



Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 050012333000201300295 01 (52.804)
Demandante: Municipio de Olaya
Demandado: Promotora Olaya S.A.S
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: ENAJENACIÓN DE BIENES DEL ESTADO – se realiza por el proceso de selección abreviada, salvo que se configure alguna de las causales de contratación directa / ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO – se rige por la Ley 226 de 1995 si es a favor de particulares, si es entre entidades públicas se rige por las normas de derecho público / CONTRATACIÓN DIRECTA – procede si el objeto del contrato se ajusta al objeto de la entidad ejecutora / CONTRATO DE READQUISICION DE ACCIONES – es posible en sociedades anónimas y sociedades por acciones simplificadas, bajo las condiciones de ley / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – causales se integran con las del derecho común – objeto ilícito se configura por violación de las normas que rigen los procesos de selección / RESTITUCIONES MUTUAS – proceden si a pesar de que la nulidad se funda en objeto o causa ilícita no está probado que hubiere sido a sabiendas de los contratantes.

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes en contra de la sentencia mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

La controversia gira alrededor de la nulidad absoluta de los contratos de aporte y venta de un bien inmueble de propiedad del municipio de Olaya, así como el contrato de readquisición de acciones suscrito entre las partes, con fundamento en que el primero fue celebrado sin competencia del alcalde municipal y ambos con violación del deber de selección objetiva y sin estudios previos.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 26 de septiembre de 2014, por medio de la cual la Sala Segunda de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió:

“PRIMERO: Se declara la nulidad del contrato denominado aporte en especie y venta sobre el bien inmueble denominado Finca El Oasis, identificado con matrícula inmobiliaria No. 029-0016.883 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sopetrán, Antioquia, celebrado entre el municipio de Olaya y la Promotora Olaya S.A.S, elevado a escritura pública No. 225 del día trece (13) de abril de dos mil once (2011) en la notaría única del circuito de Santa Fe de Antioquia. Como consecuencia de la declaración anterior se declara la rescisión del referido contrato.

SEGUNDO: La PROMOTORA OLAYA S.A.S. restituirá al MUNICIPIO DE OLAYA el inmueble al que se refiere la cláusula séptima de la escritura pública número 225 del 13 de abril de 2011 de la notaría única del círculo de Antioquia del Departamento de Antioquia [sic], con matrícula No. 029-0016.883 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Sopetrán, Antioquia.

TERCERO: El MUNICIPIO DE OLAYA devolverá las acciones de la sociedad PROMOTORA OLAYA S.A.S entregadas como contraprestación del predio determinado en la escritura pública número 225 del 13 de abril de 2011 de la notaría única Antioquia del Departamento de Antioquia [sic], con matrícula inmobiliaria No. 029-0016.883 y la suma de ciento cincuenta millones de pesos, debidamente actualizada conforme al índice de precios al consumidor, en la forma establecida en la parte motiva de esta providencia, a PROMOTORA OLAYA S.A.S.

CUARTO: Se declara la nulidad del contrato celebrado el 1º de noviembre de 2011 entre el MUNICIPIO DE OLAYA y PROMOTORA OLAYA S.A.S., correspondiente a la enajenación de noventa y cinco (95) acciones del MUNICIPIO DE OLAYA a PROMOTORA OLAYA S.A.S. Como consecuencia de la declaración anterior, se declara la rescisión del contrato.

QUINTO: Como consecuencia de la declaración anterior, se ordena al MUNICIPIO DE OLAYA devolver a PROMOTORA OLAYA S.A.S. la suma de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000), suma que se actualizará conforme al índice de precios al consumidor, en la forma establecida en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: PROMOTORA OLAYA S.A.S. devolverá al MUNICIPIO DE OLAYA noventa y cinco (95) acciones más el valor recibido por concepto de la prima por colocación de acciones, equivalente a veinticinco millones de pesos (\$25.000.000), suma que se actualizará conforme al índice de precios al consumidor, en la forma establecida en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Oficiese al Registrador de Instrumentos Públicos de Sopetrán – Antioquia, para que cancele del folio de matrícula inmobiliaria No. 029-0016.883, las anotaciones relacionadas con la escritura pública No. 225 del 13 de abril de 2011 de la Notaría Única de Antioquia, Antioquia.

OCTAVO: Niéguese las pretensiones de indemnizar perjuicios al MUNICIPIO DE OLAYA por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

NOVENO: Se condena en costas a la parte demandada, PROMOTORA OLAYA S.A.S. a favor del MUNICIPIO DE OLAYA.”¹

2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 19 de febrero de 2013² por el municipio de Olaya, departamento de Antioquia (en adelante, el Municipio o el demandante), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación.

Pretensiones

3. El Municipio formuló las siguientes pretensiones:

“Primera: Que se declare la nulidad absoluta del contrato denominado de aporte en especie y venta sobre el bien inmueble denominado Finca El Oasis, identificado con matrícula inmobiliaria nº 029-16-883 de la Oficina de Registro

¹ Folio 460 y 461, cuaderno del Consejo de Estado.

² De conformidad con el sello de recibido impuesto por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia, la demanda fue presentada el 19 de febrero de 2013 (folio 33, cuaderno 1).

de Instrumentos Públicos de Sopetrán, (Ant), celebrado entre el Municipio de Olaya y la Promotora Olaya S.A.S., elevado a escritura pública No. 225 del día trece (13) de abril de dos mil once (2011) en la Notaría Única del Circuito de Santa Fe de Antioquia. (Ver hecho nº 5 infra)

Segunda: *Que se ordene al señor Registrador de Instrumentos de Públicos [sic] de Seccional Sopetrán, Antioquia, para que cancele dicha inscripción del folio de matrícula nº 029-0016-883.*

Tercera: *Que se condene a la demandada al pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.*

Cuarta: *Que se ordene a la demandada proceder de inmediato a realizar la restitución del inmueble al demandante.*

Quinta: *Que se declare la nulidad absoluta del contrato interadministrativo de enajenación de acciones suscrito el día 1 de noviembre de 2011 entre el Municipio de Olaya y la Gerente de la Promotora Olaya S.A.S., cuyo objeto fue la venta de noventa y cinco (95) acciones con destino a la terminación y financiación de proyectos de infraestructura para el mejoramiento de la competitividad turística y el desarrollo económico y social del Municipio de Olaya.*

Sexta: *Que se condene en costas a la entidad demandada.*³

Hechos de la demanda

4. En apoyo de sus pretensiones, el Municipio enunció, en síntesis, los siguientes hechos:

4.1. El Concejo Municipal de Olaya expidió el Acuerdo No. 21 del 25 de noviembre de 2001, por medio del cual autorizó al alcalde para convertir la finca El Oasis en un sitio destinado al ecoturismo regional.

4.2. Posteriormente, ese mismo cuerpo colegiado profirió el Acuerdo No. 1 del 11 de enero de 2008, mediante el cual le confirió al alcalde facultades por el término de 6 meses para que determinara la estructura administrativa del Municipio y modificara, fusionara, suprimiera y constituyera entidades descentralizadas. El 11 de julio de 2008, el alcalde del Municipio expidió el Decreto No. 23 a través del cual autorizó la creación de una sociedad de economía mixta, denominada Promotora Olaya S.A.S, documento que reposa en los archivos del ente territorial sin la firma del alcalde.

4.3. El alcalde y el representante de la sociedad Construcciones Técnicas en Obras Civiles S.A.S, celebraron el contrato de sociedad del 27 de junio de 2009 para constituir a la sociedad Promotora Olaya S.A.S. (en adelante, la sociedad, la Promotora o la demandada). Por la naturaleza pública de la sociedad, se autorizó al Municipio para hacer aportes en la modalidad de ventajas financieras o fiscales, garantías, concesiones, entre otras figuras jurídicas.

4.4. El Municipio y la Promotora, celebraron el contrato de aporte en especie y venta del 13 de abril de 2011 sobre el bien inmueble denominado El Oasis, identificado con matrícula inmobiliaria No. 020-0016-883 de la Oficina de Registro

³ Folio 2, cuaderno 1.

de Instrumentos Públicos de Sopetrán, departamento de Antioquia, el cual fue elevado a escritura pública No. 225 de la Notaría Única del Circuito de Santa Fe de Antioquia. De conformidad con el objeto de este contrato: (i) el Municipio enajenó, a título de aporte en la Promotora, el 50,17% del derecho de dominio sobre el referido inmueble, por un valor de \$151'000.000 y, a cambio, la demandada le transferiría 151 acciones nominativas y ordinarias de la sociedad; y, (ii) el Municipio enajenaría a título de venta a favor de la Promotora la cuota restante del 49,83% por valor de \$150'000.000, los cuales serían pagados por la compradora en tres cuotas. El precio del inmueble estuvo basado en el avalúo comercial realizado por peritos registrados en la lonja de propiedad raíz.

4.5. Meses después, el Municipio y la Promotora celebraron un contrato de readquisición de acciones el 1º de noviembre de 2011, cuyo objeto consistió en que el primero le vendió de vuelta a la segunda 95 acciones, a cambio de \$120'000.000.

4.6. En la entidad no reposa la versión original del Decreto No. 23 de 2008 –de autorización de la creación de la Promotora– ni los estudios previos de que trata el Decreto 4444 de 2008⁴, como tampoco los pliegos de condiciones que rigieron la selección del contratista, los cuales debían servir de fundamento y soporte para la celebración de los negocios jurídicos cuya nulidad se pretende.

Los fundamentos de derecho de la demanda

5. En el acápite de fundamentos de derecho, el Municipio afirmó que al celebrar los negocios jurídicos objeto de pleito se vulneraron los artículos 6, 29, 90, 119, 122, 209, 311, 313 y 315 de la Constitución Política; las leyes 9ª de 1989, 80 de 1993, 489 de 1998 y 1150 de 2007; los artículos 4, 17 y 20 de la Ley 226 de 1995; los artículos 1502 y 1741 del Código Civil y el Decreto 4444 de 2008. En sustento de su afirmación desarrolló los siguientes argumentos:

5.1. Indicó que el alcalde del Municipio actuó sin competencia al transferir el bien a la Promotora, toda vez que requería de autorización expresa del Concejo Municipal, pero que no contaba con ella; por tanto, el contrato está viciado de nulidad absoluta por vulnerar el orden público.

5.2. Refirió que la enajenación de los bienes de las entidades públicas se debe hacer a través del proceso de selección abreviada, el cual no se surtió. Citó como fundamento el literal e) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4444 de 2008 que dispone que se deben elaborar estudios previos. El Municipio no elaboró estudios en los que explicara la necesidad y conveniencia de enajenar los bienes que eran de su propiedad⁵.

⁴ “Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007”.

⁵ Al contestar la demanda, la Promotora propuso la excepción de “ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”, con fundamento en que en el libelo se invocó la violación de normas que no eran aplicables al caso y que además la presentación se hizo de una manera generalizada sin expresar claramente en qué consiste la vulneración. Señaló que no se identificó ninguna de las causales de nulidad de las que trata el artículo 84 del C.C.A. referente a actos administrativos. En audiencia inicial, el Tribunal resolvió negativamente la pretensión, con fundamento en que la acción que se ejerció no fue la de nulidad, ni la de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual la norma invocada por la demandada como fundamento de su excepción no resulta aplicable al caso. No se recurrió esta decisión. El litigio se fijó para determinar si el contrato de aporte en especie y venta de la finca El Oasis y el posterior de readquisición de acciones “fueron suscritos con el cumplimiento de las normas legales o en su defecto recae sobre ellos el vicio de la nulidad absoluta de que trata el artículo 44 de la

Los argumentos de defensa de la demandada

6. El 17 de junio de 2013⁶, la Promotora contestó la demanda y se opuso a todas las pretensiones. Formuló las excepciones de “*ineptitud sustantiva de la demanda*”, “*mala fe de la demandante*” y “*legalidad de los negocios jurídicos demandados*”. Como fundamento de su defensa expuso, que:

6.1. El Municipio sí expidió el Decreto No. 23 del 11 de julio de 2008, por lo cual no se trata de un acto presunto. Agregó que la celebración del contrato de enajenación de acciones se soportó en el Acuerdo Municipal No. 29 de 2010⁷ expedido por el Concejo Municipal con el cumplimiento de todos los requisitos legales.

6.2. Aseveró que el Municipio actuó de mala fe porque aportó al proceso documentos en borrador o sin firmas para inducir a error a la administración de justicia. Agregó que aportaba los documentos definitivos que acreditan que los negocios jurídicos estuvieron sustentados en los documentos legalmente exigidos, motivo por el cual no adolecen de vicio alguno.

Alegatos en primera instancia

7. Agotado el período probatorio⁸, el Municipio presentó sus alegatos de conclusión, en los que afirmó que: (i) el Acuerdo No. 21 del 25 de noviembre de 2001 proferido por el Concejo Municipal autorizó la transformación de la finca El Oasis en un sitio adecuado para el ecoturismo, pero no su enajenación, por lo que el contrato de aporte en especie y venta está viciado de nulidad por falta de competencia del alcalde; (ii) el Juzgado 27 Administrativo de Medellín declaró la

Ley 80 de 1993”. En la sentencia, el Tribunal se pronunció frente a la nulidad de los contratos por las causales de falta de competencia para celebrarlos, por desconocimiento del proceso de selección y por falta de estudios previos. En el recurso de apelación, la parte demandada reprochó los argumentos en los que el Tribunal soportó sus decisiones (dijo que sí había competencia, que el proceso de selección abreviada no era aplicable y que sí hubo estudios previos), pero no insistió en la falta de claridad en los fundamentos de la demanda. La Sala en esta instancia anota que, si bien, los argumentos de la demanda no están presentados de la manera más clara, lo cierto es que, al leer su texto de manera integral, sí se puede establecer que las causales que analizó el Tribunal son las que se plantearon como soporte de la nulidad de los contratos. Así se desprende al mirar las normas que se invocaron como violadas y las referencias que con respecto a ellas se hicieron con base en jurisprudencia de esta Corporación y conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁶ Folios 147 a 153, cuaderno 1. La constancia de recepción por parte de la Secretaría del Tribunal Administrativo obra en el folio 147 del cuaderno 1.

⁷ Por medio del cual se aprobó el presupuesto general de Municipio para la vigencia fiscal de 2011.

⁸ Mediante auto del 17 de septiembre de 2013 proferido en audiencia inicial, la Magistrada Ponente profirió el auto de pruebas (ver folios 213 a 224, cuaderno 1), en el cual decretó: (i) todas las pruebas anunciadas por la parte demandante en su escrito de demanda y allegadas con esta (ver folios 38 a 125, cuaderno 1); (ii) todas las pruebas documentales allegadas por la demandada con su contestación (ver folios 154 a 197, cuaderno 1); (iii) exhorto a la Cámara de Comercio de Medellín para que allegara copia auténtica del acta No. 2 de 2011 de la sociedad Promotora Olaya S.A.S., documento que fue allegado oportunamente (ver folios 235 a 239, cuaderno 1); (iv) ofició a la Procuraduría Departamental de Antioquia con el fin de que allegara información, si la hubiere, sobre investigaciones disciplinarias relacionados con los hechos de la demanda. La Procuraduría allegó la información correspondiente (ver folios 1 a 141, cuaderno No. 3); (v) ofició a la Contraloría General de Antioquia con el fin de que allegara información relacionada con investigaciones fiscales por los hechos de esta demanda. Dicho ente de control allegó el informe (ver CD obrante a folio 233, cuaderno 1); (vi) exhortó a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que informe si existen investigaciones o procesos pendientes contra sujetos implicados por los hechos relatados en la demanda. La Fiscalía respondió a dicho oficio allegando la certificación del caso (ver folio 248, cuaderno 1), y (vii) las pruebas testimoniales solicitadas por la parte demandante, esto es, los testimonios de los señores Diego Edison Madrid Uribe, Carlos Mario Quiceno, Luis Eduardo Sepúlveda García y Jorge Eliécer Sepúlveda Oquendo, los cuales fueron practicados el 26 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Promiscuo de Olaya, departamento de Antioquia, según la comisión ordenada por el Tribunal (ver CD obrante a folio 403, cuaderno 1).

nulidad del Acuerdo No. 1 de 2008⁹, por lo que el Municipio no tenía la competencia para constituir la sociedad ni enajenarle el inmueble, y (iii) las partes no observaron lo establecido en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 4444 de 2008 para enajenar los bienes del Municipio, por lo que se vulneró el principio de selección objetiva. La parte demandada guardó silencio. El Ministerio Público no se pronunció.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

8. Como soporte de su decisión, el Tribunal desarrolló las siguientes razones¹⁰:

8.1. El alcalde no tenía competencia para constituir la Promotora, en tanto esa facultad le había sido delegada temporalmente por el Concejo Municipal mediante Acuerdo No. 1 del 11 de enero de 2008; sin embargo, la ejerció por fuera de ese plazo.

8.2. El alcalde municipal carecía de competencia para celebrar el contrato de aporte en especie y venta del inmueble, en la medida que el Acuerdo No. 21 de 2001 solo lo autorizó para transformar el bien en un sitio adecuado para el ecoturismo, mas no para enajenarlo.

8.3. Adicionalmente, en la enajenación del inmueble el Municipio no garantizó los principios de transparencia y selección objetiva porque no agotó el procedimiento de selección abreviada; además, el artículo 3º del Decreto 4444 de 2008 establece que antes de la celebración del negocio jurídico se deben elaborar estudios previos, de los que no existe prueba en el expediente. Añadió que, si bien el Municipio podía entregar a título de aporte la propiedad de un bien fiscal, en todo caso, dicho acto implicaba una enajenación del derecho de dominio, por lo que ese acto debió sujetarse a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, requisitos que no fueron observados por las partes al celebrar el negocio jurídico sobre dicho inmueble.

8.4. En relación con la nulidad del contrato de enajenación de acciones indicó que la misma se deriva ante la ausencia de la elaboración de los estudios, informes y avalúos que ordena el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008. Si bien el Concejo Municipal autorizó al alcalde a celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de los objetivos del Plan de Desarrollo Municipal (art. 3.19 del Acuerdo No. 29 de 2010), lo cierto es que no se determinó el fundamento del valor nominal de la acción, los parámetros para valorar las obras que se confeccionarían con el dinero producto de esa venta ni las especificaciones de las obras que estarían asociadas al cumplimiento de dicho plan.

8.5. Por las razones anteriores, concluyó que tanto el contrato de aporte en especie y venta del bien inmueble como el de enajenación de acciones vulneraron el principio de planeación y fueron suscritos sin competencia del alcalde del Municipio, por lo que declaró su nulidad absoluta con fundamento en el artículo 1740 del Código Civil. Consecuencialmente, dispuso que se restituyeran las cosas al estado que se encontraban antes de la celebración de los negocios jurídicos, en los términos indicados en la parte resolutive de la sentencia.

⁹ Cuyo objeto consistió en que el Concejo del Municipio confirió facultades al alcalde para crear, suprimir, fusionar y constituir entidades descentralizadas.

¹⁰ Ver folios 449 a 461, cuaderno del Consejo de Estado.

8.6. Por último, se negó la pretensión de indemnización de perjuicios planteada por el Municipio con fundamento en que era él el responsable de la vulneración del principio de planeación y por haber actuado sin competencia, lo que le impedía resultar beneficiado de su propia culpa.

