

SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Constitución – Autorización legal o reglamentaria que disponga expresamente su creación – Celebración de un contrato de sociedad comercial o suscripción de acto contractual o unilateral de constitución – S.A.S – Naturaleza híbrida de la sociedad de economía mixta

En el ordenamiento jurídico colombiano, el procedimiento para la constitución de una sociedad de economía mixta exige el agotamiento de dos actos jurídicos esenciales que se detallarán a continuación, cuya conformación implica la aplicación concurrente de disposiciones de derecho público y privado [...] Bajo esta perspectiva, se observa que los artículos 49, 50 y 98 de la Ley 489 de 1998, en consonancia con el artículo 462 del Código de Comercio, establecen los requisitos esenciales para la constitución de una sociedad de economía mixta, a saber: (i) una autorización legal o reglamentaria que disponga expresamente su creación; por tanto, tratándose de sociedades del orden nacional, dicha autorización debe emanar de una la ley, mientras que para las sociedades de carácter municipal o departamental, el acto habilitante debe adoptarse mediante acuerdo u ordenanza, según corresponda; y (ii) la celebración de un contrato de sociedad comercial, en los términos del artículo 110 del Código de Comercio, o la suscripción de un acto contractual o unilateral de constitución si se opta por conformar una sociedad por acciones simplificadas (S.A.S.), conforme lo previsto en el artículo 5º de Ley 1258 de 2008. Esta doble dimensión normativa -público y privado- obedece a la naturaleza híbrida de las sociedades de economía mixta, pues “lo que le da esa categoría de ‘mixta’ es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares”.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Causales – Concepto – Facultad oficiosa del juez en su declaratoria– Presupuestos para la declaratoria

[L]as causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad.

(...) Cabe destacar, entonces, que cuando el juez natural del contrato advierte que este adolece de una causal de nulidad absoluta, tiene el deber-facultad de declararla con carácter previo al examen de la eventual responsabilidad contractual sometida a su consideración (...)

En este contexto, a partir de una lectura armónica y sistemática del inciso final del artículo 141 del CPACA, en concordancia con los artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 1742 del Código Civil, esta Sala de Subsección ha sostenido de manera pacífica y reiterada que el juez administrativo se encuentra habilitado para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos, a saber: (i) que esté plenamente demostrada en el proceso, sin que sea susceptible de saneamiento por ratificación; (ii) que las partes contratantes o sus causahabientes hayan intervenido en el proceso; y (iii) que no haya operado la prescripción extraordinaria.

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Presupuesto procesal para decidir de fondo – Facultad oficiosa del juez – Límites del pronunciamiento del juez

[A]l margen de que la no operancia de la caducidad no es un requisito para la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta de un negocio jurídico, sí constituye un presupuesto procesal que debe ser superado para dictar sentencia de fondo. Es así que, en caso de advertirse la configuración del fenómeno procesal de la caducidad, esto es, de evidenciarse que la demanda no se interpuso en tiempo, el juez del contrato no tendría la posibilidad de pronunciarse de fondo en el asunto sometido a su consideración, lo cual, por ende, le impediría examinar y analizar oficiosamente si el acuerdo de voluntades incurrió en un vicio de validez (...).

Bajo este contexto, resulta claro que la caducidad es un presupuesto procesal que opera respecto del medio de control ejercido por el extremo activo de la litis, en función de la causa petendi que sustenta su pretensión, la cual en el caso sub judice se relacionó con la solicitud de declaratoria del incumplimiento del municipio de Girardot.

(...) Así las cosas, aun cuando el estudio que de oficio adelantó el a quo en punto a la nulidad absoluta del contrato incorporó el análisis de aspectos atinentes a los actos que consideró como previos a su suscripción -acuerdos municipales que autorizaron la creación de la sociedad de economía mixta-, (...) lo cierto es que la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta de un contrato constituye una potestad autónoma del juez, orientada a salvaguardar el orden jurídico y los intereses generales, cuyo límite está dado por la prescripción extraordinaria (...), sin sujeción al término de caducidad que pueda desprenderse de la nulidad de actos no demandados que hubieren antecedido a la celebración del contrato cuya nulidad absoluta es declarada.

En este sentido, dado que el presente asunto versaba, desde un principio, sobre la eventual declaratoria de incumplimiento por parte del ente demandado respecto de las obligaciones derivadas del negocio jurídico celebrado, pretensión que se tramita por el medio de control de controversias contractuales, el término de caducidad aplicable en el sub judice debe computarse -como en efecto se hizo- con base en este último medio de control, y no en aquel que habría resultado procedente atendiendo los fundamentos que sustentaron la nulidad declarada oficiosamente.

DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Vicios del contrato – Acto precontractual – Actividad precontractual – Obligaciones – Límites del pronunciamiento del juez – Límites de la facultad oficiosa del juez – Caducidad del medio de control – Configuración

[L]a nulidad del negocio jurídico es una sanción prevista ante la existencia de vicios estructurales presentes al momento de su celebración, es decir, que se trata de un fenómeno que se ubica en la génesis del contrato. Esta circunstancia implica que el estudio en punto a la validez del contrato supone que el juez en su análisis ha de examinar, con visión panorámica y en aras de hacer valer el orden público, las actuaciones anteriores y concomitantes que confluyeron al nacimiento de la relación negocial.

Por tanto, el estudio de las causales de nulidad del contrato no excluye el análisis de los antecedentes sobre la base de los cuales se erigió el negocio jurídico, para contraerlo exclusivamente al instante mismo en el que la relación contractual se perfeccionó, sino que, por el contrario, en no pocas ocasiones y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, impone al juez la verificación de actos y actuaciones surtidas con antelación y que, no obstante, tienen incidencia determinante en el surgimiento a la vida jurídica del contrato, al punto de comprometer su validez.

Así las cosas, aun cuando el juez del contrato no puede adelantar un juicio de legalidad respecto de actos administrativos anteriores al contrato que no hubieren sido demandados oportunamente, ello no es óbice para que, al estudiar la validez del acuerdo de voluntades, esté llamado a examinar todas las circunstancias, actos y actuaciones que pudieren determinar que el contrato haya nacido viciado de nulidad.

[...]

En este orden de ideas, si el Tribunal advirtió irregularidades en los acuerdos que autorizaron la creación de Procagir S.A.S., los cuales constituían el fundamento del acto contractual objeto de controversia y, a su vez, implicaban concluir de forma evidente y manifiesta que este había nacido viciado de objeto y causa ilícitos, era su deber declarar de oficio su nulidad absoluta, sin que fuera obstáculo para ello el hecho de que tales acuerdos no hubiesen sido demandados y al margen de que hubiere expirado el término de caducidad para controvertirlos en sede judicial.

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA – Requisito para que el juez pueda ejercer facultad oficiosa para declarar nulidad del contrato – Saneamiento de la nulidad absoluta

[A] diferencia de la caducidad -que es un presupuesto procesal-, la prescripción extraordinaria sí constituye un requisito para que el juez pueda ejercer su facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta de un contrato. Es así que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, tal prescripción viene constituir ese límite temporal fijado por el legislador que impide el cuestionamiento de la legalidad de los negocios jurídicos.

En efecto, el citado artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, contempla el saneamiento de la nulidad absoluta por la ocurrencia de la prescripción extraordinaria, incluso cuando esta se hubiere originado por objeto o causa ilícitos -como fue declarado por el Tribunal-. Por tanto, una vez transcurrido el término correspondiente, no podrá solicitarse ni decretarse de oficio, porque el legislador, en procura de la seguridad jurídica, fijó un límite temporal.

En este contexto, se constata que en el presente caso no ha operado la prescripción extraordinaria, cuyo término es de 10 años, conforme lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 791 de 2002, norma vigente para la fecha en que se suscribió el acto contractual de constitución de Procagir S.A.S. -21 de enero de 2013-. Lo anterior, porque el plazo de prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda -15 de junio de 2016-, notificada dentro del término de un año -23 de septiembre de 2016- previsto en el artículo 94 del CGP.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 25000-23-36-000-2016-01208-02 (65246)
Demandantes: Mariano Ojeda Torregroza, Ojeda Group Ltda. y Procesadora de Cárnicos de Girardot S.A.S.
Demandado: Municipio de Girardot
Referencia: Controversias contractuales – CPACA

TEMAS: NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – El juez tiene la facultad y el deber de declararla oficiosamente cuando está plenamente demostrada en el proceso y en este intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, siempre que no hubiera operado la prescripción extraordinaria. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – dada su naturaleza jurídica híbrida exige el agotamiento de dos actos jurídicos esenciales: una autorización de carácter legal o reglamentario y la suscripción de un contrato comercial o de un acto contractual cuando se opte por la conformación de una sociedad por acciones simplificada, cuya configuración demanda la aplicación concurrente de disposiciones de derecho público y derecho privado, toda vez que en esta forma societaria coexisten el interés general, representado en la participación de recursos públicos, y el interés privado propio de la actividad mercantil.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de julio de 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró de oficio la nulidad absoluta del acto contractual de constitución de la sociedad de economía mixta denominada Procesadora de Cárnicos de Girardot S.A.S.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En el presente proceso la parte accionante demandó el incumplimiento por parte del municipio de Girardot, en relación con las obligaciones asumidas con ocasión de la suscripción del acto contractual de constitución de la sociedad de economía mixta denominada Procesadora de Cárnicos de Girardot S.A.S. —en lo sucesivo, Procagir S.A.S.—, cuyo objeto social principal consistía en “*la construcción, administración, operación y modernización de la planta de beneficio animal regional*”.

