adicionales, dentro de las cuales se encuentran los contratos cuando “Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;”- núm. 2-. Además, el artículo 45 expresamente señaló que dicha nulidad “no es susceptible de saneamiento por ratificación”.

OBJETO ILÍCITO EN CONTRATO ESTATAL – Aplicación del Código Civil – Artículo 1741 y 1519 – Aplicación Código de Comercio artículo 899

El Código Civil en el artículo 1741 prescribe: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícito, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas". Además, el artículo 1519 ibidem consagra que: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación [...]"; el artículo 1523 ibidem que “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes” y el artículo 899 del Código de Comercio que será nulo absolutamente el negocio jurídico, entre otras causales “Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa” y “cuanto tenga causa u objetos ilícitos”.

DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA POR PARTE DEL JUEZ – Código Civil artículo 1742 – DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA POR PARTE DEL JUEZ DEL CONTRATO – Ley 1437 de 2011 artículo 141

El legislador, en el artículo 1742 del Código Civil, estableció la obligación del juez de declarar aún de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato¹⁶, disposición que se reafirma en los contratos estatales en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que señala en el medio de controversias contractuales que “[...] El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

Esta facultad oficiosa del juez se establece como una obligación que responde a la necesidad de dotar al juez de la indispensable competencia para controlar la validez del negocio jurídico que le es presentado en el proceso como origen de las pretensiones contenidas en la demanda, por constituir un presupuesto obligado para su estudio, el que su fuente sea legal; de modo que, si el juez advierte la presencia de vicios que lo invalidan, mal puede resolver sobre la

procedencia de las pretensiones sin pronunciarse sobre la nulidad absoluta que surge en relación con el acto o contrato que le sirve de fundamento.

ACTO DE APODERAMIENTO – No es un contrato estatal – PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 80 de 1993 artículo 41 – PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL – Acuerdo del objeto, contraprestación y se eleve por escrito – CONCURRENCIA ENTRE ACTO DE APODERAMIENTO Y CONTRATO – Corte Constitucional – Exequibilidad artículo 69 Código General del Proceso

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 39 prescribe como imperativo del contrato estatal que este conste por escrito, y a continuación el artículo 41 estipula que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”. El acto de apoderamiento por su naturaleza unilateral no puede considerarse un contrato estatal, ya que no existe pacto sobre la contraprestación. Por tanto, las relaciones entre poderdante y apoderado se rigen por el contrato que suscriban para regir la gestión encomendada -contrato laboral, contrato de mandato, de prestación de servicios- o, por el vínculo legal o reglamentario que exista entre las partes.

La jurisprudencia es clara al diferenciar el poder de los vínculos negociales o contratos que pueden regir las relaciones derivadas del acto de apoderamiento, indicando que los poderes no son considerados contratos estatales, pero pueden concurrir con contratos estatales orientados a regir las relaciones de poderdante y apoderado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1178 de 2001 abordó la constitucionalidad del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que prescribía la terminación del poder, y declaró su exequibilidad. En este fallo se reafirma que los poderes para representación judicial no son en sí mismos contratos sino actos jurídicos unilaterales; además, precisó que las relaciones entre el poderdante y apoderado se rigen por el contrato de gestión que puede ser de mandato u otro tipo contractual o convencional.

La Corte Constitucional al diferenciar el acto de apoderamiento y el contrato de mandato, resalta el carácter unilateral del primero y la bilateralidad del segundo, destacando la independencia del acto de apoderamiento. En esta providencia, también precisó que si bien el poder podía terminar por renuncia o revocación eran dos situaciones diferentes para resaltar que la revocatoria no requería justificación, aún cuando las relaciones entre las partes y sus derechos se regían por el contrato de gestión.

RETIRO DE EXCEDENTES DEL FONDO NACIONAL DE PENSIONES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Facultad privativa del ente territorial

La Ley 549 de 1999 se expidió para apoyar la gestión del déficit prestacional o pasivo pensional de las entidades territoriales. Para ello, creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -en adelante FONPET- como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante patrimonios autónomos constituidos en entidades financieras especializadas, con el objeto de recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrarlos a través de los patrimonios autónomos.

El marco legal y reglamentario es claro al señalar que las entidades territoriales son las titulares de los recursos que tienen en el FONPET, en sus cuentas individuales, correspondientes a las reservas para el pago del pasivo pensional, junto con los excedentes que se generen, los cuales podrá retirar cuando el ente territorial en el marco de su autonomía territorial lo considere pertinente. Por supuesto, el retiro conlleva obligaciones para las entidades públicas asociadas a la gestión de su pasivo pensional, bien porque se retiran los recursos para atender este tipo de obligaciones, o, se tengan que reactivar los aportes, si las reservas llegan a ser inferiores al pasivo. Asimismo, conlleva obligaciones frente a la destinación de los recursos, según la fuente de financiación de los excedentes a retirar.

Estas razones llevan a considerar que la competencia para retirar los recursos del FONPET corresponde a una facultad privativa del ente territorial y de su alcalde como representante legal. Por tanto, se trata de una función indelegable "por su naturaleza" -art. 11, núm.3 de la Ley 489 de 1998- y no susceptible de atribución a agentes externos por medio de una relación contractual. En efecto, las decisiones sobre la disposición de los recursos conllevan implícitamente compromisos que exceden del simple traslado o giro de recursos del FONPET, cuya decisión y asunción de obligaciones es privativa del alcalde como representante legal del ente territorial.

OBJETO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Retiro de los excedentes en el FONPET

[...] debe entenderse que el objeto contractual consistió en solicitar el retiro de los excedentes en el FONPET, función que es privativa del ente [...] por tanto, no es una función susceptible de delegación o atribución a los particulares mediante un vínculo contractual, razón suficiente para acreditar un objeto ilícito del contrato.

En efecto, el objeto ilícito se configura por transferir mediante un vínculo contractual una función privativa de la entidad pública en atención a su naturaleza -retiro de recursos de una cuenta y los compromisos sobre su gestión-, conforme a la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 1519 y 1523 del Código Civil que establecen como objeto ilícito todo lo que contraviene el derecho público de la nación, todo contrato prohibido por las leyes y el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que al regular el contenido del contrato estatal prescribe que pueden incluirse las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren

necesarias y convenientes, "siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración".

En efecto, el objeto contractual conlleva la entrega de competencias propias del ente territorial, representante legal, que por su naturaleza son indelegables asociadas a la gestión de las reservas con destinación específica para atender el pasivo pensional, compromisos presupuestales de la entidad –verbigratia reactivar aportes al FONPET, si las reservas llegan a ser inferiores- y destinación de sus recursos, ya que el retiro de recursos -excedentes- del FONPET- conlleva por su naturaleza este tipo de competencias que son privativas del ente territorial y por su naturaleza son indelegables en un particular conforme a la Ley 549 de 1999 y sus decretos reglamentarios en concordancia con el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 489 de 1998. Asimismo, el retiro de excedentes conlleva la asunción de obligaciones frente a la destinación de los recursos que corresponden asumir al representante legal y que permitan garantizar la finalidad específica de cada una de las fuentes de financiación de los excedentes a retirar.

DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Restituciones mutuas

La declaratoria de nulidad absoluta del contrato implica su desaparición del mundo jurídico, esto es, como si nunca hubieran existido y, por lo tanto, los efectos que ellos produjeron entre las partes deben retrotraerse al estado en que se hallaban antes del momento de su surgimiento o expedición.

RESTITUCIONES MUTUAS – DECLARATORIA DE NULIDAD – Código Civil artículo 1746 RESTITUCIONES MUTUAS – Ley 80 de 1993 artículo 48

El Artículo 1746 del Código Civil establece el derecho que les asiste a las partes afectadas con la decisión de nulidad de un acto o contrato, de restituirse entre sí aquello recibido como prestación del contrato anulado o en su defecto, de repetir en otra, salvo que se trate de la prestación o ejecución de un contrato con objeto o causa ilícita a sabiendas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1525 del mismo cuerpo normativo.

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, dispone el "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", beneficio que se entenderá probado en la medida en que "las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público". Así las cosas, la declaración de nulidad no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita sólo será procedente cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante. De modo que, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a algún reconocimiento o pago.

Por lo tanto, sólo procede el reconocimiento a favor del contratista del negocio jurídico absolutamente nulo, cuando cobijen prestaciones que hayan representado beneficio para

la Administración, consistiendo éste, únicamente, en la satisfacción de un interés público. Es decir, no se reconoce el valor de cualquier obligación o prestación, así ésta se haya pactado a favor de la entidad contratante, sino sólo de aquella que, plenamente cumplida, redunde efectivamente en la satisfacción total o parcial del interés público perseguido con ella.

LA LEY 549 DE 1999–Definición– FONPET

En el artículo 6 establece el retiro de los excedentes del FONPET cuando los pasivos de la entidad estén cubiertos, precisando que los recursos a devolver de no atender el pasivo pensional de la entidad podrán ser destinados a los fines que correspondan, de acuerdo con las leyes que regulan las fuentes de estos recursos. El artículo 2 de esta ley establece los recursos previstos para cubrir el pasivo pensional, incluyendo recursos de la Nación y los aportes obligatorios de los entes territoriales, dentro de los cuales se encuentran: transferencias del situado fiscal derivados del impuesto a las transacciones financieras, incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, recursos del Fondo Nacional de Regalías, el 10% de recursos provenientes de privatizaciones, el 15% de los ingresos productos de la enajenación de acciones o activos de los entes territoriales, el 20% del impuesto de registro, entre el 5% a 20% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento, los ingresos por la explotación del Loto Único Nacional y el 70% del producto del impuesto de timbre nacional.

LA LEY 489 DE 1998 –Objeto –ilícito Definición- Alcance Objeto- Artículo 1519 y 1523 del Código Civil

En concordancia con el artículo 1519 y 1523 del Código Civil que establecen como objeto ilícito todo lo que contraviene el derecho público de la nación, todo contrato prohibido por las leyes y el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que al regular el contenido del contrato estatal prescribe que pueden incluirse las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, “siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

EL ARTÍCULO 1620 DEL CÓDIGO CIVIL - Definición- Alcance -Objeto

Establece que “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”; en consecuencia, debe entenderse que el objeto contractual consistió en solicitar el retiro de los excedentes en el FONPET, función que es privativa del ente territorial por las razones previamente expuestas, por tanto, no es una función susceptible de delegación o atribución a los particulares mediante un vínculo contractual, razón suficiente para acreditar un objeto ilícito del contrato.