II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN¹¹

El recurso de apelación del Municipio

9. El 15 de octubre de 2014, el Municipio interpuso recurso de apelación con el objeto de que se modificaran los numerales tercero, quinto, sexto y octavo relacionados con las órdenes a título de restituciones mutuas y con la decisión sobre indemnización de perjuicios. En soporte de su petición, desarrolló los siguientes argumentos:

9.1. De conformidad con la relación de egresos y la constancia de ingresos expedida por el Secretario de Hacienda del Municipio –que adjuntó con el recurso de apelación–, la Promotora únicamente pagó \$230'000.000 por la ejecución de los contratos y, además, según unos comprobantes de egreso que relacionó –y que aportó con el recurso de apelación–, esa misma suma casi que de inmediato le fue devuelta a la demandada, por lo que debía concluirse que el Municipio no recibió la totalidad del valor por el que se avaluó el inmueble; de manera que tampoco era procedente ordenarle que restituyera a la Promotora ese monto¹².

9.2. Los contratos se celebraron, a sabiendas, con objeto y causa ilícitos, por lo cual, de conformidad con los artículos 1502, 1519, 1524, 1525, 1746 y 1747 del Código Civil, la Promotora no podía beneficiarse de las restituciones mutuas. Al respecto, expresó que ambos negocios jurídicos desconocieron normas de orden público, en tanto, de una parte, la enajenación del inmueble la hizo el alcalde sin competencia, pues no fue autorizado por el Concejo Municipal. En la celebración de este negocio y en la enajenación de acciones se pretermitieron procedimientos legalmente establecidos para la contratación. Las pruebas que obran en el proceso dan cuenta de que los negocios se hicieron con el objeto de defraudar al Municipio para despojarlo de un bien público.

9.3. En los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, tampoco son procedentes las restituciones mutuas porque el Municipio no se benefició con la ejecución de los contratos.

9.4. Puso de presente que, al momento de proferirse la sentencia de primera instancia, el Municipio solicitó una copia del certificado de libertad y tradición de la finca El Oasis en el que aparecen las siguientes nuevas anotaciones: (i) el 9 de marzo de 2013, la Promotora transfirió, a título de aporte, el derecho de dominio a

¹¹ La sentencia del 26 de septiembre de 2014 fue notificada mediante la remisión, el 30 de septiembre de 2014, de sendos mensajes de datos a las partes y al Ministerio Público y de conformidad con el artículo 203 del CPACA. De la recepción de los respectivos mensajes dejó constancia la Secretaría del Tribunal (folios 462 y 463, c. CE). Tanto la parte demandante como la parte demandada interpusieron recursos de apelación mediante escritos del 15 de octubre de 2014, dentro del término de 10 días establecido en el artículo 247 CPACA (los días 4, 5, 11, 12 y 13 de octubre de 2014 fueron inhábiles).

¹² A través de auto del 15 de marzo de 2017, se negó tener como pruebas los documentos por no haberse alegado ni comprobado que se presentara alguna de las causales establecidas en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011 para decretar pruebas en segunda instancia.

la sociedad Inmobiliaria Puente de Occidente S.A.S por valor de \$301'000.000, y (ii) ese mismo día, constituyó una hipoteca de cuantía indeterminada sobre dicho bien a favor Proyectar Región S.A.S.

9.5. Por lo anterior, solicitó que: (i) se oficie a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sopetrán, para que se inscriba la existencia de este proceso en los términos del artículo 590 del Código General del Proceso¹³; (ii) se disponga la restitución del inmueble, y (iii) se revoquen las órdenes proferidas por el Tribunal a título de restituciones mutuas.

El recurso de apelación de la Promotora Olaya

10. El 15 de octubre de 2014, la Promotora interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia en su integridad y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Para el efecto, planteó las siguientes razones:

10.1. Las consideraciones de la sentencia relacionadas con la constitución de la Promotora por parte del alcalde son ajenas a la controversia, pues esta se centró en la invalidez de los contratos de aporte y venta del bien inmueble El Oasis y la enajenación de acciones. Sin perjuicio de esto, la demandada señaló que el Decreto No. 23 del 11 de julio de 2008 mediante el cual el alcalde autorizó la constitución de la sociedad demandada fue expedido dentro de los 6 meses que estableció el Acuerdo No. 1 del 11 de enero de 2008, por lo que el Tribunal erró al concluir que el alcalde actuó por fuera del marco temporal autorizado por el Concejo Municipal.

10.2. El alcalde sí gozaba de competencia para celebrar el contrato de aporte y venta del bien inmueble porque a través de su ejecución el Municipio buscó cumplir el objetivo del Plan de Desarrollo Municipal 2008-2011, consistente en lograr la promoción, construcción e inversión en proyectos inmobiliarios y de turismo.

En línea con ello, en el artículo 3.21 del Acuerdo No. 29 de 2010 –por el cual se aprobó el presupuesto general del Municipio para la vigencia fiscal 2011–, el Concejo Municipal autorizó al alcalde a celebrar y ejecutar los contratos necesarios para cumplir, directa o indirectamente, a través de sus entidades descentralizadas, los cometidos señalados en el Acuerdo No. 21 de 2001 –que autorizó la transformación de la finca El Oasis en un sitio adecuado para el ecoturismo–, para lo cual en el párrafo de dicho artículo se precisó que el dinero resultante de los actos de enajenación sería destinado a la ejecución de obras de infraestructura, equipamientos, instalaciones y espacios urbanos.

De conformidad con los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, el aporte en especie de un bien a una sociedad se rige por las normas del Código de Comercio, el cual, en sus artículos 126 y 463, establece que el Estado podrá hacer aportes por un concepto determinado, que puede consistir en ventajas financieras o fiscales o en la garantía del cumplimiento de obligaciones.



¹³ Esta solicitud fue resuelta negativamente mediante auto del 15 de junio de 2022, el cual fue notificado a las partes mediante estado electrónico del 17 de junio (Ver anotación No. 57 en el expediente electrónico, SAMAI). En el término de ejecutoria, no interpusieron recursos.

10.3. Para celebrar el contrato de aporte y venta del inmueble no era necesario agotar el procedimiento de selección abreviada porque, como se trató de un aporte a una sociedad con el propósito de cumplir con un objetivo del Plan de Desarrollo, el acto se regía por el derecho comercial. Con todo, como el negocio jurídico es por naturaleza un contrato interadministrativo, dado que fue celebrado entre dos entidades públicas, podía ser suscrito mediante contratación directa, de conformidad con el artículo 2.4 (c) de la Ley 1150 de 2007.

10.4. En la celebración de los contratos demandados no se vulneró el principio de planeación porque: (i) la Promotora fue constituida para lograr el cumplimiento de un objetivo del Plan de Desarrollo del Municipio para el periodo 2008-2011; (ii) en desarrollo de ese cometido, se celebró el convenio interadministrativo marco No. I-9003086695-1 cuyo objeto consistió en que las partes desarrollaran actividades conjuntas de cofinanciación de proyectos inmobiliarios y de infraestructura rural que contribuyera al mejoramiento de la competitividad turísticas del Municipio y su desarrollo económico; (iii) la Promotora ejecutó proyectos de construcción y mejoramiento de viviendas de interés social, intervino espacios públicos para mejorar la convivencia, desarrolló proyectos de tratamientos de aguas residuales y se dispuso a transformar la finca El Oasis en un proyecto de turismo, el cual no ha podido realizarse por falta de voluntad del Municipio. En consecuencia, el Municipio no actuó improvisadamente y los estudios y documentos previos elaborados para celebrar el referido convenio cobijan los contratos impugnados y, en todo caso, los documentos precontractuales reposan en el archivo de la entidad territorial, la cual, de mala fe, se negó a aportarlos, en contravía de lo establecido en el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA).

10.5. Si en gracia de discusión se admitiera que no se elaboraron los estudios previos para celebrar los contratos con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008, en todo caso, esto no daría lugar a declarar su nulidad absoluta, pues ese aspecto no se adecuaba a ninguna de las causales taxativamente establecidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

10.6. No es posible que como parte de las restituciones mutuas se obligue a la Promotora a devolverle al Municipio \$25'000.000 por concepto de prima de colocación de acciones, toda vez que la demandada fue la parte que pagó ese valor mientras que el Municipio lo recibió, por lo que, si fuera procedente, es este último el que debe restituir esa suma de dinero. A la demandada solo le correspondería restituir lo que recibió, esto es, las 95 acciones que fueron objeto del contrato.

11. El 15 de marzo de 2017, el despacho del entonces Magistrado Ponente profirió auto de pruebas en segunda instancia, en el que decretó como tales: (i) la escritura pública No. 1625 del 27 de agosto de 2013 proferida por la Notaría Quinta de Medellín¹⁴, y (ii) copia de la sentencia del 19 de noviembre de 2013 proferida por

¹⁴ Referente al aporte que del predio El Oasis hizo La Promotora a la Inmobiliaria Puente de Occidente S.A.S., y a la constitución de la hipoteca a favor de Proyectar Región S.A.S, folios 485 a 488, cuaderno del Consejo de Estado.

el Juzgado 27 Administrativo de Medellín¹⁵. Las demás pruebas allegadas por las partes fueron negadas¹⁶.

12. Al alegar de conclusión en segunda instancia, (i) el Municipio¹⁷ aseveró que la Promotora no probó el beneficio que recibió el demandante por la ejecución de los contratos y que, por el contrario, se acreditó que los pagos realizados por la administración fueron desembolsados de nuevo a la sociedad, por lo que solo el Municipio resultó lesionado por dichos negocios. (ii) A su turno, la demandada¹⁸ reiteró los argumentos planteados en su recurso y llamó la atención en cuanto a que en el expediente obran copias del convenio interadministrativo 1-9003086695-1 y de sus respectivos estudios previos, de la Resolución No. 74 de 2010 y del acta No. 1 de la reunión del 31 de octubre de 2009, todos los cuales dan cuenta de que los contratos sí se celebraron con el cumplimiento del principio de planeación y la selección objetiva. El Ministerio Público guardó silencio¹⁹.

III. CONSIDERACIONES

Cuestiones previas

El principio de congruencia

13. La Sala advierte que le asiste razón a la Promotora al afirmar que los aspectos relacionados con la competencia del alcalde del Municipio para constituir esa sociedad no fueron planteados en la demanda y que, en tal virtud, esas materias no podían ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal, en tanto la congruencia dicta que la decisión judicial debe guardar coherencia con “*los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades*” a las que se refiere ese código, por lo que el demandado no puede ser condenado por “*objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente invocada en ésta*”.

14. En este orden de ideas, como el Municipio no cuestionó en este proceso la legalidad del acto de constitución de la Promotora ni afirmó su incompetencia para concurrir a la celebración de este acto, tales aspectos son ajenos al objeto de este litigio, motivo por el cual las consideraciones que desarrolló el Tribunal alrededor de este tema excedieron el marco que le fijaron la *causa petendi* y el *petitum*. Manifestación que no cambia de cara a las facultades oficiosas del juez en clave de actos convencionales viciados, pues, a no dudarlo, el análisis referido no se derivó de un acercamiento de ese tipo, sino de quien escudriña²⁰ en el acto.

15. No obstante, es pertinente señalar que lo mencionado por el *a quo* en relación con ese aspecto no pasó de ser un *obiter dictum*, esto es, un dicho de paso con base en el cual no se soportó ninguna declaración de las que se hicieron en la parte resolutive de la sentencia, por lo que, pese a la precisión que se hace en esta

¹⁵ Por medio de la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 001 de 2008, folios 498 a 507, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Ver folios 478 a 483, 489 a 496 y 520 a 556, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁷ Presentados el 22 de mayo de 2017. Folios 601 a 608, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁸ Presentados el 26 de mayo de 2017. Folios 607 a 618, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁹ Ver constancia secretarial que obra a folio 627 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ <https://languages.oup.com/google-dictionary-es/>; verbo transitivo Examinar algo con mucha atención, tratando de averiguar las interioridades o los detalles menos manifiestos.

instancia, la razón que en este punto asiste a la demandada no conduce a que se haga ninguna declaración de cara a lo decidido en la sentencia recurrida.

La sustentación del recurso

16. El Municipio no formuló razones de disenso contra los fundamentos de la sentencia de primera instancia en que se fincó la negación de la pretensión de indemnización de perjuicios, en tanto no argumentó por qué, en contra de lo sustentado por el *a quo*, sí debía ser resarcido.

17. El Tribunal señaló que no era posible acceder a ese pedimento porque el demandante era el responsable por la vulneración del principio de planeación y por haber actuado sin competencia, lo que impedía que resultara beneficiado por su propia culpa. Ninguna confrontación se presentó en el recurso en contra de este argumento. El Municipio dirigió sus argumentos a expresar las razones por las que, a su juicio, no había lugar a reconocer restituciones a favor de la Promotora, en términos generales, por haber obrado de mala fe y por haber sido la única beneficiada con la celebración de los contratos, razones que no atacan el fundamento de la decisión del Tribunal que estaba relacionado más con la aplicación del brocardo según el cual nadie puede ser beneficiario de su propia culpa. No se observa en el recurso que el Municipio hubiere alegado y pretendido demostrar que no medió culpa suya en las circunstancias que, dijo, viciaron la validez del contrato. Así las cosas, en aplicación del artículo 357 del CPC conforme al cual “[...] *el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso*”, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre este aspecto, el cual no impiden que se conozcan los demás argumentos de la apelación

18. Las presiones anteriores se tendrán en cuenta para fijar los puntos sobre los cuales se debe pronunciar la Sala en esta instancia.

El objeto de la apelación

19. Para resolver las apelaciones presentadas por las partes, la Sala debe estudiar los siguientes aspectos:

19.1. En relación con el contrato de aporte en especie y venta de la finca El Oasis a favor de la Promotora, se deberá establecer: (i) si el alcalde gozaba de competencia para suscribirlo; y en caso de que la respuesta a este interrogante sea afirmativa, se deberá determinar: (ii) si se vulneraron normas de orden público por no haberse hecho la enajenación a través del proceso de selección abreviada y por ausencia de estudios previos que respaldaran el negocio jurídico²¹.

19.2. En relación con el contrato de enajenación de acciones, se deberá determinar si está viciado de nulidad por las mismas razones indicadas en el punto ii) del numeral anterior.

²¹ Como fundamento de la nulidad declarada en primera instancia, el Tribunal se soportó en el desconocimiento de las normas que regulan los procesos de selección y, dentro de ellas, en las que determinan la necesidad de contar con estudios previos, lo que, consideró, constituye una vulneración al principio de planeación.

19.3. Si se confirma la decisión de declarar la nulidad absoluta de los negocios jurídicos demandados, se deberá analizar si las restituciones mutuas ordenadas por el Tribunal deben modificarse o revocarse porque: (i) la Promotora suscribió los contratos a sabiendas de que estaban viciados de objeto y causa ilícita; (ii) el Municipio no se benefició de los negocios jurídicos celebrados; (iii) el Municipio restituyó a la demandada todas las sumas de dinero que recibió por la ejecución de los contratos; y, (iv) la Promotora no debe restituir \$25'000.000 porque ella fue la que le pagó al Municipio la prima de colocación de acciones.

Análisis del caso

La enajenación del inmueble El Oasis

20. Como punto de partida, la Sala se remite al artículo 313 Constitucional que dispone que corresponde a los Concejos, entre otras cosas, “[a]utorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo” (núm. 3); por su parte, el artículo 314 ibídem señala que el alcalde es el jefe de la administración local y el representante legal del municipio; a la vez que el artículo 315 enlista dentro de las funciones del alcalde las de dirigir la acción administrativa del municipio, asegurar el cumplimiento de las funciones y prestación de servicios a su cargo (núm. 3) y ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión del presupuesto (núm. 9).

21. Abundante ya es la jurisprudencia que señala que al realizar un análisis sistemático de tales normativas y de cara a las competencias que corresponden a los concejos municipales y a los alcaldes, la lectura que debe darse al numeral 3º del artículo 313 constitucional no es aquella que supone una regla general que imponga que en todos los casos el alcalde deba contar con autorización de ese cuerpo colegiado para ejercer su competencia de contratar, sino que lo que el constituyente dispuso fue una regla de excepción a tal competencia, según la cual, tal autorización solo se requiere cuando previa y expresamente el Concejo Municipal así lo haya dispuesto y en los casos en los que la ley así lo indique²².

22. Esta lectura fue acogida por el legislador en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 (núm. 3), al disponer de manera expresa que, además de las funciones que le asignan la constitución y la ley, corresponde a los concejos “[r]eglamentar la autorización al Alcalde para contratar, **señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo**” (énfasis agregado).

23. En línea con lo anterior, no es dable exigir a los alcaldes, a manera de regla general, que deban tramitar ante el Concejo una autorización especial para poder

²² Corte Constitucional, sentencia C-738 de 2001: “No podrán los Concejos, so pretexto de reglamentar el tema de las autorizaciones, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Carta. Asimismo, deberán tener en cuenta los concejos municipales que, en tanto función administrativa, la atribución debe ser ejercida en forma razonable y proporcionada, respetando lo dispuesto en el artículo 209 constitucional; y que no se puede interpretar dicha norma en forma tal que se obligue al alcalde a solicitar autorizaciones del concejo en todos los casos en que vaya a contratar, sino únicamente en los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Carta Política”. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia del 19 de septiembre de 2019, Exp. 50001-23-31-000-2010-00548-01, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; Sección Tercera, sentencia del 20 de agosto de 2020, Exp. 45331, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

ejercer sus competencias en materia contractual, comoquiera que ya el artículo 11.3 de la Ley 80 de 1993²³ les confirió tal facultad. Por tanto, el trámite de las autorizaciones previas es de carácter excepcional, ya que solo opera en los casos concretos que expresamente hayan definido tales corporaciones o cuando la ley así lo exija expresamente. Cosa distinta es que el alcalde esté sujeto a las definiciones del Concejo de cara a los asuntos propios de sus competencias.

24. Descendiendo al caso concreto, ha de precisarse que para el momento en que se celebró el contrato de aporte y venta de la finca El Oasis a favor de la Promotora –13 de abril de 2011– no se había expedido la Ley 1551 de 2012, que modificó el artículo 32 de la referida Ley 136 de 1994 e incorporó un párrafo en el que indicó expresamente que corresponde a los Concejos decidir sobre la autorización del alcalde para celebrar, entre otros contratos, la enajenación y compraventa de los bienes inmuebles, así como la de activos, acciones y cuotas partes; de manera que, antes de la entrada en vigor de tal normativa era necesario establecer si el Concejo le había impuesto tal obligación²⁴, lo cual, normalmente, estaba así previsto.

25. En el expediente no está acreditado fehacientemente que el Concejo Municipal de Olaya hubiere previsto de manera expresa y previa a la celebración del referido contrato que el alcalde debiera pedirle autorización para celebrar contratos que implicaran la enajenación de bienes del ente territorial, lo que impide determinar con certeza si, como alega la parte actora, al celebrar el referido negocio jurídico el alcalde actuó sin competencia por carecer de tal autorización.

26. Con todo, aun si se diera por sentado que el alcalde requería del beneplácito del Concejo Municipal para celebrar el mencionado contrato, lo cierto es que las pruebas que obran en el plenario tampoco permiten establecer con plena certeza que no hubiere contado con él; esto por cuanto en el artículo 3.21 del Acuerdo 029 del 7 diciembre de 2010, por medio del cual se aprobó el presupuesto general del Municipio para la vigencia fiscal de 2011, se lo autorizó expresamente para **“celebrar o ejecutar los contratos o actos jurídicos previstos en las disposiciones de derechos públicos, comerciales o civiles, para dar cumplimiento directa o indirectamente a través de sus entidades descentralizadas del orden municipal a lo dispuesto por el Acuerdo 021 de 2001”** (énfasis agregado), esto es, para transformar la finca El Oasis en un lugar adecuado para el ecoturismo. A continuación de tal habilitación se incluyó un párrafo del siguiente tenor:

*“Párrafo: Los recursos provenientes de los **actos de enajenación** y en especial de los contemplados en el artículo 463 del Código de Comercio serán destinados a infraestructura, espacios, instalaciones y equipamiento urbano de la cabecera municipal”* (énfasis agregado).