El *a quo* declaró de oficio la nulidad absoluta del acto contractual de constitución de la referida sociedad de economía mixta, al considerar que adolecía de objeto y causa ilícitos, en tanto, por una parte, los acuerdos municipales que autorizaron su creación fueron expedidos con desconocimiento de los requisitos legales previstos en el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 y, por otro lado, porque con su celebración el municipio habría proyectado transferir a un particular tanto la prestación de un servicio público que venía siendo gestionado por un ente autónomo diferente, como el dominio de un bien, sin contar con el soporte jurídico, técnico y financiero exigido por la normativa aplicable. Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante



interpuso recurso de apelación, al considerar que en el presente caso no se reunían todos los presupuestos necesarios para que el juez pudiera declarar de oficio la nulidad de dicho negocio jurídico. Solicitó estudiar el fondo del asunto y, como consecuencia, acceder a las pretensiones formuladas en la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 15 de junio de 2016¹, Mariano Ojeda Torregroza, Ojeda Group Ltda. y Procagir S.A.S. presentaron demanda —adicionada el 16 de septiembre de 2016²—, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra el municipio de Girardot, con las siguientes **pretensiones** (se transcriben de forma literal, incluso con posibles errores):

"1) Que se declare que el municipio de Girardot, incumplió la Convocatoria Pública 001 de 2012, cuyo objeto fue la celebración del contrato [...] el día 21 de enero de 2013 con el fin de crear la Sociedad de Economía Mixta, por acciones simplificada PROCAGIR S.A.S, para 'realizar actividades encaminadas a la construcción, administración, operación, mantenimiento y modernización de la planta de beneficio animal del municipio de Girardot', dado que dentro de sus obligaciones estaba, entre otras, previstas la entrega de un lote de terreno de su propiedad, la construcción de una infraestructura vial en recebo hasta el lindero del predio paralela a la construcción de la Planta de Beneficio Animal y el usufructo del monopolio zonal de la planta de beneficio, y no las cumplió dentro de los plazos establecidos.

2) Que como consecuencia de la anterior declaración se solicita la terminación de la relación contractual derivada de dicha convocatoria y el reconocimiento a título de indemnización en favor de la demandante, por concepto de daño emergente y lucro cesante, según se especifica en los hechos, los siguientes montos:

2.1. Por daño emergente, esto es por todas aquellas erogaciones en las que ha incurrido mi representado con ocasión del incumplimiento contractual por parte del municipio, la suma de \$1.449'616.431, según documento adjunto a la presente solicitud, donde se ilustran las cifras tomadas de los libros contables de PROCAGIR S.A.S. que ejerció su actividad económica principal hasta el 31 de agosto de 2015.

2.2. Por lucro cesante, esto es por los ingresos dejados de percibir por el Consorcio Ojeda Group, producto de la imposibilidad de ejecutar el objeto contractual de PROCAGIR S.A.S., la suma de \$137.385'333.755, según documento anexo, donde se detallan cada uno de los ítems.

3) Que se condene a la parte demandada a pagar sobre las sumas que resultare condenada, según la petición anterior a favor de la actora o a quien represente sus derechos, los índices de devaluación monetaria registrados por el Banco de la República y/o, el DANE, durante el curso del proceso y hasta cuando se verifique el pago a título de indemnización monetaria de conformidad con lo previsto por el artículo 195 de CPACA.

4) Que se condene a la parte demandada a cumplir el fallo que desate la litis dentro del término ordenado por el artículo 192 del CPACA. En caso de que no dé cumplimiento al fallo dentro del término legal, la parte demandada pagará a la actora

¹ FI 2 a 43, C.1.

² FI 55, C.1.



*o a quien represente sus derechos, intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante lo anterior, vencido el término de 10 meses de que trata e inciso segundo del artículo 192 *Ibidem* o el de los cinco días establecido en el numeral tercero del artículo 195, se causarán intereses moratorios a la tasa comercial.*

5) Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar las agencias en derecho que genere el presente proceso”.

1.2. En síntesis, la parte demandante narró los siguientes hechos:

1.2.1. El 1º de diciembre de 2005, el Concejo Municipal de Girardot expidió el Acuerdo 20 de 2005, mediante el cual autorizó la creación de una entidad, ya fuera de naturaleza pública o mixta, cuyo objeto consistiría en la construcción, organización y explotación de un frigorífico regional; en tal virtud, dicha Corporación confirió al alcalde la facultad de promover, gestionar y realizar, en representación del municipio, todas las actuaciones legales necesarias para su constitución.

1.2.2. El 26 de febrero de 2008, el Concejo Municipal de Girardot expidió el Acuerdo 004 de 2008, por medio del cual modificó el Acuerdo 20 de 2005, sustituyendo el término “frigorífico” por “planta de beneficio animal”, al considerar que el primero se circunscribía al “concepto de refrigeración de cárnicos”, mientras que el segundo determinaba “ampliamente el sentido de producción y procesamiento de alimentos”.

1.2.3. El 31 de octubre de 2012, la Alcaldía Municipal de Girardot abrió la convocatoria pública 001 de 2012, para la selección de los socios que conformarían, junto con la entidad territorial, la sociedad de economía mixta destinada a la construcción, organización y explotación de una planta de beneficio animal de carácter regional.

1.2.4. El 3 de diciembre de 2012, la Alcaldía de Girardot expidió la Resolución 558 de 2012, a través de la cual adjudicó al Consorcio Ojeda Group —conformado por Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda.— “el acto contractual y/o documento público como resultado de la calificación establecida por el comité técnico, asesor y evaluador dentro de la convocatoria pública 001 de 2012”.

1.2.5. El 21 de enero de 2013, el municipio de Girardot suscribió con Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda.³ el contrato de constitución de una sociedad de economía mixta denominada Procagir S.A.S., cuyo objeto social consistía en la realización de actividades dirigidas a “la construcción, administración, operación, mantenimiento y modernización de la planta de beneficio animal del municipio de Girardot”. En dicho negocio jurídico se estableció que la composición accionaria de la sociedad sería del 90% para los particulares y del 10% restante para la entidad territorial, la cual se obligó a realizar los siguientes aportes: (i) la transferencia de un lote de terreno de su propiedad, destinado a la construcción de la nueva planta

³ Aun cuando el municipio de Girardot adjudicó el acto contractual ofertado dentro de la convocatoria 001 de 2012 al Consorcio Ojeda Group Ltda., lo cierto es aquel suscribió el aludido acto contractual con Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda.



de beneficio animal; **(ii)** la adecuación de infraestructura vial en recebo en el área aledaña donde se levantaría la planta; **(iii)** la cesión del usufructo del monopolio zonal relacionado con la operación de la planta de beneficio animal; y **(iv)** la entrega de la planta existente hasta tanto se construyera la nueva instalación.

1.2.6. El 24 de enero de 2013, con el fin de avanzar en la legalización del proceso de constitución de Procagir S.A.S., su representante legal remitió al alcalde municipal copia del certificado de existencia y representación legal de la sociedad, junto con la certificación de apertura de cuentas bancarias y el RUT; asimismo, solicitó al ente territorial, por un lado, adelantar todas las gestiones correspondientes para efectuar la entrega formal de la planta de beneficio animal existente, incluyendo los inventarios de maquinarias, herramientas y equipos; y, por otro lado, realizar todas las acciones para la entrega del lote de terreno donde se construiría la nueva planta de beneficio animal.

1.2.7. El 7 de marzo de 2013, el alcalde de Girardot expidió la Resolución 106 de 2013, por medio de la cual delegó a la jefe de la Oficina Asesora de Planeación y al secretario de Infraestructura la facultad de entregar materialmente a Procagir S.A.S. el lote de terreno de propiedad del municipio donde se construiría la nueva planta de beneficio animal, en los términos establecidos en el acto constitución de sociedades de economía mixta y en la convocatoria 001 de 2012.

1.2.8. El 20 de marzo de 2013, el representante legal de Procagir S.A.S. solicitó a la Empresa Ser Regionales —encargada de tramitar la entrega en administración de la planta de beneficio animal existente— determinar el avalúo del equipamiento a través de los libros contables, indicándose tanto la entrada de los equipos como su depreciación, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2649 de 1993.

1.2.9. El 4 de abril de 2013, los accionistas de Procagir S.A.S. realizaron una asamblea general, en la cual, entre otras cuestiones, discutieron la conveniencia de presentar una oferta económica a la empresa Ser Regionales con el propósito de establecer un vínculo contractual para desarrollar una de las facultades del objeto social de la sociedad, debido a que *“la planta de beneficio animal que operaba en ese momento en la ciudad estaba sometida a un plan gradual por parte del INVIMA y la misma no contaba con los recursos financieros para atender dicho plan”*.

1.2.10. El 16 de mayo de 2013, mediante derecho de petición, el representante legal de Procagir S.A.S. solicitó a la alcaldía de Girardot realizar la entrega de la planta de beneficio animal existente para poder continuar con su operación, en los términos dispuestos en los estudios previos de la convocatoria pública 001 de 2012; de igual forma, requirió la escrituración del lote de terreno de propiedad del ente territorial donde se construiría la nueva planta de beneficio animal.