EL ARTÍCULO 12 DEL DECRETO 4105 DE 2004 -Eventos de Cesación-Definición

Establece los eventos de cesación de la obligación de realizar aportes al FONPET, con las fuentes previstas a su cargo en la Ley 549, así: "(...) Dichos recursos podrán ser destinados por la entidad territorial a los mismos fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan su destinación (...)", y el artículo 13, sobre las condiciones del retiro, precisa que es un derecho con destino al pago de los pasivos de bonos pensionales y cuotas partes pensionales.

EL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO 055 DE 2009 - Reglamentación - FONPET- La Ley 549 de 1999- Definición- Alcance -Objeto Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales

Reglamenta el cubrimiento del pasivo pensional, precisando que las reservas constituidas en el FONPET para cada entidad territorial están en una cuenta del respectivo ente; que el valor del pasivo pensional será igual a un 125% y sobre el retiro, el inciso 6 prescribe "Para el retiro de los recursos de la cuenta en Fonpet de la entidad territorial, que excedan los montos señalados en el presente artículo, se aplicará el procedimiento previsto en el Decreto 4105 de 2004, así como la destinación señalada para los mismos en dicho decreto."

La Ley 549 de 1999 se expidió para apoyar la gestión del déficit prestacional o pasivo pensional de las entidades territoriales. Para ello, creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -en adelante FONPET- como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante patrimonios autónomos constituidos en entidades financieras especializadas, con el objeto de recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrarlos a través de los patrimonios autónomos. artículo 6 de la Ley 549 de 1999 establece que cubierto el cálculo del pasivo total que tenga a cargo, "la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales" y asimismo "los recursos a que se refiere el artículo 2o. de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos". En todo caso, esta misma disposición prescribe que la posibilidad de retiro está sujeta a una condición "si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales".

EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 80 DE 1993- Régimen jurídico Aplicable - Derecho privado

Prescribe que son contratos estatales los “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, así como los que a título enunciativo son definidos en la citada disposición (...)”, entre los cuales, se encuentra el contrato de prestación de servicios. Este tipo contractual se celebra para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y se suscribe con personas naturales cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. El contratista tiene un objeto contractual que está plenamente definido, sus actuaciones son autónomas e independientes desde el punto de vista técnico y científico, no genera una relación laboral y se celebra por el término estrictamente indispensable.

ARTÍCULO 1742 DEL CÓDIGO CIVIL - Nulidad Absoluta del Contrato

Estableció la obligación del juez de declarar aún de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato¹⁶, disposición que se reafirma en los contratos estatales en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que señala en el medio de controversias contractuales que “[...] El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 23001-23-33-000-2015-00089-01 (66556)
Demandante: GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUEZ
Demandado: MUNICIPIO DE AYAPEL (CÓRDOBA)
Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Tema: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. El poder no es un contrato estatal. Las gestiones entre poderdante y apoderado se rigen por el contrato de gestión suscrito entre las partes. – CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Objeto ilícito por atribución a particulares de funciones que por su naturaleza son privativas del representante legal del ente territorial - NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO. Objeto Ilícito – RESTITUCIONES MUTUAS. Hay lugar a su reconocimiento cuando se declara la nulidad absoluta del contrato, salvo cuando se haya celebrado con objeto o causa ilícita a sabiendas.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de febrero de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba¹, en la cual se dispuso:

“PRIMERO: Declarar probada de oficio la nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato fechado 12 de julio de 2012, suscrito por las partes.

SEGUNDO: Declarar que no hay lugar a restituciones mutuas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia”.

SÍNTESIS DEL CASO

GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUEZ, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales solicita que se declare el incumplimiento del contrato de prestación de servicios por parte del Municipio de Ayapel y se ordené el pago de los honorarios, mientras el ente territorial sostiene que el negocio adolece de nulidad absoluta y que no se acreditaron las gestiones del contrato.

¹ Exp. Digital, Documento 39.



ANTECEDENTES

1. La demanda

El 18 de marzo de 2015, GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUEZ presentó demanda de controversias contractuales en contra del MUNICIPIO DE AYAPEL (CÓRDOBA), con el objeto de que accediera a las siguientes pretensiones, que se transcriben literalmente:

PRIMERA.- Que el MUNICIPIO DE AYAPEL CORDOBA demandado incumplió el Contrato de Prestación de Servicios de fecha 12 de julio de 2012, concertado entre esa entidad estatal y mi poderdante, señor GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUEZ.

SEGUNDA.- Que el demandado MUNICIPIO DE AYAPEL CORDOBA, dio por terminado, sin justa causa y en forma arbitraria, el contrato de prestación de servicios a que se contrae la pretensión anterior con mi poderdante, sin que fuese notificado por la entidad contratante.

TERCERA.- Que con fundamento en las anteriores declaraciones se condene a la entidad estatal demandada a pagar a mi poderdante señor GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUEZ, la suma de \$1.142.059.433,81 ML. junto con la corrección monetaria y los intereses a que haya lugar de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., desde la fecha en que se dio por terminado el contrato de prestación de servicios de manera injusta y hasta tanto se produzca el pago, suma ésta que corresponde al 20% de los dineros por concepto de retiro de excedentes de conformidad con los decretos 4105 de 2004 y 055 de 2009 que fueron desembolsados al Municipio de Ayapel Córdoba, en cuantía de \$5.710.297.169,06 M.L. tal y como se pactó en el Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre aquel y la entidad pública mencionada.

CUARTA.- Que por las anteriores declaraciones, además se condene al MUNICIPIO DE AYAPEL CORDOBA a indemnizar a mi mandante la totalidad de los perjuicios que se le irrogaron por el incumplimiento e injusta terminación del Contrato de Prestación de Servicios de fecha 12 de Julio de 2012, firmado con él mismo.

QUINTA.- SUBSIDIARIA.- En subsidio que se condene al MUNICIPIO DE AYAPEL CORDOBA demandado el pago de los perjuicios que se prueben dentro del proceso y que se causaron con la injusta terminación e incumplimiento del contrato de prestación de servicios antes mencionado, junto con la corrección monetaria y los intereses a que haya lugar.

SEXTA.- Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, conforme al artículo 176 del C.C.A. y se tenga en cuenta lo preceptuado por el artículo 177 de la misma obra”.

Como fundamento fáctico de la demanda señaló, en síntesis, que presentó propuesta ante la Alcaldía del Municipio de Ayapel, con fundamento en la cual se suscribió el contrato de prestación de servicios el día 12 de julio de 2012, cuyo objeto fue: Que el contratista se obliga a prestar sus servicios profesionales al municipio por su cuenta y riesgo, con plena autonomía e independencia profesional, con el fin



Radicación: 23001-23-33-000-2015-00089-01 (66556)

Demandante: Gustavo Adolfo Tafur Márquez

Demandado: Municipio de Ayapel (Córdoba)

Referencia: Controversias contractuales

de verificar el cubrimiento del pasivo pensional y la recuperación de excedentes del pasivo cubierto por el municipio ante el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con la normatividad vigente.

Las partes pactaron que el valor del contrato es indeterminado en razón a que no se podía cuantificar el valor a recuperar al momento de la firma del mismo, motivo por el cual fijaron un valor fiscal de dos millones de pesos (\$2.000.000), con la precisión de que el municipio cancelaría al contratista cada éxito obtenido en un porcentaje del veinte por ciento (20%) sobre el saldo a favor del municipio, tras la depuración de la información, levantada y legalizada la respectiva acta de conciliación, y la devolución real y efectiva de cuentas de dichos dineros o saldos al municipio. Igualmente, establecieron que los honorarios no superarían el porcentaje previsto sobre los saldos a favor de las cuentas conciliadas con el FONPET Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En cumplimiento del objeto contractual, el actor recopiló información y elevó solicitud ante el Director de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el día 7 de septiembre de 2012. Tras un tiempo prudencial, radicó petición el 15 de febrero de 2013 sin obtener respuesta y tras su insistencia, el demandante recibió respuesta el 11 de abril de 2013, en la que se informó la devolución de las peticiones al municipio por solicitud expresa del alcalde del día 9 de abril de 2013, quien informó de la revocatoria del poder, adjuntándole la misiva referenciada que señala los motivos de la decisión y determina la persona autorizada para recibir la información, prohibiendo la entrega de información sin autorización expresa y por escrito otorgada ante notaría pública.

Indicó que en estas condiciones, al actor le fue imposible continuar con el cumplimiento de las obligaciones del contrato de prestación de servicios y ante la negativa de la entrega de la información sobre el trámite iniciado, debió presentar peticiones y acudir a la acción de tutela, hasta que el 31 de octubre de 2014, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta a su petición e hizo entrega de lo solicitado, incluyendo las resoluciones que autorizan el retiro de recursos del FONPET al ente municipal.

Señaló que el demandante cumplió a cabalidad con el objeto del contrato, la entidad accionada incumplió sin justa causa el contrato y que el municipio de Ayapel recibió el desembolso en cuantía de \$5.710'297.169 por concepto de retiro de excedentes



conforme a los Decretos 4105 de 2004 y 055 de 2009. Por lo tanto, con la acción judicial se persigue el pago de los honorarios pactados junto con los intereses e indemnizaciones a que haya lugar.

2. El trámite en primera instancia

El Tribunal Administrativo de Córdoba, por auto del 27 de julio de 2015, inadmitió la demanda para que se precisará los perjuicios y razonara la cuantía². Tras la subsanación de la demanda, en la cual la parte demandante renunció expresamente a las pretensiones 4 y 5³, el *ad quo* profirió auto del 20 de agosto de 2015, admitió la demanda y ordenó su notificación personal a las partes y al Ministerio Público⁴.