²³ ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. (...)

3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: (...)

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales (...)

²⁴ El artículo 92 del Decreto 1333 de 1986 señalaba las atribuciones de los Concejos Municipales, entre ellas, la de “[a]utorizar al alcalde para (...) enajenar bienes municipales ...”; atribuciones que actualmente están contenidas en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 que, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1551 de 2012, no contemplaba que para la enajenación de bienes el alcalde debiera solicitar autorización al Concejo Municipal.

27. Dado que en el expediente no obran los antecedentes que precedieron a la expedición de este acuerdo, la Sala no cuenta con elementos de juicio suficientes para establecer si la autorización contenida en el citado artículo 3.21 y, específicamente, los actos de enajenación a los que se hizo alusión en el párrafo que lo acompañó cobijaban o no la transferencia de la titularidad de la finca El Oasis, lo que impide también colegir la falta de competencia del alcalde municipal para suscribir el contrato que tuvo ese objeto, que fue la conclusión del *a quo*.

28. Lo anterior, sin embargo, no es suficiente para revocar la sentencia recurrida, pues la decisión de declarar la nulidad del negocio jurídico también se fincó en que se habría suscrito en contravención de los requisitos establecidos en la ley para la celebración de los contratos estatales, específicamente por desconocimiento del proceso de selección que, a juicio del demandante —avalado por el *a quo*— debía seguirse para la enajenación del bien, así como por la falta de estudios previos que respaldaran la contratación, aspectos que por haber sido también discutidos en la apelación se pasan a analizar.

29. La Sala encuentra que le asiste razón a la parte demandada cuando afirma que, dada la naturaleza de las partes en tanto entidades estatales, el objeto de la Promotora y el del contrato de venta y aporte de la finca El Oasis, no era obligatorio que previamente a su celebración se agotara el procedimiento de selección abreviada, por las razones que pasan a exponerse:

29.1. Se trató de un contrato interadministrativo²⁵, en tanto en el negocio jurídico intervinieron dos entidades públicas que pactaron claras prestaciones recíprocas de contenido económico: a cambio de la enajenación del inmueble, a título de aporte en un porcentaje y de venta en el otro, el Municipio recibiría de la Promotora una retribución, representada en acciones, por el aporte, y en dinero por la venta.

La condición de entidades públicas de las contratantes se establece porque el contrato fue suscrito: (i) por el municipio de Olaya, departamento de Antioquia²⁶, el cual actuó a través de su alcalde²⁷; y (ii) por la Promotora que se constituyó como sociedad de economía mixta en la forma de sociedad por acciones simplificadas, con capital mayoritariamente público —en proporción superior al 50%— en cabeza del Municipio, que firmó los contratos a través de su representante legal²⁸. Por tratarse de una sociedad de economía mixta con capital mayoritariamente público, constituida en desarrollo del Decreto No. 23 del 11 de julio de 2008, la Promotora también era, para ese entonces, una entidad pública de conformidad con la definición del artículo 2.1(a) de la Ley 80 de 1993.

²⁵ “... en el caso de los contratos interadministrativos, a diferencia de lo que ocurre en el contexto de los, propiamente dichos, ‘convenios interadministrativos’, las relaciones negociales no están determinadas por la consecución de un objetivo común, pues, en éstos, mientras la contratante busca el cumplimiento de un fin estatal que se radica en cabeza suya, la contratista, aunque colabora con la realización de ese fin, lo hace a cambio de una retribución patrimonial por el cumplimiento de la satisfacción de la prestación a la que se obliga, lo que se traduce, básicamente, en el surgimiento de obligaciones recíprocas de contenido económico, extrañas, como acaba de verse, a las relaciones que se estructuran en el marco de los convenios celebrados entre entidades públicas”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. 57822, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

²⁶ El Municipio se califica como una entidad estatal de conformidad con el artículo 2.1(a) de la Ley 80 de 1993.

²⁷ Ver folios 55 y 96, cuaderno 1. El acta de posesión del alcalde obra a folio 83 del cuaderno 1.

²⁸ Ver folios 57 y 98, cuaderno 1.

En este punto resulta pertinente resaltar que la naturaleza de entidad estatal que detenta la Promotora se confirma a partir de la certificación del 14 de junio de 2013 expedida por la contadora de la sociedad, en la que se señala que, con corte al 13 de abril de 2011 –misma fecha de celebración del contrato de venta y aporte–, el Municipio detentaba el 50,2% del capital social²⁹. Además, en el expediente obra copia del acta de asamblea No. 2 de la demandada realizada el 24 de septiembre de 2011, en el que se certifica que el Municipio tenía para ese momento una participación superior al 50% del capital social representado en 156 acciones³⁰. Así las cosas, la Sala encuentra probado, sin que ninguna de las partes haya refutado esta conclusión a partir de otros medios de juicio, que la Promotora era una sociedad de economía mixta con capital mayoritariamente público en las fechas en que se celebró el contrato de aporte en especie y venta, por lo que se debe conceptualizar como una entidad pública para los efectos de la Ley 80 de 1993.

Con todo, vale la pena mencionar que, tal y como se desprende del acta No. 3 de la asamblea de la demandada, llevada a cabo el 9 de diciembre de 2011³¹, poco más de un mes después de la celebración del contrato de enajenación de acciones, el Municipio perdió la mayoría accionaria sobre el capital de Promotora, dado que, con la venta de las 95 acciones, el ente territorial quedó con 61 acciones frente a las 155 en cabeza de Construcciones Técnicas en Obras Civiles S.A.S³². Sin embargo, para efectos de la calificación del contrato de enajenación del inmueble como *interadministrativo*, lo relevante es que la Promotora tenía la calidad de entidad pública al momento de su celebración, lo que, como ya se dijo, se encuentra acreditado.

29.2. Ahora, dado que la enajenación la hacía el Municipio³³, el régimen jurídico del contrato era el previsto en el derecho público, contenido, entre otras normativas, en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la última de las cuales dispone expresamente en su artículo 2, numeral 2, literal e) que “[l]a enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995³⁴” se hará a través del proceso de selección abreviada. Entonces, como en relación con el contrato de aporte y venta la transferencia del dominio recayó sobre un bien inmueble y no sobre la propiedad accionaria del Municipio, el procedimiento de selección abreviada era, en principio, el que debía seguirse para su enajenación.

En este punto, es pertinente precisar que, en términos jurídicos, la expresión “enajenación” supone la transmisión de cualquier derecho patrimonial de un sujeto a otro³⁵, transmisión que puede hacerse por medio de diversos títulos traslaticios de

²⁹ Folio 194, cuaderno 1.

³⁰ Folio 91, cuaderno 1.

³¹ Folios 74 y 75, cuaderno No. 3.

³² En virtud de esta consideración, Promotora Olaya no es una entidad pública para los efectos del parágrafo del artículo 104 del CPACA, lo que no desdice de que es la jurisdicción contencioso administrativa la que debe conocer de este proceso, pues el Municipio sí es una entidad pública, por lo que sus controversias contractuales son del resorte de esta jurisdicción.

³³ Ley 80 de 1993, artículo 2.

³⁴ “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”

³⁵ Significa: “[l]a transmisión de la propiedad de una cosa, a cambio de otra (como en la compraventa y en la permuta) o gratuitamente (como en la donación y el préstamo sin interés” Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta. En el mismo sentido se puede consultar: Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, Tomo IV, De los contratos, año 1985

El Código Civil también hace uso de esa expresión con el referido alcance, así, por ejemplo, en el artículo 754, al referirse a las formas de tradición de las cosas corporales muebles indica que podrá hacerse, entre otras formas, “[p]or la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como

dominio y que, por tanto, aunque es un concepto genérico que puede comprenderlos a todos, no es sinónimo de ninguno de ellos. Así, como el literal e) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 utilizó esta expresión, debe entenderse que no excluyó de su regulación a ningún negocio jurídico que suponga la transmisión del dominio de bienes del Estado, sino que es omnicomprendivo de todo acto que la comporte; por ello, tanto la venta como el aporte que se hizo del bien inmueble al capital social de la Promotora –en tanto supone que se transfiera la titularidad del bien del Municipio a la sociedad– deben entenderse cobijados por esta normativa.

29.3. Se indicó que el procedimiento a seguir para la enajenación de los bienes del Estado era, en principio, el de selección abreviada, porque, al lado de lo regulado en el ya referido literal e) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, debe considerarse que, cuando se trata de contratos interadministrativos cuyas obligaciones tengan relación directa con el de la entidad ejecutora, esa misma normativa habilita el mecanismo de contratación directa (art. 2, núm. 4, literal c):

*“4. **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

(...)

*c) Contratos interadministrativos, siempre que **las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en su reglamento.** Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario institución pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo”³⁶ (énfasis agregado).*

29.4. Con fundamento en la norma anteriormente transcrita, la contratación directa es procedente con cargo a esta causal cuando se acredite que: (i) se celebra un contrato interadministrativo; (ii) las obligaciones derivadas de este negocio jurídico tienen relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, y (iii) los negocios jurídicos no se califican como contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, encargos fiduciarios y fiducia pública³⁷.

usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc”.

³⁶ El texto corresponde a la norma antes de la modificación introducida por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 que entró en vigencia el 12 de julio de 2011, esto es, después de la celebración del contrato de venta y aporte del 13 de abril de 2011. Se anticipa que a la fecha de la celebración del contrato de readquisición de acciones el artículo fue modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 que entró en vigencia el 12 de julio de 2011. Con todo, el texto de la norma original y la reformada es muy similar es muy similar y la modificación en nada afecta para lo que interesa a este proceso.

³⁷ En relación con la causal de contratación directa que habilita la ley cuando se trata de la celebración de contratos interadministrativos, cabe mencionar —como se hizo en reciente providencia— que, desde su versión original, la Ley 80 de 1993 preveía la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos a través de la contratación directa. Sin embargo, ante la preocupación que surgió por la utilización de este tipo de negocios jurídicos con entidades públicas sometidas al derecho privado como ejecutoras para eludir los procedimientos de selección, a través de la Ley 1150 de 2007 —numeral 4 del artículo 2—, el legislador restringió esa posibilidad únicamente a eventos en los cuales las obligaciones derivadas de los contratos tuvieran “*relación directa*” con el objeto de la entidad ejecutora, advirtiendo que cuando esta posición la ocupara una institución de educación superior, la modalidad de contratación no podía ser la directa si se trataba de alguno de estos tipos contractuales: obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública. Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 reparó nuevamente sobre esta materia y, además de mantener esas limitaciones, agregó a los referidos tipos contractuales el de prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos. Igualmente, estableció que tales contratos (obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, encargos fiduciarios y fiducia pública) podrían ser ejecutados por las sociedades de economía mixta con

29.5. En conclusión, la posibilidad legal de celebrar contratos interadministrativos por vía del mecanismo de la contratación directa no se traduce en una libertad absoluta ni discrecional de la entidad pública contratante, toda vez que, como acaba de verse, las condiciones para su procedencia están claramente definidas en la ley y, por tanto, deben ser respetadas, de ahí que se afirme que, incluso en ese tipo de contratación, se debe garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva.

29.6. En relación con el contrato de aporte en especie y venta de la finca El Oasis se encuentran satisfechos los requisitos para que el negocio jurídico se celebrara a través del mecanismo de la contratación directa:

Como ya se vio, al momento de celebrar el contrato, ambas partes eran entidades estatales, por lo cual el primero de los supuestos del artículo 2.4(c) de la Ley 1150 de 2007 se encuentra satisfecho. La Sala también encuentra que las obligaciones del contrato de aporte en especie y venta del bien inmueble tienen relación directa con el objeto social de la Promotora, en tanto:

El contrato se celebró con la finalidad de ejecutar “*proyectos inmobiliarios y de turismo e intervención urbanística e [sic] equipamiento del parque principal y demás espacios públicos*”, lo que tendría lugar sobre el inmueble El Oasis³⁸. Así las cosas, según lo indicado en ese documento, el aporte y la venta de dicho inmueble se hizo con la finalidad instrumental de ejecutar un proyecto inmobiliario y de turismo, lo que está cabalmente comprendido dentro del objeto social de la Promotora, pues la cláusula quinta de sus estatutos sociales —modificados mediante acta de asamblea No. 1 del 19 de febrero de 2011³⁹— la habilita a llevar a cabo la “**promoción, construcción, e inversión en proyectos inmobiliarios y de infraestructura rural y urbana; promoción del turismo, recreación, cultura y deporte y protección de los recursos naturales**” (énfasis agregado). En este orden de ideas, se evidencia la relación directa de la ejecución de las obligaciones y finalidades del contrato de aporte y venta con el objeto de la Promotora, entidad ejecutora del proyecto.

Por último, es evidente que el objeto del contrato de aporte y venta no puede ser calificado como contrato de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, encargos fiduciarios o fiducia pública, pues la prestación característica fue la enajenación de un bien.

30. En mérito de lo anterior, le asiste razón a la Promotora cuando señala que el Tribunal erró al afirmar que para la celebración del contrato de aporte en especie y venta era menester que el Municipio tramitara el procedimiento de selección

participación mayoritaria del Estado, por las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas o por las federaciones de entidades territoriales, siempre que participen en procesos de licitación pública o selección abreviada.

³⁸ Así se deriva del convenio adicional No. 2 del 3 de diciembre de 2010, al convenio interadministrativo No. celebrado entre las partes con el siguiente objeto “*el desarrollo de actividades conjuntas y cofinanciación de los proyectos inmobiliarios de infraestructura urbana y rural que demanda el mejoramiento de la competitividad turística y el desarrollo económico y social del Municipio de Olaya, mediante la estructuración y ejecución de proyectos de inversión*” (folios 174 a 176, c. 1). En el adicional las partes acordaron incluir dentro del convenio la “*estructuración de los proyectos y gestión de los procesos gerenciales, administrativos, técnicos y jurídicos para la ejecución de los proyectos inmobiliarios y de turismo e intervención urbanística e [sic] equipamiento del parque principal y demás espacios públicos urbanos*” —cláusula primera—, lo que tendría lugar en “*la finca ‘El Oasis’ (área rural del Municipio) y en el parque principal de la cabecera municipal y demás espacios públicos*” —cláusula segunda— (folios, 154 a 157, c. 1).

³⁹ Folio 86, cuaderno 1.

abreviada en los términos del artículo 2.2 (e) de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con el procedimiento desarrollado en el Decreto 4444 de 2008, pues, por las razones acabadas de expresar, podía hacerse mediante contratación directa.

31. De todos modos, las conclusiones a las que ha arribado la Sala no conducen a revocar la decisión del *a quo* en relación con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de aporte y venta de la finca El Oasis porque, como ya se mencionó, la decisión se fundó también en el desconocimiento de las normas de orden público que imponen la elaboración de estudios previos y, con ello, la justificación de la necesidad y conveniencia de celebrar el contrato.

32. Lo primero que se advierte en este punto es que, si bien el argumento asociado a la falta de estudios previos se planteó en la demanda con base en lo dispuesto sobre la materia en el Decreto 4444 de 2008⁴⁰ –norma que no es aplicable al caso dado que, según se vio en precedencia, la contratación podía hacerse por vía directa y no necesariamente por selección abreviada–, lo cierto es que ello no es impedimento para que la Sala se pronuncie sobre ese aspecto, pues se recuerda que, en atención al principio *iura novit curia*, es deber del juez aplicar el derecho que corresponda a la *causa petendi* invocada, aun cuando no se encuentre expresamente indicado en la demanda, pues lo que toca a las partes es expresar los hechos en que sustentan sus pretensiones.

33. En línea con lo anterior, es pertinente señalar que la elaboración de los estudios previos se impone como una obligación legal de ineludible cumplimiento en todos los procesos de selección, incluido el de contratación directa, pues así surge a partir de lo dispuesto en los numerales 7 y 12⁴¹ del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁴²; por lo mismo, que la parte actora hubiere invocado como norma violada el Decreto 4444 de 2008 –referente al proceso de selección abreviada para enajenación de bienes del Estado– no supone sino un defecto en la identificación del derecho invocado, pero la causa en la que se soportó la pretensión de nulidad absoluta del contrato de aporte y venta de la finca El Oasis –la ausencia de tales

⁴⁰ “Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007”, sobre enajenación de bienes del Estado por proceso de selección abreviada.

⁴¹ “Art. 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...)

“7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

(...)

“12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

“La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.”

⁴² Al respecto, en sentencia del 7 de marzo de 2011, Exp. 37044, la Subsección C de la Sección Tercera de esta corporación, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, explicó: “En otro sentido, y en cuanto al ámbito de aplicación, se sabe que este requisito es común a todos los procesos de selección, toda vez que de la ley se deduce que los estudios y documentos previos son exigibles en todas las modalidades de escogencia de contratistas –incluida la contratación directa–. Esto se infiere de los numerales 7 y 12 del art. 25 de la ley 80, que regulan el principio de economía –común a toda forma de contratación–, y en los numerales citados se dispone, precisamente, que con “la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato”, se harán los estudios previos necesarios para el proceso. Los dos numerales aluden: i) al proceso de selección o ii) a la firma del contrato, según el caso; precisamente porque la ley entiende que no siempre los contratos están precedidos de un proceso de selección complejo, sino que, en ocasiones, la modalidad es tan sencilla que no requiere de un procedimiento complejo de escogencia, sino de uno tan simple como es hacerlo en forma directa, con el cumplimiento de unos requisitos previos.

En conclusión, no hay duda de que estos estudios se requieren para toda clase de contratación, tenga un procedimiento de selección sencillo o uno complejo”.

estudios y dentro de ellos la determinación de la necesidad y conveniencia de enajenar el bien– se mantiene intacta; de manera que, cabe anotar, el análisis que enseguida se abordará no afecta el derecho al debido proceso de la demandada, en tanto no varía la causa que soporta sus pretensiones y, por lo mismo, tampoco desconoce el principio de congruencia.

34. Lo primero que se debe destacar es que la celebración de los contratos estatales mediante contratación directa no puede comportar el ejercicio arbitrario de la libertad contractual, toda vez que este mecanismo está atado al cumplimiento de los principios que guían la contratación estatal; por ello, dentro de los requisitos que deben observarse a la hora de celebrar un contrato estatal a través de este procedimiento, el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 –vigente para el momento de celebración del contrato de enajenación del inmueble– establecía la exigencia de la expedición de un acto administrativo de justificación de la contratación, en los siguientes términos:

“Acto administrativo de justificación de la contratación directa. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá:

- 1. El señalamiento de la causal que se invoca.*
- 2. La determinación del objeto a contratar.*
- 3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.*
- 4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.”*

35. No obstante, es importante también mencionar que el referido acto administrativo, que no es un simple trámite o formalismo, no sule la exigencia establecida en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 de elaborar con antelación a la contratación los respectivos estudios previos⁴³, los cuales, según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008⁴⁴ –al que, valga mencionar, remite el artículo 3 del Decreto 4444 de 2008⁴⁵– que desarrolla tales numerales, dispone que tales estudios deben contener, como mínimo, entre otras, la siguiente información:

- “1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*
- 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.*

⁴³ Sobre los requisitos sustanciales de este acto administrativo, esta Subsección reiteró la posición jurisprudencial conforme a la cual se señaló que “[c]on todo, es oportuno mencionar, como en su oportunidad lo hizo la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación, que la justificación de la modalidad de contratación directa no se reduce al acto de justificación al que, en su momento, se refería el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, el cual, en todo caso, debía expedirse, sino que también debía abarcarse en los estudios previos exigibles a cualquier modalidad de selección”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 57.822 y Sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 37044B. C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁴ Aplicable al caso concreto. El Decreto 2474 de 2008 fue derogado por el artículo 9.2 Decreto 734 de 2012 que fue expedido con posterioridad al 2011, fecha de celebración de los contratos.