1.2.11. El 24 de junio de 2013, los accionistas de Procagir S.A.S. llevaron a cabo una asamblea general, en la cual se discutieron, entre otros aspectos: **(i)** la imposibilidad de operar la planta de beneficio animal existente, dado que no se había efectuado su entrega por el cambio de administración en la empresa Ser



Regionales; **(ii)** el retraso en la entrega material del lote de propiedad del municipio, destinado a la construcción de la nueva planta de beneficio animal, toda vez que dicho predio se encontraba englobado en uno de mayor extensión, sin que se hubiera culminado el respectivo levantamiento topográfico para determinar el área exacta a transferir; y **(iii)** la necesidad de suspender, por un periodo de seis meses, las obligaciones de realizar aportes contractuales por parte de cada uno de los accionistas, en atención a las dificultades anteriormente mencionadas.

1.2.12. El 26 de diciembre de 2013, a través de derecho de petición, el representante legal de Procagir S.A.S. requirió al alcalde de Girardot para que se pronunciara *“sobre si daría cumplimiento o no, a lo consagrado en los estudios previos, la convocatoria pública 001 de 2012 y los estatutos de la sociedad de economía mixta [...]”, y que de ser afirmativas, indicara la fecha de entrega de la planta de beneficio animal que funcionaba en el momento, y la fecha en que haría a escrituración del lote”*; además, solicitó información sobre los ingresos y gastos de la planta existente.

1.2.13. El 13 de enero de 2014, los accionistas de Procagir S.A.S. adelantaron una asamblea general, en la cual, por una parte, acordaron reanudar las obligaciones que habían sido suspendidas en la sesión del 24 de junio de 2013; y, por otra parte, analizaron el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la convocatoria pública 001 de 2012, panorama ante el cual el alcalde de Girardot manifestó *“que no puede hacer entrega de la actual planta de beneficio animal [...]”, pues el propietario es Ser Regionales y no el municipio [sin que hubiera un] mecanismo que obligue a efectuar dicha entrega”*; no obstante, seguidamente indicó que *“tener la planta de beneficio animal resultaba determinante para la ejecución del contrato”*, razón por la que propuso la liquidación de la sociedad de economía mixta.

1.2.14. El 15 de enero de 2014, como respuesta al derecho de petición presentado por el representante legal de Procagir S.A.S., el alcalde de Girardot manifestó que para la escrituración del predio destinado a la construcción y funcionamiento de la nueva planta de beneficio animal era necesario que *“los representantes de PROCAGIR S.A.S. se acercaran a la oficina asesora de planeación para suministrar los documentos del lote de terreno”*; de igual forma, indicó que la información requerida sobre la entrega de la planta animal actual debía ser solventada por la empresa Ser Regionales, por lo que le había remitido dicha petición.

1.2.15. El 24 de enero de 2014, la empresa Ser Regionales informó al representante legal de Procagir S.A.S. que no respondería a los cuestionamientos relacionados con los ingresos y gastos de la planta de beneficio animal bajo su responsabilidad, hasta tanto no realizara el cierre contable del año 2013, el cual finalizaría el 15 de febrero de 2014.

1.2.16. El 28 de febrero de 2014, el representante legal de Procagir S.A.S. puso de presente al municipio de Girardot su inconformidad por el incumplimiento contractual derivado de la omisión en la entrega de la planta de beneficio animal existente; en tal virtud, solicitó que se procediera con esta en un plazo máximo de cinco días, advirtiendo que de no cumplirse tal obligación *“no habría forma de amparar una de*



las principales obligaciones del municipio, como es la de garantizar el monopolio del sacrificio animal, incumpliendo también el plan gradual aprobado por el INVIMA”.

1.2.17. El 4 de marzo de 2014, en oficio dirigido a la alcaldía de Girardot, el representante legal de Procagir S.A.S. dejó constancia de los “*incumplimientos en que ha venido incurriendo el municipio, lo mismo que la empresa Ser Regionales, lo cual ha hecho imposible la ejecución del contrato por parte de la sociedad, en desarrollo de la convocatoria pública 001 de 2012, causando graves perjuicios [...]”*; asimismo, solicitó que se hiciera “*la entrega de la planta de beneficio animal actual, como forma de salvaguardar o amparar una de las principales obligaciones del municipio, como lo es el de garantizar el monopolio al cual se comprometió”*.

1.2.18. El 25 de marzo de 2014, el jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Girardot informó al representante legal de Procagir S.A.S. que la administración había estado dispuesta a la entrega del bien al que hace alusión la convocatoria 001 de 2012, para la construcción de la nueva planta de beneficio animal regional, sin que esta hubiera podido ser efectuada por falta de coordinación; no obstante, indicó que la entrega se realizaría el 28 de marzo de 2014.

1.2.19. El 27 de marzo de 2014, en respuesta al oficio relacionado en precedencia, el representante legal de Procagir S.A.S. requirió a la alcaldía de Girardot información relativa a las vías de acceso y servicios públicos del predio sujeto a entrega y donde operaría la nueva planta de beneficio animal; asimismo, le recordó al ente territorial que también había incumplido con su obligación de hacer entrega formal de la planta de beneficio animal que funcionaba hasta ese momento, por lo que solicitó se fijara una fecha para dicho acto de entrega.

1.2.20. El 8 de julio de 2014, los accionistas de Procagir S.A.S. realizaron una asamblea extraordinaria, en la cual se adoptaron, entre otras, las siguientes decisiones: *(i)* Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda. ofrecieron al municipio de Girardot la venta de sus respectivas acciones; frente a ello, el alcalde manifestó que, dadas las condiciones económicas de la entidad territorial, resultaba inviable adquirir los paquetes accionarios, por lo que expresó su renuncia al derecho de preferencia del que era titular; *(ii)* respecto de la entrega del lote destinado a la construcción de la nueva planta de beneficio animal regional, el alcalde informó que su legalización y escrituración se encontraba en trámite ante notaría, motivo por el cual se acordó como fecha de entrega el 16 de julio de 2014; y *(iii)* en relación con la entrega de la planta de beneficio animal se encontraba en operación, las partes acordaron que esta tendría lugar el 15 de julio de 2014, previéndose un periodo de empalme que se extendería hasta el 31 de agosto de la misma anualidad.

1.2.21. El 17 de julio de 2014, el representante legal de Procagir S.A.S. puso de manifiesto al alcalde de Girardot el incumplimiento contractual en el que habría incurrido el municipio, en relación con “*la entrega, legalización y escrituración del lote referido en la convocatoria pública 001 de 2012 y demás actos contractuales, pues no había sido posible realizar el trámite de escrituración, toda vez que la alcaldía de Girardot omitió allegar a la Notaría copia de los documentos necesarios,*



como son los Acuerdos Municipales 020 de 2004 y 025 de 2008, certificación de planeación municipal de desenglobe, disponibilidad presupuestal y avalúo”.

1.2.22. El 11 de diciembre de 2014, el Concejo Municipal de Girardot expidió el Acuerdo 024 de 2014, mediante el cual modificó el Acuerdo 020 de 2005 en relación con “*la necesidad de definir que el aporte del municipio a favor de [...] PROCAGIR S.A.S., respecto a recursos físicos se contrae al traslado del derecho de dominio de una porción del bien raíz de 6.25 hectáreas identificado con matrícula inmobiliaria 307-69117 y cedula catastral 00-00-009-0139-000*”, donde funcionaría la nueva planta de beneficio animal regional.

1.3. Como **fundamento jurídico** de sus pretensiones, la parte actora sostuvo que, a pesar de que la sociedad de economía mixta Procagir S.A.S. fue constituida en enero de 2013, para el momento de presentación de la demanda el municipio de Girardot no había cumplido varias de las obligaciones contractuales adquiridas, lo que generó una ruptura del equilibrio económico del contrato, de conformidad con lo previsto en los artículos 3, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993.

En particular, indicó que, si bien tanto en el pliego de condiciones de la convocatoria pública 001 de 2012 como en el acto contractual de constitución de Procagir S.A.S. se estableció que el municipio de Girardot sería accionista de dicha sociedad y que su participación se justificaría mediante la realización de determinados aportes —entre los cuales destacaban la transferencia de un lote destinado a la construcción de una nueva planta de beneficio animal y la entrega de la planta existente hasta tanto se construyera la nueva—, lo cierto es que esos compromisos fueron incumplidos por la Administración, ante la inobservancia de su deber de planeación.

Al respecto, precisó que, por un lado, la alcaldía de Girardot no promovió ni gestionó oportunamente las actuaciones jurídicas necesarias para perfeccionar la transferencia del dominio del predio que se había comprometido a entregar para la construcción de la nueva planta de beneficio animal, incluido el diagnóstico de la situación catastral del mismo; y, por otro lado, desconoció que la planta que para ese momento operaba se encontraba bajo la titularidad o administración de un ente autónomo —Ser Regionales— distinto al municipio, el cual ostentaba derechos adquiridos que impedían su disposición y entrega, contrariando así “*los principios de diagnóstico y previsión que rigen toda contratación estatal*”.

2. Contestación de la demanda

2.1. El municipio de Girardot⁴ se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Al efecto, alegó la configuración de la excepción de contrato no cumplido, bajo el argumento de que la constitución de la sociedad Procagir S.A.S. implicaba obligaciones recíprocas, consistentes en que el ente territorial aportaría el 10% del capital, cuyo cumplimiento debía materializarse en especie mediante la entrega del lote destinado a la construcción de la nueva planta de beneficio animal, mientras

⁴ Fl 74 a 85, C.1.



que Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda. aportarían el 90% del capital, representado en mil acciones que debían ser entregadas en un plazo máximo de dos años; sin embargo, acto seguido adujo que no existía prueba que acreditara que el socio privado hubiere efectuado ese aporte en los términos acordados, cuyo valor ascendía a \$9.000'000.000.