El Municipio de Ayapel contestó oportunamente la demanda⁵. Se opuso a las pretensiones, precisando que no le constaban la mayoría de los hechos, y que si bien puede ser cierto el contrato de prestación de servicios según los documentos aportados, la Oficina de Planeación del ente territorial certificó que no obraba carpeta contentiva de dicho contrato; que este no tiene radicado de consecutivo y que la resolución que supuestamente aprobaba la póliza tenía un consecutivo que correspondía a otro tema, y fue expedida con anterioridad a la fecha descrita. Precisó que fue esta la razón por la cual contestó en forma extemporánea las peticiones que se le formularon.

Afirmó que el objeto del contrato aportado es ilícito, conforme a la Ley 1386 de 2010. Además, que la duración del contrato fue de 2 meses hasta el 12 de septiembre de 2012 y que según información devuelta por el Ministerio de Hacienda, el día 5 de diciembre de 2012, el señor Tafur Márquez no presentó ninguna solicitud de entrega de recursos, razón por la cual el alcalde elevó petición de devolución de los dineros.

Señaló que el Alcalde municipal revocó el poder porque creía que el demandante era abogado y no contador, y no tenía conocimiento de que no requería de intermediario para ese trámite; además, de que su objeto estaba prohibido por la Ley 1386 de 2010. Indicó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Circular del 23 de diciembre de 2013, dirigida a los entes territoriales, en la que se reafirmaba que no era posible agilizar los trámites de retiro de recursos del FONPET y que las entidades no requerían ningún tipo de asesoría externa al Ministerio.

² Exp. Digital. Documento 6.

³ Exp. Digital. Documento 7.

⁴ Exp. Digital. Documento 8.

⁵ Exp. Digital. Documento 11.



Finalmente propuso las excepciones de caducidad de la acción, nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito e inexistencia de incumplimiento del contrato por parte del municipio. Sobre el medio exceptivo de nulidad argumentó que el contrato desconoció la prohibición de la Ley 1386 de 2010 que prohíbe delegar en terceros la devolución de tributos.

El Ministerio Público guardó silencio.

El 26 de julio de 2016 se realizó audiencia inicial⁶, se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se fijó fecha de audiencia de prácticas de pruebas para el día 13 de septiembre de 2017, fecha en la cual se incorporaron las documentales allegadas y se corrió traslado para alegatos de conclusión⁷. La parte actora en sus alegatos reiteró los argumentos que soportan la demanda⁸. Hizo énfasis en que el alcalde, al revocar el poder del demandante, no señaló la falta de cumplimiento; que el demandante cumplió el contrato y que las potestades de los artículos 17, 44 y 45 de la Ley 80 no se utilizaron en sede administrativa porque no se configuraron las exigencias legales para la terminación del contrato y la declaratoria de nulidad.

La parte demandada no presentó alegatos y el Ministerio Público no rindió concepto.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Córdoba profirió la sentencia el día 6 de febrero de 2020⁹, mediante la cual declaró de oficio la nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato suscrito el día 12 de julio de 2012 y determinó que no hay lugar a restituciones mutuas.

El problema jurídico propuesto por el *a quo* fue determinar si se configura la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios por objeto ilícito. Y en el evento de no prosperar la nulidad del contrato, establecer si existió incumplimiento por parte del municipio del contrato celebrado entre las partes. Igualmente, establecer el alcance de la Ley 1386 de 2010 conforme a los términos alegados por las partes y examinar si el municipio está legitimado para proponer la excepción de nulidad absoluta del contrato, pese a no haberla declarado en sede administrativa.

⁶ Exp. Digital. Documento 24.

⁷ Exp. Digital. Documento 31.

⁸ Exp. Digital. Documento 34.

⁹ Exp. Digital. Documento 39.



El Tribunal referenció los hechos acreditados y las disposiciones que regulan el origen de los recursos destinados al pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales, especialmente, los artículos 48, 49 y 51 de la Ley 863 de 2003, que disponen, entre otros, que los saldos de descuentos conservarán su destinación; regula los porcentajes de distribución de las fuentes de los recursos aportados al FONPET y establecen la posibilidad de utilizar los recursos de esa cuenta para cubrir obligaciones por bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales y aclara la naturaleza y función del Fondo Nacional de Pensiones de la Entidades Territoriales, FONPET.

Luego de referenciar las diferentes fuentes destinadas a financiar el pasivo pensional, destacó que no se pueden retirar recursos del FONPET mientras no se haya cubierto el ciento por ciento (100%) del pasivo pensional. Cumplido lo anterior, los recursos podrán destinarse a pasivo pensional o a los fines que corresponda, de acuerdo con las leyes que regulan su destinación.

En estos términos, concluye que el municipio de Ayapel no incurrió en la prohibición de la Ley 1386 de 2010, asociada a la prohibición de delegar a cualquier título la administración de los diferentes tributos. Sin embargo, el *a quo* de oficio, encontró que se configura la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. Al respecto, señaló que el objeto del contrato constituye la delegación de una facultad “privativa” del ente territorial de retirar los recursos de la cuenta FONPET que exceda los montos del artículo 6 de la Ley 549 de 1999 y el Decreto 055 de 2009, al tratarse de una materia no susceptible de delegación. Adicionalmente, la legislación que regula el retiro de los excedentes del FONPET no establece la posibilidad de delegar en los particulares dicha facultad, máxime que los recursos a devolver deben destinarse a los fines previstos originalmente en las disposiciones que los consagran (regalías y sistema general de participaciones).

El Tribunal concluye que estos recursos tienen una destinación específica y son inalienables, imprescriptibles e inembargables, razón por la cual no es posible, jurídicamente, atribuir a un particular la facultad delegada en el contrato objeto de la litis; por tanto, el representante legal del municipio de Ayapel al atribuir al particular contratista esa función pública indelegable termina cambiando la destinación de los recursos del sistema general de participaciones y sistema general de regalías, en contravención directa del artículo 6 de la Ley 549 de 1999. Finalmente, el Tribunal decidió que no hay lugar a restituciones mutuas, porque la petición presentada por el demandante fue devuelta y la devolución de los recursos



retenidos como excedentes se dio por las solicitudes formuladas por el Alcalde los días 31 de mayo de 2013 y 19 de febrero de 2014.

5. Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación, en el cual pidió que se revocara la sentencia de primera instancia y se concedieran las pretensiones¹⁰. Sustentó su solicitud al considerar que no opera la nulidad del contrato por objeto ilícito aduciendo que el compromiso asumido no afecta la destinación de los recursos comprometidos en el vínculo contractual, al tratarse de conceptos incorporados dentro del sector propósito general.

También señala que la Ley 715 de 2001, al definir la distribución sectorial de los recursos establece que del 100% de estos, el 58,5% corresponde al sector de educación; el 24,5%, al de salud, y un 17%, para el sector de propósito general, y que en los municipios de categoría 4, 5 y 6 se puede destinar libremente hasta un 28% de los recursos. En este sentido, señala que de estos recursos el municipio debe pagar la gestión realizada por el poderdante, por lo cual, el fallo emitido tiene un defecto sustantivo.

Alegó que aun cuando no se abordó en el fallo, el contrato suscrito corresponde a un contrato de mandato, el cual conforme al artículo 1498 del Código Civil puede ser aleatorio para el mandatario. Expuso que fue después de la celebración del contrato y la gestión del demandante, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió la Carta Circular el 26 de diciembre de 2013, que indica que no requiere ningún tipo de intermediación ni de asesoría externa a dicha entidad y concluyó señalando que el contrato de la litis goza del principio de legalidad.

6. Trámite en segunda instancia

Por auto de 31 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación¹¹ y el 9 de julio del mismo año, se corrió traslado para alegar de conclusión¹². La parte demandante presentó alegatos finales¹³, en los cuales reiteró los fundamentos del recurso de apelación y señaló que la sentencia del a quo adolece de defecto sustantivo en la interpretación de las normas aplicables, puesto que el objeto del contrato implicó una gestión que para la fecha de su celebración no estaba prohibida.

¹⁰ Exp. digital. Documento 40.

¹¹ Exp. digital. Documento 44.

¹² Exp. digital. Documento 47.

¹³ Exp. digital. Documento 49.



Adicionalmente, manifestó que el demandante acreditó el cumplimiento del contrato y que la parte demandada incumplida debe pagar los honorarios y la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia

El Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, en concordancia con el artículo 104 ibídem, que establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce los litigios originados en la actividad de las entidades públicas, naturaleza que ostenta el municipio de Ayapel (Córdoba).

Se precisa que, si bien en la cláusula décima del contrato objeto de la controversia se previó un pacto arbitral, se entiende renunciado por las partes, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, porque el señor GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUÉZ presentó demanda ante esta jurisdicción y el MUNICIPIO DE AYAPEL no formuló la excepción de cláusula compromisoria.

También le asiste competencia a esta Corporación para conocer del presente asunto en segunda instancia en atención a su cuantía, en los términos del artículo 152, en concordancia con el artículo 157 del del CPACA.¹⁴

2. La caducidad de la acción

El artículo 164, numeral 2, literal j, del CPACA, establece que el medio de control de controversias contractuales caducará, tratándose de contratos sometidos a liquidación, en el término de dos años, contados a partir del vencimiento del plazo establecido contractual o legalmente para liquidar el contrato, así:

“j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.[...]

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: [...]

¹⁴ En el año 2015, momento en que se presentó la demanda, el salario mínimo correspondía a \$644,350 y la estimación de la cuantía en la demanda asciende a \$1.142.059.433,81, equivalentes a 1772,4 salarios mínimos mensuales legales vigentes del año 2015.



v) *En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”.*

De conformidad con los hechos de la demanda y pruebas allegadas se verifica que el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre las partes de la *litis* requiere de liquidación porque expresamente lo estipularon las partes, así:

CLÁUSULA DECIMOTERCERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.- El presente contrato se liquidará de común acuerdo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a partir de la finalización del mismo o de la expedición del acto administrativo que ordene la terminación a la fecha del acuerdo que lo disponga”.

Conforme al acervo probatorio, esta instancia encuentra que las partes establecieron un plazo de 4 meses para realizar la liquidación bilateral. Además, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo y pactarse la liquidación, la misma se rige por los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, conforme a los cuales el contrato debía ser liquidado de común acuerdo entre las partes dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación y, si ello no era posible, de manera unilateral por la entidad, lo cual debía llevarse a cabo dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación bilateral.