⁴⁵ “Artículo 3. Estudios previos y convocatoria

En la selección abreviada para la enajenación de bienes del Estado, los estudios y documentos previos deberán incluir, además de lo señalado en el artículo 3 del decreto 2474 de 2008, y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, el avalúo comercial del bien y el precio mínimo de venta, obtenido de conformidad con lo señalado en el presente decreto. (...)” (énfasis agregado).

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo (...)

(...)

7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.

36. Así las cosas, para proceder a la contratación directa, no solo se debe contar con el acto administrativo que la justifique, sino que se debe cumplir con el requisito de elaboración de estudios previos consagrada en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁴⁶ con el fin de garantizar los principios que rigen la contratación estatal.

37. Pues bien, con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye que en la celebración del contrato de aporte en especie y venta de la finca El Oasis se infringió la obligación de que el negocio jurídico estuviera precedido de los estudios previos correspondientes según lo dispuesto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como se pasa a señalar.

37.1. Este contrato fue celebrado mediante Escritura Pública No. 225 del 13 de abril de 2011 del círculo notarial de Santafé de Antioquia. Respecto de su celebración, el Municipio afirmó que previamente no se elaboraron estudios previos que dieran cuenta de la conveniencia de enajenar el inmueble. Si bien esta afirmación no puede tomarse como una manifestación anulatoria a su favor, el hecho que encierra, al ser contrastado con los elementos de juicio que obran en el expediente, corrobora que, en efecto, el negocio jurídico fue celebrado sin que el ente territorial hubiere elaborado estudios previos para evaluar la conveniencia de enajenar el bien ni que se hubiere expedido un acto administrativo que cumpliera los requisitos establecidos en el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008.

37.2. En efecto, ni en las manifestaciones que anteceden a las cláusulas del contrato ni en ningún otro documento se menciona la existencia de dichos estudios previos y del acto administrativo de justificación de la contratación directa. De hecho, en el expediente obra copia del acta de visita que realizó la Procuraduría Provincial de Santafé de Antioquia a los archivos del Municipio y de la Promotora Olaya el 26 de julio de 2012 —en el marco de la investigación disciplinaria adelantada contra el alcalde del Municipio, Daniel Alberto Gutiérrez Mesa—, en la que se corrobora que en ninguna de las carpetas y archivos de las partes, figuran los estudios previos o el acto administrativo de justificación de la contratación directa de esta enajenación⁴⁷. De hecho, el acta de visita también permite concluir que el Municipio aportó a este proceso el contenido completo de la carpeta que revisó la Procuraduría, por lo que no es posible concluir, como lo aseveró la demandada, que

⁴⁶ Artículo 25, numeral 12, Ley 80 de 1993: “Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.”

⁴⁷ Folios 48 y 49, cuaderno No. 3.

el demandante retuvo documentos de mala fe o con infracción de su deber establecido en el numeral 5º del artículo 162 del CPACA.

37.3. Con fundamento en lo anterior, la afirmación del Municipio al ser contrastada con los documentos que obran en el proceso permite colegir que al contrato de aporte en especie y venta del inmueble no precedió la elaboración de estudios previos, ni el acto de justificación requeridos por la ley.

37.4. La demandada señaló en su impugnación que este negocio jurídico estuvo precedido de la celebración del convenio interadministrativo marco del 14 de septiembre de 2009 en el que el Municipio y la Promotora convinieron en la ejecución conjunta de actividades de cofinanciación y construcción de proyectos inmobiliarios y turísticos, de lo que deduce que este convenio cobijaba la celebración del contrato de aporte y venta.

37.5. Al respecto, la Sala observa que es cierto que el Municipio profirió la Resolución No. 74 del 10 de septiembre de 2009⁴⁸ a través del cual justificó la procedencia de celebrar el convenio interadministrativo marco al que se refiere Promotora. A dicho acto administrativo se adjuntaron los estudios previos que justificaban la necesidad y conveniencia de suscribir este negocio jurídico cuyo objeto sería *“desarrollar actividades conjuntas y de cofinanciación de los proyectos inmobiliarios, de infraestructura y sociales que demanda el mejoramiento de la competitividad turística y el desarrollo económico y social del Municipio de Olaya”*⁴⁹. No obstante, al analizar el convenio administrativo marco se colige que de éste no surgieron obligaciones específicas para las partes ni proyectos concretos que fueran a ser desarrollados con cargo a dicho objeto; en el texto, de escasas dos páginas, no se mencionó ningún proyecto y se fijó como presupuesto para su ejecución la suma de \$90'000.000.

37.6. En verdad, la concreción del proyecto inmobiliario y turístico sobre el inmueble El Oasis tuvo su antecedente concreto en la celebración del convenio adicional No. 2 del 3 de diciembre del 2010 al convenio interadministrativo marco. En efecto, en ese adicional, las partes convinieron llevar a cabo la *“estructuración de los proyectos y gestión de los procesos gerenciales, administrativos, técnicos y jurídicos para la ejecución de los proyectos inmobiliarios y de turismo e intervención urbanística e [sic] equipamiento del parque principal y demás espacios públicos urbanos”* (énfasis agregado) —cláusula primera—, lo que tendría lugar en *“la finca ‘El Oasis’ (área rural del Municipio) y en el parque principal de la cabecera municipal y demás espacios públicos”* —cláusula segunda—. De este adicional surgieron obligaciones concretas para las partes: para la Promotora, la de adquirir el bien inmueble de propiedad del Municipio, y para este último, la de destinar el producto de la venta a la ejecución del proyecto.

37.7. De lo anterior se colige con claridad que fue el adicional No. 2 y no el convenio interadministrativo marco el que sirvió como antecedente inmediato a la celebración al contrato de aporte y venta del 13 de abril de 2011. Por ende, no resulta atendible el argumento de la demandada en el sentido de que el acto de

⁴⁸ Folios 70 a 72, cuaderno 2.

⁴⁹ Folio 70, cuaderno 1.

justificación y los estudios previos del convenio interadministrativo marco pudiera servir como fundamento y justificación para la celebración del contrato cuya nulidad se solicita.

37.8. No se debe perder de vista que, de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, los estudios previos debían expresar, entre otras cosas, “[l]a descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar”, así como la necesidad que se pretendía satisfacer y al análisis del valor estimado del contrato. En ese mismo sentido, el numeral 2 del artículo 77 ibidem señalaba que el acto administrativo de justificación debía establecer “[l]a determinación del objeto a contratar”, por lo que la Resolución No. 74 del 10 de septiembre de 2009 que justificó la celebración del convenio interadministrativo marco no puede servir para habilitar la suscripción del contrato de aporte en especie y venta del 13 de abril de 2011 por la elemental razón de que en dicho acto no se hizo ninguna alusión a este negocio jurídico, no se *determinó* el objeto a contratar, no se mencionaron las obligaciones, valor o demás elementos esenciales que lo identificaron, por lo mismo, tampoco se hizo alusión a necesidad que se pretendía satisfacer.

37.9. Así, tanto el acto administrativo de justificación como los estudios previos eran una obligación legal imperativa y exigible desde el momento en el que se concibió la enajenación del inmueble El Oasis, motivo por el cual, cuando menos dichos documentos debieron existir al momento de la suscripción del adicional No. 2 del 3 de diciembre de 2010, en el que se concibió el proyecto, la demandada contrajo la obligación de comprar el inmueble y el Municipio de enajenarlo, pero ello no fue así.

37.10. De hecho, si se admitiera la interpretación más liberal, esta es, que el acto administrativo de justificación y los estudios previos anexos que se elaboraron con ocasión de la celebración del convenio interadministrativo marco del 14 de septiembre de 2009 sí cobijaban al contrato de aporte en especie y venta del 13 de abril de 2011 —lo que solo podría aceptarse a modo de hipótesis—, la verdad es que este acto y estudios no cumplen con el lleno de los requisitos de los artículo 3 y 77 del Decreto 2474 de 2008 porque allí no se identificó ni se *determinó* el objeto a contratar, la necesidad que se pretendía satisfacer, ni el análisis del valor estimado del contrato, sino que en ellos se enunciaron actividades y objetivos genéricos sin expresar proyectos concretos, mucho menos el aporte y enajenación de un bien inmueble con la finalidad de realizar un proyecto inmobiliario y turístico.

38. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala reafirma que en la celebración del contrato de aporte en especie y venta del inmueble del 13 de abril de 2011 se vulneraron normas imperativas asociadas al cumplimiento del principio de selección objetiva porque antes de su suscripción no se elaboraron los estudios previos de que trata el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ni se expidió el acto administrativo de justificación de la contratación directa que exige el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, a pesar de que, tales documentos adquieren superlativa importancia para determinar, entre otras cosas, la necesidad y conveniencia de que una entidad pública se despoje de sus bienes, así como la contraprestación por la que lo hará. Así las cosas, se concluye que el referido contrato está viciado de objeto ilícito porque se vulneraron normas imperativas en los términos de los artículos 1519

y 1741 del Código Civil, lo que impone la sanción de nulidad absoluta, tal y como lo declaró el Tribunal en primera instancia.

39. En este punto es importante advertir que no le asiste razón a la demandada al señalar que la falta de elaboración de estudios previos no daría lugar a declarar la nulidad absoluta del contrato por no encuadrar este aspecto en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en la medida que, si bien el régimen de contratación estatal es especial respecto del derecho común, lo cierto es que se integra con aquél⁵⁰, por lo que, si un vicio no se encuadra en una de las causales enlistadas en esa norma, se debe acudir, por vía de integración, a las causales de nulidad que establece el derecho privado⁵¹.

40. La jurisprudencia reciente de esta Corporación se ha decantado por señalar⁵² que cuando se eluden los procedimientos de selección cuyo agotamiento es obligatorio por mandato legal o cuando se vulneran las reglas imperativas asociadas al cumplimiento de dichos procedimientos, tales como la elaboración de estudios previos —artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993⁵³— o la expedición de ciertos actos necesarios para adjudicar un contrato, el contrato estatal que se celebre estará viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito de conformidad con los artículos 1519 y 1741 del Código Civil. Esta causal de nulidad se sustenta en que dichas normas, por estar íntimamente relacionadas con el cumplimiento de los fines de la contratación pública, que incluyen “*la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados*” —artículo 3º de la Ley 80 de 1993—, integran el orden público de la Nación, esto es, son

⁵⁰ De conformidad con lo reiterado por la Subsección C “*debe tenerse en cuenta que, como lo ha señalado la jurisprudencia, el Estatuto de Contratación Estatal contempla un régimen legal expreso en materia de nulidad absoluta de los contratos estatales, contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 de 1993, de tal suerte que ‘en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de la misma Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal–, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo–, cuando el Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para sostener, como lo ha hecho la Sala, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de marzo de 2021, C.P. Nicolás Yepes Corrales, Exp. 62.250.

⁵¹ Sobre la integración normativa estableció esta Subsección que: “*Ha de precisarse que no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito [44], sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos –según las previsiones de sus artículos 6 y 1741–. [...] En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales: a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley; b).- Ilícitud en el objeto; c).- Ilícitud en la causa; d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes; e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración; f).- Celebración del contrato con personas incurso en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal; h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder; i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.*” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 26.939.

⁵² La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación no ha sido pacífica al respecto, pues en algunas providencias ha señalado que cuando se eluden los procedimientos de selección para la contratación estatal la causal de nulidad que se configura es la de desviación de poder (Ley 80 de 1993, art. 44, núm. 3) (ver sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp.15.324), en otras ha expresado que es un hecho que encaja en la causal de “*celebración contra expresa prohibición constitucional o legal*” (Ley 80 de 1993, art. 44, núm. 2) (ver sentencia del 15 de diciembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 50.045).

⁵³ Artículo 25, numeral 12 (antes de la reforma introducida por la Ley 1474 de 2011): “*En virtud de este principio. [...] 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia.*”

normas de perentoria y obligatoria observancia que no pueden ser objeto de inaplicación ni disposición por pacto de los contratantes.

41. En consecuencia, la ausencia del acto de justificación de la contratación directa y de los estudios previos que lo debían acompañar sí vician de nulidad absoluta el contrato de venta y aporte del inmueble El Oasis, por objeto ilícito y, por ello, este punto de la providencia recurrida será confirmado en esta instancia.

La enajenación de las acciones del Municipio a la Promotora

42. Según se desprende del previamente mencionado literal e) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la enajenación de la propiedad accionaria del Estado se rige por lo dispuesto en la Ley 226 de 1995; sin embargo, al leer aquella norma de forma concordante con lo previsto en los artículos 1 y 2 de esta última ley, se concluye que ello sólo es así cuando la enajenación se hace a favor de particulares; en cambio, cuando se hace entre entidades públicas el régimen jurídico aplicable es el previsto en la Ley 80 de 1993 y demás normas que la complementan, entre ellas, la misma Ley 1150 de 2007.

43. En efecto, el artículo 1 de la Ley 226 de 1995 —que consagra el ámbito de aplicación de la ley— dispone que “[l]a presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial **a favor de particulares**, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa”. En concordancia, el artículo 20 ibidem establece cuál es la normativa que se debe seguir cuando la enajenación se hace a favor de otra entidad pública u órgano estatal, así:

*“Artículo 2º. La enajenación accionaria que **se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes**. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación” (énfasis agregado).*

44. Así las cosas, comoquiera que al momento de la suscripción del contrato de readquisición de acciones que se celebró entre el Municipio y la Promotora —1 de noviembre de 2011— ésta aún tenía la condición de entidad estatal en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 —pues hasta entonces su participación accionaria en la Promotora era mayoritaria⁵⁴—, forzoso es concluir que el régimen jurídico aplicable a este contrato no era el previsto en la Ley 226 de 1995, pues no se trataba

⁵⁴ Se reitera que, de conformidad con la certificación del 14 de junio de 2013 expedida por la contadora de la Promotora, con corte al 13 de abril de 2011, el Municipio detentaba el 50,2% del capital social. Además, en el expediente obra copia del acta de asamblea No. 2 de la demandada realizada el 24 de septiembre de 2011 —esto es, un poco más de un mes antes de que se celebrara el contrato de enajenación de acciones—, en el que se certifica que el Municipio tenía hasta ese momento una participación superior al 50% del capital social representado en 156 acciones (folio 91, c. 1, situación que se mantuvo hasta después de la celebración y perfeccionamiento del contrato de readquisición de acciones que dio lugar a que el Municipio perdiera la mayoría accionaria. Según acta No. 3 de la asamblea de la demandada, llevada a cabo el 9 de diciembre de 2011 (folios 74 y 75, c. 3), el Municipio perdió la mayoría accionaria sobre el capital de Promotora Olaya, dado que, con la venta de las 95 acciones, el ente territorial quedó con 61 acciones frente a las 155 en cabeza de Construcciones Técnicas en Obras Civiles S.A.S. Sin embargo, para efectos de la calificación del contrato como *interadministrativos*, lo que es relevante es que Promotora Olaya tuviera la calidad de entidad pública al momento de su celebración.

de transferir la propiedad accionaria a un particular⁵⁵, lo que conduce, en los términos del transcrito artículo 20, a que el régimen jurídico aplicable al negocio jurídico era el de la contratación estatal.

45. Como se analizó previamente al estudiar el mecanismo que debía seguirse para la enajenación del inmueble El Oasis, de conformidad con el literal e) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2011, la enajenación de los bienes del Estado se debe realizar a través del proceso de selección abreviada; no obstante, dado que el negocio jurídico que se celebró el 1º de noviembre de 2011 corresponde a un contrato interadministrativo⁵⁶ y tuvo por objeto la readquisición de 95 de las 156 acciones que tenía el Municipio en la Promotora⁵⁷, dable es colegir que las obligaciones derivadas de aquél tienen relación directa con el objeto de esta sociedad, la cual, en los términos de los artículos 396 del Código de Comercio – aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y 45 de la Ley 1258 de 2008–, está habilitada para realizar una operación comercial de esa naturaleza, razón por la que, **fuerza concluir, esta enajenación también podía hacerse a través del proceso de contratación directa; pero, enfatiza la Sala con toda contundencia, siempre que para ello se cumpliera de manera estricta con todos los requisitos que la ley dispone para este mecanismo de contratación en favor de las finalidades que se procuran garantizar con los principios que gobiernan la contratación estatal, requisitos entre los cuales, como se analizó previamente en relación con la enajenación del inmueble, se inscriben los estudios previos que soporten la contratación.**

46. En línea con lo anterior, es pertinente mencionar que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que prohíba que las sociedades de economía mixta puedan realizar operaciones de readquisición de acciones⁵⁸. Tal operación comercial está habilitada en el artículo 396 del Código de Comercio⁵⁹ para las sociedades anónimas, aplicable también a las sociedades simplificadas por acciones –naturaleza de la que participa la Promotora–, de conformidad con la

⁵⁵ En cuanto a la naturaleza jurídica de la Promotora, cabe precisar que las sociedades de economía mixta, aunque vinculadas a la administración pública, no son propiamente entidades públicas ni privadas, sino que tienen una naturaleza especial; sin embargo, por voluntad del legislador, el porcentaje de participación de recursos públicos ha sido instituido como elemento para establecer el tratamiento legal de estos organismos y como factor para determinar cuándo pueden ser catalogadas como entidades públicas. En ese sentido, el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 señala que, para efectos del régimen de contratación pública, se consideran entidades estatales aquellas sociedades de economía mixta con participación superior al 50%, condición que, como ya se analizó, tenía la Promotora para el 1 de noviembre de 2011, cuando se celebró el contrato de readquisición de acciones. Sobre el particular: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 27 de octubre de 2022, Exp. 67645, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁵⁶ En tanto en el negocio jurídico intervinieron dos entidades públicas que pactaron claras prestaciones recíprocas de contenido económico: a cambio de la enajenación de las acciones del Municipio, la Promotora entregaría una retribución consistente en el valor nominal de las 95 acciones, más una prima de venta equivalente a \$25'000.000 (cláusula segunda del contrato, folio 97, c. 1).

⁵⁷ El Municipio era titular, en total, de 156 acciones, 5 adquiridas al momento de la constitución de la sociedad y 151 por la enajenación del 50.17% del inmueble El Oasis.

⁵⁸ Aunque ha de precisarse que en las sociedades de economía mixta cuya participación estatal no supere el 50% y que, por tanto, para efectos contractuales se consideren privadas, la readquisición de acciones se verá limitada en razón de lo dispuesto en el artículo 60 constitucional y, en desarrollo de éste, en la Ley 226 de 1995.

⁵⁹ “ARTÍCULO 396. <ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA>. La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea con voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.

Para realizar esa operación empleará fondos tomados de las utilidades líquidas, requiriéndose, además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

La enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva”.

remisión normativa del artículo 45 de la Ley 1258 de 2008—*“Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada”*⁶⁰, siempre que se cumplan las condiciones que impone ese artículo en concordancia con el artículo 417 de la misma normativa, entre ellas, que las acciones se hallen totalmente liberadas y que la adquisición se haga con fondos tomados de utilidades líquidas, esto, con el objeto de evitar la reducción del capital social en detrimento de terceros⁶¹. Según acta No. 2 de reunión extraordinaria del 5 de septiembre de 2011, la Asamblea General de Accionistas de la Promotora, previa propuesta presentada por el Municipio, autorizó por unanimidad la readquisición de acciones del ente territorial, así como la creación de una reserva que se formaría con fondos tomados de las utilidades líquidas de la sociedad⁶².