En ese orden de ideas, aseveró que, aun en el supuesto en que “*se hubiera entregado el lote, porque eso era una extensión de tierra, la sociedad PROCAGIR S.A.S. no hubiera podido ejecutar su objeto, por cuanto no existían los fondos para su funcionamiento, por tanto, el lote no constituía un elemento esencial del contrato de asociación*”. En consecuencia, sostuvo que los demandantes no podían predicar un incumplimiento por parte del municipio cuando ellos mismos no cumplieron con el pago de las acciones a las que se habían obligado.

Propuso la excepción de caducidad del medio de control, al considerar que el hecho generador de la presente controversia contractual “*comenzó con anterioridad al 19 de marzo del 2014* [fecha en la que se radicó la conciliación prejudicial], *es más tomando que haya iniciado ese día, entonces el actor tenía hasta el 19 de marzo del 2016, pero como la conciliación suspendió el término de la caducidad 2 meses y 22 días, el actor tenía hasta el 11 de junio de 2016, para presentar la demanda, y esto solo lo hizo hasta el 15 de junio de 2016, excediendo los términos que señala la norma*”—excepción que fue desestimada por el Tribunal⁵ y, una vez apelada por la parte demandada⁶, tal decisión fue confirmada por el Consejo de Estado⁷—.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. La parte demandante⁸ reiteró los argumentos expuestos en la demanda, con insistencia en el incumplimiento contractual del municipio de Girardot. Agregó que “*no existe justificación alguna para que la entidad habiendo incurrido en un incumplimiento que resulta impeditivo de la ejecución de una obligación a cargo del contratista, exija de este el cumplimiento íntegro y actúe como si su conducta fuera irrelevante, con total desconocimiento de la razonable imposibilidad de cumplir en la que lo puso con su propia actuación*”, por lo que, a su juicio, la Administración incumplida no podía ampararse en dicha situación para justificar su accionar, invocando en su favor la excepción de contrato no cumplido.

⁵ FI 112 a 117, C.2. Durante la audiencia inicial, el magistrado sustanciador decidió declarar no probada la excepción de caducidad propuesta por el municipio de Girardot, toda vez que, si bien la demanda fue presentada el 15 de junio de 2016, el término bienal para la presentación oportuna de la demanda corrió entre el 18 de julio de 2014 —día hábil siguiente a la fecha en que la entidad territorial asumió la obligación de entregar materialmente el predio donde se construiría la nueva planta de beneficio animal— y el 18 de julio de 2016.

⁶ *Ejusdem*. La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión que declaró no probada la excepción de caducidad, el cual que fue concedido ante el Consejo de Estado.

⁷ FI 121 a 125, C.1. La Subsección C de la Sección Tercera de esta corporación confirmó el auto proferido por el *a quo*, al considerar que el término bienal para que operara la caducidad del medio de control comenzó a correr el 17 de julio de 2014 —día hábil siguiente a la fecha en que la entidad municipal se comprometió a entregar el lote destinado a la construcción de la nueva planta de beneficio animal—, y venció el 18 de julio de 2016, razón por la cual la demanda del 15 de junio de 2016 se presentó dentro del término legal.

⁸ FI 168 a 176, C.2.



3.2. El municipio de Girardot⁹ insistió en la configuración de la alegada excepción de contrato no cumplido, bajo el argumento de que el incumplimiento fue generado por Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda., “*al no haber pagado a PROCAGIR S.A.S. los \$9.000'000.000 que se obligaron al momento de participar en la convocatoria y la constitución de la sociedad, situación que no puede ahora imponer al municipio de Girardot, pues la exigencia mayoritaria venía de los particulares, al tener el 90% de la sociedad*”.

3.3. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia proferida el 25 de julio de 2019¹⁰, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró “*de oficio la nulidad absoluta del contrato del 21 de enero de 2013, mediante el cual se constituyó la sociedad PROCAGIR S.A.S.*”.

4.2. Como fundamento de su decisión, el *a quo* sostuvo que, si bien en principio le correspondía pronunciarse sobre el eventual incumplimiento alegado por la parte actora, en su calidad de juez natural del contrato debía ejercer, con carácter previo, un control objetivo de legalidad del negocio jurídico, al advertir indicios de que este podría haber vulnerado disposiciones constitucionales o legales.

En este sentido, precisó que, conforme los artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 141 del CPACA, el juez se encuentra facultado para declarar, incluso de oficio, la nulidad absoluta del contrato, siempre que, como ha sido establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹, se acrediten los siguientes presupuestos: *(i)* que no haya operado la caducidad de la acción correspondiente; *(ii)* que se haya garantizado el derecho de contradicción y de defensa de las partes contractuales, en tanto hayan sido debidamente vinculadas al proceso; y *(iii)* que la transgresión de normas imperativas o la causal de nulidad se evidencie de manera palmaria.

4.2.1. En lo que atañe al presupuesto relativo a la caducidad del medio de control de controversias contractuales, recordó que durante la audiencia inicial se concluyó que aquel fue ejercido oportunamente¹² y que tal decisión fue objeto de recurso de apelación por parte de la entidad demandada¹³, siendo resuelto desfavorablemente por el Consejo de Estado¹⁴, al considerar que el término de dos años para que operara la caducidad del medio de control referido comenzó a correr el 17 de julio de 2014 —día hábil siguiente a la fecha en que la administración se comprometió a

⁹ FI 177 a 194, C.2.

¹⁰ FI. 224 a 238, C. Ppal.

¹¹ Respecto de los presupuestos necesarios para declarar de oficio la nulidad del contrato, el Tribunal de instancia citó, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, exp. 23088; Subsección A, sentencia del 19 de julio 2018, exp. 55991.

¹² FI 112 a 117, C.2. (Acta de la audiencia inicial)

¹³ *Ibidem*

¹⁴ FI 121 a 125, C.2.



entregar el lote destinado a la construcción de la nueva planta de beneficio animal—, y venció el 18 de julio de 2016, razón por la cual la demanda del 15 de junio de 2016 se presentó dentro del término legal.

4.2.2. Respecto del presupuesto relacionado con la garantía del derecho de defensa y de contradicción, señaló que este también se encontraba satisfecho, toda vez que en la presente actuación se encontraban debidamente vinculadas *“las partes que celebraron el referido negocio jurídico, de un lado el municipio de Girardot, y por el otro, el señor Mariano Ojeda Torregroza, quien en su momento actuó en nombre propio, y en representación de la sociedad Ojeda Group Ltda.”*.

4.2.3. En cuanto al último presupuesto, arguyó que resultaba evidente que el contrato mediante el cual se constituyó la sociedad Procagir S.A.S. adolecía de nulidad absoluta, al pretermitir normas que regulaban la constitución de sociedades de economía mixta, en contravención del principio de planeación; además, con su celebración se incurrió en objeto y causa ilícitos, al trasladar al particular un servicio público y el dominio de un bien sin fundamento jurídico, técnico y financiero.

En primer lugar, expuso que, tras revisar el Acuerdo 020 del 1° de diciembre de 2005, junto con su modificación, por medio del cual se autorizó la creación de una entidad para el funcionamiento de la planta de beneficio animal, se constató que el Concejo de Girardot no dio cumplimiento a los requisitos legales establecidos en el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 para tal efecto, *“como por ejemplo: a) la naturaleza de la entidad —pública o privada—; b) la clase de sociedad, puesto que si era mixta, le correspondía definir el tipo societario; c) el capital público que iba a comprometer el municipio; y, d) la estructura del nuevo ente, especialmente la participación accionaria del municipio, y la estructura de sus órganos decisarios”*.

En consecuencia, ante las falencias presentadas en el Acuerdo Municipal, sostuvo que el alcalde de Girardot no estaba facultado para adelantar el procedimiento de constitución de la nueva sociedad, *“por cuanto era una competencia exclusiva del Concejo definir todos los aspectos jurídicos de la nueva entidad”*, sin que fuera aceptable la actuación de aquel al pretender subsanar tales omisiones a través de decisiones carentes de sustento técnico y jurídico, como lo fue: disponer *“en el procedimiento de selección del socio inversionista que el municipio tuviera solamente el 10% de las acciones, con lo cual perdió el control sobre la nueva sociedad”*; y autorizar *“después de la creación de la sociedad, la enajenación de un bien del municipio que no había sido autorizado inicialmente”*.

En segundo lugar, consideró que el contrato de constitución de Procagir S.A.S. también adolecía de objeto y causa ilícitos, pues, por la vía de creación de una empresa de economía mixta, el municipio trasladó a un particular, sin respaldo legal ni justificación técnica y financiera, no solo la prestación de un servicio público que venía siendo asumido por otro ente público autónomo —Ser Regionales—, sino también el dominio del 90% de un predio de 6,2 hectáreas, a cambio de una participación irrisoria en la sociedad. Lo anterior, sumado al hecho de *“que este*



contrato se adjudicó al Consorcio Ojeda Group, pero el negocio fue celebrado —en nombre propio— por Mariano Ojeda Torregroza y la sociedad Ojeda Group Ltda.”.

4.3. En lo que respecta a las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico referido, coligió que estas no eran procedentes, toda vez que la parte accionante no probó el pago efectivo de los aportes a los que se comprometió, ni tampoco demostró que Procagir S.A.S. hubiera desarrollado su objeto social, razón por la cual no se generaron “*efectos económicos entre las partes, es decir, que a la entidad no le corresponde pagar ningún tipo de erogación a favor de los miembros Consorcio Ojeda Group*”.