Así, el contrato se suscribió el 12 de julio de 2012 y sobre su duración dispuso “*El plazo de ejecución del presente contrato será a partir de la firma y dos (2) meses más*”, esto significa que se extendió hasta el 12 de septiembre de 2012. Por tanto, el término para la liquidación bilateral previsto por las partes empezó a contar desde el día siguiente hasta el 13 de enero de 2013, por lo cual el término para la liquidación unilateral se extendió hasta el 14 de marzo de 2013 y a partir del 15 de marzo de 2013 empezó a correr el término de caducidad, el cual finalizaba el día 15 de marzo de 2015.

El día 21 de enero de 2015, faltando un mes y veintidós (22) días para la configuración de la caducidad, la parte demandante solicitó audiencia de conciliación ante la Procuraduría 33 Judicial II para Asuntos Administrativos, fecha en la que operó la suspensión del término de caducidad, el cual se reanudó el día 10 de marzo de 2015, por expedirse constancia de audiencia fallida¹⁵. En

¹⁵ Exp. digital. Documento 4, fl. 99.



consecuencia, el término para demandar se extendió desde el 11 de marzo de 2015 hasta el 4 de mayo del mismo año, fecha en la cual finalizaron los dos años para demandar.

En atención a que la demanda se interpuso el día 18 de marzo de 2015, se concluye que la demanda se presentó dentro de la oportunidad legal, conforme al artículo 164, numeral 2, del CPACA, sin que se haya configurado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

3. La legitimación en la causa

Por la parte activa, GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUEZ se encuentra debidamente legitimado para actuar en el proceso en su calidad de contratista del contrato de prestación de servicios y, por la parte pasiva, el MUNICIPIO DE AYAPEL (Córdoba), entidad territorial que suscribió el contrato referenciado y a quien se le atribuye su incumplimiento, razones que acreditan su legitimación en la causa por pasiva.

4. Objeto de la apelación y problema jurídico

Le corresponde a la Sala verificar si el juez de primera instancia incurrió en defecto sustantivo al declarar de oficio la nulidad del contrato de prestación de servicios por objeto ilícito del contrato, conforme al objeto y actividades pactadas como la naturaleza y destinación de los recursos referenciados en el contrato, que según el recurso de apelación no violaron el ordenamiento jurídico.

La Sala precisa que en la apelación se solicita adicionalmente la aplicación de la cláusula penal del contrato; sin embargo, esa pretensión no se formuló en la demanda, ni hubo reforma que la incluyera, razón por la cual es improcedente su estudio en esta instancia.

Para resolver la cuestión, se analizará: i) el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta; ii) la naturaleza del contrato suscrito entre el MUNICIPIO DE AYAPEL y el señor GUSTAVO ADOLFO TAFUR MÁRQUEZ; iii) el objeto contractual y la normatividad del retiro de excedentes del FONPET; iv) la naturaleza y destinación de los excedentes del pasivo pensional a cargo del FONPET; v) las restituciones mutuas; y vi) las costas del proceso.



5. Objeto ilícito como causal de nulidad absoluta del contrato estatal

La Ley 80 de 1993 establece la regulación de la nulidad absoluta del contrato estatal en los artículos 44 y siguientes, precisando como causales “los casos previstos en el derecho común” y causales adicionales, dentro de las cuales se encuentran los contratos cuando “Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;”- núm. 2-. Además, el artículo 45 expresamente señaló que dicha nulidad “no es susceptible de saneamiento por ratificación”.

Es el derecho común el que precisa el alcance de la causal de objeto ilícito. El Código Civil en el artículo 1741 prescribe: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícito, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”. Además, el artículo 1519 *ibidem* consagra que: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación [...]”; el artículo 1523 *ibidem* que “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes” y el artículo 899 del Código de Comercio que será nulo absolutamente el negocio jurídico, entre otras causales “Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa” y “cuanto tenga causa u objeto ilícitos”.

En estos términos, el objeto contractual corresponde a un elemento de la esencia del contrato estatal que debe interpretarse conforme a lo prescrito en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993. El artículo 13 precisa la normatividad aplicable en los contratos estatales con la remisión a las disposiciones “comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley” y el artículo 40 regula el contenido del contrato estatal y prescribe que “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. [...]En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.” (Subrayas fuera del texto).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que las normas imperativas son las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Estas pueden prohibir,



mandar u ordenar; por tanto, se transgrede el ordenamiento jurídico cuando se viola la prohibición, no se observa o desatiende el mandato o disposición normativa conduciendo a la configuración de un objeto ilícito y, por tanto, a un supuesto de nulidad absoluta.

El legislador, en el artículo 1742 del Código Civil, estableció la obligación del juez de declarar aún de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato¹⁶, disposición que se reafirma en los contratos estatales en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que señala en el medio de controversias contractuales que “[...] *El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes*”.

Esta facultad oficiosa del juez se establece como una obligación que responde a la necesidad de dotar al juez de la indispensable competencia para controlar la validez del negocio jurídico que le es presentado en el proceso como origen de las pretensiones contenidas en la demanda, por constituir un presupuesto obligado para su estudio, el que su fuente sea legal; de modo que, si el juez advierte la presencia de vicios que lo invalidan, mal puede resolver sobre la procedencia de las pretensiones sin pronunciarse sobre la nulidad absoluta que surge en relación con el acto o contrato que le sirve de fundamento.

El *a quo* en el fallo de primera instancia declaró la nulidad del contrato de prestación de servicios mientras el apelante argumenta que no se configuró objeto ilícito por dos razones: i) que la actividad del contrato de prestación de servicios no estaba prohibida al momento de la celebración del contrato y ii) no se afectó la destinación de los recursos correspondientes a los excedentes del pasivo pensional a cargo del FONPET. La Sala pasará a analizar estos argumentos previa revisión de la naturaleza del contrato suscrito entre las partes.

¹⁶ Art. 1742 C.C. “*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; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.*”



6. Naturaleza del contrato suscrito entre el MUNICIPIO DE AYAPEL y el señor GUSTAVO ADOLFO TAFUR MÁRQUEZ

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 39 prescribe como imperativo del contrato estatal que este conste por escrito, y a continuación el artículo 41 estipula que *“los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”*. El acto de apoderamiento por su naturaleza unilateral no puede considerarse un contrato estatal, ya que no existe pacto sobre la contraprestación. Por tanto, las relaciones entre poderdante y apoderado se rigen por el contrato que suscriban para regir la gestión encomendada -contrato laboral, contrato de mandato, de prestación de servicios- o, por el vínculo legal o reglamentario que exista entre las partes.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prescribe que son contratos estatales los *“previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, así como los que a título enunciativo son definidos en la citada disposición (...)”*, entre los cuales, se encuentra el contrato de prestación de servicios. Este tipo contractual se celebra para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y se suscribe con personas naturales cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. El contratista tiene un objeto contractual que está plenamente definido, sus actuaciones son autónomas e independientes desde el punto de vista técnico y científico, no genera una relación laboral y se celebra por el término estrictamente indispensable.

La jurisprudencia es clara al diferenciar el poder de los vínculos negociales o contratos que pueden regir las relaciones derivadas del acto de apoderamiento, indicando que los poderes no son considerados contratos estatales, pero pueden concurrir con contratos estatales orientados a regir las relaciones de poderdante y apoderado¹⁷.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1178 de 2001 abordó la constitucionalidad del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que prescribía la terminación del poder, y declaró su exequibilidad. En este fallo se

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1178 de 2001. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. 21.130; Sección Tercera, Sentencia del 1 de agosto de 2016, Exp.34.562; Sentencia del 24 de abril de 2017, Exp. 36.943; Sección Tercera, Sentencia del 22 de mayo de 2024, Exp. 42.677.



reafirma que los poderes para representación judicial no son en sí mismos contratos sino actos jurídicos unilaterales; además, precisó que las relaciones entre el poderdante y apoderado se rigen por el contrato de gestión que puede ser de mandato u otro tipo contractual o convencional, así:

Como es sabido el contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste, de conformidad con los artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio, en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella. En tanto el apoderamiento es un acto unilateral, que puede ser aceptado o no, en virtud del cual una persona autoriza a otra para actuar a su nombre y representación.

Ahora bien, lo que ordinariamente ocurre es que el contrato de gestión precede y genera el acto de apoderamiento, pero esta íntima relación no permite confundir los efectos de uno y otro, porque mientras el acto de apoderamiento es oponible a quienes por causa del mismo se relacionan con el poderdante y con el apoderado, el contrato de gestión rige las relaciones internas entre estos de manera preferente al acto de apoderamiento, pero sin trascender a quienes se vinculan con el apoderado y el poderdante por razón de la representación, porque con respecto de aquellos el contrato de gestión viene a ser res inter alios acta.

Además, el contrato de mandato, aunque de ordinario regula las relaciones internas entre poderdante y apoderado, no es el único idóneo para el efecto, porque el apoderado bien puede estar vinculado con el poderdante mediante un contrato de trabajo, de prestación de servicios, a causa de una situación legal o reglamentaria o solo en razón del acto de apoderamiento -es el caso, por ejemplo, de quien otorga el poder a aquel que le indica la firma de abogados, con la cual tiene vigente un contrato de asesoría, inclusive sin conocerlo¹⁸.

La Corte Constitucional al diferenciar el acto de apoderamiento y el contrato de mandato, resalta el carácter unilateral del primero y la bilateralidad del segundo, destacando la independencia del acto de apoderamiento. En esta providencia, también precisó que si bien el poder podía terminar por renuncia o revocación eran dos situaciones diferentes para resaltar que la revocatoria no requería justificación, aún cuando las relaciones entre las partes y sus derechos se regían por el contrato de gestión¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1178 de 2001.

¹⁹ La Corte precisó: “No implica lo anterior que la renuncia del poder no se pueda dar, y su revocatoria sí, toda vez que una y otra pueden producirse en cualquier momento del proceso, lo que acontece es que el abogado que renuncia del poder tiene el deber de explicar porque lo hace, en tanto el poderdante que revoca la designación no requiere justificar tal decisión, situación que implica que aunque sea el mismo profesional el que no puede seguir actuando en el juicio, uno y otro se encuentre en distinta situación de hecho, lo que conlleva a la Sala a no adelantar el juicio de igualdad propuesto.