47. Antes de proceder a analizar si el contrato contó con los estudios previos y el análisis de conveniencia y necesidad que se imponía de cara a la enajenación de las acciones, la Sala estima pertinente mencionar que el contrato interadministrativo de enajenación de acciones se rigió en su ejecución por el derecho privado en aplicación de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁶³, mas concretamente por el derecho comercial en tanto se trata de una enajenación de las acciones de una sociedad comercial —conforme a los artículos 396 y 463 del C.Co.—; sin embargo, de conformidad con ese mismo artículo y según lo analizado en los puntos 42 a 44 de esta providencia, al tratarse de una materia que sí está regulada por el régimen de la contratación pública, de este aserto no se sigue que, en su celebración, las partes estuvieran exentas de observar las normas relacionadas con los principios que rigen la contratación estatal, incluso, en los procesos de contratación directa. Entonces, la aplicación del derecho comercial a

⁶⁰ *“En punto de la readquisición de acciones en las sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que como quiera que la Ley 1258 de 2008 no regula nada al respecto, se ha de acudir, en observancia de lo dispuesto en el artículo 45 de la citada ley, a lo reglado en el artículo 396 del Código de Comercio, el cual dispone:*

‘La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea con voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.

Para realizar esa operación empleará fondos tomados de las utilidades líquidas, requiriéndose, además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

La enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva.’

Este precepto, como ya se advirtió, resulta aplicable a las sociedades por acciones simplificadas, con excepción de la mayoría requerida para la toma de la decisión de readquirir las acciones, pues en tales compañías las determinaciones sociales se adoptan mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad mas una de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008.

Sentado lo anterior, y para absolver el primero de los interrogantes formulados, se ha de anotar que en las sociedades por acciones simplificadas sí procede la readquisición de acciones de la compañía, incluso de las acciones de pago, siempre que se cumpla con los requisitos indicados en el artículo 396 arriba transcrito, valga decir, que la readquisición sea aprobada por la asamblea de accionistas, que se haga con fondos tomados de las utilidades líquidas, y que las acciones se encuentren totalmente liberadas”. Superintendencia de Sociedades, concepto 220- 099852 del 20 de julio de 2009, reiterado en concepto 220-010893 del 2 de febrero de 2011 y en concepto 220-010893 del 11 de agosto de 2020.

⁶¹ *“A efectos de que la readquisición no constituya una restitución velada de aportes a los socios, contrariando el principio de integridad e inmutabilidad del capital de las sociedades por acciones, la ley exige que la adquisición de las acciones por parte de la misma sociedad se haga con cargo a ‘fondos tomados de utilidades líquidas’, que constituyen las denominadas reservas para adquisición de acciones. Porque cuando el pago del precio de las acciones readquiridas se fondea con dichas reservas, no se estará restituyendo el capital a los socios, sino empleando partidas del superávit para este fin”. MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, “Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios”, segunda edición, Legis, 2014, pág. 715. En el mismo sentido se puede consultar: REYES VILLAMZAR, Francisco, “DERECHO SOCIETARIO”, segunda edición, Temis, 2013, pág. 372.*

⁶² Folios 91 a 94, c1.

⁶³ Artículo 13, inciso primero, Ley 80 de 1993: *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”*

este contrato se predica únicamente respecto de su sustancia, esto es, el derecho que rige el nacimiento, ejecución y terminación de las prestaciones surgidas entre las partes.

48. En consecuencia, el hecho de que para la contratación de la enajenación de las acciones no se hubiere llevado a cabo el proceso de selección abreviada no impone declarar la nulidad absoluta del contrato, lo que conduce, finalmente, a analizar si, en el marco de las normas de la contratación directa, se cumplió o no con el requisito de elaborar los estudios previos.

49. Antes de proceder a ese análisis, la Sala precisa la regla jurídica a partir de la cual ha de entenderse que la enajenación de bienes que pertenecen a entidades públicas que están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se rige por esta normativa –salvo que se trate de enajenación de acciones a favor de particulares–. Esta regla debe atenderse, incluso, si el régimen jurídico de la otra entidad pública con la que se contrata no es este mismo, lo que impone, entre otras cosas, la obligación de desarrollar estudios previos con el objetivo de establecer, además de otros aspectos, la relación costo-beneficio en función de las necesidades que se pretenden satisfacer⁶⁴, lo cual, para el caso de autos, es concordante con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995 que, como se referenció, dispone expresamente que cuando la enajenación de acciones se hace entre entidades públicas, el régimen jurídico aplicable es el de la contratación administrativa.

50. Según lo acabado de analizar, queda entonces claro que para enajenar 95 de las 156 acciones que tenía el Municipio en la Promotora a esa misma sociedad, el negocio jurídico no sólo debía cumplir con las condiciones que para el efecto imponen las normas del derecho común que lo rigieron, sino también las reglas que gobiernan la contratación estatal para la celebración de sus contratos, normas que están destinadas, entre otras cosas, a proteger el patrimonio público y que, por tanto, se han consagrado como de orden público y, por lo mismo, de ineludible cumplimiento.

51. El Tribunal concluyó que en el contrato de readquisición de acciones del 1 de noviembre de 2011 no se realizaron los estudios previos y que no se hizo el avalúo para determinar el valor de venta de esos bienes, tampoco se identificaron las obras que se construirían con los recursos provenientes de la enajenación ni se estableció el valor de las mismas, por lo cual se vulneró lo dispuesto en el numeral 3 del Decreto 2474 de 2008 relativo al contenido mínimo que deben tener los estudios previos. En su recurso, la Promotora aseveró que el convenio interadministrativo marco del 14 de septiembre de 2009 –en el que se convino la ejecución conjunta de actividades de cofinanciación y construcción de proyectos inmobiliarios y turísticos–

⁶⁴ Con todo, es pertinente mencionar que, según lo consignado en la cláusula primera del contrato interadministrativo de readquisición de acciones, la venta de las 95 acciones se hizo para satisfacer una necesidad del Municipio (tendiente a obtener recursos para la *“terminación y financiación de proyectos de infraestructura para el mejoramiento y la competitividad turística y desarrollo económico del Municipio de Olaya”*). De conformidad con el parágrafo 2º de esta misma cláusula, los recursos obtenidos de la negociación serían destinados *“al pago de las obras adicionales y extras en la construcción y remodelación del parque de la cabecera municipal y la pavimentación de las vías urbanas de acceso al corregimiento de Llanadas”*), por lo cual, también por esta razón tendría que concluirse que el régimen jurídico aplicable al contrato era el contenido en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, las cuales, en lo no regulado específicamente en ellas, remiten a las normas del derecho común; por lo que, como se analizó, en lo sustantivo, el contrato se rigió por esa normativa privada.

así como su adicional No. 2 del 3 de diciembre del 2010 sirvieron de antecedentes y justificación de la celebración del contrato de readquisición de acciones y que, en todo caso, en los archivos de la entidad reposaban los estudios previos y demás documentos que precedieron a este negocio jurídico, pero que el demandante, actuando de mala fe y en contravía de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 162 del C.C.A⁶⁵, no los aportó.

52. Por las mismas razones expresadas en relación con el contrato de enajenación del inmueble El Oasis, la Sala concluye que los referidos negocios jurídicos que antecedieron a la celebración del contrato de enajenación de acciones no pueden suplir la exigencia de elaborar los estudios previos, puesto que, además de que, al ser típicos negocios jurídicos y no actos administrativos no tuvieron ese objeto, de su contenido tampoco se deriva el cumplimiento de los requisitos que, de conformidad con el ya citado artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, deben reunir los estudios previos, menos aun cuando pocos meses antes se había dado el contrato de aporte y enajenación del inmueble sin estudios previos, lo que en criterio de la Sala revela protuberantes falencias de planeación, por decir lo menos.

En efecto, tales documentos no mencionan, ni siquiera de manera tangencial, la enajenación, a favor de la Promotora, de 95 de las 156 acciones que el Municipio tenía en esa sociedad, es decir, no cumplen con la obligación de describir el objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar (núm. 2, art. 3, Dcto. 2472 de 2008); por lo mismo, no dan cuenta de la necesidad que la entidad estatal pretendía satisfacer con la contratación, los fundamentos de la modalidad de contratación ni el análisis que debía soportar el valor estimado del contrato (núm. 1, 3 y 4, ibidem).

En cuanto a la afirmación de que, en todo caso, los estudios previos que antecedieron a este contrato reposaban en los archivos del Municipio, pero que, en una maniobra contraria a la lealtad procesal, la entidad territorial se abstuvo de aportarlos con la demanda, la Sala advierte que no hay prueba que soporte tal afirmación, ni esfuerzo de quien la hizo destinado a acreditarla. Lo que se adujo en la demanda fue que tales estudios no se hicieron, lo que explica por qué no se aportaron. Como se trata de una negación indefinida, no requiere prueba (inciso 2º del artículo 177 del C.P.C. –hoy inciso 4º del artículo 167 del Código General del Proceso). No era exigible a la entidad pública aportar al proceso los estudios previos que, según dijo, no se elaboraron, puesto que no es posible demostrar algo que, se asevera, no ha ocurrido.

53. Ahora, en el inciso 1º del artículo 177 del C.P.C. –hoy inciso 1º del artículo 167 del C.G.P– se consagra una regla general en materia probatoria, consistente en que, quien invoca un hecho respecto del cual pretende hacer derivar unas consecuencias jurídicas tiene la carga de acreditarlo; no obstante, dicha regla no es absoluta, pues la propia ley establece unas excepciones, entre ellas, las negaciones indefinidas que expresamente el legislador dispone que no se deben probar. Lo que

⁶⁵ La demanda se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo cual la referencia se entiende hecha respecto del numeral 2 del artículo 166 de esta normativa, que señala que a la demanda debe acompañarse *"Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho"*.

ocurre en estos casos es que la carga de la prueba se invierte para que el contradictor que se opone a ella pruebe que el hecho que se niega sí ocurrió.

54. En este caso, correspondía a la Promotora acreditar, en contra de lo negado por el Municipio, que los estudios previos del contrato de readquisición de acciones del 1 de noviembre de 2011 sí se elaboraron, para lo cual podía hacer uso de diversos medios de prueba, como, por ejemplo, la inspección judicial o, incluso, la prueba testimonial; no obstante, ningún esfuerzo se hizo en ese sentido⁶⁶. Solo hasta la segunda instancia aportó unos documentos con el objeto de acreditar que tal requisito sí se satisfizo; sin embargo, siendo de su cargo acreditarlo, no demostró que se hubiere presentado alguna de las circunstancias que la ley, de manera taxativa, requiere para que las partes puedan pedir pruebas en la segunda instancia, lo que condujo a que se su decreto se negara⁶⁷.

55. Así, aunque en su recurso la Promotora afirmó que, en una actuación permeada por la mala fe, el Municipio no aportó los estudios previos que precedieron el contrato de enajenación de acciones, lo cual, eventualmente hubiere podido encuadrar en la causal 4ª del inciso 4º del artículo 212 del CPACA para que proceda el decreto de pruebas en segunda instancia —*“Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”* (énfasis agregado)—, siempre que así se hubiere acreditado, lo cierto es que la demandada no lo alegó así, a lo que se agrega que se desconoce la forma y el momento en los que tuvo acceso a tales documentos —si fue antes o después de vencidas las etapas preclusivas de la primera instancia para aportarlos—; además de que no recurrió la decisión de no decretarlos en esta instancia.

56. Se añade a lo anterior que en el expediente no hay indicios reales de que el Municipio hubiere obrado de mala fe y, conscientemente, hubiere ocultado tales estudios previos. De lo que da cuenta la información que obra en el proceso es de que, al parecer, en verdad esos documentos no reposaban en los archivos del demandante. Al respecto, la Sala encuentra que en la visita que realizó la Procuraduría Provincial de Santafé de Antioquia a los archivos del Municipio y de la Promotora Olaya el 26 de julio de 2012 —en el marco de la investigación disciplinaria adelantada contra el alcalde del Municipio, Daniel Alberto Gutiérrez Mesa—, si bien dicha diligencia estaba destinada a recopilar información relativa a la enajenación del inmueble, lo cierto es que también se solicitaron todos los archivos “que contenga información sobre la relación y participación del Municipio de Olaya” con la Promotora. Al enlistar los documentos hallados en la carpeta de esa sociedad no se relacionaron los estudios previos que habrían soportado la enajenación de las acciones que afectó su participación en la Promotora.

⁶⁶ Al contestar la demanda propuso la excepción que denominó *“Mala fe de la Demandante”* con fundamento en que el Municipio aportó documentos incompletos, en borradores y sin firmas para hacer inducir en error al juzgador por omisión de la información. Aportó unos documentos (que no incluyeron los estudios previos del contrato de readquisición de acciones) que dijo eran los completos y con firmas, pero no examinó su actividad probatoria demostrar la mala fe de la entidad pública demandante consistente en la supuesta ocultación adrede de la información, no solicitó, por ejemplo, la inspección judicial a la sede de la entidad para verificar la documentación, tampoco pidió pruebas testimoniales para probar su dicho, no hay prueba tampoco de que hubiere solicitado los documentos a la entidad y esta se hubiere negado a entregarlos.

⁶⁷ Auto del 15 de marzo de 2017, folios 583 y 584, c. ppal.

57. La Sala destaca en este punto que *“las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley”* (art. 6, C.P.C, hoy art. 13 C.G.P), lo que significa que deben ser acatadas de manera estricta tanto por las partes, como por el juez. Es importante resaltar también que el compendio de normas procesales no se limita a establecer meras ritualidades o exigencias formales tendientes a desarrollar el proceso, sino que, en general, están instituidas con el objeto de salvaguardar asuntos sustanciales de relevante envergadura, como el debido proceso, en sus expresiones de defensa y contradicción, el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad y la imparcialidad del juez, entre otros.

58. Así las cosas, dado que las normas procesales son de orden público, las oportunidades probatorias son preclusivas, la decisión de negar las pruebas que aportó la parte demandada con su recurso de apelación adquirió firmeza porque no se recurrió, la carga de la prueba corresponde a las partes y el juez debe ser imparcial en sus decisiones, la Sala está forzada a concluir, bajo el escenario probatorio que puede analizar válidamente, que, siendo de cargo de la Promotora, ésta no acreditó, en contra de la negación indefinida del Municipio, que para la celebración del contrato de readquisición de acciones sí se cumplieron los requisitos previos establecidos por la ley, específicamente, la elaboración de los estudios previos que respaldaran el negocio jurídico, lo que conduce a declarar la nulidad absoluta del contrato por vulneración de lo dispuesto con carácter imperativo en el numeral 3º del Decreto 2474 de 2008, que desarrolla los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y que, como se analizó previamente, son aplicables a todos los procesos de selección, incluida la contratación directa.

59. En virtud de lo anteriormente desarrollado, la Sala debe concluir, como lo hizo el Tribunal, que el contrato interadministrativo de enajenación de acciones del 1º de noviembre de 2011 suscrito entre las partes también está viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito en la medida en que, en su celebración, se vulneraron normas imperativas de orden público, en especial, el cumplimiento del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008.

60. Sin perjuicio de todo lo anterior, cabe mencionar que, si en gracia de discusión y solo de ella, la Sala pasara por alto el régimen probatorio al que acaba de hacerse alusión y las consecuencias que de ello se derivan de forma imperativa, lo cierto es que, aún en ese hipotético escenario tendría que arribar a la misma conclusión de la nulidad absoluta del contrato de readquisición de acciones, en tanto los documentos que aportó la Promotora en su recurso de apelación no dan cuenta del cumplimiento de todos los requisitos a los que se refiere el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008. Así, no se observa, por ejemplo, el análisis que debía soportar el valor estimado del contrato (núm. 4, art. 3, Dcto. 2474 de 2008); no hay, en tales documentos, razones que expliquen por qué las acciones se transfirieron por su valor nominal más una prima de venta de \$25'000.000, esto, a pesar del impacto que podría tener esa enajenación frente al patrimonio público.

61. Por las razones expresadas, la Sala confirmará las decisiones del Tribunal adoptadas en primera instancia a través de las cuales, al tenor de las pretensiones

primera y quinta de la demanda, se declaró la nulidad absoluta de los contratos de aporte y venta del 13 de abril de 2011 y del contrato interadministrativo de enajenación de acciones del 1º de noviembre de 2011, lo que se hará en la parte resolutive de esta sentencia, pero por las razones expresadas en esta providencia.

La cuestión sobre las restituciones mutuas

62. La Sala ya llegó a la conclusión de que ambos contratos suscritos entre las partes están viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito. Para el Tribunal, los efectos que se siguen de dicha nulidad se concretan en las siguientes restituciones mutuas: (i) la Promotora debe restituir la propiedad del bien inmueble El Oasis, y el Municipio, lo recibido por la enajenación —incluyendo las acciones entregadas como contraprestación por el aporte del bien a la sociedad—; a su vez, (ii) la Promotora debe restituir las 95 acciones enajenadas a través del contrato interadministrativo de readquisición de acciones, junto con los \$25'000.000 de la prima de colocación, mientras que el Municipio debe devolver los \$120'000.000 que recibió por dichas acciones; todas estas sumas actualizadas.

63. Ambas partes impugnaron esta decisión. El Municipio señaló que: (i) las partes se compensaron todas las sumas de dinero entregadas por la ejecución de los contratos, en tanto, si bien la Promotora habría hecho unas erogaciones a favor del Municipio por valor de \$230'000.000, lo cierto es que, poco tiempo después, este valor le habría sido devuelto; por lo que no habría lugar a ordenar la restitución de suma de dinero alguna; (ii) la administración municipal y la demandada actuaron de mala fe porque celebraron ambos contratos a sabiendas de que se estaban violando normas imperativas, por lo que la Promotora no podía beneficiarse de las restituciones mutuas, pero sí el Municipio que fue privado injustamente de la propiedad de un bien inmueble útil y valioso por un precio irrisorio. Por su parte, la Promotora impugnó las órdenes de restituciones mutuas, pero solo en tanto se dispuso que debía restituir la suma de \$25'000.000 por concepto de la prima de colocación de acciones pactada en el contrato de readquisición de acciones del 1º de noviembre de 2011, en la medida en que, según afirmó, fue ella la que pagó ese valor.

64. En cuanto al primero argumento del Municipio, la Sala advierte que se planteó solo en la segunda instancia, y con el recurso solicitó valorar los documentos que darían cuenta de lo que afirmó; pruebas que fueron negadas en esta instancia por no cumplir con los requisitos que para el efecto establece el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, por las mismas razones expresadas previamente en esta providencia respecto de los documentos aportados por la Promotora con su recurso de apelación, tales documentos no pueden ser estimados, lo que impone negar este argumento del censor por falta de pruebas que lo sustenten.

65. En lo que concierne al segundo argumento de la apelación del Municipio, esto es, que no proceden las restituciones mutuas a favor de la Promotora por haber actuado de mala fe, pero sí para el Municipio por haber resultado afectado por la privación del bien, la Sala procede a hacer las siguientes consideraciones:

65.1. Se debe recordar que la declaratoria de nulidad absoluta de un negocio jurídico tiene varios efectos concurrentes. De conformidad con el numeral 8º del artículo 1625 del Código Civil, la declaratoria de nulidad absoluta es un modo de extinción de las obligaciones. Además, dicha declaratoria afecta *in radice* la eficacia del negocio jurídico, lo que ocurre con efectos *ex tunc*, esto es, retroactivamente, de modo que remonta, como regla general, todas las situaciones de hecho al momento en el que hipotéticamente estarían como si el negocio jurídico no se hubiera celebrado en primer lugar⁶⁸.