5. Recurso de apelación

5.1. La parte accionante¹⁵ solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se accediera a las pretensiones formuladas en la demanda. Como fundamento de su recurso, alegó que el Tribunal excedió el alcance del medio de control ejercido —controversias contractuales— y la facultad para declarar de oficio la nulidad, al extender su análisis a la legalidad de “*los acuerdos que autorizaron la creación de [...] PROCAGIR S.A.S. [...], a efectos de determinar si se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 50 de la ley 489 de 1998, y de esa manera determinar si la constitución de la sociedad, se había efectuado dentro de los presupuestos normativos allí dispuestos, sin consideración alguna a la naturaleza del acto y a la oportunidad (tiempo) en que se llevaba a cabo dicho examen*”.

En este sentido, precisó que, si bien el operador judicial está facultado para declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un contrato, en el caso concreto se pasó por alto que los actos de formación del negocio jurídico que sirvieron de fundamento a dicha decisión se encontraban ejecutoriados, pues contra ellos no se interpusieron los recursos de ley en su momento, con lo cual se omitió “*considerar la figura de la caducidad, instituida para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, la cual se erige como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico, ya que las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho*”.

Recordó que, aun cuando el medio de control de controversias contractuales permite controvertir la legalidad de actos administrativos previos a la celebración de un contrato, el artículo 164 del CPACA establece un límite temporal de cuatro (4) meses para su ejercicio, el cual había sido ampliamente superado en este asunto, lo que hacía improcedente llevar a cabo el análisis de legalidad de los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal mediante los cuales autorizó la creación de la planta de beneficio animal, incluso bajo el amparo de las facultades oficiosas del juez, toda vez que la *causa petendi* respecto de dichos actos estaba caducada.

¹⁵ Fl. 243 a 249, C. Ppal.



En consonancia con lo anterior, cuestionó que el *a quo* hubiera omitido pronunciarse sobre los efectos jurídicos de la Resolución 558 del 3 de diciembre de 2012, por medio de la cual la alcaldía de Girardot adjudicó al Consorcio Ojeda Group el acto contractual tendiente a conformar la sociedad de economía mixta, *“desatendiendo la naturaleza y efectos jurídicos de dicho acto adjudicatorio, que ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto administrativo por el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado”*, siendo este irrevocable.

5.2. Adicionalmente, sostuvo que la declaratoria de nulidad del contrato tampoco satisfizo el presupuesto relativo a la garantía del derecho de defensa y de contradicción de las partes del contrato, ya que, aunque estas figuran formalmente como vinculadas al proceso, su participación material se circunscribió al debate relativo al supuesto incumplimiento contractual por parte de la entidad municipal, y no comprendía la discusión de legalidad sobre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato, *“por lo que el cumplimiento de este presupuesto se da de manera formal y no material”*.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

6.1. El municipio de Girardot¹⁶ manifestó su conformidad con la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, solicitó su confirmación, en la medida en que la decisión de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato celebrado para la constitución de Procagir S.A.S. se encontraba plenamente ajustada a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por cuanto se acreditó que dicho negocio jurídico adolecía de objeto y causa ilícitos, al haberse constituido una empresa de economía mixta sin la autorización legal correspondiente, además de haberse transferido a un particular, sin contraprestación alguna a favor de la entidad territorial, tanto la prestación de un servicio público como un bien inmueble.

Asimismo, destacó que la decisión de negar el reconocimiento de las restituciones mutuas fue acertada, pues no se demostró que las prestaciones ejecutadas por la parte demandante hubiesen generado algún beneficio para la entidad territorial.

6.2. La parte actora¹⁷ reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto, transcribiendo fragmentos de dicho escrito.

6.3. El Ministerio Público guardó silencio.

¹⁶ Índice 12, Samai.

¹⁷ Índice 15, Samai.



II. CONSIDERACIONES

La Subsección seguirá el siguiente orden metodológico para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante: (1) presupuestos procesales; (2) objeto del recurso y problemas jurídicos a resolver; (3) caso concreto; y (4) costas procesales.

1. Presupuestos procesales

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 104¹⁸ del CPACA, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer el presente asunto¹⁹, al tratarse de una controversia originada en el acto contractual de constitución de la sociedad de económica mixta Protagir S.A.S., suscrito entre el municipio de Girardot²⁰ —entidad territorial— y los particulares Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda.

Por su parte, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de julio de 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme lo previsto en los artículos 150²¹ y 152²² del CPACA, en atención a la vocación de doble instancia del proceso, dado que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda excede los 500 SMLMV a la

¹⁸ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.

¹⁹ Al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado, sin incluir la reforma de la Ley 2080 de 2021 en cuanto a la jurisdicción y la competencia, debido a que no se encontraba vigente para la fecha en que se interpuso la demanda (15 de junio de 2016).

²⁰ De conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993: “Para los solos efectos de esta ley (...) 10. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y **los municipios**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (se destaca).

²¹ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]”.

²² Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]”.



fecha de su presentación²³.

1.2. El medio de control procedente es el de controversias contractuales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141²⁴ del CPACA, por cuanto en el presente asunto la parte actora pretende la declaratoria de incumplimiento contractual por parte del municipio de Girardot respecto de las obligaciones asumidas con la suscripción del acto de constitución de Procagir S.A.S., y que, consecuencialmente, se ordene la terminación de la relación contractual y se condene a la indemnización de perjuicios.

1.3. En cuanto a la oportunidad para ejercer el medio de control de controversias contractuales, es preciso recordar que este presupuesto fue resuelto previamente por esta misma Subsección mediante providencia del 27 de julio de 2018²⁵, en la cual se concluyó que la demanda del 15 de junio de 2016 fue presentada dentro del término legamente establecido, a partir del siguiente análisis:

“El objeto de la obligación, cuyo incumplimiento protesta el actor, es la entrega material de un bien inmueble. Este tipo de prestación es de ejecución instantánea. En consecuencia, para efectos de contabilizar el término de caducidad, debe tenerse en cuenta lo previsto en el numeral i) del literal j) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, en lo relacionado con contratos de ejecución instantánea, que dispone que, quien pretenda ejercer oportunamente el medio de control de solución de controversias contractuales, contará con dos años para presentar la demanda, contados a partir del día siguiente a aquél en que se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato.

[...] Al haberse definido los anteriores presupuestos, el Despacho procederá a efectuar el cómputo del término de caducidad del medio de control, de acuerdo con los siguientes puntos: (i) el acta del 8 de julio de 2014 estableció que la entrega material del lote, legalización y estructuración de este se efectuaría el 16 de julio 2014, además, la entrega de la a planta de beneficio animal quedó programada para el 15 de julio de 2014; (ii) el término de caducidad empezó a correr el 17 de julio de 2014; (iii) la acción caducaba el 18 de julio de 2016²⁶; (iv) la demanda fue presentada el 15 de junio de 2016, razón por la que no está caducada la acción.

Cabe agregar que la solicitud de conciliación prejudicial no suspendió el término de caducidad, ya que esta fue presentada antes de que iniciara el conteo respectivo”.

1.4. Finalmente, se constata que, por una parte, Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda., y, por otra parte, el municipio de Girardot, se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, al haber sido las partes que suscribieron la constitución de la sociedad de economía mixta Procagir S.A.S.²⁷, negocio jurídico que suscitó la controversia objeto de análisis.

²³ En el *sub lite*, la pretensión de mayor valor corresponde al lucro cesante, el cual fue estimado en \$137.385'333.755, monto equivalente a 199.266,86 SMLMV para el año 2016 (fecha de presentación de la demanda), cuando el SMLMV ascendía a \$689.454.

²⁴ *“Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]”*. (subrayado añadido).

²⁵ FI 121 a 125, C.2.

²⁶ *“El 17 de julio de 2016 fue domingo; por lo que finalizaba el día hábil siguiente, es decir, el 18 de julio de la misma anualidad”.*

²⁷ FI 12 a 26, C.3.



Ahora bien, es pertinente señalar que Procagir S.A.S. —sociedad que compareció al proceso como integrante de la parte demandante— no ostenta legitimación en la causa por activa, toda vez que la controversia sometida al conocimiento de la Sala versa sobre el posible incumplimiento contractual de las obligaciones asumidas por el municipio de Girardot —en su calidad de socio—, con ocasión de la suscripción del acto de constitución de la referida sociedad de economía mixta, lo que significa que Procagir S.A.S. no fue signataria del negocio jurídico objeto de litigio, pues dicho contrato de sociedad fue precisamente el que dio origen a su existencia como persona jurídica. En consecuencia, se declarará su falta de legitimación en la causa, y así se consignará en la parte resolutiva.

2. Objeto del recurso y problemas jurídicos a resolver

2.1. El Tribunal declaró la nulidad absoluta del contrato mediante el cual se constituyó Procagir S.A.S. por violación de normas imperativas y por adolecer de objeto y causa ilícitos, al considerar que los acuerdos municipales que autorizaron su creación habrían pretermitido las normas de orden público que regulaban la constitución de sociedades de economía mixta.

A su turno, en el recurso de apelación la actora afirmó que el tribunal de primera instancia no estaba habilitado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de sociedad con fundamento en los reproches que endilgó a dichos acuerdos municipales, pues estos, así como tampoco el acto de adjudicación, no habían sido demandados dentro del término de caducidad dispuesto en la ley.