Así las cosas, el abogado que concluye su labor en juicio a causa de la revocatoria del poder, sin perjuicio de los derechos derivados del eventual contrato de gestión, puede solicitarle al juez de la causa que liquide sus honorarios teniendo en cuenta, simplemente, la labor realizada, en tanto el abogado que renuncia, estando el proceso para el que fue designado en curso, debe acudir a un trámite que le permita, no solo obtener el pago de sus honorarios, sino dejar en claro su lealtad, responsabilidad y probidad profesional”. Subrayas fuera de texto.



El Consejo de Estado también realiza la distinción entre el poder y el vínculo contractual, precisando que el poder en sí mismo no es un contrato estatal. En tal sentido, es uniforme la posición de la Corporación al negar las pretensiones de demandas orientadas a declarar la existencia de un contrato estatal por la suscripción de un poder, reafirmando que conforme a los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 no se cumplen los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal²⁰.

Esta Corporación ha precisado que el poder puede concurrir con un vínculo contractual encargado de regular las relaciones internas de las partes, así se ha establecido: *“Es así como de la representación, surgen dos clases de relaciones: unas, entre el representante y los terceros, regidas por la procuración y el poder; y otras, entre el representante y el representado, llamadas relaciones internas, de las que hacen parte las obligaciones de prudencia y diligencia, obligación de ejercer el poder dentro de los límites establecidos, la obligación de remunerar al apoderado, etc., que están regidas por el negocio jurídico fundamental celebrado entre las partes.”*²¹

En estos términos, se ha previsto que el poder se rige por el contrato de gestión suscrito con la entidad pública, por ende, puede ser una consecuencia o medio para desarrollar el contrato laboral, de mandato, prestación de servicios, vínculo legal o reglamentario que se tenga con la entidad. Por tanto, el efecto jurídico del poder correspondiente a las relaciones entre las partes (términos de la gestión, obligaciones, honorarios, plazos y demás) se lo dan las partes en el contrato de gestión, en el *sub judice*, en el contrato de prestación de servicios.

En el caso concreto, el 12 de julio de 2012, el MUNICIPIO DE AYAPEL y GUSTAVO ADOLFO TAFUR MARQUEZ suscribieron el contrato que denominaron desde el encabezado como *“prestación de servicios profesionales”*, tipología que se reitera

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. 21.130. En este proceso se niega las pretensiones de la demanda de un apoderado que solicitó que se declarará la existencia de un contrato estatal con fundamento en un poder suscrito con el Departamento del Casanare. En el mismo sentido, la Sección Tercera en Sentencia del 24 de abril de 2017 (Exp. 36.943) negó las pretensiones de una apoderada que solicitaba el incumplimiento contractual del INVIAS por el pago de honorarios derivados de la representación judicial de la entidad, con fundamento en la suscripción de algunos poderes. En esta oportunidad reafirmó que el poder no era un contrato estatal conforme a los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, normas de imperativo cumplimiento que establecen las formalidades y condiciones para el perfeccionamiento de un contrato estatal, e incluso estudio el caso bajo la figura de la *actio in rem verso*, la cual también negó aduciendo que no se cumplían los presupuestos para su procedencia.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 1 de agosto de 2016, Exp.34.562. En este proceso se juzga la responsabilidad contractual derivadas de la representación judicial realizada por el demandante en proceso judicial adelantado en contra de la Nación, Senado de la República, conforme al contrato suscrito entre las partes.



tras referenciar las partes del contrato e iniciar con las consideraciones: “hemos convenido celebrar el presente contrato de prestación de servicios profesionales, previas las siguientes (...)”, y se reafirma al establecer el objeto contractual, así:

CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- El contratista se obliga a prestar sus servicios profesionales al Municipio de Ayapel por su cuenta y riesgo, con plena autonomía e independencia profesional, con el fin de verificar el cubrimiento del pasivo pensional y la recuperación de excedentes del pasivo cubierto del Municipio de Ayapel Departamento de Córdoba, con el FONPET Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con las estipulaciones ordenadas por la Normatividad Vigente, emitida por el Gobierno Nacional.

El contrato estableció en la cláusula tercera que el valor es indeterminado, pero se fijó para efectos fiscales dos millones de pesos (\$2.000.000), precisando las condiciones de su determinación bajo la figura de honorarios por comisión de éxito. La cláusula segunda estipulo una duración “a partir de la firma y dos (2) meses más”.

En el proceso también se acredita que el alcalde de Ayapel otorgó poder para que el demandante realizará las gestiones correspondientes al contrato de prestación de servicios²², dicho poder suscrito en forma previa al contrato -9 de julio de 2012- se otorgó al contratista como profesional en contaduría pública para adelantar actuaciones administrativas, lo cual lo diferencia del poder contentivo otorgado a profesionales del derecho para adelantar gestiones judiciales, el cual se rige por la normativa procesal. Atendiendo a que el poder no constituye un contrato estatal ni mandato de representación judicial, es claro, que las relaciones entre poderdante y apoderado se rige por el contrato de gestión suscrito entre las partes, el cual se materializó en el *sub judice* mediante el contrato de prestación de servicios.

En efecto, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad decidieron celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales, y conforme a su intención (art. 1618 del Código Civil), que aparece claramente exteriorizada, a la interpretación armónica de las obligaciones pactadas (art. 1622 del C.C.), y a la naturaleza misma del negocio jurídico (art. 1621 del C.C.), se trata de un contrato de prestación de servicios. En consecuencia, quedan desvirtuados los argumentos de la parte demandante que en el marco del recurso de apelación pretendió atribuirle una

²² Exp. Digital, archivo 5, fl. 30. Las facultades del poder son: “para que con arreglo a las disposiciones que regulen los recursos del pasivo pensional de las entidades territoriales (PASIVOCOL-FONPET), formule ante esa entidad, peticiones, quejas y reclamos, interponga los recursos de ley a que hubiere lugar, se notifique de las decisiones adoptadas en las actuaciones administrativas correspondientes y en fin todas aquellas actuaciones en (sic) fueren necesarias para el cabal cumplimiento del mandato”.



naturaleza jurídica diferente al vínculo contractual, ya que se acredita expresamente la tipología contractual del negocio suscrito por las partes.

7. Objeto del contrato de prestación de servicios – Retiro de excedentes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales

La Ley 549 de 1999 se expidió para apoyar la gestión del déficit prestacional o pasivo pensional de las entidades territoriales. Para ello, creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -en adelante FONPET- como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante patrimonios autónomos constituidos en entidades financieras especializadas, con el objeto de recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrarlos a través de los patrimonios autónomos.

Los recursos para el pago de los pasivos pensionales que ingresan al FONPET provienen de la Nación o son transferidos por los entes territoriales²³, y tienen diversas fuentes como participaciones de los municipios en los ingresos nacionales, recursos de regalías, provenientes de privatizaciones o capitalizaciones, impuestos, entre otros. La Ley 549 de 1999 establece los recursos y forma de destinación, estableciendo que “(...) *Los recursos provenientes de una determinada entidad territorial se destinarán a dicha entidad territorial (...)*” (art. 5).

El legislador precisó que el pasivo pensional es una responsabilidad prioritaria del ente territorial y el apoyo del gobierno nacional no implica la asunción de la misma, la cual se conserva en la respectiva entidad²⁴. En efecto, en su parte operativa el FONPET tiene una cuenta para cada ente territorial contentiva de las reservas para cubrir el pasivo pensional²⁵, frente a la cual el legislador ha

²³ Art. 2. Ley 549 de 1999

²⁴ Art. 3. Ley 549 de 1999, Inc. 2 “*Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET. [...] En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.*”

²⁵ Art. 3. Ley 549 de 1999. Inc. Final “*En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.*”



dispuesto la posibilidad de retiros de recursos cuando ya se ha cubierto el ciento por ciento del pasivo y también permite acudir a un retiro excepcional para cubrir el pasivo pensional.

Los recursos de cada cuenta pertenecen al ente territorial como reservas con una destinación específica: atender el pasivo pensional. Los conceptos que superen el pasivo pensional siguen perteneciendo a la entidad, aunque en ese caso, se establece que no se le seguirán asignando recursos provenientes de la Nación, los cuales se destinan a apoyar a las entidades que aún no cubren el pasivo pensional²⁶.

La Ley 549 de 1999 establece mecanismos para la entrega del treinta por ciento (30%) del saldo de la cuenta de la entidad, con destino al pago de las obligaciones pensionales a cambio de la transferencia de activos fijos para la cuenta del FONPET -art. 5- y la posibilidad de retirar recursos cuando se haya cubierto el 100% del pasivo pensional -art. 6-.

En este último evento, el artículo 6 de la Ley 549 de 1999 establece que cubierto el cálculo del pasivo total que tenga a cargo, *“la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales”* y asimismo *“los recursos a que se refiere el artículo 2o. de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos”*. En todo caso, esta misma disposición prescribe que la posibilidad de retiro está sujeta a una condición *“si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales”*.

A nivel reglamentario, el retiro de estos recursos se desarrolla en diversos Decretos como el 1308 de 2003, 4105 de 2004, 055 de 2009 y 2948 de 2010, que establecen los fundamentos, procedimientos y requisitos para su procedencia.

Art. 7. Ley 549 de 1999. *“Reglas para el funcionamiento del Fondo nacional de pensiones de las entidades territoriales. Para el funcionamiento del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1. El Fondo registrará los recursos en cuentas separadas correspondientes a cada entidad territorial. 2. Los recursos que correspondan a cada entidad se registrarán en su respectiva cuenta. 3. Dentro de la cuenta asignada a cada entidad territorial, el Fondo asignará subcuentas correspondientes a los diferentes sectores que generan pasivos pensionales que tengan fuentes de financiación específicas. [...]”*

²⁶ Art. 6. Ley 549 de 1999



El artículo 3 del Decreto 055 de 2009 reglamenta el cubrimiento del pasivo pensional, precisando que las reservas constituidas en el FONPET para cada entidad territorial están en una cuenta del respectivo ente; que el valor del pasivo pensional será igual a un 125% y sobre el retiro, el inciso 6 prescribe *“Para el retiro de los recursos de la cuenta en Fonpet de la entidad territorial, que excedan los montos señalados en el presente artículo, se aplicará el procedimiento previsto en el Decreto 4105 de 2004, así como la destinación señalada para los mismos en dicho decreto.”* Adicionalmente, este Decreto establece:

Artículo 7. Saldo en cuenta para retiros. Para los efectos del Capítulo II del Decreto 4105 de 2004, el saldo en cuenta para retiros incluirá las fuentes de recursos previstas en el numeral 7 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999 que se encuentren acreditadas en la cuenta de Fonpet a la fecha de la solicitud.