65.2. Sin perjuicio de lo anterior, tanto el derecho común como el régimen de contratación estatal consagran efectos específicos de cara a la declaratoria de nulidad absoluta de un negocio jurídico. El artículo 1746 del Código Civil establece sobre los efectos de la nulidad que:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

65.3. Cuando el inciso primero se refiere a que la restitución producto de la nulidad absoluta se debe entender sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto y causa ilícita, esta referencia debe leerse en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1525 *ibídem* conforme a lo cual “[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita **a sabiendas**” (énfasis agregado). En este orden de ideas, el derecho común establece que la regla general es la procedencia de las restituciones mutuas como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, salvo cuando es causada por objeto o causa ilícita **a sabiendas** de las partes, en cuyo caso no proceden las restituciones mutuas y no hay lugar a repetir el pago realizado, evento en el cual el contrato solo se extingue y deja de producir efectos.

65.4. Ahora bien, en materia de contratación estatal, cuando en contratos de “ejecución sucesiva” sobreviene la declaratoria de nulidad negocio jurídico, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece que:

“La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere

⁶⁸ Sobre estos efectos, ha anotado la jurisprudencia de esta Corporación que: “La declaratoria de nulidad absoluta de un contrato, o de una de sus cláusulas cuando quiera que el vicio recaiga solamente sobre alguna de ellas, genera como efectos: (i) su desaparición del mundo jurídico; (ii) la extinción de todas las obligaciones derivadas del mismo; y (iii) retrotrae la situación de las partes al estado en que se encontraban, como si el contrato o la cláusula no hubieran existido”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de marzo de 2021, Exp. 62.250.

obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

65.5. Esta disposición, que ya correspondía a un criterio adoptado en la jurisprudencia de esta Corporación antes de la consagración de la norma transcrita⁶⁹, parte de la consideración de que en los contratos de ejecución sucesiva o periódica —como los de obra—, aun en aquellos casos de nulidad por causa u objeto ilícito, la entidad estatal puede verse beneficiada por el cumplimiento de las prestaciones, en provecho del interés público, lo que justifica el reconocimiento y pago de la porción ejecutada de las prestaciones⁷⁰.

65.6. En este caso, los contratos de aporte y venta del inmueble El Oasis del 13 de abril de 2011 y de readquisición de acciones del 1º de noviembre de 2011 son contratos de ejecución instantánea porque son negocios jurídicos cuyos efectos están llamados a agotarse con la transferencia y aporte del bien o la tradición de la propiedad sobre las acciones, respectivamente, y no pueden conceptualizarse como contratos de ejecución sucesiva porque no hay prestaciones periódicas, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de obra o de suministro, en los que hay prestaciones recurrentes que se prolongan por un tiempo determinado. En este orden de ideas, los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta no se rigen en este caso por la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sino por lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil.

65.7. En este orden de ideas, por tratarse de contratos de ejecución instantánea, el criterio de utilidad o beneficio propuesto por el Municipio en su apelación no resulta instrumental para la determinación de las restituciones mutuas.

65.8. Por lo anterior, la Sala retorna a la regla general del derecho común según la cual la nulidad del contrato genera en quienes formaron parte de él el deber de restituir lo que recibieron en función de las prestaciones y contraprestaciones pactadas en el negocio jurídico que ha sido declarado nulo y, a su vez, el derecho a recibir de vuelta lo que entregaron en tal virtud, salvo cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita, a sabiendas, excepción que encuentra su fundamento

⁶⁹ De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación cuando se anula un contrato de ejecución sucesiva sus efectos pueden ser *ex nunc* dada la dificultad de retrotraer los hechos cumplidos. Al respecto, dijo en una sentencia: “ante el vacío de la ley sobre el particular, y en aras de consultar la realidad jurídica y social que impone el comportamiento antijurídico derivado de un contrato nulo, [opta por] que se analicen y confronten, de manera distinta, los efectos cuando versa la relación negocial en un contrato de ejecución instantánea, que como tal, permite volver las cosas al estado en que se encontraba antes de su formación, a los que giran alrededor de un contrato de tracto sucesivo, en los que no siempre se podrán imponer esos alcances, puesto que las prestaciones causadas, las más de las veces, impedirán el restablecimiento al estado anterior al aniquilamiento del negocio, por los factores fácticos que se pueden apreciar. Así, por ejemplo, las prestaciones efectuadas y no restituídas, el disfrute y uso de las cosas, los servicios prestados han de remunerarse. Se debe entender, pues, que ante la realidad de hechos consumados, se ha de reconocer la existencia pasajera o efímera del contrato de ejecución periódica, para, de ese modo, hacerle producir efectos cuando fuere posible, en esa etapa, con las obvias consecuencias económicas o de valoración, de tal manera que para determinada situación, han de consultarse las realidades fácticas con las previsiones normativas, para encontrar, en cada caso, la solución en equidad, de tal suerte que no se alteren las condiciones naturales de las partes [...]” Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de junio de 1984, Exp. 3071, C.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

⁷⁰ Para que este sea el caso, la jurisprudencia de esta Corporación ha exigido el cumplimiento de los siguientes requisitos: “Como ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corporación, de la citada norma se deriva la necesidad de que las prestaciones ejecutadas y no reconocidas al momento de declarar la nulidad absoluta sea acreditada en dos aspectos: cualitativo, vale decir, que haya significado un beneficio representado en la satisfacción de un interés público; y otro cuantitativo, en tanto la declaración de restituir lo ejecutado debe ir hasta el monto efectivamente demostrado.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de marzo de 2021, Exp. 62.250.

en el aforismo según el cual nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo. Así lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

*“... si bien las partes están legitimadas para alegar ese defecto de validez, no pueden tener derecho a los restablecimientos anejos, cuando el mismo emana de un objeto o causa ilícita **que ellas conocieron, porque la restricción dispuesta en aquel (art. 1525) al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, como ha dicho la Corte, es de un gran contenido ético fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo**⁷¹. El orden jurídico impide ir en contravía de la regla moral de las obligaciones que desde los romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (nemo creditur turpitudinem suam allegans)⁷²”.*

De ahí que si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido⁷³ (énfasis agregado).

65.9. Surge entonces que la referida excepción a la regla general de las restituciones mutuas requiere del conocimiento inequívoco que una o ambas partes tuvieron respecto de la ilicitud⁷⁴, el cual, por tanto, debe estar acreditado:

“Pero desde luego que restricción de ese linaje no se aplica de manera mecánica, puesto que el precepto 1525 requiere una especie de atribución participativa en el acto o contrato afectado por objeto o causa ilícitos, al agregar que sea ‘a sabiendas’, vale decir, de modo cierto, con pleno o inequívoco conocimiento de los contratantes, porque tuvo ocasión de precisarlo esta Corte, tal expresión, entendida en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.), que debe ser el de la lengua española, significa ‘de modo cierto, a ciencia cierta’, y que, por consiguiente, ‘se requiere un conocimiento objetivo o un conocimiento-realidad frente a determinado hecho’⁷⁵”⁷⁶.

65.10. En esa misma línea, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 6 de julio de 2005⁷⁷ puntualizó que el término “a sabiendas” contenido en el artículo 1525 del Código Civil como condición para que no procedan las restituciones mutuas, implica la acreditación⁷⁸ de “la conciencia, el real conocimiento y convencimiento de tres hechos fundamentales: i) que existe la

⁷¹ Cita original de la sentencia: Casación civil de 22 de enero de 1971, GJ. 2340, p. 50.

⁷² Cota original de la sentencia: Citada en la sentencia de esta Sala del 4 de Octubre de 1982, CLXV, P. 215.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de agosto de 2017, SC13097-2017, Radicación N° 76001-31-03-009-2000-00659-01, M.P. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁷⁴ “Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tiene como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa ‘a sabiendas’ de la ilicitud.

En ese orden de ideas, el adverbio ‘a sabiendas’, según el Diccionario de la real Academia de la Lengua, significa ‘de modo cierto’, ‘ciencia segura’, o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del Código Civil cuando utiliza la locución ‘a sabiendas’, expresión ésta empleada en otros artículos del Código Civil”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de enero de 1971.

⁷⁵ Cita original de la sentencia: Así se explicó en la referida sentencia de 22 de enero de 1971.

⁷⁶ Sentencia citada, 98.

⁷⁷ Exp. 12249, C.P. Alier Eduardo Hernández.

⁷⁸ La ley no estableció una presunción de que las partes obren bajo el conocimiento de las circunstancias que dan lugar a declarar la nulidad por objeto o causa ilícita, por lo cual deben probarse. Al respecto, se puede consultar la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2001 por la Sección Tercera de esta Corporación, Exp. 12859, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

disposición legal, ii) que la norma que la contiene es aplicable al caso concreto y iii) que con la celebración del contrato se está obrando en contra de la ley”.

65.11. Dado que en este caso no está acreditado que las partes o alguna de ellas hubiere celebrado los contratos de aporte y venta del inmueble, y el de readquisición de acciones “a sabiendas” de que contrariaban lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 –norma de orden público que impone su nulidad por objeto ilícito–, la Sala debe concluir que respecto de ambos negocios jurídicos y en ambas direcciones de las relaciones contractuales proceden las restituciones mutuas.

65.12. Al respecto, es importante precisar que si bien la ley se presume conocida, ello apenas conduce a establecer uno de los requisitos que destacó la Sección Tercera de esta Corporación para entender que se actuó a sabiendas de la ilicitud, esto es, que existe la disposición legal, no así los otros dos, esto es, que las partes conocían y tenían el real convencimiento de que la norma era aplicable al caso y, aun así, la eludieron, de lo cual no hay prueba en el proceso.

65.13. La Sala encontró acreditado que no se hicieron los estudios previos que debían preceder a la contratación de la enajenación del inmueble El Oasis y de las acciones que tenía el Municipio en la Promotora; no obstante y sin perjuicio de lo que otros juicios pudiera determinarse, no cuenta con elementos de juicio para establecer que las partes tenían consciencia de tal ilicitud, pues, de lo que da cuenta el proceso es que, en el caso del primero de los mencionados contratos, las partes, al parecer, entendieron que tal requisito se cubría con los estudios previos que soportaron los negocios jurídicos previos que entre ellas se celebraron y en el marco de los cuales se suscribió ese negocio jurídico, sin que en este proceso se cuente con medios de convicción para concluir algo en sentido contrario. En el caso de la readquisición de acciones, aunque no se acreditó que los estudios se realizaron, lo cierto es que tampoco es posible establecer a ciencia cierta cuál fue la convicción y el convencimiento con la que actuaron las partes al celebrarlo sin el lleno de ese requisito o, al menos, sin el lleno de todos los elementos que se requerían para entenderlo cumplido.

66. Así las cosas, pero, se insiste, sin perjuicio, de lo que pudiera o se haya decidido en otro tipo de procesos que se hubieren adelantado o deban adelantarse en razón o con ocasión de los contratos cuya nulidad acá se decreta, la Sala, con base, exclusivamente, en la información que obra en este asunto, no puede concluir que los contratantes hubieren obrado a sabiendas de la ilicitud de tales negocios jurídicos; en consecuencia, se ve avocada, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, a ordenar las restituciones mutuas a que haya lugar. Esto, sin perjuicio, de la compulsas de copias que se hará para que las autoridades competentes adelanten, si no lo han hecho aún, las investigaciones que se estimen pertinentes de cara a los hechos a los que más adelante se hará alusión.

67. Como la nulidad supone devolver las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, lo procedente sería ordenar a la Promotora devolver al Municipio el inmueble El Oasis y a éste, a su vez, reintegrar el valor que recibió por la venta y las acciones que adquirió en la sociedad por su aporte a capital. No obstante, dado que se encuentra acreditado que el 27 de agosto de 2013 –después de notificada

la admisión de la demanda a la Promotora⁷⁹— se elevó a escritura pública No. 1625 de la Notaría Quinta de Medellín el negocio jurídico por medio del cual la Promotora transfirió, a título de aporte a capital, el bien inmueble a la sociedad Inmobiliaria Puente de Occidente S.A.S —que constituyó previamente⁸⁰ la demandada como única accionista—, acto que se registró en la Oficina de Instrumentos Públicos de Sopetrán el 3 de septiembre de 2013⁸¹, no es jurídicamente posible dar esa orden a la demandada, por la sencilla razón de que el inmueble ya no es de su propiedad y, por lo mismo, no puede disponer de él; en consecuencia, tampoco es posible ordenar la obligación correlativa del Municipio de devolver lo que recibió a cambio de la enajenación del predio.

68. Lo anterior, sin embargo, no impide que la declaración de nulidad que se profiere en este juicio produzca los efectos que por ley está llamada a generar, solo que para ello es menester que, en garantía de los derechos de terceros que no hicieron parte de este juicio, el Municipio deba proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1748 del Código Civil que señala que “[l]a nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”, excepciones que podrán ser discutidas en ese juicio.

69. En este punto es preciso destacar que, si bien en virtud del principio de normatividad de los contratos las estipulaciones que estos contienen solo obligan a quienes formaron parte de él y no a terceros (art. 1602, Código Civil), lo cierto es que este aforismo no se aplica respecto de las consecuencias generadas por la ineficacia del contrato que se deriva de su declaración de nulidad, caso en el cual, por disposición legal, las cosas deben volver a su estado anterior al de la celebración del negocio en cuestión (art. 1746, ibidem)⁸². Así, si el contrato que otorgó la

⁷⁹ La notificación se hizo el 30 de abril de 2013, folio 131, c. 1.

⁸⁰ Mediante documento del 27 de noviembre de 2012, registrado en la Cámara de Comercio de Medellín el 11 de diciembre de 2012. Información tomada de la Escritura Pública No. 1625 del 27 de agosto de 2013 de la Notaría Quinta de Medellín, folios 484 a 488, c. ppal. Mediante ese mismo instrumento público se constituyó hipoteca sobre el bien por valor de \$25.000.000 a favor de la sociedad Proyectar Región S.A. (prueba decretada en segunda instancia. Auto del 15 de marzo de 2017, folios 583 y 584, c. ppal.).

⁸¹ Anotación 5 del 3 de septiembre de 2013, aporte a sociedad. Anotación 6 de la misma fecha, hipoteca. Folios 489 y 490, c. ppal.

⁸² “Lo anterior también se predica de los efectos, frente a terceros, del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Existen aún más particularidades cuando se trata de los efectos ex tunc y contra terceros de la invalidación de las convenciones privadas, situaciones en las cuales la regla que predomina no es la relatividad de los contratos, sino el retorno de las cosas al estado anterior por considerarse que el acto o negocio invalidado no existió en ningún momento, lo que repercute en cuantos derechos se constituyeron sobre la cosa a favor de terceros.

(...)

Es cierto que los efectos del acto primigenio no se le transmiten a quien no formó parte de él, pero en la situación que se analiza no son las obligaciones y derechos emanados del convenio inicial lo que afectó los intereses de la demandada (porque ellos no trascienden el ámbito de las relaciones entre las partes contratantes en virtud de la relatividad de los contratos), sino la declaración de su invalidez por parte de la autoridad administrativa; decisión de la que sólo puede seguirse el retorno de las cosas a la situación que existía antes de la invalidación del negocio jurídico prohibido por la ley.

De manera que el “principio” de la relatividad de los contratos no tiene aplicación respecto de las restituciones que han de hacer los subadquirentes como consecuencia de la invalidez o ineficacia de un acto o negocio jurídico, porque los bienes adquiridos por los terceros relativos o causahabientes quedan en la misma situación jurídica que habrían tenido si el contrato no se hubiera celebrado. De ahí que como la declaración de ineficacia o invalidez supone que el adquirente en el contrato primigenio nunca obtuvo ningún derecho, entonces nada pudo transmitir al subadquirente, tal como lo explicó el sentenciador ad quem.

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: ‘La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales’”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

titularidad del bien a un sujeto que posteriormente lo enajena deja de existir en el mundo jurídico, consecuencia obligada es que aquél no habría podido transferir el derecho que, en virtud de los efectos *ex tunc* de la nulidad, nunca tuvo, lo que convierte al tercero que lo tenga en su poder en un poseedor, pues la propiedad habrá retornado a su titular inicial⁸³. Esto, sin perjuicio de las consecuencias que deberán determinarse respecto de la oponibilidad de este fallo al tercero que lo adquirió a través de la Escritura Pública No. 1625 del 27 de agosto de 2013 o de los que lo hubieren adquirido con posterioridad, si los hubiere, según si actuaron de buena o mala fe, lo que será materia del proceso reivindicatorio.

70. No obstante, la ley también ampara los derechos del tercero poseedor, pues para ello impone al propietario que para lograr la recuperación de la posesión del bien debe iniciar la acción reivindicatoria, escenario en el cual el poseedor podrá hacer valer sus derechos, según se demuestre que ha obrado con buena o mala fe y, en todo caso, el tercero de buena fe tiene acción en contra de quien le enajenó el bien⁸⁴.

71. La Sala pone de presente que revisado el certificado de tradición correspondiente al inmueble El Oasis, no se registró –porque no fue oportunamente solicitado por la parte actora⁸⁵– la medida cautelar de inscripción de la demanda, lo cual no constituye impedimento alguno para la decisión que se adopta en esta sentencia se inscriba en el respectivo registro de la Oficina de Instrumentos Públicos correspondiente al inmueble El Oasis y, tampoco, para que el Municipio ejercite la acción reivindicatoria que, en los términos de la ley, se deriva de la declaración de nulidad del contrato, pues la norma no impone esa restricción⁸⁶. Lo que se deriva

sentencia del 9 de agosto de 2018, Exp. SC3201-2018, Radicación n° 05001-31-03-010-2011-00338-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁸³ “*anulado un acto o contrato por sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, los efectos de esta declaración se producen retroactivamente hasta dejar a las partes en la situación que antes tenían como si el acto o contrato no se hubiera celebrado; y por consiguiente que no ha habido adquisición por parte del adquirente del dominio que el otro contratante ha entendido transferir en virtud del contrato nulo; y que ese dominio no ha salido jamás del poder del que en virtud de ese acto o contrato nulo ha figurado como tradente. Y como nadie puede transferir a otro más derechos de los que tiene, ni nadie puede adquirir más derechos que los que tenía la persona con quien contrató, la persona que deriva sus derechos del que, por ejemplo, había comprado y recibido la cosa en virtud de un contrato nulo, no ha podido adquirir el dominio; y como el verdadero dueño es el que vendió primero en virtud de un contrato nulo, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el actual poseedor no dueño. Así se explica que la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores*”. Luis CLARO SOLAR. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. t. XII. Obligaciones, vol. III. Santiago de Chile: Nascimento, 1939. p. 637.

⁸⁴ “*No está de más advertir que el tercero poseedor de buena fe tiene en todo caso acción sustancial contra la parte contratante que conocía o tenía el deber jurídico de conocer la existencia de la causal de nulidad o invalidez, y a pesar de ello no dio aviso a su contraparte, celebrando el negocio que adolecía de vicios ocultos u otros fraudes*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 2018, Exp. SC3201-2018, Radicación N° 05001-31-03-010-2011-00338-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁸⁵ Esta solicitud se presentó en segunda instancia y, como ya se había indicado, fue resuelta negativamente mediante auto del 15 de junio de 2022, el cual fue notificado a las partes mediante estado electrónico del 17 de junio (Ver anotación No. 57 en el expediente electrónico, SAMAI). En el término de ejecutoria, las partes no interpusieron recursos.