2.2. Así las cosas, de conformidad con los cargos de apelación formulados por la parte accionante, los cuales delimitan el ámbito de competencia del juez de segunda instancia²⁸, en los términos de los artículos 320²⁹ y 328³⁰ del CGP, a la Sala le corresponde determinar, en primer lugar, si el juez puede ejercer la facultad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de constitución de una sociedad de economía mixta porque los acuerdos municipales que autorizaron su creación no se ajustaron a los requerimientos dispuestos en la ley, aun cuando haya expirado

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de agosto de 2024, exp. 57643. *“En línea con las prescripciones normativas expuestas [artículos 320 y 328 del CGP], esta Subsección ha considerado que el objeto de la apelación recae sobre las decisiones adoptadas en la providencia recurrida y en su fundamentación; razón por la que el impugnante, al sustentar el recurso, tiene la carga de exponer los desaciertos en los que hubiera incurrido el a quo al resolver el litigio planteado. Por lo tanto, en principio, los aspectos ajenos a los cargos del recurso con los que fueron rebatidos los fundamentos de la providencia impugnada deben ser excluidos del debate en la instancia superior, pues en el recurso alzada opera tanto el principio de non reformatio in pejus, como el principio dispositivo, de acuerdo con los cuales, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, la competencia funcional del ad quem”.*

²⁹ “Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

³⁰ “Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]. // El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella”.



el término de caducidad establecido en la ley para impugnar dichos actos administrativos, así como también para demandar la nulidad del acto de adjudicación del acto contractual.

En segundo lugar, debe la Sala establecer si la sola vinculación procesal de las partes que intervinieron en la celebración del contrato objeto de controversia resulta suficiente para tener por satisfecho el presupuesto de garantía del derecho de contradicción y defensa, exigido por el ordenamiento jurídico para que proceda válidamente la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta.

3. Caso concreto

La Sala anticipa que confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se declaró de oficio la nulidad absoluta del acto contractual de constitución de la sociedad de economía mixta Procagir S.A.S, suscrito entre el municipio de Girardot y los particulares Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda.

El análisis de la Subsección se desarrollará abordando los siguientes aspectos, que sustentan la decisión de los problemas jurídicos planteados: *(i)* el procedimiento que se adelantó para la constitución de la sociedad de economía mixta Procagir S.A.S., para dar cuenta de su naturaleza contractual; y *(ii)* el marco conceptual y normativo que habilita al juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico y su cumplimiento en el presente asunto.

3.1. El procedimiento que se adelantó para la constitución de la sociedad de economía mixta Procagir S.A.S.

3.1.1. En el ordenamiento jurídico colombiano, el procedimiento para la constitución de una sociedad de economía mixta³¹⁻³² exige el agotamiento de dos actos jurídicos esenciales que se detallarán a continuación, cuya conformación implica la aplicación concurrente de disposiciones de derecho público y privado. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional³³, en dichas sociedades *“han de coexistir, de una parte, el interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social y, de otra parte, la garantía de la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares”*.

³¹ Ley 489 de 1998. “Artículo 97. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

³² Código de Comercio. “Artículo 461. Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. // Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-722 del 12 de septiembre de 2007.



Bajo esta perspectiva, se observa que los artículos 49³⁴, 50³⁵ y 98³⁶ de la Ley 489 de 1998, en consonancia con el artículo 462³⁷ del Código de Comercio, establecen los requisitos esenciales para la constitución de una sociedad de economía mixta, a saber: **(i)** una autorización legal o reglamentaria que disponga expresamente su creación; por tanto, tratándose de sociedades del orden nacional, dicha autorización debe emanar de una la ley, mientras que para las sociedades de carácter municipal o departamental, el acto habilitante debe adoptarse mediante acuerdo u ordenanza, según corresponda³⁸; y **(ii)** la celebración de un contrato de sociedad comercial, en los términos del artículo 110 del Código de Comercio³⁹, o la suscripción de un acto contractual o unilateral de constitución si se opta por conformar una sociedad por acciones simplificadas (S.A.S.), conforme lo previsto en el artículo 5º de Ley 1258 de 2008⁴⁰.

³⁴ “Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. [...] Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal”.

³⁵ “Artículo 50. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. // La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos: // 1. La denominación. // 2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico. // 3. La sede. // 4. La integración de su patrimonio. // 5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y // 6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cuál estarán adscritos o vinculados”.

³⁶ “Artículo 98. Condiciones de participación de las entidades públicas. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella”.

³⁷ Artículo 462. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-953 del 1º de diciembre de 1999. “La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales”.

³⁹ “Artículo 110. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: // 1) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes [...]; 2) La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma [...]; 3) El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución; 4) El objeto social [...]; 5) El capital social [...]; 6) La forma de administrar los negocios sociales [...]; 7) La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia; 8) Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse; 9) La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma; 10) La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad [...]; 11) Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores [...]; 12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad [...]; 13) Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos, y 14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.

⁴⁰ “Artículo 5º. La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente: 1. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas. // 2. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras ‘sociedad por acciones simplificada’; o de las letras S.A.S. // 3. El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se



Esta doble dimensión normativa —público y privado— obedece a la naturaleza híbrida de las sociedades de economía mixta, pues *“lo que le da esa categoría de ‘mixta’ es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares”*⁴¹.

3.1.2. Aclarado lo anterior, la Sala encuentra que en el presente asunto se demostró que el Concejo Municipal de Girardot, mediante Acuerdo 020 de 2005⁴², modificado por el Acuerdo 004 de 2008⁴³, confirió facultades al alcalde municipal *“para la creación de una entidad jurídica, la cual podrá ser de naturaleza pública o mixta, cuyo objeto ser[ía] la construcción, organización y explotación económica de una planta de beneficio animal regional”*.

Igualmente está acreditado que, en virtud de la referida autorización, el alcalde de Girardot expidió la Resolución 286 de 2012, mediante la cual dispuso la apertura del proceso de convocatoria pública 001 de 2012⁴⁴, con el propósito de seleccionar al o a los socios que conformarían, junto con el municipio, *“la sociedad de economía mixta para la construcción, organización y explotación económica de una planta de beneficio animal regional”*; proceso que culminó con la adjudicación al consorcio Ojeda Group —integrado por Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda.—, a través de la Resolución 558 de 2012⁴⁵ proferida por el ejecutivo municipal.

Finalmente, se halla probado que, el 21 de enero de 2012, el municipio de Girardot y los particulares Mariano Ojeda Torregroza y Ojeda Group Ltda. suscribieron el acto contractual de constitución de Procagir S.A.S., cuyo objeto social principal, de acuerdo con la cláusula primera, consistía en *“realizar actividades encaminadas a la construcción, administración, operación, mantenimiento y modernización de la planta de beneficio animal del municipio de Girardot”*. De igual forma, en el parágrafo de la cláusula referida se dejó constancia de que *“con este acto se crea la sociedad de economía mixta, y que [...] el estudio de conveniencia del proceso de selección del socio estratégico se enmarcó en que es deber de la nueva sociedad tomar la planta actual y cumplir a cabalidad con el plan gradual aprobado por el INVIMA, mientras se construye la nueva planta de beneficio animal, la sociedad tomará la*

establezcan en el mismo acto de constitución. // 4. El término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido. // 5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita. // 6. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse. // 7o. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal [...]”.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-953 del 1º de diciembre de 1999.

⁴² FI 27 a 32, C.3.

⁴³ FI 34 a 39, C.3.

⁴⁴ FI 47 a 50, C.3.

⁴⁵ FI 51 a 56, C.3.



operación del actual matadero municipal a partir del momento de protocolización de este acto y previa entrega de los actuales operadores”.

3.1.3. A partir de los hechos expuestos anteriormente, la Sala concluye que, en el presente asunto, el procedimiento que se adelantó para la constitución de Procagir, correspondió al régimen aplicable a las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), conforme lo dispuesto en el artículo 5 de Ley 1258 de 2008, dado que, si bien el Concejo de Girardot autorizó su creación mediante el respectivo acuerdo municipal, lo cierto es que fue con base en dicha autorización que el alcalde de Girardot suscribió con los particulares, vencedores del proceso de selección adelantado, el acto contractual de constitución de la mencionada sociedad de economía mixta.

Así las cosas, esta colegiatura precisa que el acto de constitución de Procagir S.A.S. constituye una relación negocial de carácter contractual, que, por su naturaleza jurídica, se encuentra sujeta al control del juez administrativo, quien —como se expondrá más adelante— puede ejercer oficiosamente la facultad de declarar su nulidad cuando se configuren vicios sustanciales que comprometan su validez.

3.2. El marco conceptual y normativo que habilita al juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico y su cumplimiento en el presente asunto

3.2.1. De entrada, debe recordarse que las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad⁴⁶.

Es así que, de antaño, la Sección Tercera de la Corporación ha sido enfática en establecer que, en aras de proteger el orden público que debe regir las relaciones jurídicas, *“el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte”*⁴⁷. Se precisa, además, que tal potestad excepcional solo puede ser ejercida bajo los estrictos lineamientos que impone la ley, como garantía del principio de seguridad jurídica.