Artículo 8. Autorización de retiro. La autorización del retiro de recursos del Fonpet a que se refieren el artículo 51 de la Ley 863 de 2003 [para cubrir obligaciones por concepto de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales] y los Capítulos III, IV y V del Decreto 4105 de 2004 [retiros cuando se ha cubierto el pasivo pensional, para amortización de deuda consolidada con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para pagos de bonos y cuotas partes pensionales] se realizará mediante comunicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de administrador del Fonpet, a través de la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social, previo el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables para el efecto.

El artículo 12 del Decreto 4105 de 2004 establece los eventos de cesación de la obligación de realizar aportes al FONPET, con las fuentes previstas a su cargo en la Ley 549, así: *“(...) Dichos recursos podrán ser destinados por la entidad territorial a los mismos fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan su destinación (...)”*, y el artículo 13, sobre las condiciones del retiro, precisa que es un derecho con destino al pago de los pasivos de bonos pensionales y cuotas partes pensionales.

El marco legal y reglamentario es claro al señalar que las entidades territoriales son las titulares de los recursos que tienen en el FONPET, en sus cuentas individuales, correspondientes a las reservas para el pago del pasivo pensional, junto con los excedentes que se generen, los cuales podrá retirar cuando el ente territorial en el marco de su autonomía territorial lo considere pertinente. Por supuesto, el retiro conlleva obligaciones para las entidades públicas asociadas a la gestión de su pasivo pensional, bien porque se retiran los recursos para atender este tipo de obligaciones, o, se tengan que reactivar los aportes, si las reservas llegan a ser inferiores al pasivo. Asimismo, conlleva obligaciones frente a la destinación de los recursos, según la fuente de financiación de los excedentes a retirar.



Estas razones llevan a considerar que la competencia para retirar los recursos del FONPET corresponde a una facultad privativa del ente territorial y de su alcalde como representante legal. Por tanto, se trata de una función indelegable “*por su naturaleza*” -art. 11, núm.3 de la Ley 489 de 1998- y no susceptible de atribución a agentes externos por medio de una relación contractual. En efecto, las decisiones sobre la disposición de los recursos conllevan implícitamente compromisos que exceden del simple traslado o giro de recursos del FONPET, cuya decisión y asunción de obligaciones es privativa del alcalde como representante legal del ente territorial.

En efecto, el retiro de los excedentes del pasivo pensional del FONPET constituye un derecho pero también una facultad discrecional del ente territorial, que implican comprometer a la entidad con la administración de recursos, ordenación de gasto como la asignación de recursos públicos con destinación específica bien al pago del pasivo pensional como a las fuentes de los recursos que consolidaron el excedente. Funciones que por mandato constitucional y legal corresponden al ente territorial y, que por su naturaleza²⁷, no son susceptibles de atribución a particulares en el marco de una relación contractual.

En el caso concreto, el contrato de prestación de servicios tiene por objeto “*verificar el cubrimiento del pasivo pensional y la recuperación de excedentes del pasivo cubierto del Municipio de Ayapel Departamento de Córdoba, con el FONPET Ministerio de Hacienda y Crédito Público*”. Para la Sala es claro que la validez del objeto contractual se debe analizar en su integridad, esto es, que no es posible fragmentar el objeto contractual que es “*verificación del cubrimiento del pasivo pensional y recuperación de excedentes...*” Si bien en el contrato se establecen obligaciones asociadas a gestionar la información para realizar la verificación del cubrimiento del pasivo no se puede interpretar esta obligación aislada de la causa y fin de la estipulación de las partes que se orienta a la recuperación - retiro como más adelante se precisará- del excedente de los recursos previstos como reservas en el FONPET para el pago del pasivo pensional.

²⁷ La Corte Constitucional en la sentencia C-866 de 1999 estableció que no es posible atribuir todo tipo de funciones administrativas a los particulares, y estableció una serie de límites negativos o materias que no se pueden atribuir: i) las funciones de carácter político o gubernamentales; ii) las funciones exclusivas y excluyentes de las autoridades como las funciones del servicio público de policía; iii) las restricciones consagradas legalmente, *verbigratia*, las funciones de regulación, control, vigilancia y potestad de orientación -art.110 núm. 2, Ley 489-; iv) prohibición de atribuir funciones que no estén a su cargo; y v) proscripción de vaciar de contenido la competencia de la autoridad otorgante de la función administrativa.



Además, el contrato de prestación de servicios en las obligaciones del contratista parte por indicar “Actuar con diligencia y lealtad en el desarrollo de las acciones encomendadas en el objeto del presente contrato” y, en ningún apartado del contrato se referencian obligaciones de asesoría, tampoco que sea el ente territorial quien finalmente solicite en forma directa el retiro de excedentes.

Para esta instancia, conforme al marco normativo señalado hay certeza de que las entidades territoriales no pierden los recursos que se le generan como excedentes en el FONPET, ni entran a una bolsa común, por lo que mal podría considerarse conforme al objeto contractual que es necesario *recuperar* lo que no se ha perdido, o, que es necesario *recuperar* los recursos que con certeza le pertenecen al ente territorial, al estar separados en una cuenta específica del FONPET para la entidad - Art. 7. Ley 549 de 1999-.

La Sala considera que si bien estas razones podrían conducir a la aplicación de un objeto inexistente, al tener como presupuesto la pérdida o incertidumbre de recursos para la entidad, es pertinente aplicar el artículo 1620 del Código Civil que establece que *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*; en consecuencia, debe entenderse que el objeto contractual consistió en solicitar el retiro de los excedentes en el FONPET, función que es privativa del ente territorial por las razones previamente expuestas, por tanto, no es una función susceptible de delegación o atribución a los particulares mediante un vínculo contractual, razón suficiente para acreditar un objeto ilícito del contrato.

Adicionalmente, el representante legal del ente territorial deberá acreditar las condiciones del artículo 4 del Decreto 2918 de 2010, que establece varias alternativas para solicitar recursos al FONPET y, por tanto, la asunción de diferentes compromisos frente al cubrimiento del pasivo pensional y destinación de los recursos previstos en las cuentas del fondo. Esta disposición a la vez remite a los artículos 2 y 3 del mismo Decreto, que exigen la acreditación anual de los requisitos con certificaciones suscritas por el representante entidad, con corte a diciembre 31 de cada año, y la presentación de las mismas dentro de los dos meses siguientes a esas fechas.



La expedición de una Circular en diciembre de 2013²⁸, con posterioridad a la suscripción del contrato, que establece que para la devolución de recursos del FONPET no se requiere de ningún tipo de intermediación tiene un carácter informativo e ilustrativo de las gestiones administrativas y reafirma las competencias del ente territorial, por lo que no es de recibo el argumento de la apelación, que señala que la prohibición de transferir este tipo de funciones surge con posterioridad al contrato, dado que el objeto ilícito no se configura por el desconocimiento de dicha circular sino por la infracción a normas imperativas previstas al momento de la suscripción del contrato en julio del 2012. Además, dentro del expediente se acredita que esta circular es informativa como otra allegada con el acervo probatorio, del día 13 de febrero de 2013²⁹, donde se informó que la solicitud de retiro debía ir suscrita por el representante legal del ente territorial, de modo que se reiteraba la competencia privativa del ente territorial para realizar retiros de recursos del FONPET.

En efecto, el objeto ilícito se configura por transferir mediante un vínculo contractual una función privativa de la entidad pública en atención a su naturaleza -retiro de recursos de una cuenta y los compromisos sobre su gestión-, conforme a la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 1519 y 1523 del Código Civil que establecen como objeto ilícito todo lo que contraviene el derecho público de la nación, todo contrato prohibido por las leyes y el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que al regular el contenido del contrato estatal prescribe que pueden incluirse las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, *“siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”*.

En consecuencia, esta instancia encuentra que el argumento central de la recurrente no está llamado a prosperar dado que el objeto ilícito no solo se presenta por el desconocimiento de una norma que expresamente establezca el término *“prohibición”* sino cuando se presenta un objeto que contraviene el derecho público o norma imperativa, en los términos del artículo 1519 y 1741 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta que las normas que regulan las competencias constituyen normas imperativas en las que prevalece el principio de legalidad y no todo tipo de función es susceptible de delegación o atribución a los particulares.

²⁸ Carta Circular expedida el 26 de diciembre de 2013 por el Director de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se dirige a las entidades territoriales. Expediente digital. Documento 4, fl.38.

²⁹ Exp. Digital. Documento 4, fl. 92.



En efecto, el objeto contractual conlleva la entrega de competencias propias del ente territorial, representante legal, que por su naturaleza son indelegables asociadas a la gestión de las reservas con destinación específica para atender el pasivo pensional, compromisos presupuestales de la entidad –*verbigratia* reactivar aportes al FONPET, si las reservas llegan a ser inferiores- y destinación de sus recursos, ya que el retiro de recursos -excedentes- del FONPET- conlleva por su naturaleza este tipo de competencias que son privativas del ente territorial y por su naturaleza son indelegables en un particular conforme a la Ley 549 de 1999 y sus decretos reglamentarios en concordancia con el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 489 de 1998. Asimismo, el retiro de excedentes conlleva la asunción de obligaciones frente a la destinación de los recursos que corresponden asumir al representante legal y que permitan garantizar la finalidad específica de cada una de las fuentes de financiación de los excedentes a retirar.