⁸⁶ “*Ahora bien, aun cuando es cierto que el artículo 1748 consagra la acción reivindicatoria contra terceros poseedores, luego de declarada judicialmente la nulidad, no es menos verdadero que esa disposición establece que ello es así ‘sin perjuicio de las excepciones legales’.* Entre las excepciones que establece la ley se encuentran:

(...)

d) *Cuando se trata de bienes sujetos a registro, la declaración de invalidez no le es oponible al **tercero poseedor** a título oneroso que adquirió el bien con anterioridad a la inscripción de la demanda de nulidad en el registro público.*

*En efecto, en caso de bienes sujetos a registro, si el subadquirente de un bien sometido a esa formalidad lo adquiere con el conocimiento de que no hubo fraude ni otro vicio en el negocio, porque así lo demuestra el registro público, entonces la publicidad de la situación jurídica del bien es garantía de la legitimidad de su derecho, por lo que no podría resultar perjudicado por hechos anteriores que no constaban en el registro al momento de su adquisición; **a menos que por otro medio se demuestre su mala fe.** En ese caso la declaración de invalidez o ineficacia no surte efectos frente a los terceros que adquirieron el bien con*

de la ley es solamente que, en principio y sin perjuicio de lo que se demuestre en el juicio reivindicatorio, dados los propósitos de publicidad del instrumento público de los bienes sometidos a registro, los terceros que hubieren adquirido el bien con posterioridad sean considerados como de buena fe, aspecto que, de todos modos, podrá ser discutido y tendrá que ser definido en el marco de dicho proceso, en el que, además, también se podría discutir si, pese a la falta de la inscripción en el registro de instrumentos públicos de la demanda que ahora se resuelve, el tercero era o no conocedor de la existencia de este proceso o si debía tener conocimiento de ello⁸⁷.

72. En estas condiciones, solo en caso de que el Municipio recupere la posesión del inmueble, tendrá la obligación de devolver a la Promotora la suma de

anterioridad a la inscripción en el registro de la situación que podría amenazar su derecho, es decir que la invalidación del acto les es inoponible” (énfasis agregado). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 2018), Rad. 05001-31-03-010-2011-00338-01, SC3201-2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

En este caso, la Corte analizó un caso en el que se solicitó que se reconocieran los efectos de la ineficacia declarada de un contrato de venta de unas acciones, respecto de la tercera que posteriormente las adquirió. Hechas las anteriores precisiones y al descender al caso concreto la Corte señaló que:

“Los efectos de la declaración judicial de ineficacia del negocio de venta de acciones se le comunican a la subadquirente y, por tanto, está obligada a restituirlas a su verdadero propietario porque hay suficientes pruebas en el proceso que demuestran que las adquirió de mala fe.

(...)

*“La prueba de la mala fe se requiere porque se trata de una tercera adquirente a título oneroso que compró las acciones **sin que al momento de celebración del negocio hubiera una inscripción limitante en el libro de registro de acciones** de Serving. [Folio 52]*

(...)

*No obstante, **la ausencia de anotación en el registro** de una situación objetiva constitutiva de mala fe –como pudo ser la inscripción de una medida que revelara que las acciones no fueron transferidas por quien estaba facultado para enajenarlas, o de que el negocio no adolecía de vicios u otro fraude–, **no significa que el poseedor cuente a su favor con una presunción de buena fe que no admita prueba en contrario**, pues la buena fe siempre puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba” (énfasis agregado).*

⁸⁷ En este punto cabe además destacar que la ley no impone que en los procesos en los que se discute la validez de un negocio jurídico que comporte la enajenación del bien se deban vincular a los terceros que pudieron adquirirlo con posterioridad a la celebración del contrato cuestionado, lo cual, valga mencionar, sería casi de imposible cumplimiento, puesto que la existencia de un proceso judicial de esa naturaleza no saca el bien del comercio y, por ello, los actos traslativos del dominio podrían seguirse perfeccionando paralelamente durante toda la etapa del juicio; de manera que si se impusiera su vinculación sería imposible continuar y finalizar el proceso, pues cada etapa tendría que rehacerse ante cada surgimiento de un nuevo propietario.

Así, si el tercero no ha sido vinculado al proceso, el único escenario posible para discutir sobre su buena o mala fe o si conocía o no de la existencia del proceso que podía eventualmente afectar su título sería la acción reivindicatoria; sin perjuicio, se reitera, que este tercero también está protegido por la ley en razón del proceso reivindicatorio mismo en el que podrá exponer sus defensas, como en virtud de las acciones que tenga contra el que le transfirió el dominio del bien e, incluso, en razón de los términos de prescripción adquisitiva que pudieran correr a su favor, según lo dispuesto en la ley (La prescripción adquisitiva de dominio ordinaria, en el caso de bienes raíces, es de 5 años -art. 2529, C.C.- y se aplica cuando ha existido una “*posesión regular no interrumpida*”, durante ese tiempo -art. 2528, C.C.-. La posesión es regular cuando “*procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión*” -art. 764 C.C.-. Según el inciso final del art. 2530 del C.C aplicable a la prescripción ordinaria, “*No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista*”. La prescripción extraordinaria es de 10 años contra toda persona y no se suspende a favor de las enumerados en el artículo 2530 -art. 2532 C.C.-).

Tampoco la ley impone que se deba solicitar la medida cautelar de inscripción de la demanda en los casos en que los bienes están sometidos a registro, ello es potestativo de la demandante. Lo que ocurre es que, si no lo hace, se verá avocada a demostrar en el juicio reivindicatorio, de cara a lograr la restitución del bien y la determinación de los frutos que pueda o no recibir, si el tercero es un poseedor de buena o mala fe y si, pese a la ausencia de la inscripción de la demanda, conocía o debía conocer de la existencia del proceso que podría afectar su título, si es que lo tuviera.

En este punto cabe además destacar que la ley no impone que en los procesos en los que se discute la validez de un negocio jurídico que comporte la enajenación del bien se deban vincular a los terceros que pudieron adquirirlo con posterioridad a la celebración del contrato cuestionado, lo cual, valga mencionar, sería casi de imposible cumplimiento, puesto que la existencia de un proceso judicial de esa naturaleza no saca el bien del comercio y, por ello, los actos traslativos del dominio podrían seguirse perfeccionando paralelamente durante toda la etapa del juicio; de manera que si se impusiera su vinculación sería imposible continuar y finalizar el proceso, pues cada etapa tendría que rehacerse ante cada surgimiento de un nuevo propietario.

Así, si el tercero no ha sido vinculado al proceso, el escenario posible para discutir sobre su buena o mala fe o si conocía o no de la existencia del proceso que podía eventualmente afectar su título, sería la acción reivindicatoria.

\$150'000.000, debidamente actualizada, que recibió a cambio de la venta del 49.83% del derecho de dominio que tenía sobre el inmueble⁸⁸. En cuanto a las acciones que recibió a cambio del aporte que hizo al capital de la sociedad por el 50.17% del derecho de dominio restante sobre inmueble (151, a razón de \$1'000.000, cada una), quedarán como suscritas y no pagadas, en tanto, según el contrato de aporte en especie, ese porcentaje se aplicó a capital suscrito y pagado.

73. Dado que a este proceso llegó noticia de que mediante auto del 13 de febrero de 2018 la Promotora entró en proceso de liquidación judicial⁸⁹, sin que se conozca a la fecha el estado de ese asunto, la Sala prevé que, en caso de que, en los términos del numeral anterior, el Municipio deba reintegrar a la Promotora lo que recibió a cambio de la enajenación del bien y si para ese momento la mencionada sociedad ya se hubiere liquidado y, por tanto, hubiere cesado su existencia, el Municipio cumplirá su obligación a favor de la masa de liquidación de esa sociedad, para que se proceda en los términos del artículo 64 de la Ley 1116 de 2006.

74. Al lado de lo anterior –esto es, solo si se logra la recuperación del inmueble– y por razón de esta sentencia, el Municipio deberá restituir a la Promotora o, en su defecto, a la masa de la liquidación, el valor de \$120'000.000, debidamente actualizado, que recibió a cambio de la enajenación de las 95 acciones⁹⁰, pues, se reitera, tales acciones fueron liberadas con la suscripción y liberación de acciones (pago) del aporte del 50,17% del inmueble⁹¹.

⁸⁸ De conformidad con lo pactado en la cláusula décima del contrato de aporte en especie y venta de la finca El Oasis, el precio de venta y la forma de pago se pactó en los siguientes términos: “*DÉCIMO. Que el precio de la venta de la cuota restante en común y proindiviso del 49.83% sobre el inmueble antes citado es por la suma de CIENTO CUENTA MILLONES DE PESOS (\$150.000.000) sobre el valor total del inmueble TRESCIENTOS UN MILLONES DE PESOS (\$301.000.000) los cuales serán cancelados a favor del MUNICIPIO DE OLAYA y a cargo de la Sociedad PROMOTORA OLAYA S.A.S de la siguiente manera: a) La suma de SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$75.000.000), los cuales declara recibidos a satisfacción de la PROMOTORA OLAYA S.A.S ; b) La suma de TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$37.500.000), que serán cancelados el 1º de junio de 2011; y c) El saldo restante, esto es, la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$37.500.000), serán cancelados el 1º de noviembre de 2011*”. Las partes no discutieron, ni hay prueba de que estas obligaciones no se hubieren cumplido.

⁸⁹ Folios 632 y 633, c. ppal.

⁹⁰ En la cláusula segunda del contrato de readquisición de acciones se pactó el valor del contrato y la forma de pago, así: “*SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente contrato es por la suma de CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS (\$120.000.000) de acuerdo al siguiente detalle: a) La suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$95.000.000) corresponden al valor nominal de noventa y cinco (95) acciones por un valor cada una de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000), y b) La suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000) por concepto de prima de venta de acciones. PARÁGRAFO PRIMERO. FORMA DE PAGO. LA PROMOTORA pagará al MUNICIPIO el valor del presente contrato de la siguiente forma: a) La suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) el día 2 de diciembre de 2011; b) La suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) el día 20 de diciembre de 2011; y c) La suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) en obra ejecutada en la construcción y remodelación de parque de la cabecera municipal y en la pavimentación de la vía de acceso al corregimiento de Llanadas*”. Las partes no alegaron el incumplimiento de estas obligaciones, ni hay prueba de ello en el proceso.

⁹¹ La liberación total de las 151 acciones que previamente había suscrito el Municipio y que, posteriormente –95 de ellas– le fueron transferidas a la sociedad, se logró con el aporte que aquél hizo del inmueble El Oasis a favor de la Promotora. Así se deriva del contenido del contrato de aporte en especie y venta de la finca El Oasis, en el que se indica que las acciones que readquirió la Promotora a través del contrato del 1 de noviembre de 2011 las había suscrito previamente el demandante con la obligación de que las pagaría “*con el aporte o dación en pago de un inmueble, según contrato de promesa de aporte de un bien inmueble a la Sociedad para el desarrollo de un proyecto inmobiliario y de turismo en el Municipio de Olaya*”. Para cumplir su obligación, se celebró entonces el contrato de aporte en especie de la finca El Oasis, en el que se acordó que, por lo transcrito, el Municipio enajenaba “*a título de aporte en especie a favor de la PROMOTORA OLAYA S.A.S. (...) una cuota en común y proindiviso equivalente al cincuenta punto diecisiete por ciento (50.17%) del derecho de dominio y posesión material que tiene sobre el siguiente bien inmueble [se refiere a la finca El Oasis]*”. En consecuencia, en la cláusula octava del contrato de aporte en especie del inmueble se estipuló: “*...el valor del aporte en especie de la cuota en común y proindiviso del 5,21% sobre el inmueble antes identificado es por la suma de CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$151.000.000). Sobre el valor total del inmueble TRESCIENTOS UN MILLÓN DE PESOS (\$301.000.000). Como contraprestación del aporte de esta cuota común y proindiviso, EL MUNICIPIO DE OLAYA recibió de la Sociedad PROMOTORA OLAYA S.A.S. CIENTO*

75. Finalmente, la Sala precisa que, de no lograrse la restitución del inmueble al municipio, no procederán las restituciones mutuas por imposibilidad física y jurídica de volver las cosas a su estado anterior.

Conclusión

76. Se modificará la sentencia de primera instancia. Por las razones previamente expresadas, la Sala confirmará la decisión que adoptó el a quo de declarar la nulidad absoluta de del contrato de aporte en especie y venta del bien El Oasis celebrado entre el Municipio y la Promotora el 13 de abril de 2011, así como la nulidad absoluta del contrato de readquisición de acciones del 1 de noviembre de 2011. Se mantendrá la orden de realizar las restituciones mutuas de ambos contratos, pero bajo los lineamientos y condiciones previamente indicados. Se revocará la decisión del Tribunal de ordenar a la Promotora reintegrar al Municipio el valor de la prima de colocación de las acciones en el contrato de readquisición.

Asuntos finales

Compulsa de copias

77. Al analizar de manera conjunta y sistemática los eventos que rodearon, antecedieron y prosiguieron a la celebración de los contratos cuya nulidad absoluta se pidió que fuera declarada en este proceso, la Sala no puede pasar por inadvertidas situaciones que llaman poderosamente su atención, en tanto muestran que, eventualmente, pudieron haber configurado una falta penal, disciplinaria o fiscal, por lo cual, previas las explicaciones que a continuación se presentarán, se compulsarán copias para que las autoridades competentes adelanten, si no lo han hecho aún, las investigaciones correspondientes.

78. Para mostrar las circunstancias que imponen a la Sala proceder en la forma indicada en el numeral anterior, se estima necesario reconstruir la historia que llevó a la celebración de los contratos de venta y aporte del inmueble El Oasis, así como de la posterior readquisición de acciones, para lo cual se acude a las pruebas allegadas y decretadas en el proceso, con el objeto de tener un marco fáctico común que permita exponer la relación entre ambos contratos y las consecuencias que materialmente se derivaron de ellos.

79. Lo que se expondrá a continuación no desdice, en manera alguna, de la conclusión a la que se arribó previamente en cuanto a que, en este proceso, no se halló demostrado que las partes hubieren celebrado los contratos cuya nulidad se declara “a sabiendas” de su ilicitud, pues, se reitera, no obran pruebas que permitan establecer con plena certeza que hubieren tenido esa conciencia; sin embargo, ello tampoco es óbice para que la Sala exponga las circunstancias que llaman su atención y que enseguida se relatarán, pues el objeto no va más allá de, en cumplimiento de un deber legal, ponerlas en conocimiento de las autoridades

CINCUENTA Y UNA (151) acciones nominativas y ordinarias de un valor nominal cada una de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000), **los cuales se imputarán a capital suscrito y pagado**” (énfasis agregado).

competentes para que sean ellas las que inicien las investigaciones del caso, si encuentran mérito para ello.

79.1. El 25 de noviembre de 2001, el Concejo Municipal de Olaya expidió el Acuerdo No. 21 por medio del cual autorizó al alcalde para “*iniciar la transformación de la finca ‘OASIS’ en un sitio adecuado para el ecoturismo*”⁹². Para el efecto, en el acuerdo se autorizó llevar a cabo los traslados presupuestales necesarios —artículo segundo— e incorporar este proyecto al plan de desarrollo del Municipio en esa vigencia fiscal —artículo tercero—.

79.2. Posteriormente, el Concejo emitió el Acuerdo No. 1 del 11 de enero de 2008⁹³, por medio del cual confirió, entre otras, las siguientes facultades al alcalde del Municipio: (i) por el término de 6 meses, a determinar “*la estructura administrativa, modificar, fusionar, suprimir, crear o constituir entidades descentralizadas del orden municipal [...]*” —artículo primero—; (ii) suscribir con la Nación y el departamento de Antioquia toda suerte de convenios para lograr el cumplimiento de las funciones establecidas en la Constitución y en la ley —artículo segundo—, y (iii) celebrar y gestionar empréstitos para ejecutar las funciones propias del Municipio —artículo tercero—⁹⁴.

79.3. Invocando tales facultades, el alcalde profirió el Decreto No. 23 del 11 de julio de 2008⁹⁵, mediante el cual autorizó la creación de una sociedad de economía mixta que se denominaría Promotora Olaya S.A. y cuyo objeto social consistiría en la “*promoción, construcción e inversión en proyectos inmobiliarios y de infraestructura rural y urbana, promoción del turismo y protección y preservación de los recursos naturales, culturales y sociales*”, para lo cual podría “*construir, promover e invertir en proyectos inmobiliarios e infraestructura de desarrollo urbano y rural, comercializar paquetes de turismo, ecoturismo y recreación [...] realizar y ejecutar los proyectos, actos y contratos que requiera el Plan de Desarrollo del Municipio de Olaya*”⁹⁶, entre otras actividades. En el artículo séptimo de dicho decreto, se autorizó al Municipio a realizar los aportes a la sociedad a través de ventajas financieras o fiscales, garantías sobre obligaciones contraídas de la sociedad, entre otras formas.

⁹² Folio 41, cuaderno 1.

⁹³ Folios 43 y 44, cuaderno 1.

⁹⁴ La Sala advierte que el Acuerdo No. 1 de 2008 fue declarado nulo mediante sentencia del 19 de noviembre de 2013 proferida por el Juzgado 27 Administrativo de Medellín (ver folios 498 a 507, cuaderno del Consejo de Estado). Como ya se anotó antes de plantear el objeto de la apelación, la cuestión sobre la competencia del Alcalde para constituir la sociedad Promotora Olaya S.A.S es un asunto ajeno a la controversia, motivo por el cual los efectos que podrían seguirse de esta declaratoria de nulidad escapan al objeto de la apelación, la que se circunscribe a la determinación sobre si unos negocios jurídicos están o no viciados de nulidad absoluta.

⁹⁵ En su demanda, el Municipio afirmó que el original de este documento no reposaba en el expediente y en la audiencia inicial celebrada el 17 de septiembre de 2013 señaló respecto de la copia aportada por la demandada que “*este documento [el decreto] carece de validez por cuanto debió ser aportado autenticado ya que el artículo 215 [sic] en cuanto a valor probatorio de las copias dice que se presumirá salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original cuando sean tachadas de falsas*” (folio 224, cuaderno 1). Respecto de esta afirmación, el Tribunal manifestó que la audiencia inicial no era el momento procesal para realizar este tipo de anotaciones sobre las pruebas. No obstante, el Municipio no presentó la tachadura de falsedad contra este documento en el término contemplado en el artículo 289 del CPC, por lo que no se le dio trámite a la tachadura consagrada en el artículo 290 del CPC. Así las cosas, dado que no se evidencia elementos que permitan colegir la falsedad del documento, esta Sala le confiere valor a la copia simple del decreto aportado por la demandada en aplicación del principio de buena fe y de confianza que sirvió de base a la unificación jurisprudencial sobre esta materia (ver sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, C.P. Enrique Gil Botero).

⁹⁶ Folio 178, cuaderno 1.

79.4. Fue así como, mediante contrato de sociedad del 30 de marzo de 2009⁹⁷, inscrito el 28 de agosto de ese año en la Cámara de Comercio de Medellín⁹⁸, se constituyó la Promotora Olaya S.A.S como sociedad de economía mixta, en la que el Municipio adquirió el 51% del capital social, mientras que Construcciones Técnicas en Obras Civiles S.A.S obtuvo el 49% de la sociedad —cláusula 13—.

79.5. Una vez constituida la sociedad, el Municipio profirió la Resolución No. 74 del 10 de septiembre de 2009⁹⁹, a través de la cual justificó la procedencia de celebrar un convenio interadministrativo marco con la Promotora mediante contratación directa. De conformidad con este acto administrativo, el Municipio estimaba conveniente suscribir el convenio con el objeto de *“desarrollar actividades conjuntas y de cofinanciación de los proyectos inmobiliarios, de infraestructura y sociales que demanda el mejoramiento de la competitividad turística y el desarrollo económico y social del Municipio de Olaya”*¹⁰⁰; se precisó que el presupuesto asignado a este convenio se estimaba en \$90'000.000. A dicho acto administrativo se acompañaron los estudios previos en los que se identificó la necesidad de celebrar el convenio, para lo cual se señaló que dentro del Plan de Desarrollo Municipal del periodo 2008 a 2011 se preveía como objetivo el *“aumento del nivel de desarrollo del municipio”* mediante el *“fortalecimiento del desarrollo del territorio en el área urbana y rural”*.

79.6. El 14 de septiembre de 2009, se suscribió el convenio interadministrativo¹⁰¹ antes referido cuyo objeto consistió en *“el desarrollo de actividades conjuntas y cofinanciación de los proyectos inmobiliarios de infraestructura urbana y rural que demanda el mejoramiento de la competitividad turística y el desarrollo económico y social del Municipio de Olaya, mediante la estructuración y ejecución de proyectos de inversión”*, para lo cual se pactó un valor de \$90'000.000 y un plazo de 2 años y 4 meses. En ejecución de dicho convenio, mediante acta No. 1 del 31 de octubre de 2009¹⁰², las partes dejaron constancia de que los objetivos del negocio jurídico se concentrarían en la construcción y mejoramiento de viviendas de interés social, intervención de los espacios públicos y la ejecución de proyectos inmobiliarios y de turismo. No se precisaron cuáles serían las obligaciones a cargo de las partes para ejecutar dicho objeto.

79.7. Posteriormente, el 3 de diciembre de 2010, las partes suscribieron la adición No. 2 al convenio interadministrativo¹⁰³, a través del cual incluyeron dentro de su objeto la *“estructuración de los proyectos y gestión de los procesos gerenciales, administrativos, técnicos y jurídicos para la ejecución de los proyectos inmobiliarios y de turismo e intervención urbanística e [sic] equipamiento del parque principal y demás espacios públicos urbanos”* —cláusula primera—, lo que tendría lugar en *“la finca ‘El Oasis’ (área rural del Municipio) y en el parque principal de la cabecera municipal y demás espacios públicos”* —cláusula segunda—. Para justificar dicha adición, las partes se refirieron a los objetivos establecidos en el convenio interadministrativo y señalaron:

⁹⁷ Folios 183 a 193, cuaderno 1.

⁹⁸ Folio 38, cuaderno 1.

⁹⁹ Folios 70 a 72, cuaderno 2.

¹⁰⁰ Folio 70, cuaderno 1.

¹⁰¹ Folios 174 a 176, cuaderno 1.

¹⁰² Folios 174 a 176, cuaderno 1.

¹⁰³ Folios 155 a 157, cuaderno 1.

“Que a partir del desarrollo del proyecto inmobiliario y de turismo en la finca ‘El Oasis’ se busca conjuntamente dar cumplimiento al objetivo relacionado con la intervención de los espacios públicos como escenarios para la convivencia y como elementos de la renovación de la imagen del Municipio que resalten sus valores culturales e históricos, como una de las acciones que permita fortalecer el desarrollo del territorio en el área urbana y rural mediante la financiación del proyecto de intervención urbanística e [sic] equipamiento del parque principal de la cabecera municipal y demás espacios públicos urbanos”¹⁰⁴.

79.8. Como obligaciones a cargo de Promotora Olaya, se establecieron las de: (i) adquirir en los términos y condiciones que se convinieran en el contrato “*de enajenación*” el lote de terreno requerido para el desarrollo del proyecto inmobiliario y de turismo; (ii) tramitar las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión, construcción y sus modalidades, y (iii) gestionar y conseguir las fuentes de financiación del proyecto. Por su parte, el Municipio se comprometió a: (i) “*aportar o enajenar en los términos y condiciones señalados en el respectivo contrato de enajenación el lote de terreno para el desarrollo del proyecto inmobiliario y de turismo*”, y (ii) destinar el producto de la venta de la finca El Oasis al desarrollo del proyecto de intervención urbanística y equipamiento del parque principal y demás espacios públicos urbanos.

79.9. El 7 de diciembre de 2010, el Concejo profirió el Acuerdo No. 29¹⁰⁵ mediante el cual aprobó el Presupuesto General del Municipio para la vigencia fiscal del 2011. En el capítulo sobre disposiciones varias, específicamente en el artículo 3.21 se autorizó al Alcalde para “*celebrar o ejecutar los contratos o actos jurídicos previstos en las disposiciones de derecho público, comerciales o civiles pertinentes, para dar cumplimiento directa o indirectamente a través de sus entidades descentralizadas del orden municipal a lo dispuesto por el Acuerdo 021 de 2001*” y en enseguida en un párrafo indicó que los recursos provenientes de los “*actos de enajenación y en especial de los contemplados en el artículo 463 del Código de Comercio*”¹⁰⁶ se debían destinar a infraestructura, espacios, instalaciones y equipamiento urbano de la cabecera municipal.

79.10. Según acta No. 1 de la asamblea general de accionistas de la Promotora del 19 de febrero de 2011¹⁰⁷, en esa fecha se aprobó una reforma estatutaria y se autorizó la emisión de acciones sujetas al derecho de preferencia. En relación con lo primero, la asamblea general aprobó la modificación de los estatutos que consistió: (i) en ampliar su objeto social para habilitar la participación de la Promotora como socia en otras personas jurídicas, y (ii) en incrementar el capital autorizado a \$311'000.000. En relación con lo segundo, la asamblea aprobó la emisión y colocación de acciones de la sociedad, las cuales serían ofrecidas primero a los accionistas en ejecución del derecho de preferencia.

79.11. El 13 de abril de 2011, el Municipio y la Promotora suscribieron la escritura pública No. 225 del círculo notarial de Santafé de Antioquia a través de la cual

¹⁰⁴ Folio 155, cuaderno 1.

¹⁰⁵ Folios 162 a 172, cuaderno 1.

¹⁰⁶ Artículo 463, Código de Comercio: “*En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones.*”

¹⁰⁷ Folios 85 a 90, cuaderno 1.

celebraron el contrato que denominaron de aporte en especie y venta y que recayó sobre el bien inmueble llamado El Oasis¹⁰⁸.

79.12. A través de este contrato, el Municipio se obligó para con la Promotora a: (i) transferir el 50,17% del derecho pleno de dominio que ostentaba a título de aporte, y (ii) enajenar a título de venta el 49,83% restante a título de venta —cláusulas séptima y novena—. Como contraprestación, la Promotora se obligó para con el Municipio a pagar la suma de \$301'000.000¹⁰⁹, de la siguiente manera: (i) \$151'000.000 a través de la entrega de 151 acciones nominativas de la sociedad, avaluadas cada una en un millón de pesos como contraprestación por el aporte del 50,17% del derecho de dominio sobre El Oasis, y (ii) \$150'000.000 como contraprestación por la transferencia del 49,83% restante, pagaderos en tres cuotas, la primera de \$75'000.000 que entregó contra la suscripción de la escritura y dos iguales por \$37'500.000 que se pagarían el 1º de junio y el 1º de noviembre de 2011 —cláusulas octava y décima—. La escritura pública se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos el 13 de mayo de 2011¹¹⁰, fecha a partir de la cual Promotora se convirtió en propietaria con pleno derecho de dominio sobre el predio.

79.13. El 8 de junio de 2011, la Promotora hizo entrega de las 151 acciones nominativas de la sociedad al Municipio por valor de \$151'000.000 como contraprestación por el aporte del 50,17% del inmueble¹¹¹.

79.14. Posteriormente, en reunión de la asamblea de la Promotora del 24 de septiembre de 2011, de la que da cuenta el acta No. 2 de esa fecha¹¹², se aprobó, por solicitud del Municipio, una nueva reforma estatutaria y se autorizó la creación de una reserva presupuestal con cargo a la cual se autorizaba al gerente a readquirir las acciones propias de la sociedad. Con fundamento en dicha autorización, el 1º de noviembre de 2011¹¹³, el Municipio y la Promotora celebraron el contrato interadministrativo de enajenación de acciones en virtud del cual aquel se obligó con esta a transferir la propiedad sobre 95 acciones nominativas de la sociedad, cada una por valor de un millón de pesos, para un total de \$95'000.000, que la Promotora se obligó a pagar en contraprestación por la enajenación, junto con una prima de venta de acciones por la suma de \$25'000.000 para un total de \$120'000.000.

79.15. Como antecedentes a la celebración del referido contrato, las partes manifestaron: (i) que dentro de los objetivos del Plan de Desarrollo del Municipio se

¹⁰⁸ Identificado con matrícula inmobiliaria No. 029-0016-883 registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sopetrán, departamento de Antioquia.

De hecho, de los testimonios de Diego Edison Madrid Uribe, Carlos Mario Quiceno, Luis Eduardo Sepúlveda y Jorge Eliécer Sepúlveda practicados el 26 de noviembre de 2013, dichos testigos se refirieron a las actividades que se desarrollaban en el inmueble antes de su enajenación. Por ejemplo, en el testimonio del señor Carlos Mario Quiceno (minutos 1:22:00 a 1:46:00, CD que obra a folio 401 del cuaderno 1) señaló que él y la comunidad vivía en el inmueble y que explotaba agrícola y ganaderamente.

¹⁰⁹ En la cláusula décima tercera señalaron que el precio del inmueble fue determinado con base en el avalúo comercial realizado por peritos inscritos en la lonja de propiedad horizontal, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 83 del Decreto 2474 de 2008. A la escritura pública aportaron dicho avalúo (folios 60 a 69), elaborado el 20 de abril de 2010 por el perito Carlos Alberto Delgado. En dicho documento se advierte que el precio del avalúo se determinó en la suma de \$300'732.360.

¹¹⁰ Folio 489, cuaderno 1.

¹¹¹ Folio 100, cuaderno 1.

¹¹² Folios 235 a 239, cuaderno 1.

¹¹³ Folios 96 a 98, cuaderno 1.

estableció el fortalecimiento del desarrollo del territorio en el área urbana y rural; (ii) que la Promotora fue constituida como una sociedad cuyo objeto consistía en el desarrollo de proyectos inmobiliarios y turísticos, y (iii) que las partes estaban comprometidas con el desarrollo de proyectos que mejoraran el progreso social del Municipio.

79.16. Además, en la cláusula primera y en el párrafo segundo del contrato interadministrativo se precisó que el producto de la enajenación de las acciones de propiedad del Municipio sería destinado “*al pago de las obras adicionales y extras en la construcción y remodelación del parque de la cabecera municipal y la pavimentación de las vías urbanas de la cabecera municipal*”. En la cláusula séptima, la Promotora declaró haber recibido las 95 acciones por parte del Municipio¹¹⁴.

79.17. El 27 de noviembre de 2012, la Promotora constituyó, como única accionista, una sociedad por acciones simplificada bajo la razón social Inmobiliaria Puente de Occidente S.A.S, cuyo objeto social se estableció para el desarrollo de actividades de promoción, estructuración, comercialización, gestión y construcción de proyectos inmobiliarios y desarrollo integral de actividades turísticas, culturales, recreacionales, deportivas y en general de aprovechamiento de tiempo libre, entre otras¹¹⁵.

79.18. El 27 de agosto de 2013, la Promotora –como única accionista– transfirió la propiedad del inmueble El Oasis a Inmobiliaria Puente de Occidente S.A.S. La transferencia de la propiedad del bien la hizo la Promotora a título de aporte al capital suscrito y no pagado, por un valor de \$99'000.000, a cambio recibió 99 acciones de un valor nominal de \$1'000.000, cada una, más una suma de \$202'000.000 por concepto de prima de colocación de acciones. En esa misma fecha la Inmobiliaria Puente de Occidente S.A.S. constituyó una hipoteca sobre el bien. Los actos se inscribieron en el registro mercantil el 3 de septiembre de 2013¹¹⁶.

80. A partir del anterior recuento la Sala destaca que ambos negocios jurídicos –el de aporte y venta de la finca El Oasis y el de readquisición de acciones– se celebraron, aparentemente, con el objeto de lograr el cumplimiento de uno de los objetivos del Plan de Desarrollo Municipal del periodo 2008 a 2011, consistente en el “*aumento del nivel de desarrollo del municipio*” mediante el “*fortalecimiento del desarrollo del territorio en el área urbana y rural*”, para lo cual se planteó, de un lado, desarrollar un “*proyecto inmobiliario y de turismo*” en la finca El Oasis y, paralelamente, con los recursos de la enajenación de ese predio, intervenir la parte urbana del municipio y, específicamente, equipar el parque principal y demás espacios urbanos.

81. Para lograr estos objetivos –al menos formalmente, según lo indicado en los documentos–, se realizó una serie de actuaciones y negociaciones todas ligadas entre sí y dotadas de una aparente legalidad. Sin embargo, al final, en el predio El Oasis no se desarrolló ningún proyecto que ayudara al desarrollo del municipio,

¹¹⁴ Ver acta de entrega de acciones del 1º de noviembre de 2011 que obra a folio 102 del cuaderno 1.

¹¹⁵ Reverso folio 484, c. ppal.

¹¹⁶ Folios 484 a 490, c. ppal.

o al menos no hay prueba de eso en el expediente. En cambio, a lo que tales actuaciones y negociaciones condujeron fue a que:

81.1. El bien se trasladara a un tercero que no había adquirido ningún compromiso con el municipio para lograr los cometidos de su plan de desarrollo, que fue la causa con la cual se justificó que el municipio se despojara de esa propiedad para trasladarla al patrimonio de la Promotora.

81.2. El bien se trasladara a un tercero adquirente que no tenía la obligación de destinarlo a los fines que justificaron la enajenación que el municipio hizo a favor de la Promotora, sin que se hubiere cumplido –o al menos no obra prueba de ello en este proceso– el objetivo que justificó la enajenación.

81.3. El bien se trasladara a un tercero sin las limitaciones que, en favor del patrimonio público y demás finalidades de la contratación pública, establece la ley. En efecto, aunque cuando se constituyó la Promotora la participación accionaria del municipio era mayoritaria, lo cual imponía, en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que en su actividad contractual esa sociedad fuera considerada pública y, por tanto, que para la enajenación de sus bienes debiera sujetarse a lo que al respecto dispone esa normativa, lo cierto es que con la celebración del contrato de readquisición de acciones del 1 de noviembre de 2011 la entidad territorial perdió la mayoría accionaria, con lo cual cambió el régimen de contratación de la Promotora para sujetarse a las normas del derecho privado, lo que le permitió aportar el bien a la Inmobiliaria Puente de Occidente S.A.S. –de la cual era su única accionista– sin las limitaciones propias de la contratación pública y, además, sin ningún miramiento de cara a la causa en la que el municipio, en un principio, justificó despojarse de ese bien que hacía parte de su patrimonio.

82. Por lo anterior, la Sala compulsará copias de este proceso a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que, en el marco de sus competencias, estudien y definan sobre la posible comisión de una falta penal, disciplinaria o la eventual configuración de una responsabilidad fiscal.

Seguimiento del cumplimiento de la sentencia

83. Dado que, por las razones que se indicaron previamente, para procurar la recuperación del inmueble es necesario que el municipio adelante unas actuaciones judiciales posteriores, la Sala exhortará al Ministerio Público para que, en el marco de sus competencias, haga seguimiento al cumplimiento de tales actuaciones, las cuales deberán adelantarse dentro de las oportunidades procesales establecidas por la ley.

84. Ejecutoriada la sentencia, el municipio deberá, en el menor tiempo posible, adelantar los trámites pertinentes para la inscripción de esta providencia en la Oficina de Instrumentos Públicos de Sopetrán, Antioquia, la cual deberá darle trámite preferente a esta actuación.

Costas

85. En los términos del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el Código General del Proceso, artículo 365. La Sala se abstendrá de emitir condena en costas en esta instancia, en tanto ninguno de los recursos prosperó totalmente¹¹⁷; por lo mismo, la sentencia no se revoca ni se confirma en su integridad (numerales 3 y 4, art. 365 C.G.P).

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 26 de septiembre de 2014 proferida por la Sala Segunda de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

“1. DECLARAR la nulidad absoluta del contrato de aporte en especie y venta sobre el bien inmueble denominado Finca El Oasis, identificado con matrícula inmobiliaria No. 029-16-883 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sopetrán celebrado entre el municipio de Olaya y la sociedad Promotora Olaya S.A.S. mediante escritura pública No. 225 del 13 de abril de 2011 proferida por la Notaría Única de Santafé de Antioquia, por estar viciado de objeto ilícito, según las razones esgrimidas en esta providencia.

2. DECLARAR la nulidad absoluta del contrato interadministrativo de enajenación de acciones suscrito el 1º de noviembre de 2011 entre el municipio de Olaya y Promotora Olaya S.A.S, por estar viciado de objeto ilícito, según las razones expresadas en esta providencia.

3. ORDENAR al Municipio de Olaya que, una vez ejecutoriada la sentencia, adelante, en el menor tiempo posible, los trámites pertinentes para la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria No. 029-16-883 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Sopetrán de la nulidad absoluta del contrato de aporte y venta sobre el inmueble denominado El Oasis, elevado a escritura pública No. 225 del 13 de abril de 2011 proferida por la Notaría Única de Santafé de Antioquia.

4. ORDENAR a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sopetrán, departamento de Antioquia, a registrar en el folio de matrícula inmobiliaria No. 029-16-883 la nulidad absoluta del contrato de aporte y venta sobre el inmueble denominado El Oasis elevado a escritura pública No. 225 del 13 de abril de 2011 proferida por la Notaría Única de Santafé de Antioquia. Deberá dar preferencia a este trámite, para lo cual dará trámite preferente a la actuación.

4. ORDENAR al Municipio de Olaya y a la Promotora Olaya S.A.S. realizar las restituciones mutuas derivadas de la nulidad absoluta de los contratos de aporte en especie y venta sobre el bien inmueble denominado Finca El Oasis, identificado con matrícula inmobiliaria No. 029-16-883 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sopetrán celebrado entre el municipio de Olaya y la sociedad Promotora Olaya S.A.S. mediante escritura pública No. 225 del 13 de abril de 2011 proferida por la Notaría Única de Santafé de Antioquia; y del

¹¹⁷El recurso de apelación de la demandada prosperó parcialmente, en tanto se revocará la obligación que en primera instancia se le impuso en el sentido de reintegrar al Municipio, a título de restituciones mutuas, el valor de la prima de colocación de acciones que se pactó en el contrato de readquisición de acciones del 1 de noviembre de 2011; lo mismo que el del Municipio en tanto, por las razones previamente expresadas, no se accedió a negar las restituciones mutuas a favor de la demandada.

contrato de readquisición de acciones celebrado entre las mismas partes el 1 de noviembre de 2011, en los siguientes términos y condiciones:

(i) En caso de que se logre la reivindicación del inmueble, previo a la ejecución de esa eventual decisión judicial, el Municipio deberá devolver a la Promotora o a la masa de liquidación, según el caso, la suma de \$150'000.000, debidamente actualizada, que recibió a cambio de la venta del 49.83% del derecho de dominio que tenía sobre el inmueble. Las 151 acciones que el Municipio recibió como contraprestación por aportar el 50.17% del derecho de dominio y posesión sobre ese mismo inmueble se tendrán como suscritas, pero no pagadas. Si al momento de la ejecutoria de esta sentencia la Promotora ya hubiere sido liquidada, el valor correspondiente lo deberá reintegrar el Municipio a favor de la masa de la liquidación.

(ii) En caso de que se logre la reivindicación del inmueble, el Municipio deberá, además, restituir a la Promotora el valor de \$120'000.000, debidamente actualizado, que recibió a cambio de la enajenación de las 95 acciones. Si al momento de la ejecutoria de esta sentencia la Promotora ya hubiere sido liquidada, el valor lo deberá reintegrar el Municipio a favor de la masa de la liquidación.

5. EXHORTAR al Ministerio Público para que, en el marco de sus competencias, haga el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia, así como a las actuaciones que deberá adelantar oportunamente el Municipio para procurar la recuperación de la posesión del inmueble El Oasis.

6. COMPULSAR copias de este proceso a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que, en el marco de sus competencias, si no lo han hecho aún, estudien la posible comisión de una falta penal, disciplinaria o la eventual configuración de una responsabilidad fiscal, por las razones expresadas en esta providencia.

7. NEGAR las demás pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

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

