

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”.