Aunque podría argumentarse que la finalidad del contrato era una asesoría y que por eso se contrató a un persona con conocimientos específicos en la materia, lo cierto es que el objeto del contrato y de las obligaciones no realizan ningún tipo de precisión por lo cual se entregó la función en su integridad, esto implicó que se dejó a cargo del contratista la facultades de carácter presupuestal, ordenación y destinación de los recursos del ente territorial como: i) definir la conveniencia y oportunidad de pedir el retiro de los fondos -la cual correspondía únicamente a la entidad pública en atención a las obligaciones que se derivaban-; ii) disponer de los excedentes previstos como reservas presupuestales con los compromisos ya referenciados frente a obligaciones futuras de realizar nuevos aportes; iii) se dejó a discreción del contratista el monto de los recursos a retirar dado que no se estableció ningún límite, condición o modo para esta solicitud, a pesar de que el retiro para algunas finalidades -cubrimiento del pasivo pensional- exige determinar la suma a retirar, pero no se estableció ninguna estipulación en el contrato orientado a restringir o precisar el objeto contractual.

Todas estas razones reafirman la existencia de un objeto ilícito en el contrato del *sub judice*. Además, la causal de objeto ilícito como fundamento de la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del contrato objeto de esta litis también se sustenta en la naturaleza y destinación de los recursos involucrados en el contrato, que se desconoce con la suscripción del contrato, tema que se pasa a desarrollar.



8. Naturaleza y destinación de los excedentes del pasivo pensional a cargo del FONPET

La Ley 549 de 1999 en el artículo 6 establece el retiro de los excedentes del FONPET cuando los pasivos de la entidad estén cubiertos, precisando que los recursos a devolver de no atender el pasivo pensional de la entidad podrán ser destinados a los fines que correspondan, de acuerdo con las leyes que regulan las fuentes de estos recursos. El artículo 2 de esta ley establece los recursos previstos para cubrir el pasivo pensional, incluyendo recursos de la Nación y los aportes obligatorios de los entes territoriales, dentro de los cuales se encuentran: transferencias del situado fiscal derivados del impuesto a las transacciones financieras, incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, recursos del Fondo Nacional de Regalías, el 10% de recursos provenientes de privatizaciones, el 15% de los ingresos productos de la enajenación de acciones o activos de los entes territoriales, el 20% del impuesto de registro, entre el 5% a 20% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento, los ingresos por la explotación del Loto Único Nacional y el 70% del producto del impuesto de timbre nacional.

En el proceso se acreditó que el municipio de Ayapel tras realizar nuevas peticiones de retiro de los excedentes del pasivo cubierto, recibió la emisión de dos resoluciones -No. 3153 del 25 de septiembre de 2013 y No. 1861 del 4 de junio de 2014- que establecieron el giro de los recursos a favor de la entidad de sumas que correspondían a la reserva pensional con fuentes en las regalías directas - sector propósito general y el sistema general de participaciones – Ley 863. En atención a la calificación de estos recursos, el fallo de primera instancia consideró que estos recursos tienen destinación específica y, por ende, no era posible que el alcalde atribuyera la facultad al demandante de retirar los excedentes del FONPET, dado que el contrato de prestación de servicios, previsto para la recuperación de excedentes del pasivo pensional ante el FONPET, estableció como honorarios el reconocimiento del porcentaje del 20% sobre el saldo que se obtuviera a favor del municipio.

En el recurso de apelación se señala que el porcentaje del 20% comprometido como comisión de éxito correspondiente a los honorarios en el contrato y se encuentran dentro de los porcentajes previstos para libre destinación de la entidad, por lo cual, el recurrente afirmó que no se afecta su destinación específica.



La Sala encuentra que el argumento propuesto en el recurso de apelación no tiene vocación de prosperidad ya que el contrato en la cláusula de valor o remuneración está comprometiendo recursos que, mientras estén en el FONPET, tienen una destinación puntual -la inversión social para cubrir el pasivo pensional- y, en caso de retirarse, su destinación corresponde a la fuente de origen, que tratándose de recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías y el Sistema General de Participaciones debe atender los porcentajes y finalidades específicas, previstas por el legislador, para lo cual los presupuestos de las entidades efectuarán las asignaciones correspondientes.

Estas finalidades específicas se consagran en la ley -art. 15 de la Ley 141 de 1994, Ley 715 de 2001 y Ley 863 de 2003- y si bien existen algunos porcentajes que corresponde a propósitos generales o son de libre destinación, es claro que las partes del contrato no tienen la competencia para asumir la función de las corporaciones públicas y establecer en el contrato de la *litis* el compromiso, modificación del presupuesto y la destinación de los recursos, desconociendo las autoridades que conforme a la normativa constitucional son las encargadas de expedir los presupuestos y definir la destinación de los recursos de la entidad -arts. 311, 312 y 313, núm. 1, 2, 3, 4 y 5 de la Constitución Política- conforme a las exigencias previstas para el retiro de excedentes en el FONPET.

Desde la Constitución Política, artículos 360 y 361, se prioriza la inversión como finalidades específicas para los recursos de regalías y la ley materializa la destinación de las asignaciones directas que reciben los municipios. Así, el artículo 15 de la Ley 141 de 1994, modificada por la Ley 1283 de 2009 establece la destinación específica del 100% de las regalías, así: i) un 90% para inversión en proyectos de desarrollo municipal y distrital contenidos en el Plan de desarrollo, con prioridad a la construcción, mantenimiento y mejoramiento de la red terciaria a cargo de las entidades territoriales, proyectos productivos, saneamiento ambiental y para los destinados en inversiones en los servicios de salud, educación básica, media y superior pública, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales, respetando lo dispuesto en el artículo 129 del Código de Minas y una destinación mínima del 1% para inversión en nutrición y seguridad alimentaria; y, ii) un 10% para la interventoría técnica de los proyectos que se ejecuten con estos recursos y si no provienen de proyectos de hidrocarburos, un 7,5% para la interventoría técnica y un 2,5% para los costos de manejo y administración asociados a la función de recaudo y distribución de regalías y compensaciones en el orden nacional.



Esta misma disposición prescribe que los municipios que no alcancen las coberturas mínimas en los sectores de salud, educación, agua potable, alcantarillado y mortalidad infantil, “*asignarán por lo menos*” el setenta y cinco por ciento (75%) del total de sus participaciones para estos propósitos priorizándolos sobre los demás, pero sin desvirtuar la destinación de los recursos para los demás fines expresamente señalados.

Por otra parte, la Ley 715 de 2001 modificada por la Ley 1176 de 2007 conforma el Sistema General de Participaciones con cuatro participaciones -tres con destinaciones específicas- y establece la distribución sectorial de los recursos entre ellas, así: i) participación en educación con una asignación del 58,5%; ii) en salud con un 24,5%; iii) en agua potable y saneamiento básico con 5,4%; y, iv) participación con propósito general con un 11,6%. Sobre este último, el artículo 78 de la Ley 715 modificado por la Ley 1176, prescribe que “*los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un cuarenta y dos por ciento (42%)*” y establece que además de respetar la asignación especial de inversión para los municipios con menos de 25.000 habitantes, se destinará el 4% para deporte y recreación, 3% para cultura y 10% para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET, precisando como prioridad la inversión con el resto de los recursos.

En el caso concreto, el contrato en la cláusula tercera estableció como remuneración un valor indeterminado, precisando que el municipio de Ayapel cancelará al Contratista uno a uno los éxitos obtenidos en porcentaje equivalente al veinte por ciento (20%) sobre el saldo a favor de la entidad, una vez se realice la devolución real y efectiva de cuentas de dichos dineros o saldos³⁰. Esta cláusula contractual constituye una destinación de los recursos cuyo retiro se estableció en el objeto contractual contraviniendo las disposiciones de la Ley 549 de 1999, las

³⁰ “*CLAUSULA TERCERA: VALOR Y FORMA DE PAGO. El valor de presente contrato es indeterminado, en virtud a que al momento de la firma del mismo no se puede cuantificar el valor a recuperar y/o cruzar, razón está que obliga a fijar un valor fiscal en cuantía de Dos MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00), para efectos fiscales, de póliza y demás gastos de legalización. PARÁGRAFO PRIMERO. El Municipio de Ayapel cancelará al Contratista uno a uno los éxitos obtenidos en porcentaje equivalente al veinte por ciento (20%), sobre saldo a favor del Municipio de Ayapel Departamento de Córdoba, que se obtengan una vez realizada la depuración de la información, levantada y legalizada la respectiva Acta de Conciliación (para los casos donde aún no se tenga), y una vez se realice la devolución real y efectiva de cuentas de dichos dineros o saldos al Municipio de Ayapel. El valor de los honorarios que cause la gestión profesional contratada en ningún caso superará o excederá el veinte por ciento (20%), sobre saldos a favor cuentas conciliados con el FONPET Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que resultaren del estudio, a las cuentas que para ello se asignen, previa certificación por parte del supervisor del Contrato, la cual será desarrollada por el Municipio de Ayapel o el funcionario que éste delegue, en representación del Municipio de Ayapel. [...]*”



normas constitucionales y legales que prescriben destinaciones específicas para los recursos de la entidad territorial.

En efecto, según la Ley 549 de 1999, una vez se encuentre cubierto el ciento por ciento (100%) pasivo pensional en el FONPET, la entidad pública tiene la alternativa de destinar los recursos del fondo al pago de pasivos pensionales, o, a los fines que corresponde a las fuentes de los recursos -art. 6-. Conforme a lo anterior, los recursos asociados a regalías directas y Sistema General de Participaciones tienen unas destinaciones específicas, e incluso los componentes de propósito general tienen unas prioridades asignadas legalmente, en la que prevalece la inversión, siendo competencia de los concejos municipales la aprobación de los presupuestos que materializan la destinación de estos recursos.

Por lo tanto, el objeto del contrato de prestación de servicios objeto de esta litis se encuentra viciado de objeto ilícito tanto por transferir a un particular el ejercicio de una función que por su naturaleza es privativa del alcalde, asociada al retiro de los recursos del FONPET -con los compromisos y ejercicio del poder de decisión que conlleva- como por desconocer las normas constitucionales y legales que establecen la destinación de los recursos comprometidos desde el objeto contractual y la cláusula de remuneración.