Cabe destacar, entonces, que cuando el juez natural del contrato advierte que este adolece de una causal de nulidad absoluta, tiene el deber-facultad de declararla con carácter previo al examen de la eventual responsabilidad contractual sometida a su consideración, dado que, como lo ha sostenido esta Subsección⁴⁸, tal potestad

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, exp. 26140.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de agosto de 2006, exp. 31354. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 29742.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de octubre de 2020, exp. 48784.



resulta procedente siempre que “una norma intersubjetiva, como la nacida de un negocio jurídico, sea inválida por oponerse a normas superiores en las que el interés general se halle inmiscuido, correspondiéndole al juzgador poner fin a la relación jurídica que nació viciada, con la declaración de su nulidad absoluta, evitando así que continúe generando los efectos que nunca debió producir”.

En este contexto, a partir de una lectura armónica y sistemática del inciso final del artículo 141 del CPACA⁴⁹, en concordancia con los artículos 45 de la Ley 80 de 1993⁵⁰ y 1742 del Código Civil⁵¹, esta Sala de Subsección⁵² ha sostenido de manera pacífica y reiterada que el juez administrativo se encuentra habilitado para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos, a saber: (i) que esté plenamente demostrada en el proceso, sin que sea susceptible de saneamiento por ratificación; (ii) que las partes contratantes o sus causahabientes hayan intervenido en el proceso; y (iii) que no haya operado la prescripción extraordinaria.

3.2.2. Ahora bien, al trasladar las anteriores consideraciones al caso concreto y de cara a los argumentos de la apelación, la primera precisión que ha de realizarse frente a los argumentos expuestos en la alzada es que las normas referidas con antelación no previeron la caducidad como un requisito para que el juez pueda ejercer su facultad de declarar la nulidad absoluta de un contrato, sin perjuicio, claro está, del cumplimiento de los presupuestos procesales y, dentro de ellos, del consistente en el ejercicio oportuno del medio de control; aspecto este que ha sido precisado por esta misma Subsección, en los siguientes términos:

“[...] aunque el artículo [...] 141 del CPACA no haya previsto como requisito para que el juez declare la nulidad absoluta del contrato, que no hubiere operado la caducidad, no significa que ese presupuesto procesal no deba ser satisfecho, para proferir una decisión en ese sentido. Omisión que se explica en que se trata de un presupuesto procesal, que se requiere para adoptar cualquier decisión de fondo”⁵³.

Lo anterior permite entender que, al margen de que la no operancia de la caducidad no es un requisito para la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta de un negocio

⁴⁹ “Artículo 141. [...] El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

⁵⁰ “Artículo 45. De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. [...]”.

⁵¹ “Artículo 1742. Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2018, exp. 58705, sentencia del 5 de marzo de 2021, exp. 62250; sentencia del 10 de diciembre de 2021, exp. 55481; sentencia del 12 de julio de 2023, exp. 60817; sentencia del 1º de noviembre de 2023, exp. 55929; sentencia del 13 de marzo de 2024, exp. 55596

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de diciembre de 2018, exp. 60716.



jurídico, sí constituye un presupuesto procesal que debe ser superado para dictar sentencia de fondo. Es así que, en caso de advertirse la configuración del fenómeno procesal de la caducidad, esto es, de evidenciarse que la demanda no se interpuso en tiempo, el juez del contrato no tendría la posibilidad de pronunciarse de fondo en el asunto sometido a su consideración, lo cual, por ende, le impediría examinar y analizar oficiosamente si el acuerdo de voluntades incurrió en un vicio de validez, y es que, según la jurisprudencia de la Corporación, “*el juicio de nulidad absoluta del contrato, o de algunos de sus elementos, que supone determinar si lo estipulado se ajusta a derecho, es un juicio de fondo, y no un mero formalismo*”⁵⁴.

Bajo este contexto, resulta claro que la caducidad es un presupuesto procesal⁵⁵ que opera respecto del medio de control ejercido por el extremo activo de la *litis*, en función de la *causa petendi* que sustenta su pretensión, la cual en el caso *sub judice* se relacionó con la solicitud de declaratoria del incumplimiento del municipio de Girardot. Por consiguiente, en oposición a lo sostenido por la parte apelante, debe señalarse que la caducidad no debe computarse teniendo como referente los supuestos fácticos que sustentaron la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del contrato, incluso cuando estos devienen de actos de formación del contrato sobre los cuales haya expirado la oportunidad para impugnarlos, pues como lo ha indicado esta Sección “*resulta apenas obvio que el juez suela conocer de los procesos —y más en segunda instancia— cuando el tiempo ha vencido, por lo que la caducidad es exigible de las partes del contrato o de los terceros con interés que solicitan su nulidad, pero no del juez cuando la decreta de oficio*”⁵⁶.

Así las cosas, aun cuando el estudio que de oficio adelantó el *a quo* en punto a la nulidad absoluta del contrato incorporó el análisis de aspectos atinentes a los actos que consideró como previos a su suscripción —acuerdos municipales que autorizaron la creación de la sociedad de economía mixta—, sobre los cuales —en concepto de la parte recurrente— no podía pronunciarse el Tribunal porque su legalidad no fue cuestionada dentro del término de caducidad de 4 meses, lo cierto es que la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta de un contrato constituye

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de octubre de 2020, exp 48784.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de diciembre de 2018, exp 60716. “[...] Para garantizar la seguridad jurídica, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción para el demandante en los eventos en que determinadas pretensiones no se ejercen en un término específico. // El propósito fundamental de la caducidad es el de dotar de firmeza a las relaciones jurídicas, mediante el señalamiento de un momento a partir del cual ya no es posible controvertir algunas actuaciones, pues el sistema jurídico no puede estar sometido a un estado de incertidumbre que entorpecería el cumplimiento de las funciones públicas. Este fenómeno se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar. Límite que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la ley. // Este límite al derecho a demandar una decisión judicial de fondo, impide que el juez se pronuncie por haber sido formulada la demanda por fuera del plazo previsto en la ley. Así, la demanda en tiempo es un presupuesto procesal indispensable para que el juez se pronuncie. // Un entendimiento integral y armónico de las normas que regulan el proceso, concebido como una serie de fases sucesivas encaminadas a producir una sentencia, exige que los requisitos legales para producir una decisión de fondo se hallen satisfechos, aun en el evento en que el juez declare de oficio la nulidad absoluta del contrato” (se destaca).

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp 18294.



una potestad autónoma del juez, orientada a salvaguardar el orden jurídico y los intereses generales, cuyo límite está dado por la prescripción extraordinaria —como se expondrá más adelante—, sin sujeción al término de caducidad que pueda desprenderse de la nulidad de actos no demandados que hubieren antecedido a la celebración del contrato cuya nulidad absoluta es declarada.

En este sentido, dado que el presente asunto versaba, desde un principio, sobre la eventual declaratoria de incumplimiento por parte del ente demandado respecto de las obligaciones derivadas del negocio jurídico celebrado, pretensión que se tramita por el medio de control de controversias contractuales, el término de caducidad aplicable en el *sub judice* debe computarse —como en efecto se hizo— con base en este último medio de control, y no en aquel que habría resultado procedente atendiendo los fundamentos que sustentaron la nulidad declarada oficiosamente.

3.2.3. La segunda precisión que hace la Sala, de cara a lo expuesto por el apelante, es que la nulidad del negocio jurídico es una sanción prevista ante la existencia de vicios estructurales presentes al momento de su celebración, es decir, que se trata de un fenómeno que se ubica en la génesis del contrato. Esta circunstancia implica que el estudio en punto a la validez del contrato supone que el juez en su análisis ha de examinar, con visión panorámica y en aras de hacer valer el orden público, las actuaciones anteriores y concomitantes que confluyeron al nacimiento de la relación negocial.

Por tanto, el estudio de las causales de nulidad del contrato no excluye el análisis de los antecedentes sobre la base de los cuales se erigió el negocio jurídico, para contraerlo exclusivamente al instante mismo en el que la relación contractual se perfeccionó, sino que, por el contrario, en no pocas ocasiones y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, impone al juez la verificación de actos y actuaciones surtidas con antelación y que, no obstante, tienen incidencia determinante en el surgimiento a la vida jurídica del contrato, al punto de comprometer su validez.

Así las cosas, aun cuando el juez del contrato no puede adelantar un juicio de legalidad respecto de actos administrativos anteriores al contrato que no hubieren sido demandados oportunamente, ello no es óbice para que, al estudiar la validez del acuerdo de voluntades, esté llamado a examinar todas las circunstancias, actos y actuaciones que pudieren determinar que el contrato haya nacido viciado de nulidad.

Al respecto, destaca la Sala que al estudiar casos similares la jurisprudencia de esta Corporación ha llegado a la misma conclusión, indicando que “*a pesar de que esta jurisdicción no puede adelantar el juicio de legalidad de los actos previos a la celebración del contrato 559 de 2012, por haber operado el fenómeno de la caducidad (y con independencia de la procedencia de la excepción de ilegalidad en cabeza del juez de lo contencioso administrativo), está obligada a estudiar (de oficio, siempre que las partes contratantes intervengan en el proceso; a petición de una*



*parte del contrato; por solicitud del Ministerio Público o de un tercero que acredite un interés directo - artículo 141 del CPACA -) la nulidad absoluta del contrato*⁵⁷.

En este orden de ideas, si el Tribunal advirtió irregularidades en los acuerdos que autorizaron la creación de Procagir S.A.S., los cuales constituyan el fundamento del acto contractual objeto de controversia y, a su vez, implicaban concluir de forma evidente y manifiesta que este había nacido viciado de objeto y causa ilícitos, era su deber declarar de oficio su nulidad absoluta, sin que fuera obstáculo para ello el hecho de que tales acuerdos no hubiesen sido demandados y al margen de que hubiere expirado el término de caducidad para controvertirlos en sede judicial.

Por todo lo dicho, la Sala concluye que, independientemente de que en este asunto no se hubiese cuestionado ninguno de los actos que precedieron la suscripción del contrato de constitución de Procagir S.A.S. —incluido el acto de adjudicación, cuya impugnación no es requisito para la procedencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícitos— y al margen de que respecto de ellos hubiese operado la caducidad, el *a quo* conservaba la facultad oficiosa para declarar la nulidad absoluta de dicho acuerdo de voluntades, con fundamento en las irregularidades antecedentes que comprometían su validez desde el origen.

Sobre el particular, esta Corporación ha puesto de presente que “...*la posibilidad de que se declare judicialmente la nulidad del contrato por la configuración del vicio de abuso o desviación de poder -o por objeto y causa ilícitos-, bien sea de oficio o a solicitud del interesado, no está normativamente condicionada a que previamente se despoje de su presunción de legalidad al acto administrativo de adjudicación del proceso de selección que precedió al negocio jurídico [...]*”.

“*Al efecto, la única causal de la que puede predicarse semejante condicionamiento es la prevista en el numeral 4 –que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el contrato- caso en el que no solo se requeriría que se hubiese demandado el acto de adjudicación, sino que se hubiese retirado del mundo jurídico por el juez de la causa [...]*”.

Durante el proceso, el extremo demandado sostuvo que, si el vicio se ubica en circunstancias antecedentes al acto de adjudicación, el contrato no puede ser invalidado a menos que también se declare la nulidad de dicho acto. No obstante, aceptar esta tesis equivaldría a restringir la potestad del juez contencioso-administrativo a la luz de una hipótesis que el legislador no previó, y admitir que en aquellos eventos la aludida facultad-obligación es inoperante -y, de suyo, las causales-, condicionamiento que el ordenamiento jurídico no contempla [...]

*En conclusión, demandar la nulidad del acto de adjudicación no constituye un requisito para la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal, salvo por la causal prevista en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 -que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el contrato-*⁵⁸.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2023, exp 67201.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2025, exp 71312.



Por lo demás, resulta pertinente precisar que, si bien en la sentencia de primera instancia se hizo una alusión tangencial a la posible transgresión del principio de planeación en la constitución de Procagir S.A.S. —circunstancia que, por no estar prevista en la ley como tal, no constituye causal de nulidad absoluta del contrato estatal³²—, lo cierto es que la decisión de declarar dicha nulidad se sustentó en la pretermisión de las normas que regulan la creación de sociedades de economía mixta, así como en la configuración de un objeto y causa ilícitos, al transferirse a un particular tanto un servicio público como la titularidad de un bien sin el debido respaldo jurídico, técnico y financiero.

3.2.4. Ahora bien, como tercera precisión, no está de más señalar que, a diferencia de la caducidad —que es un presupuesto procesal—, la prescripción extraordinaria sí constituye un requisito para que el juez pueda ejercer su facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta de un contrato. Es así que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, tal prescripción viene constituir ese límite temporal fijado por el legislador que impide el cuestionamiento de la legalidad de los negocios jurídicos⁵⁹.

En efecto, el citado artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, contempla el saneamiento de la nulidad absoluta por la ocurrencia de la prescripción extraordinaria, incluso cuando esta se hubiere originado por objeto o causa ilícitos⁶⁰ —como fue declarado por el Tribunal—. Por tanto, una vez transcurrido el término correspondiente, no podrá solicitarse ni decretarse de oficio, porque el legislador, en procura de la seguridad jurídica, fijó un límite temporal.

En este contexto, se constata que en el presente caso no ha operado la prescripción extraordinaria, cuyo término es de 10 años, conforme lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 791 de 2002⁶¹, norma vigente para la fecha en que se suscribió el acto contractual de constitución de Procagir S.A.S. —21 de enero de 2013—. Lo anterior, porque el plazo de prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda —15 de junio de 2016—, notificada dentro del término de un año —23 de septiembre de 2016— previsto en el artículo 94 del CGP⁶².

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 18294. “[...] ni siquiera de oficio se puede anular un contrato estatal, cuando ha transcurrido el término de prescripción extraordinaria — que antes fue de 20 años y hoy es de 10, porque la ley sanea el vicio”.

⁶⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-597 del 21 de octubre de 1998, al estudiar la exequibilidad del artículo 1742 del CC aclaró que “Al interpretar la norma [esta] no prohíbe el saneamiento de la nulidad absoluta cuando ésta es generada por objeto o causa ilícita. Por el contrario, mediante la expresión acusada se autoriza su saneamiento siempre y cuando haya transcurrido un período determinado, que el legislador ha fijado en 20 años (ley 50/1936). En efecto: según el precepto acusado cuando la nulidad absoluta no es producida por objeto o causa ilícitos puede sanearse por ratificación de las partes ‘y en todo caso por prescripción extraordinaria’. La expresión ‘y en todo caso’ se refiere no sólo a las nulidades producidas por causas diferentes a objeto o causa ilícitos sino también a las generadas por éstos; pues si el legislador hubiere querido excluir del saneamiento los actos o contratos cuyo objeto o causa es ilícito, bien hubiera podido omitir dicha frase y decir expresamente ‘y por prescripción extintiva’, pero ello no ocurrió así”.

⁶¹ “Artículo 1º Redúzcase a diez (10) años el término de todas las prescripciones veintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas”.

⁶² “Artículo 94. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la



Por consiguiente, la Sala concluye que aún se está dentro del término legal para emitir un pronunciamiento sobre la validez del contrato objeto de controversia, y, por tanto, ha de advertirse que se encuentra satisfecho el presupuesto relativo a la no configuración de la prescripción extraordinaria.

3.2.5. Finalmente, en cuanto al presupuesto de que las partes contratantes o sus causahabientes hayan intervenido en el proceso, debe observarse que en el *sub lite* los extremos del contrato acudieron al proceso con ocasión de la demanda de controversias contractuales, de ahí que el Tribunal *a quo* sí tenía competencia para declarar de oficio su nulidad absoluta, al encontrar acreditadas las causales de objeto y causa ilícitos, sin que puedan ser de recibo los argumentos del recurrente en torno a la vulneración de su derecho de contradicción y defensa, bajo la premisa de no haber podido pronunciarse sobre las causales de nulidad que se decretaron.

Sobre el particular, resulta oportuno precisar que la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció, de vieja data, que el juez puede ejercer oficiosamente el estudio de validez del negocio jurídico sometido a su consideración “*al dictar el fallo, en cualquiera de las instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes*”⁶³, dado que dicha facultad oficiosa encuentra su fundamento en el interés general, al encaminarse a la protección del orden jurídico. En este orden de ideas, la Sala concluye que este presupuesto también se encuentra superado en este asunto.

3.2.6. A partir de todo lo expuesto, forzoso resulta concluir que los cargos expuestos en el recurso de apelación no están llamados a prosperar, toda vez que, como ha quedado analizado, se reúnen todos los presupuestos que la ley exige para que proceda la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del acto contractual de constitución de la sociedad de económica mixta Procagir S.A.S.

3.3. En definitiva, esta Subsección mantendrá incólume la decisión adoptada por el Tribunal *a quo*, mediante la cual declaró oficiosamente la nulidad absoluta del acto contractual objeto de controversia, sin embargo, la sentencia de primera instancia será modificada para declarar la falta de legitimación en la causa por activa de la Procesadora de Cárnicos de Girardot S.A.S.

4. Costas

El artículo 361 del CGP prevé que “*las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en*

notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado [...]”.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12249.



derecho". A su turno, los artículos 365⁶⁴ y 366⁶⁵ *eiusdem*, aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA⁶⁶, establecen que se condenará en costas "a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", siempre que su causación se demuestre en el expediente; y, en tal evento, su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la secretaría del *a quo*, correspondiéndole a este juzgador únicamente la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, de acuerdo con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

En este contexto, la Sala condenará en costas a la parte demandante, al haberse resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto y constatarse que el municipio de Girardot participó activamente en el trámite de segunda instancia mediante la presentación de alegatos de conclusión. Para tal efecto, corresponderá al Tribunal de origen efectuar la liquidación y tasación de las costas, debiendo considerar que, en esta instancia, se reconocen agencias en derecho por el 0,05% del valor de las pretensiones de la demanda, con fundamento en las tarifas fijadas en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura⁶⁷.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 25 de julio de 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará de la siguiente manera:

"PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa de Procesadora de Cárnicos de Girardot S.A.S.

⁶⁴ "Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]."

⁶⁵ "Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas".

⁶⁶ "Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC".

⁶⁷ Acuerdo 1887 de 2003. El artículo 6 numeral 3.1.3 establece que, para los medios de control promovidos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la tarifa en segunda instancia será "hasta del (5) por ciento del valor de las pretensiones reconocidas o negadas".



Radicado: 25000-23-36-000-2016-01208-02 (65246)
Demandantes: Mariano Ojeda Torregroza y otros

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la nulidad absoluta del acto contractual de constitución de la sociedad de economía mixta Procesadora de Cárnicos de Girardot S.A.S.”.

TERCERO: Sin condena en costas y agencias en derecho.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la Sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecidos por los artículos 7 y 9 del Acuerdo 252 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el a quo, debiendo considerar que, en segunda instancia, se fijaron agencias en derecho por el 0,05% del valor de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala
Aclara voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

CT2