Lo anterior impone el deber de confirmar la decisión del *a quo* que declaró de manera oficiosa la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 1519 del Código Civil³¹ y artículo 44 de la Ley 80 de 1993³². Esta declaratoria de nulidad impide a la Sala pronunciarse acerca de las pretensiones de incumplimiento elevadas por el actor, por derivarse de un negocio jurídico nulo.

9. Restituciones mutuas

La declaratoria de nulidad absoluta del contrato implica su desaparición del mundo jurídico, esto es, como si nunca hubieran existido y, por lo tanto, los efectos que ellos produjeron entre las partes deben retrotraerse al estado en que se hallaban antes del momento de su surgimiento o expedición.

³¹ Artículo 1519. “<Objeto Ilícito>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (...).”

³² Artículo 44. “De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (...).”



El artículo 1746 del Código Civil establece el derecho que les asiste a las partes afectadas con la decisión de nulidad de un acto o contrato, de restituirse entre sí aquello recibido como prestación del contrato anulado o en su defecto, de repetir en otra, salvo que se trate de la prestación o ejecución de un contrato con objeto o causa ilícita a sabiendas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1525 del mismo cuerpo normativo.

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, dispone el *“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”*, beneficio que se entenderá probado en la medida en que *“las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”*. Así las cosas, la declaración de nulidad no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita sólo será procedente cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante. De modo que, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a algún reconocimiento o pago³³.

Por lo tanto, sólo procede el reconocimiento a favor del contratista del negocio jurídico absolutamente nulo, cuando cobijen prestaciones que hayan representado beneficio para la Administración, consistiendo éste, únicamente, en la satisfacción de un interés público. Es decir, no se reconoce el valor de cualquier obligación o prestación, así ésta se haya pactado a favor de la entidad contratante, sino sólo de aquella que, plenamente cumplida, redunde efectivamente en la satisfacción total o parcial del interés público perseguido con ella.

En el *sub judice*, el contrato de prestación de servicios suscrito entre el municipio de Ayapel y el señor Gustavo Adolfo Tafur se suscribió con una duración de 2 meses contados desde la firma del contrato, el 12 de julio de 2012, extendiéndose hasta el día 12 de septiembre de 2012. Si bien se acredita que se otorgó un poder en forma previa el cual se revocó en abril del 2013, el acto de apoderamiento materializa una relación unilateral y no constituye un contrato estatal, ni tiene el alcance para modificar el contrato suscrito por las partes, ni conlleva un vaciamiento de la competencia del ente territorial para adelantar las gestiones en la materia, máxime que el apoderamiento se rige por el contrato de gestión suscrito entre las partes como marco normativo que regula sus relaciones. En esta controversia el contrato de prestación de servicios que conforme a la Ley 80 de 1993 es un vínculo temporal

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de abril de 2024. Radicación No. 88001233300020190002001 (66.102), C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez.



que se celebra por el tiempo estrictamente necesario, en el cual las partes expresamente estipularon una duración de dos meses.

Ahora bien, dentro del objeto contractual se estableció la “verificación del cubrimiento del pasivo pensional y recuperación de excedentes...”, frente a la primera parte del enunciado esta Corporación destaca que no se indica en los hechos de la demanda ni se acredita en el proceso gestiones orientadas a verificar el cubrimiento pensional, e incluso conforme al acervo probatorio se acredita que esta gestión no se realizó por el contratista sino directamente por el ente territorial en forma previa o concomitante al inicio del contrato, quién expidió las certificaciones correspondientes el día 12 de julio de 2012, con corte a 31 de diciembre de 2011³⁴, que sustentaron la única petición acreditada en el proceso con la cual se solicitó la devolución de excedentes en el FONPET, de fecha de radicación 12 de septiembre de 2012 ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Las certificaciones referenciadas indicaban: i) que los servidores estaban afiliados al Sistema general de pensiones; ii) que no estaba en mora en cotizaciones o pago de mesadas pensionales; iii) que la entidad cubría el 100% de la información en la cuenta Pasivocol con corte a 31 de diciembre de 2011.

En estos términos no se acredita prestación de servicios por el componente de “verificación del cubrimiento del pasivo pensional”. No puede pasar por alto esta instancia que en el acervo probatorio obra certificación del 3 de diciembre de 2013³⁵, donde se indica que el Municipio no tiene entidades descentralizadas o vinculadas a su cargo, elemento probatorio que da cuenta que el contrato no implicaba la verificación del pasivo de diversas entidades del orden territorial, por lo que la información a recaudar se limitó a los certificados expedidos por el ente territorial el día 12 de julio de 2012, información que en sí misma no acredita actividades desarrolladas por el contratista al ser expedidas directamente por el Municipio el mismo día de la suscripción del contrato.

En relación con el segundo enunciado que se desprende del objeto contractual “recuperación de excedentes” con las precisiones que se realizan en esta providencia, se encuentra en el plenario acreditado que el día 7 de septiembre de 2012 se presentó petición ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitando devolución de excedentes del pasivo pensional³⁶, sin que dentro del plazo contractual se estableciera ninguna respuesta contentiva de la devolución de recursos para la entidad. Se acredita que el contratista reiteró la petición al

³⁴ Exp. Digital. Documento 4, fl. 28-29 y 77-79.

³⁵ Exp. Digital. Documento 4, fl. 83.

³⁶ Exp. Digital. Documento 4, fl. 28.



Ministerio de Hacienda y Crédito Público tras finalizar el contrato suscrito con el municipio, el día 15 de febrero de 2013, con fundamento en la cual se le informó que la petición fue devuelta al ente territorial por revocación del poder. La única petición realizada dentro del plazo contractual corresponde a septiembre del 2012, la cual se efectuó con soporte en certificaciones emitidas por la entidad territorial el día 12 de julio de 2012 (el mismo día de inicio del contrato).

No se acreditó ni referenció actuaciones o gestiones adicionales durante el plazo contractual. La actuación administrativa iniciada ante el Ministerio no terminó dentro del plazo contractual ni con la devolución de los recursos. En cambio, lo que se acredita es que con posterioridad al plazo contractual, el ente territorial solicitó la devolución-retiro de recursos el día 5 de diciembre de 2012, 31 de mayo de 2013 y 19 de febrero de 2014, y fue sobre estas dos últimas actuaciones que el Ministerio de Hacienda emitió las resoluciones que efectivamente autorizaron el retiro de los excedentes en los años 2013 y 2014.

En efecto, se acreditó que el Alcalde de Ayapel mediante oficio del 9 de abril de 2013³⁷ informó al Director General de la Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, autoridad responsable, sobre la revocatoria del poder conferido al actor y solicitó la devolución de la documentación radicada por el señor TAFUR MÁRQUEZ, comunicación atendida por el Ministerio de Hacienda, quién mediante Oficio 2-2023-011572 del 11 de abril de 2013³⁸. Como precisó esta Subsección, el poder no constituye un contrato estatal y es el contrato de prestación de servicios el que rige las relaciones entre las partes, precisando que el contrato tenía una duración de dos meses, hasta el 12 de septiembre de 2012.

La parte demandante indicó que dio cumplimiento al contrato y que por ello el municipio de Ayapel recibió devolución de recursos mediante resoluciones de septiembre de 2013 y junio de 2014. Sin embargo, no obra prueba alguna de que las prestaciones que el actor adujo como cumplidas hubieran materializado el interés público a cargo de la entidad -la devolución de excedentes del FONPET en el plazo contractual, o, durante el año 2012-, lo cual se evidencia en que no se logró la finalidad del contrato y el interés público que se pretendía satisfacer.

Lo que se prueba en el plenario es que el retiro de los excedentes en el FONPET se realizó por actuaciones diferentes a las del contratista, presentadas directamente por el alcalde municipal. Así, el Ministerio de Hacienda por medio de la Dirección

³⁷ Exp. Digital. Documento 4, fl. 70

³⁸ Exp. Digital. Documento 4, fl. 69.



General de la Regulación Económica de la Seguridad Social emitió las Resoluciones Nos. 3153 del 25 de septiembre de 2013 y 1861 del 4 de junio de 2014, las cuales en sus considerandos señalaron expresamente que se expiden con ocasión de las peticiones remitidas por el alcalde del municipio de Ayapel radicadas los días 31 de mayo de 2013³⁹ y 19 de febrero de 2014⁴⁰. En estos términos, no son procedentes las restituciones mutuas.

Adicionalmente, no se puede equiparar la actuación del contratista -petición de septiembre del año 2012- con la actuación realizada por la entidad territorial con posterioridad (en el año 2013 y 2014), empezando porque el balance de excedentes lo realiza el Ministerio anualmente, dado que existen aportes anuales al Fondo por parte de los entes territoriales y de la Nación, por lo cual el monto de los recursos que tiene la entidad en su cuenta del FONPET varía en forma considerable cada año. Es claro, que las solicitudes que presentó el ente territorial con posterioridad autorizaron el retiro de los excedentes con certificaciones que acreditaban condiciones diferentes a las previstas en la solicitud radicada por el contratista en septiembre del 2012, como se deriva de la parte motiva de cada una de estas resoluciones.

En conclusión, en esta controversia los argumentos de la apelación no están llamados a prosperar, dado que no se configuró el defecto sustantivo atribuido al fallo de primera instancia; en cambio, se acredita que el *a quo* realizó una interpretación integral del ordenamiento jurídico, respetando la normatividad constitucional y legal frente a la naturaleza de la relación contractual, su objeto e implicaciones del mismo, aplicando en debida forma las disposiciones de la Ley 549 de 1999, en concordancia con las normas que regulan la naturaleza y destinación de los recursos del FONPET y las disposiciones de la Ley 489 de 1998. En consecuencia, la sentencia apelada será confirmada.

10. Costas

Según el artículo 365 del Código General del Proceso, la condena en costas procede contra la *“la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”*. Como la nulidad del contrato de prestación de servicios fue declarada de oficio y las consecuencias de ello no favorecen a ninguna de las partes, no se condenará en costas.

³⁹ Exp. Digital. Documento 4, fl. 59-62.

⁴⁰ Exp. Digital. Documento 4, fl. 64-67.



Radicación: 23001-23-33-000-2015-00089-01 (66556)

Demandante: Gustavo Adolfo Tafur Márquez

Demandado: Municipio de Ayapel (Córdoba)

Referencia: Controversias contractuales

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 6 de febrero de 2020 por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF