



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL DE DECISIÓN.**

Bogotá, D. C., once (11) de enero de dos mil once. (2011)

**REF. ORDINARIO. EMPRESA COLOMBIANA DE
PETRÓLEOS –ECÓPETROL–, SOUTH
AMERICAN GULF OIL COMPANY y
EXPLOTACIONES CONDOR S.A. contra
FERNANDO LONDOÑO HOYOS y las sociedades
CORREDOR Y ALBÁN S.A. e INVERCOLSA S.A.
Radicación No. 1997 09465 03.**

Magistrada Ponente: **Dra. LIANA AIDA LIZARAZO V.**

Discutido y aprobado en Sala del 22 de junio de 2010.

Se encuentran las diligencias al Despacho para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Fernando Londoño Hoyos y Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S. A. AFIB contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Bogotá, D. C., el ocho (08) de febrero de dos mil siete (2007).

Procede la Sala a resolver el anterior asunto en tanto la primera ponencia presentada por la Magistrada Liana A Lizarazo fuera derrotada en consideración a que el demandado Londoño Hoyos no tenía derecho a la devolución de lo pagado por concepto de la adquisición de las acciones, punto éste frente al cual la Magistrada Clara Inés Márquez B., cambiara de opinión.

I. ANTECEDENTES

1. La EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS – ECÓPETROL–, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A., a través de apoderado judicial debidamente constituido para el efecto, demandaron a FERNANDO LONDOÑO HOYOS y a las personas jurídicas CORREDOR Y ALBAN S.A. –COMISIONISTAS DE BOLSA- e INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S. A. –INVERCOLSA–, para que previos los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRETENSIONES PRINCIPALES

1.1. “Que se declare que la adquisición por parte de FERNANDO LONDOÑO HOYOS de 145.000.000 acciones en INVERCOLSA contraviene normas legales imperativas y el derecho público de la Nación, y es ineficaz de pleno derecho”.

1.2. “Que se declare que la inscripción de dicha adquisición en el libro de registro de accionistas de INVERCOLSA contraviene normas legales imperativas y el derecho público de la Nación, y es ineficaz de pleno derecho”.

1.3. Como consecuencia de lo anterior, se declare que:

a) "ECOPETROL es el accionista propietario y poseedor de 178.500.718 acciones en INVERCOLSA, equivalentes al 24.76% del capital suscrito de INVERCOLSA".

b) "SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY es el accionista propietario y poseedor de 100.126.472 acciones en INVERCOLSA, equivalentes al 13.89% del capital suscrito de INVERCOLSA".

c) "EXPLORACIONES CONDOR S.A., es el accionista propietario y poseedor de 100.126.503 acciones en INVERCOLSA, equivalentes al 13.89% del capital suscrito de INVERCOLSA".

d) "FERNANDO LONDOÑO HOYOS no ha sido ni es accionista de INVERCOLSA".

1.4. "Que se declare que FERNANDO LONDOÑO HOYOS contravino, a sabiendas, normas legales imperativas y el derecho público de la Nación".

1.5. "Que se declare que FERNANDO LONDOÑO HOYOS no es poseedor de buena fe de las acciones objeto de la adquisición a que se refiere la primera pretensión".

1.6. Como consecuencia de lo anterior:

a) "Se ordene a FERNANDO LONDOÑO HOYOS la restitución a ECÓPETROL, con todos sus frutos y accesorios, de 49.920.869 acciones en INVERCOLSA".

b) "Se ordene a FERNANDO LONDOÑO HOYOS la restitución a SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY, con todos sus frutos y accesorios, de 49.920.869 acciones en INVERCOLSA".

c) "Se ordene a FERNANDO LONDOÑO HOYOS la restitución a EXPLOTACIONES CONDOR S.A., con todos sus frutos y accesorios, de 49.920.869 acciones en INVERCOLSA".

d) "Se condene a FERNANDO LONDOÑO HOYOS a perder lo que haya dado o pagado con ocasión de la adquisición de acciones en INVERCOLSA a que se refiere la primera pretensión y, en consecuencia, a no repetir el dinero entregado como precio de dicha adquisición".

e) "Se ordene a INVERCOLSA hacer en el libro de registro de accionistas de la sociedad, las cancelaciones e inscripciones que sean necesarias para que FERNANDO LONDOÑO HOYOS deje de figurar inscrito en él como accionista de INVERCOLSA., y para que ECOPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S.A. figuren inscritos en dicho libro como accionistas propietarios y poseedores de las acciones en INVERCOLSA que le corresponden a cada uno de ellos de acuerdo con la tercera pretensión".

f) "Se ordene a INVERCOLSA la cancelación de la inscripción en el libro de registros de accionistas de INVERCOLSA de las prendas constituidas por FERNANDO LONDOÑO HOYOS sobre 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA".

g) "Se ordene a INVERCOLSA hacer las cancelaciones y emisiones de títulos de acciones en la sociedad que sean necesarios para que ECOPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S.A. tengan expedidos, a sus respectivos nombres, los títulos que justifiquen su calidad de accionistas propietarios y poseedores de las acciones en INVERCOLSA que les corresponden de acuerdo con la tercera pretensión".

h) "Se ordene a INVERCOLSA ajustarse en su funcionamiento y, en particular, en lo que se refiere al funcionamiento de su asamblea general

de accionistas, a las declaraciones pedidas en las cinco primeras pretensiones”.

1.7. “Que se condene a los demandados a indemnizar a ECOPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y a EXPLOTACIONES CONDOR S.A. los daños directos y ciertos, previsibles e imprevisibles, sufridos por ellas y causados por la celebración y ejecución de la compraventa de acciones en INVERCOLSA por parte de FERNANDO LONDOÑO HOYOS, como comitente comprador, y por CORREDOR Y ALBÁN S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA, como comisionista”, por un valor que asciende a no menos de \$9.264.050,00.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

1.8. “Que se declare que la adquisición por parte de FERNANDO LONDOÑO HOYOS de 145.000.000 de acciones en INVERCOLSA contraviene normas legales imperativas y el derecho público de la Nación, y es absolutamente nula por objeto ilícito”.

1.9. “Que se declare que la inscripción de dicha adquisición en el libro de registro de accionistas de INVERCOLSA contraviene normas legales imperativas y el derecho público de la Nación, y es absolutamente nula por objeto ilícito”.

1.10. “Que se declare que FERNANDO LONDOÑO HOYOS contravino, a sabiendas, normas legales imperativas y el derecho público de la Nación al adquirir las referidas 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA”.

1.11. “Que se declare que FERNANDO LONDOÑO HOYOS no es poseedor de buena fe de las acciones objeto de la adquisición a que se refiere la primera pretensión”.

1.12. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la parte demandante solicita que se impartan las mismas órdenes contenidas en el numeral 1.6 literales a), b), c), d), e), f), g) y h); así como la condena solicitada en el numeral 1.7., conforme se estructuró anteladamente.

2. Fundamentaron las sociedades demandantes sus peticiones en los siguientes supuestos fácticos:

2.1. ECÓPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A., para el 31 de diciembre de 1996 figuraban en el libro de accionistas de INVERCOLSA como propietarias y poseedoras de 178.500.718, 100.126.472 y 100.126.503 acciones, respectivamente, equivalentes al 24.76%, 13.89% y 13.89%, del capital suscrito de aquella.

2.2. "SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S.A. son sociedades subordinadas a ECÓPETROL, como consecuencia de la participación mayoritaria de dicha empresa industrial y comercial del Estado en el capital de cada una de ellas".

2.3. El 20 de diciembre de 1996 el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 2324, mediante el cual aprobó la enajenación y el programa de venta de las acciones poseídas por las sociedades demandantes en INVERCOLSA; así mismo, los artículos 3, 14, 15 y 16 de la Ley 226 de 1995, ordenaron el otorgamiento de condiciones especiales para la adquisición de las acciones ofrecidas por el Estado Colombiano.

2.4. De conformidad con la normatividad vigente, se aprobó el programa de enajenación de las acciones en

INVERCOLSA S. A., de propiedad del extremo demandante, señalando un procedimiento de venta en cuya primera fase se haría una oferta pública para destinatarios exclusivos, entre otros, a los trabajadores activos, pensionados y ex-trabajadores de INVERCOLSA. De igual modo, se estableció que ECÓPETROL debía señalar los aspectos operativos necesarios para llevar a cabo la enajenación, disponiendo que las sociedades comisionistas de bolsa responderían ante las entidades demandantes y ante las Bolsas de Valores respectivas, por la seriedad y cumplimiento de las ofertas de compra que se presenten conforme a lo previsto en el Decreto No. 2324 de 1996, así como por la veracidad de las declaraciones de los comitentes.

2.5. ECÓPETROL, actuando en nombre propio y en representación de SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A., mediante carta del 10 de enero de 1997 le propuso a la BOLSA DE BOGOTÁ S. A., la coordinación de la oferta de venta de la totalidad de las acciones de aquéllas en INVERCOLSA a través de martillos simultáneos en las tres bolsas de valores del país; en atención a dicho propuesta, las bolsas de Bogotá, Medellín y Occidente contrataron con las sociedades demandantes la coordinación de la enajenación de las acciones. En dicho convenio se acordó que la BOLSA DE BOGOTÁ actuaría como coordinadora de las operaciones de oferta pública y en consecuencia se expidió un reglamento e instructivo interno para dicho efecto.

2.6. En el instructivo operativo se estableció que las firmas comisionistas deberían solicitar, cuando se tratara de comitentes personas naturales, certificación de la entidad expedida con no más de treinta (30) días de antelación en la cual constara la

calidad del trabajador según sea activo, pensionado o ex-trabajador, además de disponer que con dicha certificación debía allegarse la oferta; así mismo, se estipuló que a la BOLSA DE BOGOTÁ S. A., como coordinadora de la colocación, le correspondía adjudicar o rechazar las aceptaciones de la oferta pública bajo las reglas contenidas en el Decreto No. 2324 de 1996 y a su vez, a las sociedades comisionistas les correspondía verificar las condiciones que debían cumplir los participantes.

2.7. Para instrumentar la oferta pública se diseñó un formato de aceptación de compra que debía ser llenado por el respectivo comisionista de bolsa en donde aseguraba que la persona natural o jurídica que presentara la aceptación de compra bajo las condiciones señaladas respondería ante ECÓPETROL y ante terceros por todos los perjuicios que causara con su conducta, de acuerdo a la información suministrada y en cuanto al incumplimiento de la aceptación.

2.8. A finales de diciembre de 1996 se inició la primera fase de la oferta pública, y en el martillo adelantado, se canceló un valor de \$63.89 por acción, precio que fue cancelado en su integridad, donde se presentaron las siguientes adquisiciones: a) 145.000.000 de acciones por FERNANDO LONDOÑO HOYOS, como comitente comprador de la sociedad CORREDOR Y ALBÁN S.A.; b) 4.700.000 acciones por ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ y c) 62.607 acciones por el FONDO MUTUO DE INVERSIONES – CONFEDEGAS–.

2.9. FERNANDO LONDOÑO HOYOS, como condición especial para poder participar en la primera fase de oferta, le entregó a la sociedad comisionista una certificación expedida el 9 de

abril de 1997 por el representante legal de INVERCOLSA, quien ya con anterioridad había expedido otra certificación (el día 24 de febrero de 1997) a solicitud de FERNANDO LONDOÑO HOYOS donde este manifestaba que el propósito de la certificación era “hacerla valer en el proceso de venta de las acciones de ECÓPETROL y otras sociedades filiales tienen en INVERCOLSA”. La certificación indicó que, FERNANDO LONDOÑO HOYOS fue designado como presidente de INVERCOLSA en la propia escritura de constitución de la sociedad, del 30 de julio de 1990, y actuó como tal sin interrupción hasta la aceptación de su renuncia por la Junta Directiva el 6 de abril de 1995, teniendo a su cargo las funciones previstas en los artículos 48 y 49 de los estatutos, pero no dijo que FERNANDO LONDOÑO HOYOS tuviera la calidad de ex-trabajador.

2.10. FERNANDO LONDOÑO HOYOS como presidente de INVERCOLSA no estuvo ligado a la sociedad mediante contrato laboral, sino que, su vinculación fue producto de las relaciones comerciales y profesionales que aquél sostuvo con el Sr. JOSÉ URBINA AMOROCHO antes de 1990; por lo que, al no ostentar la calidad de trabajador y en su condición de representante legal de la empresa, no incluyó detalle de ninguna erogación a su favor por concepto de salarios en la primera reunión de la asamblea general de accionistas de la sociedad conforme lo exige el artículo 446 del Código de Comercio, tal como consta en el libro de actas de la asamblea general de accionistas de INVERCOLSA; así como tampoco lo hizo en ninguna otra de las reuniones ordinarias de la asamblea general, de tal manera que en los libros y documentos de INVERCOLSA no hay constancia de pagos de salarios, prestaciones sociales, primas por servicios, cesantías, vacaciones, abonos o descuentos para contribuciones parafiscales a su favor, del mismo

modo que nunca fue inscrito ante el Instituto de Seguros Sociales o ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2.11. No existió entre FERNANDO LONDOÑO HOYOS e INVERCOLSA contrato de trabajo escrito, su vinculación se hizo en desarrollo de un contrato comercial que nunca concurrió con uno laboral, tal como lo prevé el numeral 5 del artículo 20 del Código de Comercio; así lo corroboró el revisor fiscal, suplente de la sociedad, y la Superintendencia de Sociedades en el año 1997; tanto así que, el demandado cobró por sus servicios prestados los honorarios debidos y para el 26 de junio de 1992 los cedió a la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA., a fin de cubrir servicios administrativos y de secretaria.

2.12. La relación de FERNANDO LONDOÑO HOYOS con INVERCOLSA nunca configuró los elementos típicos de un contrato de trabajo, por ello la interrelación de éste con la Junta Directiva y la Asamblea de Accionistas no configuraba grado de subordinación alguna, de ahí que le estaba prohibido legalmente participar en el proceso de venta de las acciones como destinatario de las condiciones especiales; sin embargo, pese a esas restricciones adquirió 145.000.000 acciones de INVERCOLSA en la primera fase de la oferta pública a un precio especial de \$63.89 por acción, operación en la cual la sociedad CORREDOR Y ALBÁN S. A., actuó como su comisionista, esto es, en nombre propio pero por cuenta del comitente comprador, expidiéndose para el caso, el 8 de mayo de 1997, el título No. 349, remitido luego a la Bolsa de Bogotá S. A.

2.13. Posteriormente INVERCOLSA inscribió en el libro de registro de accionistas las prendas constituidas por FERNANDO

LONDOÑO HOYOS sobre las acciones adquiridas; una en primer grado a favor de ECÓPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A. y otra de segundo grado y abierta a favor del BANCO DEL PACÍFICO (PANAMA) S. A. y del BANCO DEL PACÍFICO S. A.

2.14. FERNANDO LONDOÑO HOYOS actuó en contra de la normatividad imperante para la adquisición de las acciones puestas en venta de INVERCOLSA, pues si aún se sostuviera que fue en algún momento de su vida un trabajador al servicio de INVERCOLSA, sólo habría podido expresar válidamente una intención de compra por un número sustancialmente inferior de acciones a las que adquirió, dado que en la Ley 226 de 1995 se estableció un límite aplicable en el caso de los cargos directivos, al prohibir que las personas que los ocuparan adquirieran acciones por encima de un valor máximo equivalente a cinco veces su remuneración anual.

2.15. La sociedad CORREDOR Y ALBÁN S. A., como comisionista de FERNANDO LONDOÑO HOYOS dentro del citado negocio, presentó en la primera vuelta de oferta pública un formato de aceptación de compra acompañado de la certificación expedida por INVERCOLSA, incurriendo en violación a normas legales imperativas, ya que la Bolsa de Bogotá S. A., diseñó un formato de aceptación en donde se hacía responsable tanto el comitente como el comisionista, en cuanto a la exigencia del cumplimiento de las condiciones de los participantes según las directrices del instructivo de operación.

2.16. INVERCOLSA al inscribir en el libro de registro de accionistas la transferencia de las acciones a nombre de

FERNANDO LONDOÑO HOYOS y al expedir a nombre de éste un título correspondiente a 145.000.000 de acciones, violó normas legales imperativas y el derecho público de la Nación.

2.17. Las actuaciones desplegadas por los demandados han perjudicado injustamente a las sociedades demandantes ya que en vez de la democratización de la propiedad accionaria que el Estado quiso llevar según la Constitución y la ley 226 de 1995, han convertido a FERNANDO LONDOÑO HOYOS en poseedor irregular de un importante porcentaje de acciones en el capital de INVERCOLSA, y de mantenerse dicha situación se concentraría de manera ilegal la posesión de las acciones en una persona que no era ex-trabajador de INVERCOLSA y que pagó la millonaria suma de \$9.264'050.000,00 para hacerse a un importante paquete accionario, aprovechando condiciones especiales de venta de las cuales legalmente no era destinatario.

2.18. FERNANDO LONDOÑO HOYOS nunca fue un trabajador directivo al servicio de INVERCOLSA y de haberlo sido estaría sujeto al tope aplicable a los cargos directivos, pero al no recibir una remuneración con causa en un contrato de trabajo, no es posible calcular el tope máximo de acciones que hubiese podido adquirir; no obstante, y en gracia de discusión, si se toman los honorarios pagados en 1994 por INVERCOLSA a FERNANDO LONDOÑO HOYOS ASOCIADOS LTDA por un valor de \$650.000 mensuales y se realizan las operaciones correspondientes, el hoy demandado solo hubiera podido adquirir acciones por un valor máximo de \$39.000.000, de ahí que, de continuar la inscripción de la prenda de segundo grado en el libro de registro de accionistas de INVERCOLSA se permitiría que este último y en perjuicio de las sociedades demandantes, siguiera amparando los créditos que le

otorgaron el BANCO DE PACÍFICO S. A. por valor de \$926'405.000,00 y BANCO DEL PACÍFICO (PANAMA) S. A., por valor de US\$8.750.000 de dólares de los Estados Unidos de América, cuya destinación exclusiva, de acuerdo con el contrato de prenda, consistía en la adquisición de las acciones que originó la demanda.

3. Admitida la demanda mediante proveído del 19 de noviembre de 1997, se dispuso la notificación a la parte demandada; diligencia que, se surtió en forma personal el 20 de febrero de 1998 al representante legal de la sociedad CORREDOR Y ALBÁN S. A., quien dentro de la oportunidad procesal recorrió el traslado del escrito introductorio y propuso como excepciones de mérito las siguientes: (fl. 186 c. 1 t. 1)

3.1. "ADECUACIÓN ABSOLUTA Y PLENA DE CORREDOR Y ALBÁN S.A., A LAS DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS QUE REGIAN LA VENTA DE ACCIONES DE INVERCOLSA" y "EXPOSICIÓN DE UBERRIMAE FIDES POR PARTE DE CORREDOR Y ALBAN S. A.", las cuales se sustentaron en el hecho que la sociedad comisionista se ciñó estrictamente a la Ley 226 de 1995, al Decreto 2324 de 1996 y al instructivo operativo actuando con buena fe y diligencia, de tal suerte que la Bolsa de Bogotá adjudicó la compra del paquete accionario a FERNANDO LONDOÑO HOYOS una vez que revisó y aceptó que se encontraban cumplidos los requisitos por parte de la sociedad CORREDOR Y ALBÁN S. A., por lo que sería inadmisibles imputarle cualquier tipo de responsabilidad en su labor desempeñada.

Añadió, que las certificaciones de trabajo expedidas por el representante legal de INVERCOLSA, no dejaban duda que

FERNANDO LONDOÑO HOYOS trabajó para dicha sociedad desde el 30 de julio de 1990 hasta el 6 de abril de 1995 y que su desvinculación no obedeció a una justa causa por parte de su empleador, de modo que a la sociedad CORREDOR Y ALBÁN S. A. no se le puede exigir funciones que pertenecen al ámbito de los jueces, en el sentido de determinar la existencia de una relación laboral o una supuesta falsedad ideológica en los documentos que a ella fueron presentadas por el adquirente de las acciones.

Puntualizó que respecto de los hechos que le endilgan los apoderados de las entidades demandantes, la Superintendencia de Valores investigó a la firma CORREDOR Y ALBÁN S. A., y decidió archivar la actuación administrativa.

Seguidamente adujo que tanto las disposiciones del Decreto No. 2324 de 1996, como el instructivo operacional no hacían referencia a ex-funcionarios o ex-trabajadores que hubieran ocupado cargos a nivel directivo sino que la interpretación correcta de las normas refiere es a los funcionarios y trabajadores que ocuparan actualmente cargos de nivel directivo, de modo que FERNANDO LONDOÑO HOYOS es destinatario de buena fe de las acciones que adquirió en su condición de ex-trabajador, tal como lo certificara la propia INVERCOLSA.

Finalmente, CORREDOR Y ALBÁN S. A., aseguró que su gestión profesional se limitaba a cumplir una serie de requisitos para presentar la aceptación de la oferta, garantizar su seriedad y cumplimiento, así como la veracidad de las declaraciones de los comitentes, para ello, aportó la fotocopia de la cédula de ciudadanía, las declaraciones de renta y balances, la declaración de intención y la consignación por cuenta del comitente del 10% del valor de las

acciones que trataba la aceptación y de ese modo gestionó como intermediario el registro de las acciones, así como las prendas que sobre ellas pesan, de modo que hasta ese punto recaía su responsabilidad pues no le era de su arbitrio entrar a calificar o descalificar una certificación clara expedida por INVERCOLSA. (fls. 224-247 c. 1 t. 1)

Bajo esas circunstancias de hecho, la entidad CORREDOR Y ALBÁN S. A., formuló denuncia en pleito en contra de INVERCOLSA, la cual fue admitida por el *a-quo* mediante proveído del 26 de noviembre de 1998. (fls. 1-3 y 6 c. 2)

3.2. Así mismo, se surtió la diligencia de notificación al representante legal de INVERSIONES Y GASES DE COLOMBIA S. A. –INVERCOLSA–, quien dentro del término legal contestó la demanda y propuso como medios exceptivos: “ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA SUSTANTIVA PARA ACTUAR DENTRO DEL PROCESO COMO PARTE DEMANDADA POR PARTE DE INVERCOLSA S. A.”, “AUSENCIA DE ERROR DE CONDUCTA, CULPA O ACTIVIDAD POR ACCIÓN O POR OMISIÓN QUE PUEDA SER IMPUTABLE A INVERCOLSA S.A. COMO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE LE IMPUTA PARA SOLICITAR EN SU CONTRA CONDENAS DE CARÁCTER INDEMNIZATORIO”, “AUSENCIA DE INTERES JURÍDICO PARA OBRAR DENTRO DEL PRESENTE PROCESO POR PARTE DE LAS DEMANDANTES EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ECOPETROL Y OTRAS” y “AUSENCIA DE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LAS DEMANDANTES COMO CONSECUENCIA DE LA ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES A LOS QUE SE REFIEREN LOS HECHOS DE LA DEMANDA” en las que se argumentó que el pedimento que incoó la parte accionante relativo a la inscripción de la decisión judicial en el libro de accionistas, son conductas que se imponen por la sola

disposición de la ley, razón que hace improcedente vincular a INVERCOLSA como demandada.

Así mismo afirmó que la responsabilidad que los demandantes le imputan a INVERCOLSA, resulta desprovista de fundamento, ya que realizada la negociación entre las partes, esta última solo podía hacer la inscripción de la negociación de las acciones en el libro de registro de accionistas tal como lo indica el artículo 406 de la Ley Mercantil.

Concluyó, que las sociedades demandantes carecen de interés jurídico para obrar, ya que dentro de las negociaciones de las acciones se limitaron a ofrecer en venta sus acciones dentro de un proceso de privatización de la propiedad accionaria de entidades públicas al precio fijado por el Gobierno Nacional; precio que, fue recibido por las actoras en su totalidad y cumplidamente, razón por la que las demandantes no pueden aducir la existencia de perjuicio alguno causado a sus intereses. (fls. 272-281 c.1 t.1)

3.3. Por último, FERNANDO LONDOÑO HOYOS actuando en nombre propio y mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 1998 manifestó su oposición a la totalidad de las pretensiones, admitiendo que adquirió y pagó en su totalidad 145.000.000 de acciones al precio que ECÓPETROL las ofreció, así mismo, afirmó haber sido presidente ejecutivo de INVERCOLSA durante cinco años ininterrumpidamente bajo la subordinación propia de un contrato de trabajo ante a la Junta Directiva y a la Asamblea General de Accionistas de INVERCOLSA, y si bien a su remuneración se le denominó "honorarios", aquellos se catalogaron así porque incluían no solo sus salarios, sino el pago de otros servicios que su oficina prestaba como la disposición del local,

elementos de trabajo entre otros, y en virtud del artículo 139 del Código Sustantivo de Trabajo dispuso que sus remuneraciones se pagaran a los sociedad donde presta sus servicios profesionales. Agregó, que por haber sido trabajador de INVERCOLSA participó válidamente en el proceso de venta de las acciones de aquella, las cuales canceló con un crédito externo, pero con tan mala suerte para las demandantes que se interpuso en el "repugnante" negocio que los ejecutivos de ECÓPETROL habían "montado" para defraudar a la Nación.

En el mismo documento, FERNANDO LONDOÑO HOYOS propuso como excepciones perentorias "FALTA DE CAUSA", "INEXISTENCIA DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO QUE SE DEMANDA" y la "INNOMINADA", solicitando que se incorporara el contenido de la indagatoria por él rendida ante el fiscal 015 de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca. (fls. 283-303 c.1 t.1)

4. Integrada la relación jurídico-procesal, el juez de conocimiento procedió de conformidad al artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, citando a las partes a audiencia, la cual se declaró fracasada en su primera fase, por cuanto las partes no tenían ánimo conciliatorio; en consecuencia, se abrió a pruebas el proceso teniéndose en cuenta las pedidas por la partes; seguidamente, se corrió traslado para alegar de conclusión, derecho que ejercieron ambos extremos de la litis. (fls. 354-357, 393-400, 404 y 2773-2960 c.1 t.1)

II. INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL DE LA SOCIEDAD ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S. A. – AFIB –.

5. AFIB mediante escrito que milita a folios 2749-2754 tomo VII del expediente, solicitó su intervención como tercero litisconsorte del extremo demandado apoyado en el artículo 52 de la Norma Adjetiva Civil, con el fin de defender y hacer prevalecer las prerrogativas de carácter real que ostenta sobre las acciones emitidas por INVERCOLSA y que son causa del litigio.

Sustentó su petición en los hechos que a continuación se compilan:

5.1. El 27 de mayo de 1999 se inscribió en el libro de registro de accionistas, la cesión de la prenda de segundo grado constituida sobre el título No. 349 representativo de 145.000.000 de acciones, efectuada a AFIB por el BANCO DEL PACÍFICO DE PANAMA y BANCO DEL PACÍFICO S. A.

5.2. El 17 de junio y 16 de julio de 1999, la prenda constituida a favor del Banco del Pacífico y cedida a AFIB pasó a ser de primer grado por el hecho de la inscripción del levantamiento de la prenda de primer grado constituida a favor de las sociedades demandantes sobre el título No. 349.

5.3. El 21 de septiembre de 1999 se inscribió en el libro de registro de acciones de INVERCOLSA, la demanda ordinaria que se debate en la litis.

5.4. El 16 de diciembre de 1999 se canceló el título No. 349 en virtud de su traspaso, a título de dación en pago, a favor de AFIB, y por tanto, para el momento de su intervención ésta era la titular inscrita y poseedora de las acciones que contenía dicho instrumento.

6. En auto del 10 de junio de 2003, el *a-quo* aceptó la intervención litisconsorcial de la parte demandada formulada por AFIB.

7. El Juzgado Veintiocho (28) del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia el 08 de Febrero de 2007, en la que declaró infundadas las excepciones perentorias formuladas por FERNANDO LONDOÑO HOYOS y en consecuencia declaró que su adquisición de 145.000.000 de acciones en la sociedad INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S.A. -INVERCOLSA-, es INEFICAZ de pleno derecho así como su inscripción en el libro de registro de accionistas; declaró que la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS -ECÓPETROL-, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY Y EXPLOTACIONES CONDOR S. A., son propietarias y poseedoras de 145.000.000 acciones en la proporción de la participación de cada una de ellas en el capital social de INVERCOLSA S.A.; ordenó a INVERCOLSA S.A. ajustarse a las disposiciones de fallo, en concreto hacer la inscripción de la sentencia en el libro de registro de acciones de la sociedad, cancelar el registro de adquisición por parte de FERNANDO LONDOÑO HOYOS, finiquitar las inscripciones realizadas, en especial la prenda a favor del BANCO DEL PACÍFICO PANAMA S.A. y del BANCO DEL PACÍFICO S. A. y la dación en pago efectuada a nombre de ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S. A. -AFIB-, inscribir como propietarios de las 145.000.000 de acciones a ECÓPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A., en la proporción de su participación accionaria y emitir los respectivos títulos a nombre de las entidades demandantes; ordenó a FERNANDO LONDOÑO HOYOS y a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA

S.A., restituir a ECÓPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A., el paquete accionario adquirido en la sociedad INVERCOLSA junto con sus dividendos por cada uno de los periodos en que los percibieron sin aplicar sobre ellos indexación, así como la devolución de las nuevas acciones recibidas por concepto de utilidades y/o revalorizaciones dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia; declaró que FERNANDO LONDOÑO HOYOS no adquirió ni fue poseedor de buena fe de las 145.000.000 acciones que compró en INVERCOLSA y como consecuencia no podría repetir contra los demandantes el valor pagado por ellas; denegó las súplicas de la demanda relacionadas con la condena a los demandados a indemnizar los daños causados y; finalmente, absolvió a INVERCOLSA y CORREDOR Y ALBÁN S. A., de las pretensiones formuladas en su contra. (fls. 3115-3171 c.1 t.1)

III. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

8. Inicialmente el sentenciador de primer grado compiló los antecedentes del caso, para luego hacer referencia a los presupuestos procesales, no encontrando reparo alguno en ellos.

9. Seguidamente el *a-quo* reseñó las normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina aplicables al caso concreto, trayendo a colación el artículo 60 de la Constitución Política, 897 del Código de Comercio, la ley 226 de 1995, el Decreto No. 2324 de 1996, el instructivo operativo elaborado por ECÓPETROL, la sentencia C-37 de 1994 de la Corte Constitucional y los comentarios de tratadistas extranjeros en lo atinente a los tópicos de relevancia, validez y eficacia de los contratos.

10. Posteriormente relacionó los documentos que oportunamente fueron aportados por las partes, indicando que la mayor parte del debate probatorio estuvo encaminado a dilucidar y acreditar la forma de vinculación que tuvo LONDOÑO HOYOS con la empresa INVERCOLSA S.A., no obstante encontró que dicho tópico ya fue ampliamente debatido en la justicia del ramo laboral, donde el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito y Sala Laboral de este Tribunal, declararon que no existía relación laboral y/o contrato de trabajo.

Afirmó que FERNANDO LONDOÑO HOYOS al no ostentar la calidad de ex-trabajador incumplió con los requisitos que el negocio jurídico exigía, por ello debía aplicarse la sanción consagrada por el artículo 14 de la Ley 226 de 1995, es decir, la ineficacia del negocio jurídico y la de su correspondiente inscripción.

11. Agregó, que la consecuencia general de ineficacia de un acto consiste en que éste jamás tuvo la virtualidad de producir efectos jurídicos, y en el caso particular se traduce en que las acciones materia de enajenación nunca salieron del poder de ECÓPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A.

Puntualizó que ante la ineficacia de la enajenación de las acciones de INVERCOLSA a favor de LONDOÑO HOYOS, la sociedad emisora –INVERCOLSA– debía inscribir nuevamente a las sociedades demandantes como propietarias en el libro de accionistas, con un derecho de dominio libre de todo gravamen o pignoración, eso sí, luego de haberse efectuado la cancelación de las acciones que figuren a nombre de FERNANDO LONDOÑO

HOYOS y/o ARRENDADORA FINANCIERA BOLIVARIANA INTERNACIONAL -AFIB-.

Anotó que, si bien la inscripción de la demanda ordenada como medida cautelar es posterior al gravamen prendario de segundo grado constituido a favor del BANCO DEL PACÍFICO S. A., la cancelación de este se impone como consecuencia lógica del reconocimiento de ineficacia del acto, tanto más si se considera que en su momento el acreedor prendario inicial conocía la destinación del crédito por él otorgado, todo esto, de acuerdo a los preceptos de los artículos 332 y 690 del Código de Procedimiento Civil.

12. En cuanto a la pretensión de declarar la posesión de mala fe de 145.000.000 de acciones que FERNANDO LONDOÑO HOYOS adquirió de INVERCOLSA, el sentenciador de primer grado consideró que debía despacharse favorablemente de acuerdo al artículo 835 del Estatuto Mercantil y 768 del Código Civil, toda vez que a partir de sus condiciones académicas y profesionales tenía plena conciencia y convicción de que su vínculo con INVERCOLSA S. A., no era de naturaleza laboral; y pese a que la autoridad penal al desatar la investigación adelantada a instancia de la Procuraduría General de la Nación haya concluido la atipicidad del punible de falsedad personal en el proceso de enajenación de las acciones, en manera alguna descarta para los efectos del presente juicio la mala fe que se advierte en el demandado.

Concluyó, que de acuerdo al caudal probatorio recopilado no existía excusa lógica para suponer que el demandado LONDOÑO HOYOS, a sabiendas, de la inexistencia de vínculo laboral con INVERCOLSA, haya decidido participar en el proceso de enajenación de las acciones, creyéndose destinatario o beneficiario

de buena fe en la primera fase de oferta, por lo que estimó justa la pretensión de la actora en el sentido de no reconocerle al demandado el derecho de repetir la suma que pagó por concepto de adquisición de las 145.000.000 de acciones.

En lo atinente al tema de los dividendos producidos por las acciones con posterioridad a su enajenación, el *a-quo* argumentó que al ser considerado el acto de adquisición ineficaz, FERNANDO LONDOÑO HOYOS y la arrendadora AFIB debían restituirlos cualquiera que haya sido la forma de su pago o reconocimiento (los pagados, los decretados y ya pagados en el último año y los decretados y aún no pagados), todos los que se causen hasta la fecha de la inscripción de la sentencia en el libro de accionistas, junto con las nuevas acciones recibidas por concepto de utilidades y/o revalorizaciones; eso sí, sin aplicar sobre ellos indexación, en aras de mantener el equilibrio contractual.

13. En lo que respecta a la pretensión principal de la demanda, relacionada con la condena a cargo de los demandados a indemnizar a las sociedades demandantes por los daños sufridos, estimó el juez que tales daños no fueron debidamente acreditados dentro del plenario.

14. Frente a las peticiones del libelo dirigidas en contra de la SOCIEDAD CORREDOR Y ALBAN S. A., consideró que si bien en los hechos del escrito introductor se narran actuaciones de la referida sociedad como comisionista de FERNANDO LONDOÑO HOYOS, no es menos cierto que en las pretensiones no se impetran declaraciones ni condenas en contra de ésta distintas a la contenida en el numeral siete de las pretensiones principales y seis de las subsidiarias, alusivas a la indemnización a favor de las entidades

demandantes; pese a ello, de acuerdo al principio de congruencia el juez de conocimiento determinó que debía remitirse a las consideraciones ya expuestas, en el sentido de no condenar al pago de ningún daño por no haberse demostrado.

Añadió, el juez de instancia que no puede endilgársele responsabilidad alguna a la firma comisionistas, toda vez que según respondió el representante legal de la Bolsa de Bogotá, la revisión de la documentación presentada por el comitente FERNANDO LONDOÑO HOYOS, era meramente formal sin que por ende comprendiera la comprobación de la veracidad del contenido de aquellos, por lo que concluyó que sobre la sociedad CORREDOR Y ALBÁN S. A. no recaía en principio ningún asomo de responsabilidad.

Ahora, en lo que hace relación a la vinculación de INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S. A., como demandada, tuvo como fin único y exclusivo el ordenar una serie de procederese consecuenciales a la ineficacia del negocio jurídico y la restitución de las acciones adquiridas a favor de los demandantes, ya que no existen en contra de aquella pretensiones diferentes, salvo la que tiene que ver con la pretensa indemnización por los supuestos daños sufridos, pero como fue expuesto precedentemente dicha súplica fue negada por falta de prueba.

En lo que respecta al registro de la transferencia de las acciones que efectuó INVERCOLSA, el *a-quo* adujo que de conformidad al artículo 416 del Código de Comercio dicha sociedad estaba en la obligación de hacerlo y en lo que atañe a la responsabilidad que se le endilga por la expedición de la certificación laboral a nombre de FERNANDO LONDOÑO HOYOS,

afirmó que se insinuó en los hechos pero en manera alguna se incluyó en las pretensiones, por lo que un pronunciamiento sobre el tema se erigiría en un fallo *ultrapetita*, que atentaría contra el venerado principio de congruencia.

15. Frente a las excepciones propuestas por FERNANDO LONDOÑO HOYOS, recordó que la justicia laboral definió que entre éste e INVERCOLSA no existió vínculo laboral, lo cual sirve de firme estribo para corroborar lo ya expuesto, en el sentido que el acto jurídico de adquisición de las acciones es ineficaz, en razón de no haberse reunido las condiciones en la calidad de beneficiario o adquirente real por parte del aceptante de la oferta pública.

16. En lo que hace relación a la intervención litisconsorcial de AFIB, el operador jurídico de conocimiento argumentó que la pretensión de dicha entidad consiste esencialmente en que pese a que se acojan las pretensiones de la demanda los derechos de prenda en cabeza suya sigan vigentes, fundamentándose en el artículo 15 de la Ley 226 de 1995 por creer que su tenencia la ejerce de buena fe; y advirtió que si bien la inscripción de la demanda ordenada como medida cautelar es posterior al gravamen prendario de segundo grado constituido a favor del BANCO DEL PACÍFICO S. A., luego cedido a AFIB, se imponía la cancelación del mismo como consecuencia del reconocimiento de ineficacia del acto de compraventa de tales títulos.

Pese a la reversión de la titularidad del derecho de dominio en cabeza de AFIB, con ocasión de la dación en pago efectuado a su favor por LONDOÑO HOYOS por orden que hiciera

la Superintendencia de Sociedades, resulta cierto que existe un documento que soporta dicho negocio jurídico, por lo que el juez estimó que la restitución de las 145.000.000 de acciones debía hacerse por FERNANDO LONDOÑO HOYOS o AFIB, ya que no se tiene certeza sobre quien en realidad ostenta la posesión material sobre las mismas, al margen de quien figure en la actualidad como titular en el libro de accionistas.

17. Como punto final, el sentenciador de primer grado arguyó que la denuncia del pleito formulada por la sociedad CORREDOR Y ALBAN S. A., en contra de INVERCOLSA no merecía pronunciamiento alguno por sustracción de materia, como quiera que no se accedió a ninguna pretensión en su contra.

IV. MOTIVOS DE LA APELACIÓN

18. EL RECURSO DEL DEMANDANTE. El extremo demandante le atribuyó responsabilidad a la firma comisionista CORREDOR Y ALBÁN S. A. (en adelante "DAVIVALORES S.A.") por cuando, en su condición de intermediario bursátil, profesional especializado y miembro de la Bolsa de Bogotá S. A., "aceptó y fue el comisionista de FERNANDO LONDOÑO HOYOS para la celebración de la compraventa de acciones, en la primera fase del proceso de venta de las acciones poseídas por ECOPETROL y las filiales". (Se resaltó)

Añadió, que Fernando Londoño Hoyos con el propósito de presentarse en la primera fase de la venta de las acciones, entregó a DAVIVALORES S. A., una certificación expedida, el 9 de abril de 1997, por el representante legal de INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S. A. -(en adelante "INVERCOLSA"), allí se dejó consignado que Fernando Londoño Hoyos como presidente de

INVERCOLSA actuó hasta la aceptación de la renuncia por parte de la Junta Directiva el 6 de abril de 1995 "y que tenía a su cargo las funciones previstas en los artículos 48 y 49 de los estatutos de INVERCOLSA".

En tal certificación no se da noticia de que entre INVERCOLSA y Fernando Londoño Hoyos hubiere existido «Contrato de Trabajo» por tanto no se certificó que éste fuere ex trabajador de aquella, calidad que debía tener conforme a las normas legales, reglamentarias y operativas.

Asintió el recurrente que conforme la decisión del Juzgado 9º Laboral del Circuito, confirmada por el Tribunal Superior de este distrito judicial, Fernando Londoño Hoyos no fue trabajador de INVERCOLSA.

Por su parte, DAVIVALORES S. A., en su calidad de comisionista de Fernando Londoño Hoyos, actuó en su representación en la primera vuelta de la oferta pública de venta de las acciones poseídas por ECOPEPETROL y sus filiales y, presentó el formato de aceptación de compra diseñado para el caso, acompañando una certificación de calidad de ex trabajador de Londoño Hoyos, expedida por INVERCOLSA.

Así, entonces, se argumentó por el apelante que conforme al Decreto No. 2324 de 1996, los comisionistas de bolsa, entre sus obligaciones tienen las de: a) responder por la veracidad de las declaraciones de los comitentes y b) responder ante ECOPEPETROL y ante terceros por todos los perjuicios que cause con su conducta, derivados de la información suministrada.

En resumen, señaló el recurrente que, DAVIVALORES S. A., al presentar el formato de compra de acciones en el proceso de venta de ECOPETROL y sus filiales, en la primera fase, junto con una certificación que expidió INVERCOLSA el 9 de abril de 1997 “que no acreditaba la condición de trabajador,” tal calidad no fue verificada por parte de la comisionista de bolsa, como era su deber, luego, dicha conducta “la llevó a incurrir en una violación de normas legales imperativas y del derecho público de la Nación, particularmente la responsabilidad objetiva establecida en el Instructivo Operativo que declaró conocer y en el Formato de aceptación de compra que presentó como comisionista, por lo cual debe responder ante ECOPETROL y sus filiales”, máxime, cuando de tal situación tenía conocimiento de causa, toda vez que: “(i) la presentación del formato de aceptación de compra diseñado por la Bolsa de Bogotá, S. A., que no estuviera conforme con la ley hacía responsable al comitente y al comisionista y (ii) el instructivo operativo exigía verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones previstos en él para los participantes, por los comisionistas. Se trataba pues de una responsabilidad objetiva”.

Uno de los puntos primordiales de la argumentación de ECOPETROL frente a DAVIVALORES S. A., lo afianzó en la –responsabilidad objetiva– deferida del instructivo operativo que declaró conocer y del formato de aceptación de compra que presentó en su condición de comisionista, a lo cual expresó el recurrente: “Tal como se ha visto conforme a lo ordenado por el: (i) artículo 10 del Decreto 2324 de 1999; (ii) numerales 3.2.4. y 3.7. del Instructivo Operativo y (iii) el formato de aceptación de compra, correspondía a CORREDOR Y ALBAN S. A. –COMISIONISTAS DE BOLSA una responsabilidad objetiva, es decir, que estaban obligados a observar determinadas conductas y responsabilidades, so pena de hacerse responsables de lo que ocurriera”, responsabilidad que tiene como virtud desplazar la carga de la prueba a quien debía haber cumplido la normatividad.

En punto a las infracciones o incumplimiento de las obligaciones legales de resorte de INVERSOLSA S. A., la edificó – el apelante – a partir de la inscripción que hizo en el libro de acciones a nombre de Fernando Londoño Hoyos, persona que nunca estuvo vinculada a INVERCOLSA por medio de contrato de trabajo y, al expedir a nombre de él, el título correspondiente a 145 millones de acciones, en franca violación de las normas legales imperativas (Art. 416 C. de Co.) y el derecho público de la Nación, “al permitir que una persona que no ostentaba la calidad de destinatario de condiciones especiales fuera accionista de la sociedad (artículo 60 de la C. N., artículo 3º de la Ley 226 de 1995 y artículo 3º del Decreto 2324 de 1996)”.

Para llegar a esta conclusión, el recurrente, argumentó que antes de realizar la inscripción de transferencia de acciones, debió verificarse el cumplimiento de los requisitos y formalidades, por ende INVERCOLSA no podía hacer el citado registro, porque para ello debía haber comprobado el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 3º de la Ley 226 de 1995, artículo 3º del Decreto 2324 de 1996 y el Instructivo Operativo expedido por la Bolsa de Bogotá, “cual era que Londoño Hoyos era ex trabajador de INVERCOLSA”.

En vista de ello, hizo referencia al variado material probatorio que demuestra que Fernando Londoño Hoyos no era ex trabajador de INVERCOLSA – por ejemplo – la contestación que se hizo en el proceso ordinario laboral que se adelantó ante el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito, lo afirmado por el Dr. Vargas Ramírez en la diligencia de testimonio cumplida el 3 de mayo de 2000: “Yo en mi certificación no hable de un contrato de trabajo, puesto que no existía. Yo me limité a responder por los conocimientos que tenía las preguntas hechas por el Dr. Fernando Londoño y no fui más allá de ellas. (...)” y, otros

interrogantes y sus respectivas respuestas. (Ver folio 34 c. 5 t). También se refirió a la contestación que se hizo al hecho 30 del libelo, así: "Es cierto que nunca existió un contrato de trabajo escrito entre la sociedad Invercolsa y el señor Londoño H.", entre otros medios de prueba.

Insistió en que con base en el artículo 416 de la Ley Mercantil INVERCOLSA no podía hacer inscripciones que no estuvieran sujetas al cumplimiento de las exigencias previstas en las normas legales, estatutarias y reglamentarias que no se hayan cumplido, *v. gr.*, la estipulada en el artículo 3º inciso 2º de la Ley 226 de 1995, esto es, que los destinatarios exclusivos de la venta de acciones eran "los extrabajadores de la entidad objeto de privatización".

Expresó: "Resulta así que INVERCOLSA no podía inscribir la negociación de las acciones efectuada por la Bolsa de Bogotá, en lo que se refiere a Fernando Londoño Hoyos, como quiera que dicha persona no era extrabajador de INVERCOLSA, como expresamente lo reconoció esta sociedad en la contestación de la demanda instaurada contra ella por Londoño Hoyos, e igualmente por lo advertido en el testimonio del Dr. Enrique Vargas Ramírez, representante legal en 1997 de INVERCOLSA, el 3 de mayo de 2000."

Respecto a los daños causados a las sociedades demandantes, en lo que atañe a INVERCOLSA S. A., argumentó que le competía a esta sociedad, la obligación de abstenerse de registrar la transferencia de las acciones a favor de Londoño Hoyos, derivadas de la adquisición irregular de tales acciones, argumentando una calidad que no se tenía "y la misma INVERCOLSA sabía que no era cierta como se demostró en el punto 3.3. de este escrito" (este ítem hace referencia al causal probatorio relacionado con que Londoño Hoyos no era extrabajador de INVERCOLSA)

Señaló el censor, que en la sentencia de primera instancia sí existieron condenas en contra de INVERCOLSA, "basta con revisar lo resuelto en los ordinales 3º, 4º, y 8º de la parte resolutive de la sentencia (literal c) del numeral 2 del punto II de este escrito), para comprobar que efectivamente INVERCOLSA fue condenada conforme con el principio de congruencia (artículo 305 del C. P. C.) y las pretensiones principales de la demanda (numeral 6º, literales e), g), h) e i))".

Añadió que las pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias, conducen a concluir que la vinculación de INVERCOLSA como demandada en el juicio, tiene como fin exclusivo y único, "el de procurar que se ordene en su contra una serie de procederes consecuenciales o subsiguientes a la declaración de ineficacia del negocio jurídico de compra de 145.000.000 de acciones de la sociedad por parte del demandado Londoño Hoyos, y a la orden de restitución de las mismas a favor de las demandantes como efecto inmediato de dicha ineficacia de pleno derecho aquí reconocida, pues no existen en contra de aquélla pretensiones diferentes por causas distintas a la ineficacia, salvo la que tiene que ver con la pretensa indemnización por los supuestos daños sufridos por las demandantes, que como ya se consignó, no resultaron probados dentro del expediente y que como corolario debe ser negada".

19. EL RECURSO DE LA ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S. A. – AFIB S. A. –. AFIB solicitó la revocatoria parcial del fallo dictado por el Juzgado 28 Civil del Circuito de esa ciudad, en los siguientes términos:

Al punto segundo de la parte resolutive, en donde se declaró que la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS – ECÓPETROL–, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S. A., son propietarias y poseedoras de 145.000.000 acciones en la proporción de la participación de cada una de ellas en el capital social de INVERCOLSA S. A., y en

su lugar, se declare únicamente el derecho de dominio y no la posesión.

El *ítem* tercero del fallo de instancia, para que se señale que queda vigente la inscripción de la prenda constituida, inicialmente, a favor del Banco del Pacífico de Panamá S. A. (hoy por cesión en cabeza de AFIB) en aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 226 de 1995.

Revocar los puntos quinto y sexto de la parte resolutive, para excluir a la ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S. A. – AFIB S. A. –, por falta de legitimación en la causa por pasiva para ser sujeto de condenas.

Finalmente, solicitó se aclare la parte final del numeral 3 de la decisión, en el sentido de que los actos cuya inscripción se ordena cancelar en el libro de registro de accionistas de INVERCOLSA S. A., son todos los que se hubieren radicado sobre las 145 millones de acciones objeto del contrato declarado ineficaz, realizados con posterioridad a la inscripción de la demanda.

Empezó por señalar la titularidad que tiene de un derecho de prenda sobre las 145 millones de acciones materia del contrato de compraventa cuya existencia y validez se cuestiona, prenda que tomó vigencia en virtud de la revocatoria de la dación en pago que sobre las acciones prendadas había realizado Fernando Londoño Hoyos, ordenada por la Superintendencia de Sociedades a través de la Resolución No. 312-002479 de noviembre 5 de 2003.

Adicionalmente AFIB es titular del derecho de dominio sobre 192.563.577 acciones incorporadas en los títulos Nos. 868 y

869, distribuidas por INVERCOLSA S. A., a título de frutos o dividendos en especie, acciones emitidas directamente a favor de AFIB según contratos de prenda de abril 30 de 1997 y mayo 26 de 1998.

Tales negocios jurídicos se celebraron antes de trabarse el asunto del epígrafe, en tanto que, la cesión del crédito y de las prendas en beneficio de AFIB, se realizaron y se inscribieron en el libro de registro de acciones, antes de que se registrara la demanda del presente juicio sobre las 145 millones de acciones.

AFIB es titular de 46.230.814 acciones incorporadas al título No. 865 recibidas directamente por ella de INVERCOLSA S. A., a título de frutos, en virtud de su condición de accionista de INVERCOLSA S. A.

Sostuvo también AFIB que la demandante no formuló pretensión contra ésta, por ende su relación con Fernando Londoño Hoyos no fue objeto de recaudo de pruebas en ejercicio del derecho de contradicción. "Por el contrario, las pretensiones estuvieron enderezadas a obtener declaraciones y condenas exclusivamente en contra del señor Fernando Londoño Hoyos y las pruebas recaudadas y controvertidas en el juicio, se encaminaron a acreditar las pretensiones o a sustentar las defensas propuestas por esas partes y concernientes a la relación sustancial existente entre ellas, que fue la única sometida a la decisión del juez".

En conclusión, en la demanda no se registra pretensión reivindicatoria alguna contra terceros, formulada como consecuencia de la de invalidez del contrato demandado. Así, entonces, lo que persigue AFIB es que se le respete su derecho de prenda sobre las 145 millones de acciones.

Alegó que AFIB actuó en el proceso, con el fin de defender el título de adquisición de su antecesor Fernando Londoño Hoyos, así como su derecho de prenda sobre las 145 millones de acciones con apoyo en el artículo 15 de la Ley 226 de 1995.

Argumentó que el *a-quo*, definió el litigio en clara extralimitación frente al debate, dictó un fallo *extrapetita*, que desbordó los linderos de la relación jurídica procesal, al proferir declaraciones y condenas contra AFIB, a pesar de que no estaba vinculada con el objeto de la contienda, vulnerando abiertamente el derecho al debido proceso y de defensa.

Seguidamente, abordó el tema de los efectos que frente a un tercero (AFIB S. A.) se derivan de la declaratoria de ineficacia de la operación de compraventa contenida en la sentencia apelada.

Emprendió su argumento aduciendo que el acto jurídico que derivó derechos para Fernando Londoño Hoyos, dejó de tener existencia jurídica, en virtud de la declaratoria contenida en la sentencia a partir del fenómeno de la ineficacia. (Art. 897 C. de Co.)

En atención a dicho pronunciamiento, afirmó el recurrente, las entregas que las partes se hubieron hecho en virtud del contrato declarado ineficaz, pasan a la situación de meros hechos materiales que deben ser objeto de pronunciamiento judicial, en lo que compete a las partes, para establecer cómo se deben producir las restituciones mutuas.

Frente a los terceros que derivan derechos del negocio jurídico ineficaz, el juez de conocimiento carece de competencia

para hacer pronunciamiento alguno contra ellos, salvo, en el evento en que se hubiere acumulado la acción reivindicatoria consecuenencial, "circunstancia que no se dio en el caso que nos ocupa". Al punto señaló el apelante: "(...) la acción reivindicatoria contra el tercero que no hizo parte del contrato anulado o declarado ineficaz es una acción **real** que requiere de una pretensión concreta, acumulada en el mismo proceso o tramitada en uno distinto, adelantado por quien siendo propietario por los hechos jurídicos derivados del acto declarado nulo o ineficaz, ha perdido la posesión". (en el punto citó jurisprudencia y doctrina)

Así, en el proceso no se está discutiendo la relación jurídica existente entre Fernando Londoño Hoyos y AFIB, como tampoco sus derechos de prenda y de dominio sobre los frutos percibidos que fueron dispuestos por el citado señor para asegurar y pagar el crédito insoluto, sino únicamente la validez o invalidez del contrato celebrado entre ECOPETROL sus sociedades filiales y Fernando Londoño Hoyos, así como las restituciones que entre ellos deben darse como consecuencia de la ineficacia, incluidos los pagos por equivalente cuando quiera que ciertos efectos no puedan retrotraerse. De manera que, el juez de la causa vulneró el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el evento que se admitiera que el *a-quo* sí podía pronunciarse sobre la relación Fernando Londoño Hoyos-AFIB S. A., "es claro que para que se pudiera tomar cualquier pronunciamiento al respecto, en aplicación de lo previsto por el artículo 964 del Código Civil, era indispensable que se analizara la buena o mala fe del tercer poseedor, ponderación esta que en el caso que nos ocupa también brilla por su ausencia, de tal manera que dicha decisión careció completamente de motivación que la sustentare."

20. EL RECURSO DE FERNANDO LONDOÑO HOYOS. El punto materia de apelación, básicamente se centró en que a pesar de la declaratoria de ineficacia del contrato venta de las acciones, no puede condenársele a perder el precio que canceló por ellas, pues ello es viable, únicamente, como consecuencia de la nulidad absoluta por objeto ilícito que opera cuando se demuestra que una parte ha intervenido en la celebración del negocio —a sabiendas— de su ilicitud. Incluso, si lo declarado fuese la nulidad, no podía el demandado Londoño Hoyos ser merecedor de la sanción cifrada en la pérdida del precio, “porque en el expediente no existe prueba alguna que derribe la presunción de buena fe exenta de culpa que la ley establece en beneficio de todos los que intervinimos en el tráfico mercantil”.

De otro lado, si se hubiera probado el elemento —a sabiendas— era necesario que él, apareciera tanto en las vendedoras como en el comprador, de suerte que tampoco por esta vía era posible aplicar la sanción de pérdida del precio, so pena de favorecer un enriquecimiento que repugna al derecho.

Después de realizar una larga reflexión sobre las figuras de nulidad, anulabilidad, inexistencia, ineficacia e inoponibilidad, expresó que las consecuencias que el legislador estructuró para determinados tipos de disconformidades no pueden extenderse a las demás, tal como sucede con el evento contemplado en el artículo 1525 del Código Civil, toda vez que, ni por analogía puede existir la posibilidad de que se termine sancionando y premiando, de contera, a los vendedores, “porque la norma que se está pretendiendo aplicar para alcanzar el propósito tiene alcance restringido y de esa manera debe ser aplicada.”.

Posteriormente, refiriéndose a la sanción que le impuso al demandado Fernando Londoño Hoyos de la pérdida de lo pagado por las 145 millones de acciones, el apelante, se preguntó: de dónde dedujo la consecuencia el fallador?, en qué norma se apoya para concluir que un negocio ineficaz produce un efecto sancionatorio para quien lo celebró supuestamente a sabiendas de que era ineficaz?.

Argumentó que no existe ninguna norma que apoye semejante conclusión, puesto que para llegar a esa *sindéresis* debe suponerse que la decisión judicial fue la de declarar nulo el negocio jurídico, para indagar, si ocurrió la hipótesis normativa del artículo 1525 del Código Civil, de acuerdo con el cual "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Insistió en que no se demostró el elemento –a sabiendas– el *a-quo* la supuso, nótese que no se arrancó de un hecho, en palabras textuales "Como el mago que saca de la vieja chistera la paloma: así surgió la tesis, pura, simple, sugerente eso sí, pero contradictoria".

Tocó el tema del contrato de trabajo, y referido a ello, dijo que el punto no es pacífico ni siquiera para los juristas, luego, no es por ser conocedor de las materias jurídicas donde se denuda la mala fe del comprador, *contrario sensu*, esa experiencia es la que permite advertir que el comprador, dada su condición de abogado, tenía en su haber conocimientos que lo podían llevar a concluir que su relación, por virtud de la aplicación del principio de la realidad, estaba regida por el derecho laboral.

Expresó el demandado Londoño Hoyos que tenía elementos de juicio suficientes para creer que su situación frente a INVERCOLSA S. A., era la de ex trabajador, inclusive, trayendo a colación una decisión de la fiscalía en la que se determinó "Que no había tipicidad en la conducta de falsedad personal que se imputó, por ausencia del elemento subjetivo."

"Esto quiere decir, entiéndase bien, que las pruebas que miró el fiscal, que fueron las mismas que no miró la Señora Juez Veintiocho, rayan el ojo cuando evidencias que no actué para engañar a nadie. Muestran que, si me equivoqué, el error no estuvo precedido de dolo, sino, por el contrario, apagado en elementos objetivos tales como el convencimiento generalizado del aserto, y el alcance de la prueba documental y su reflejo en las disposiciones legales, todos suficientes para que objetivamente creyera en la firmeza de la pretensión esgrimida".

En conclusión, solicita de esta Colegiatura, se revoque el fallo de primera instancia en lo que a la pena de confiscación se refiere, para modificarlo en el sentido de ordenar a las sociedades vendedoras que restituyan al demandado Fernando Londoño Hoyos el precio que recibieron en virtud de la compraventa cuya ineficacia fue declarada, debidamente actualizado con base en el IPC entre la fecha en que fue pagado y la de su restitución, más un interés legal, igual pronunciamiento se reclama de las restituciones mutuas en el entendido de que en la operación de la venta de las acciones no se desvirtuó la buena fe del demandado.

21. EXPOSICIÓN DE DAVIVALORES. Señaló que la obligación supuestamente incumplida, era la de verificar si el señor FERNANDO LONDOÑO HOYOS tenía la condición de ex trabajador de INVERCOLSA; ante esto manifestó que el medio usual para las empresas diligentes de verificar si una persona se presenta como

desempleado, es el de la presentación de un certificado de trabajo expedida por la empresa en la que la persona afirma trabajó, circunstancia que hace ver que los actos de DAVIVALORES no la hacen incurrir en culpa.

Añadió, que se evidencia la temeridad en los argumentos de los demandantes al señalar que la certificación expedida no menciona que FERNANDO LONDOÑO HOYOS haya sido vinculado a un contrato de trabajo, pues es claro que allí se lee que "trabajó al servicio", además que lo común es que un Presidente sea un empleado, y la certificación expedida da fe de que éste puede acceder a la compra de las acciones sin problema alguno por tener las calidades exigidas, es así como lo afirma la Bolsa de Valores de Bogotá.

Igualmente, DAVIVALORES no podía haber hecho nada mas de lo que hizo, pues es claro que con la simple certificación se prueba la calidad de ex empleado del señor LONDOÑO, además la misma ECÓPETROL, en busca de inspeccionar los libros de contabilidad de INVERCOLSA con el fin de verificar la condición de trabajador de FERNANDO LONDOÑO, obtuvo una respuesta negativa de parte del Presidente de INVERCOLSA toda vez que los accionistas tienen limitado el derecho de inspección, es decir que si, ni ECÓPETROL logró verificar tal situación siendo accionista, mucho menos DAVIVALORES.

Agregó, que no existe prueba sobre el perjuicio que la venta de las acciones pudiera ocasionar a las demandantes, además si éste se hubiera configurado, ha debido ser por la actuación del Fernando Londoño Hoyos.

Refiriéndose a AFIB, expresó que utilizó la teoría de la posesión por un lado, y por otro, la del título y, que en el asunto del epígrafe, no estamos hablando de una casa ni de un carro, sino de títulos valores, y no cualquier clase de títulos, "títulos valores nominativos", en donde la ley claramente establece que el tenedor es únicamente aquél que aparece, al tiempo, en el registro que lleva el creador del título y que tiene el título, entonces, si se cae el registro, como en efecto se cayó por la acción popular y se confirmó en la sentencia de la juez 28, no habiendo título cómo se puede alegar posesión de cualquier derecho real sobre un título nominativo, no, es que los títulos nominativos suponen que es tenedor solamente es tenedor el que aparece en el registro, pues no puede haber poseedor porque la posesión se basa en la tenencia que no aparezca en el registro, entonces, toda esa elucubración muy bien armada de la posesión y de la tenencia, y de que en este proceso no se puede condenar a AFIB a que restituya, pues no tiene peso, porque es que resulta que por virtud de la ineficacia desaparece la inscripción y si desaparece la inscripción pues no hay poseedor, en materia de títulos valores, los títulos valores incorporan el derecho y no puede decirse que, por un lado, va el poseedor del título y por otro el que tiene titularidad, porque siempre van unidas, luego, no puede decir AFIB que tiene un derecho real.

V. CONSIDERACIONES

1. Procede resolver las apelaciones contra la sentencia de primera instancia para lo cual se abordarán de manera independiente los recursos interpuestos.

1.1. La apelación de la parte demandante.

1.1.1. Se duele el demandante de que no se haya condenado a las demandadas INVERCOLSA y a DAVIVALORES S.A. por los daños que sufriera la actora y que considera demostrados, condena que, en su sentir, tiene fundamento en la indiscutible responsabilidad de las demandadas.

1.1.2. Sea lo primero advertir que en el libelo se incluyó como pretensión principal, la de indemnización de perjuicios y se solicitó se condenara a los demandados a indemnizar “los daños directos y ciertos previsibles e imprevisibles” sufridos por las demandantes como consecuencia de la celebración y ejecución de la compraventa de acciones en Invercolsa por parte de Fernando Londoño Hoyos, como comitente comprador y DAVIVALORES S.A. como comisionista. La misma pretensión se incluyó como pretensión subsidiaria.

1.1.3. Tales pretensiones tienen sustento en los hechos correspondientes, en los que se relató la forma como cada uno de los demandados ejecutó acciones que según la actora le causaron un perjuicio que debe ser indemnizado.

1.1.4. Mirado el asunto desde la óptica de la indemnización preciso es advertir que, en principio, el reconocimiento de la ineficacia no genera perjuicios pues el reconocimiento de que el acto no es idóneo es una cuestión que no puede servir de base para admitir de plano *per se* cualquier clase de daño a resarcirse. Significa esto, que si un negocio jurídico es ineficaz no necesariamente concede la posibilidad de la reparación.

1.1.5. Sin embargo, si llegare a reconocerse que un negocio jurídico es ineficaz podría admitirse la posibilidad de

indemnización de perjuicios si se prueba que a un contratante se le causó daño por la conducta del otro, de índole antijurídica, en cuanto ésta fue determinante para que tuviera ocurrencia la ineficacia del negocio. Esta posibilidad expresamente se consagra, por ejemplo, en el artículo 1870 del Código Civil según el cual "la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno..... El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe".¹

1.1.6. En el caso concreto los perjuicios derivados de la declaración de ineficacia no pueden ser endilgados a la sociedad DAVIVALORES S. A., quien no fungió como parte en el negocio de la venta sino que actuó en su calidad de comisionista, y en consecuencia, los perjuicios que se le pudieran reclamar serían los que se refieren al incumplimiento de sus deberes como comisionista, que no como parte interesada en la negociación.

1.1.7. Ahora bien, entendida la pretensión séptima (7ª) principal de la demanda y la sexta (6ª) subsidiaria como una pretensión indemnizatoria independiente, estas debieron negarse como lo hiciera la falladora de la primera instancia, como pasa a verse a continuación.

1.1.7.1. Para empezar, es punto pacífico el contrato celebrado entre DAVIVALORES S. A. y Fernando Londoño Hoyos, pues ambos aceptaron que se trató de una comisión para la presentación de la oferta de compra de acciones de INVERCOLSA, por lo que, la controversia se reducirá a establecer de cara a la argumentación de la recurrente, las obligaciones de la comisionista

¹ Laudo arbitral de Jaime Gilinski Bacal y otros contra Bancolombia S.A. y otros.

de bolsa y la responsabilidad que pudiera derivarse de su presumible incumplimiento.

1.1.7.2. Conforme el artículo 1287 de la Ley Mercantil, la comisión es un contrato de gestión de intereses de otro, donde se delega a un profesional la ejecución de cierto negocio, en el que actuará en nombre propio y por cuenta ajena, acuerdo que, al ser una especie de mandato, está sometido a tales reglas, siempre que no rivalicen con su naturaleza.

1.1.7.3. Asimismo, tratándose de la comisión para la compraventa de valores en bolsa (acciones, bonos, etc.) puede ser asumida únicamente por las sociedades inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, según el artículo 7º de la Ley 27 de 1990 y el artículo 1º del Decreto 1172 de 1980, las cuales no solo pueden obrar como intermediarios en la colocación de títulos, garantizándola parcial o totalmente, o incluso adquiriéndolos por cuenta propia, sino que también están facultadas para prestar asesoría en actividades relacionadas con el mercado de capitales, a términos del canon 7º de la ley 45 de 1990.² De otro lado, el instructivo operativo definió el término *acceptante* así: "Sociedad Comisionista miembro de la respectiva Bolsa de valores que presente una aceptación a la Oferta Pública por cuenta de sus comitentes".³

Los artículos 1268 del Código de Comercio y 7º del Decreto 1172 de 1980, así como en las Resoluciones 400 y 1200 de 1995, junto con la Circular Externa 10 de 1991, expedidas estas por la Superintendencia de Valores, enuncian varias obligaciones a cargo del comisionista de bolsa, *v. gr.*, mantener informado al comitente sobre las transacciones ordenadas, rendirle cuentas de

² "Comisionistas de bolsa. Las sociedades comisionistas de bolsa deberán constituirse como sociedades anónimas y tendrán como objeto exclusivo el desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores. (...)".

³ Folio 25 cuaderno No. 1. l. l.

las mismas, guardar reserva frente a terceros sobre sus actividades, celebrar los negocios sin inducir en error a los contratantes y asesorar al inversionista, brindándole suficientes elementos para adoptar sus decisiones. Finalmente, debe recordarse que los artículos 1.1.1.2. y 1.1.3.1., de la Resolución 1200 introducen la lealtad, el profesionalismo y la adecuación a la ley como principios orientadores en materia de conflictos de intereses y prevén que el comisionista deberá abstenerse de "(...) e.5. Preparar, asesorar o ejecutar órdenes que según un criterio profesional y de acuerdo con la situación del mercado, puedan derivar en un claro riesgo de pérdida anormal para el cliente, a menos que, en cada caso, éste de por escrito autorización expresa y asuma claramente el riesgo respectivo".

1.1.7.4. En compendio, el comisionista debe cumplir su encargo como un profesional diligente y eficaz, en orden a lo cual ha de emplear los medios a su alcance, a la vez que informar al comitente de modo inteligible sobre el negocio, según su grado de inexperiencia o desconocimiento, enterándolo de la situación del mercado –tasas, emisores, seguridades y riesgos–, así como pidiéndole datos sobre sus necesidades y expectativas, en aras de establecer su perfil de inversión, a más de presentarle opciones y orientarlo en su escogencia, para que no asuma riesgos de pérdida anormal.

1.1.7.5. Ya específicamente, en lo que atañe a la oferta de acciones a efectos de llevar a cabo la venta a que se refiere el Decreto 2324 de 1996 establecido está que los participantes debían cumplir las siguientes condiciones:

(i) Los participantes podrían realizar sus aceptaciones a la oferta por cualquier número de acciones y en forma incondicional.

(ii) Los aceptantes que participen en la oferta pública deberán efectuar sus aceptaciones de compra por escrito y de manera individual en sobre cerrado, en el formato autorizado por las Bolsas de Valores para tal efecto y deberán adjuntar los documentos que acrediten la calidad del comitente. No se consideran aceptaciones de compra en formatos diferentes ni aquellas que estén enmendadas y/o incompletas.

(iii) Los funcionarios que ocupen cargos de nivel directivo en INVERCOLSA, solo podrán adquirir por un valor máximo de cinco (5) veces su remuneración anual.

(iv) Cualquier oferta de compra presentada por un número de acciones superior al límite legal en el numeral 2.1. si cumple con las demás condiciones establecidas en el decreto 2324 del 20 de diciembre de 1996 y el presente Reglamento Operativo, se entenderá presentada por la cantidad máxima establecida.

(v) Las firmas comisionistas deberán solicitar cuando se trate de comitentes personas naturales certificación de la entidad expedida con no más de treinta días de antelación, en la cual conste la calidad de trabajador activo o pensionado o de ex trabajador. En el caso de los ex trabajadores la certificación deberá especificar la causa del retiro.

(vi) Tratándose de asociaciones de empleados o ex empleados de INVERCOLSA; los sindicatos de trabajadores; las federaciones y confederaciones de sindicatos de trabajadores; fondos de empleados; fondos mutuos de inversión de empleados; fondos de cesantías y de pensiones; entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa, podrán adquirir acciones

hasta por un monto igual al límite máximo autorizado por las normas legales que regulen la actividad de cada una de tales entidades. Las sociedades comisionistas de bolsa deberán solicitar y adjuntar certificado del máximo órgano social respectivo que autoriza al representante legal la compra de las acciones.

(vii) De acuerdo con la ley 190 de 1995 y con el fin de velar por el cumplimiento de las normas legales sobre prevención de actividades delictivas, las sociedades comisionistas que intervengan en el proceso de enajenación, deberán dar cumplimiento al artículo 40 de la citada ley.

Ahora bien, las sociedades comisionistas deberían verificar el cumplimiento de tales condiciones, y, conforme el artículo 10° del Decreto No. 2324 de diciembre 20 de 1996 "(...) las sociedades comisionistas de bolsa responderán ante la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol-, Explotaciones Cóndor S. A. y South American Gult Oil Co., y ante las bolsas de valores respectivas, por la seriedad y el cumplimiento de las ofertas de compra que se presenten conforme a lo previsto en el presente Decreto, así como por la veracidad de las declaraciones de los comitentes".

Como primera medida, recuérdese que son imperativas las normas de observancia forzosa, obligatoria, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios y, obedecen al *ius cogens* u orden público, de donde se desprenden intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, modificación como tampoco interpretación extensiva o analógica y comportan, por supuesto, restricciones a la autonomía privada y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos.

1.1.7.6. Se destaca de ese texto (Art. 10º) el uso del mandato imperativo «responderán», pues una lectura inicial daría a entender que de modo inexorable se trata de un caso de responsabilidad objetiva, y que no hay lugar a juzgar el grado de culpa en que pudo haber incurrido DAVIVALORES S. A., por los daños directos y ciertos sufridos por las sociedades demandantes en virtud de la celebración y ejecución de la compraventa de las 145.000.000 de acciones en INVERCOLSA por parte de Fernando Londoño Hoyos.

No obstante la aserción imperativa de la norma, viene al caso una mirada sistemática del Código Civil, en lo que atañe a las estipulaciones “DEL MANDATO”, tras lo cual emerge que la responsabilidad no puede aplicarse de cualquier modo y que siempre que se trate de incumplimiento en las obligaciones del mandatario, debe examinarse si medió algún grado de culpa, obrar negligente, mala fe, deslealtad o dolo de la parte.

Recuérdese aquí, que el mandato como cualquier otro contrato, sugiere el devenir de unas obligaciones a cargo de las partes y, el legislador no derivó *per se* responsabilidad objetiva de resorte del mandatario; nótese que, según voces del inciso *in fine* del artículo 2184 del Código Civil, el mandante debe probarle culpa al mandatario si se quiere exonerar en el cumplimiento de las obligaciones que el artículo enumera.

1.1.7.7. En ese orden de cosas, adentrándonos en el aspecto probatorio del *sub-iudice*, en el Boletín Informativo para Comisionistas expedido por la Bolsa de Bogotá, S. A., en el Capítulo III “CONDICIONES DE LA OFERTA” numeral 3.3. “Requisitos que debe cumplir las Ofertas de Compra”, literal b) refiriéndose a trabajadores

activos o pensionados y ex-empleados de INVERSOLSA o de CICOLGAS se estipuló: "Certificación de la entidad expedida con no mas de treinta días de antelación, en la cual conste la calidad del trabajador activo o pensionado o de extrabajador. En el caso de los extrabajadores, la certificación deberá especificar la causa del retiro". (fl. 1171 c. 1. t. II)

María de la Gracia Susana Gómez Rodríguez (fls. 1137-1140 c.1), Vicepresidente de Gestión Bursátil de la Bolsa de Bogotá, evocó: "(...) Durante el transcurso del tiempo la Bolsa de Bogotá terminó de acordar el contrato que se acostumbra firmar con los ordenantes en este tipo de operaciones, el cual fue suscrito por Ecopetrol y las (sic) tres Bolsas del País el 28 de abril de 1997 y que simplemente establece las condiciones de remuneración económica para las Bolsas y las obligaciones entre las partes sin afectar para nada los términos de la oferta pública de venta de las acciones contenidas en los avisos publicados y las reglas previstas en el instructivo operativo. ...".

También señaló, cuidadosamente, el procedimiento que se surtió referente a la presentación de ofertas, cierre de urnas y el mecanismo de apertura y calificación de las mismas y, en relación con la realizada por el demandado Fernando Londoño Hoyos, expresó: "(...) y luego se procedió en forma inmediata a revisar que los documentos acreditaran o contuvieran la información requerida en el citado aviso. Una vez realizada dicha revisión y considerando que la oferta presentada por Corredor y Albán por 145 millones de acciones y cuyo comitente comprador según los documentos aportados en el sobre era el señor Fernando Londoño Hoyos cumplía los requisitos previstos en el aviso publicado el 31 de diciembre de 1996 por Ecopetrol se procedió a aceptar la oferta de compra presentada y a ser (sic) considerada la adjudicación de las acciones. ...". (fls. 1137-1140 c. 1 t. II)

Las certificaciones expedidas por Enrique Vargas Ramírez se registran con fecha febrero 24 y 9 de abril de 1997 y, en

ellas se ilustra el tiempo en que Fernando Londoño Hoyos estuvo en el cargo de Presidente Ejecutivo de INVERCOLSA, las funciones que desempeñó y “que trabajó por el tiempo y con las responsabilidades que más adelante precisaré”, certificados que como lo manifestó el propio Vargas Ramírez, él las expidió: “Sí yo las expedía tanto la del 24 de febrero, como la del 9 de abril de 1997. Se requirió un segundo certificado por cuanto se requería según él lo pidió un certificado de fecha reciente, ...”. (fl. 409 vto. c.1 t.1)

En ese orden de ideas, lo verdaderamente relevante en este caso, es que DAVIVALORES S. A., no tenía por qué, entrar a establecer si lo certificado por INVERCOLSA S. A., era o no verídico; su labor, a la luz del instructivo informativo estaba enmarcada en la existencia formal de la certificación, como requisito para la postura de compra de las acciones de ECOPETROL, tan es así, que para establecer si entre INVERCOLSA y Fernando Londoño Hoyos existió un contrato de trabajo debió abrirse todo un juicio ordinario a fin de clarificar dicha situación, por lo tanto el aspecto sustancial que conllevó la expedición de la certificación, era un punto insalvable que no tenía por qué, asumir su veracidad la comisionista DAVIVALORES S. A.

1.1.7.8. Así las cosas, no se probó que la comisionista haya actuado con ligereza, o que su obrar haya sido negligente o de mala fe, de suerte que no se demostró la culpa de ésta y por ende el incumplimiento en sus oficios que ameritase una declaratoria de condena. Amén de ello, el contenido de las certificaciones no puede concebirse, de suyo en una responsabilidad objetiva de DAVIVALORES S. A., por dos razones básicamente. La primera, ya esgrimida, no era de su resorte el verificar que lo dicho allí se aparejase con la realidad de los hechos y en segundo lugar, el

instructivo operativo, llanamente le imponía una verificación formal de los documentos de los comitentes, luego, al no estar demostrado por ninguno de los medios de prueba el incumplimiento que se le endilga a ésta, en el punto de la responsabilidad de DAVIVALORES S. A., para la Sala de Decisión, la sentencia apelada en este aspecto debe confirmarse.

2. De otro lado, en lo que atañe a la sociedad INVERCOLSA, el *a-quo* insistió en que ninguna pretensión distinta de la indemnizatoria se deprecó contra ésta, sin embargo, resolvió el fondo del asunto al afirmar que el actor no tuvo en cuenta que de conformidad con el artículo 416 del Código de Comercio la sociedad no podía negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones, es decir, concluyó que por tal aspecto ninguna responsabilidad cabía a la demandada.

2.1. Y en cuanto a la responsabilidad de Invercolsa por la expedición de la certificación el *a-quo* afirmó que sería un fallo *extrapetita* aspecto en el que concierta la Sala toda vez que en los hechos de la demanda no se endilgó tal responsabilidad a la demandada sino únicamente la relativa a la inscripción de la transferencia de las acciones, asunto que por demás debía cumplir la sociedad en apego a lo preceptuado en el artículo 416 *idem* según el cual la sociedad no puede negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones sino por orden de autoridad competente, o cuando se trate de acciones para cuya negociación se requiera determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido.

2.2. En efecto, ya se ha decantado, que la enajenación de las acciones de ECÓPETROL y sus filiales, se sujetó a unas

condiciones derivadas del contrato de venta y del instructivo operativo, tal vez estos dos documentos son la «carta de navegación» tratándose de la enajenación de las acciones que ECÓPETROL y sus filiales poseían en la sociedad INVERCOLSA S. A., por consiguiente, la inscripción de las acciones fue el fruto de un procedimiento previo, tal como lo reseñó la testigo María de la Gracia Susana Gómez Rodríguez – Vicepresidente de Gestión Bursátil de la Bolsa de Bogotá – quien con lujo de detalles esgrimió el procedimiento referente a la intención de compra de las aludidas acciones. Señaló la testigo que la Bolsa de Bogotá, emitió el Instructivo Operativo para la venta de las acciones de INVERCOLSA a través de las Bolsas de Valores de Bogotá, Medellín y Occidente.

Igualmente narró, que el 2 de mayo de 1997 se inició el procedimiento de apertura de la urna contentiva de las intenciones de oferta y ordenados cronológicamente los documentos, se encontró como primera oferta la realizada por la comisionista DAVIVALORES S. A., y verificados los documentos “y considerando que la oferta presentada por Corredor y Alban por 145 millones de acciones y cuyo comitente comprador según los documentos aportados en el sobre era el señor Fernando Londoño Hoyos cumplía los requisitos previstos en el aviso publicado el 31 de diciembre de 1996 por Ecopetrol se procedió a aceptar la oferta de compra presentada” y por supuesto hacer considerada para la adjudicación de las acciones. “Terminado el proceso de revisión y aceptación de ofertas la Bolsa de Bogotá, en su condición de Bolsa coordinadora procedió a adjudicar a cada una de las ofertas de compra la cantidad de acciones demandada en cada una de ellas y luego de dicha adjudicación cerró el proceso de la oferta de venta”.

Significa lo anterior, que INVERCOLSA, no tuvo participación activa en dicho procedimiento y simplemente le correspondía realizar la inscripción que se le informase conforme el

resultado de las intenciones de compra y, en esa medida, no tenía por qué estar presta a conocer los pormenores relacionados con los requisitos que debían cumplirse, aún la situación que surgió sobre si el señor Londoño Hoyos era o no su ex-trabajador.

2.3. De otro lado, se pretexto que dicha inscripción le causó perjuicio a las entidades demandadas y que, INVERCOLSA debe ser condenada a resarcirlos, tal como se desprende de las pretensiones 7ª principal y 6ª subsidiaria.

2.3.1. Sin embargo, recuérdese que el daño objeto de reparación, como el que se pretende judicialmente, le compete a su actor demostrar, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la enajenación de las pluricitadas acciones. Significa esto que, el daño susceptible de reparación debe ser directo y cierto y no meramente eventual o hipotético, esto es, que se presente como consecuencia de la culpa y que aparezca real y efectivamente causado. Amén de ello, los perjuicios están restringidos y limitados a los que tengan relación directa con la actividad que se dice lesiva de aquella y, en verdad, por el sólo hecho del registro que realizó INVERCOLSA de las 145 millones de acciones adjudicadas a Fernando Londoño Hoyos no puede considerarse *per se* la existencia de un perjuicio que deba indemnizarse. Razón suficiente para despachar impróspero el argumento de ECÓPETROL frente a INVERCOLSA S. A.

2.3.2. Igual conclusión debe aplicarse a Fernando Londoño Hoyos frente a la pretensión que le hace ECÓPETROL de que debe indemnizarle los perjuicios causados por la compraventa irregular de las acciones.

3. La apelación de Fernando Londoño Hoyos.

3.1. Se adentrará la Sala en los conceptos de ineficacia y nulidad a fin de resolver las cuestiones planteadas por este demandado en su recurso.

3.1.1. Se dice que un negocio jurídico es eficaz cuando tienen lugar los efectos jurídicos a los cuales se dirige *contrario sensu* es ineficaz cuando no tienen lugar los efectos jurídicos pretendidos debido a que el ordenamiento jurídico así lo impone.⁴

De ineficacia se habla en dos sentidos: El primero, el más amplio y genérico comprende todas las hipótesis en que el negocio jurídico no produce efectos o, en caso de producirse, están destinados a desaparecer.

“Con este criterio, todas las categorías que sancionan la irregularidad del negocio jurídico son ineficacias. La ineficacia sería el género para designar todas aquellas situaciones que por una u otra razón llevan el negocio jurídico a no producir efectos. La inexistencia, la nulidad e incluso resolución e inoponibilidad, serían meras especies de ineficacia.

Si eficacia es la aptitud para producir efectos la ineficacia sería lo contrario, es decir la ausencia de efectos debido a la irregularidad del negocio jurídico, que no es otra cosa que la disconformidad del negocio producido, con aquel que es señalado por la norma jurídica.”⁵

El concepto de ineficacia en sentido estricto, se utiliza para referirse al negocio que, aún siendo válido, no es de suyo suficiente para dar nacimiento a los efectos previstos, o estos se malogran en todo o en parte. “Se trata más bien de una frustración de los efectos finales del negocio jurídico como consecuencia de causas extrínsecas al mismo, tales como el evento del incumplimiento, la revocación, etc.”⁶

⁴ Karl Larenz. Derecho Civil, Parte general.
⁵ Jaime Alberto Arrubla Paucar. Contratos mercantiles.
⁶ Ibidem.

La ineficacia en sentido estricto "presupone pues que ya haya sido resuelta en sentido positivo la valoración relativa a la relevancia y a la validez del acto de autonomía privada y que, sin embargo, el negocio no se considera idóneo a nivel dinámico (o como también se suele decir funcional) para la ejecución plena de la ordenación de intereses prevista en la autoregulación."⁷

El Código de Comercio disciplinó la figura de la ineficacia en el artículo 897 que establece: "Cuando este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial."

La ineficacia consagrada en el Código de Comercio, no encuadra dentro de ninguno de los criterios de ineficacia anteriormente expuestos y reconocidos por la doctrina universal, a tal punto que esta norma incluida en la legislación colombiana es considerada por diversos tratadistas como una figura inútil, extraña, imprecisa y confusa y advierten que "si no existiere el artículo 897 del estatuto mercantil, todos los casos de ineficacia que aparecen diseminados en el Código serían nulidades absolutas por contrariarse una norma imperativa."⁸

En efecto, la ineficacia del artículo 897 del Código de Comercio es considerada "como una figura *sui generis*, al parecer sin antecedentes y desprovista de perfiles nítidos y de autonomía", al punto que tal estatuto no consagró causales generales de ineficacia, como si las hay para la nulidad y para la inexistencia, sino que dispuso un número de ineficacias particulares consagradas para castigar en forma expedita y sin intervención judicial ciertas violaciones de normas, tales como las que aparecen consagradas en los artículos 112, 198, 200, 297, 318, 407, 433, 435, 501, 524, 670, 678, 712,

⁷ Derecho Civil Tomo I Volumen II Hechos y actos jurídicos. Lina Bigliuzzi Geri y otros. Traducción Fernando Hinestrosa Universidad Externado de Colombia.

⁸ Jaime Alberto Arrubla Paucar. Contratos mercantiles

1005, 1045, 1055, 1203, 1244 en los cuales “quizá con las solas excepciones de los relativos a las asambleas de socios, a la expedición de títulos-valores y a algunos de los elementos del seguro, en donde pudiera pensarse que se configuraría la inexistencia, prevenida en el artículo 898, se trata incuestionablemente de la nulidad de determinadas cláusulas por contrariedad a normas imperativas, eventualidad contemplada en el artículo 899, tanto en el numeral 1º como en el 2º por lo cual lo primero que se ocurre es preguntar a qué esa repetición innecesaria y a qué la creación inútil de una figura extraña, imprecisa y confusa.”.

Entonces, la ineficacia consagrada en el art. 897 del Código de Comercio y que opera en los casos en que tal normatividad dice que el acto no produce efectos o que es ineficaz de pleno derecho, se manifiesta en algunos casos como inexistencia, en otros como nulidad absoluta, no obstante la inclusión de la expresión de que no requiere de declaración judicial, y en otros como una verdadera y auténtica ineficacia.

Hay inexistencia –por ejemplo– en el caso consagrado en el artículo 670 que prevé que los títulos creados en contravención a la prohibición de expedir títulos al portador fuera de los casos autorizados expresamente en la ley, no producirán efectos como títulos valores.

A su vez el numeral 4 del artículo 110 que dispone que la extensión indeterminada del objeto social será ineficaz “no se trata de un caso de ineficacia propiamente dicha, sino más bien de violación de una norma imperativa, la cual acarrearía la nulidad absoluta (art.899), pero a la cual se le dan los efectos de pleno derecho.”⁹

⁹ Humberto de la Calle Lombana. Inexistencia, nulidad e ineficacia en el derecho mercantil.

Y, la sanción consagrada en el artículo 150 según el cual las cláusulas del contrato que priven a algún socio de toda participación en las utilidades se tendrán por no escritas "no parece un caso de ineficacia propiamente dicha, ya que es la validez misma de la cláusula, aún aceptada por los socios la que está en duda. Tampoco es un caso de inexistencia puesto que ésta se refiere a la falta de elementos constitutivos o solemnidades esenciales. Entonces hemos hallado otro caso de nulidad absoluta de pleno derecho."¹⁰

Y hay otros eventos de verdadera ineficacia como el consagrado en el artículo 297 según el cual no produce efecto alguno respecto de la sociedad y los demás socios la cesión del interés social y la delegación en un extraño de las funciones de administración y vigilancia de la sociedad.

"En los supuestos de inexistencia, la prevención de ausencia de efecto y de no necesitarse declaración judicial, sobra del todo"¹¹ y en lo relativo a la nulidad, nulidad de pactos o cláusulas por contrariedad del *ius cogens* no aparece acertada la creación de una medida adicional a la nulidad absoluta propia de estos casos, con el nombre de ineficacia, en cuanto elimina la intervención del juez, para estatuir una nulidad virtual al capricho de los particulares y de autoridades administrativas, vaya a saberse si imprescriptible y cuya aplicación de ninguna manera podría hacerse a espaldas de la jurisdicción, del derecho de defensa y del debido proceso."¹²

3.1.2. Dada la redacción equívoca de las disposiciones del Código de Comercio que regulan la materia, se hace necesario precisar en cada caso concreto cuál de las distintas modalidades de inoperancia se configuró.

Cuando se trata de un negocio jurídico realizado en contravención de norma imperativa no queda la menor duda que está viciado de nulidad absoluta pues en el Código de Comercio las

¹⁰ Ibídem
¹¹ Hiestrosa, libro citado
¹² ibídem

causales de nulidad absoluta son la incapacidad absoluta, la ilicitud del objeto y la ilicitud de la causa, y la infracción de norma imperativa, a menos que el propio precepto castigue esa violación con pena diferente la cual puede ser la ineficacia de pleno derecho, la cual no es mas que una nulidad absoluta que no requiere de declaración judicial.

Esta causal de nulidad absoluta está consagrada también el Código Civil aunque no de forma autónoma sino ligada al concepto de objeto ilícito ya que el artículo 1523 dispone que haya así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

3.1.3. Así las cosas, queda claro que aquellos negocios jurídicos que contrarían el *ius cogens* quedan afectados de nulidad absoluta, solo que en la legislación colombiana en los casos específicamente señalados en el Código de Comercio y en algunas disposiciones especiales como la que hoy ocupa a la Sala, tal sanción del negocio jurídico se consagró con el nombre de ineficacia a fin de eliminar la intervención judicial, lo que a la postre no constituye verdad absoluta porque ésta se hace necesaria cuando el acto como hecho humano que es, ha producido consecuencias frente a las cuales se hace necesario un pronunciamiento judicial.

En otras palabras, "el nuevo Código de Comercio se caracteriza precisamente por consagrar en muchas de sus disposiciones la ineficacia como sanción que ha venido a desplazar en una medida importante, el tradicional castigo de la nulidad"¹³ cuya principal característica es la de "privar de todo efecto, sin necesidad de intervención judicial, las estipulaciones violatorias de ciertas normas imperativas, consideradas por el legislador como particularmente graves".¹⁴

¹³ Gaviria Gutiérrez Enrique. Lecciones de derecho comercial. Medellín. Dike 2ª edición, 1987, págs. 201a1 209.
¹⁴ Ibídem

Y no se diga que en estos casos, cuando la ineficacia se configura por violación de norma imperativa se asimila a la inexistencia pues “en la ineficacia hay un acto que no produce efectos, en la inexistencia hay, en cambio, ausencia de acto”, “y mientras la ineficacia es una sanción por violación grave de ciertas normas imperativas, la inexistencia no tiene sentido de castigo y es, mas bien, una exigencia para lograr la configuración típica de los contratos o para asegurar su certeza mediante el cumplimiento de determinada solemnidad.”¹⁵

Por ello si bien puede sostenerse que un acto inexistente no produce efectos, no puede decirse que un acto ineficaz sea inexistente. “La ineficacia se refiere exclusivamente a los efectos de un acto jurídico, sin tener en cuenta si ese acto es existente y es válido o no lo es. Podría decirse, en efecto, que hay una ineficacia absoluta y una ineficacia relativa, simétricamente a lo que ocurre en el caso de las nulidades; la ineficacia absoluta sería una consecuencia inmediata de la inexistencia, puesto que en sana lógica – y ésta no puede ser ajena al derecho- lo que no existe no puede producir efectos; no obstante hay casos de ineficacia absoluta o *erga omnes* aún tratándose de actos cuya existencia o cuya validez no se cuestionen, como la prevista en el artículo 150 del Código, lo mismo que los casos de ineficacia temporal, como los que se prevén en el artículo 407 del mismo Código, en forma de suspensión temporal de sus efectos. La ineficacia relativa sería a su vez, una verdadera y simple inoponibilidad, como falta de efectos solamente respecto de algunas personas o situaciones jurídicas, como ocurre en los distintos casos de inoponibilidad previstos en el Código para los actos sometidos a la inscripción en el registro público de comercio, so pena, precisamente, de no ser oponibles a terceros sin esa inscripción”¹⁶

Luego, si un negocio jurídico es ineficaz de pleno derecho por contrariar una norma imperativa, quiere decir que está viciado de nulidad absoluta, y por ende se aplican todos y cada uno

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Gabino Pinzón. *Sociedades comerciales. Vol II Tipos o formas de sociedad*. Bogotá –Editorial temis 1983 pág. 223-223.

de los efectos que cobijan cualquier declaración de nulidad de tal estirpe.

3.1.4. Entonces, en concepto de esta Sala, la ineficacia consagrada en el artículo 897 del Código de Comercio no es cosa distinta que la nulidad absoluta por violación de norma imperativa, solo que no requiere declaración judicial.

Así lo han expresado diversos tratadistas que sostienen "que la nota característica de la ineficacia (del acto) es que a pesar que en todos estos eventos se trataría de nulidades absolutas que requerirían de declaración judicial, aquel fenómeno no exige esta declaratoria, al considerar de entrada o *in limine* estos pactos prohibidos están desprovistos de eficacia".¹⁷

3.1.5. En el presente asunto la sanción consagrada en el inciso 2º del artículo 14 de la ley 226 de 1995 no es otra que la señalada en el artículo 897 del Código de Comercio, como quiera que la adquisición de las acciones por parte del Estado se realizó en contravía a las disposiciones que en ella se incorporan, es decir que el negocio jurídico atacado se efectuó en contravía de normas imperativas, y en consecuencia es ineficaz de pleno derecho, es decir adolece de nulidad absoluta, pero por disposición especial de la ley no requiere declaración judicial.

Si bien en principio la ineficacia no requiere declaración judicial, cuando el acto se ha ejecutado total o parcialmente se hace necesario que la autoridad no solo reconozca los presupuestos de la ineficacia sino también que se pronuncie sobre las prestaciones que se han cumplido.

¹⁷ Jorge Suescún Melo. Derecho Privado, segunda edición, editorial Legis.

Y en ese orden de ideas, la regulación de sus consecuencias no puede ser otra distinta que la que determina las relativas a la declaración de nulidad absoluta.

A este punto entonces se hace necesario remitirnos al Código Civil por aplicación analógica y en especial al artículo 1746 que señala que "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita."

Y el artículo 1525 establece la improcedencia de la acción de repetición por objeto o causa ilícita, lo que implica que si una persona con plena conciencia interviene en un acto contrario al orden jurídico no puede repetir lo que ha dado o pagado a sabiendas de la ilicitud.

Según las previsiones del artículo 1521 del Código Civil, hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio; de los derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona; de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Hay así mismo objeto ilícito en todo acto prohibido por la ley (artículo 1523 *ibídem*), tales como la venta o cesión del derecho de pedir alimentos o del que nace del pacto de retroventa, etc.

Por otro lado, se entiende por causa, el motivo que induce al acto o contrato y por causa ilícita la prohibida por la ley, la contraria a las buenas costumbres o al orden público.

En ese orden de ideas, a los supuestos de ineficacia consagrados en el Código de Comercio que conllevan violación de norma imperativa deben aplicarse las disposiciones de la ley civil que regulan las consecuencias del reconocimiento de la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita, entre las que se encuentra el artículo 1525 del Código Civil que estatuye que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.”.

Así, para la mayoría de la Sala debía como lo hizo el *a-quo* despacharse favorablemente la pretensión principal de la demanda es decir la ineficacia del negocio jurídico en tanto que la pretensión subsidiaria solo debe abordarse desde el punto de vista procesal cuando la primera se deniegue. Lo anterior se corrobora con la posición asumida por las partes en el litigio quienes conciertan con el *a-quo* en que en firme la sentencia que desestimara la pretensiones dentro del proceso laboral promovido por Fernando Londoño Hoyos contra INVERCOLSA para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, es indiscutible que el negocio jurídico es ineficaz pues se contrariaron las normas y principios previstos en la Ley 226 de 1995 alusivas a las condiciones que para cada caso en particular debían reunir los adquirentes de las acciones, para garantizar la democratización de la propiedad accionaria. Y si bien, el Consejo de Estado declaró la nulidad absoluta de la negociación lo hizo bajo el entendido de que lo se decretaba era “la ineficacia” tal y como se lee textualmente de la comentada decisión. En efecto, en la sentencia se señaló: “La consecuencia jurídica de haberse realizado esta adquisición contrariando lo dispuesto en las normas citadas es, según el inciso segundo del artículo 14 de la ley 226, la ineficacia del contrato de compraventa de acciones, a causa de su ilicitud, que lo hace absolutamente nulo...”. Y en su parte resolutive dispuso: “ Por haber contrariado normas de derecho público y tener, por tanto

objeto ilícito, es absolutamente nula y, en consecuencia, ineficaz, la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA S.A., inscrita en el libro de Registro de Acciones el 8 de mayo de 1997.”

Siendo el negocio Ineficaz por violación de norma imperativa lo cierto es que el demandado Fernando Londoño Hoyos no puede repetir lo que pagó pues como lo sostuviera el *a-quo* actuó a sabiendas de la ilicitud de la operación.

Como lo trae a colación el demandado en su escrito de alegatos la Corte ha sostenido refiriéndose al artículo 1525 del Código Civil que esta norma es de contenido ético pues es lógico que quien interviene con plena conciencia en un acto contrario al ordenamiento jurídico no pueda después pedir la restitución de lo dado.

Así lo señaló en Consejo de Estado en la sentencia de Sala Plena de 09 de diciembre de 2003 en la acción popular instaurada contra Fernando Londoño Hoyos al analizar los efectos de su conducta para lograr la adquisición de las acciones de INVERCOLSA y concluir que contravino abiertamente las normas jurídicas que regían el proceso de democratización de la propiedad accionaria de ECÓPETROL.

Dijo esa Corporación que: “Al invocar, sin tenerla, la calidad de extrabajador, para aceptar la Oferta Especial de venta de acciones, Fernando Londoño Hoyos violó en primer término las normas que en este caso particular ennumeraban los beneficiarios preferenciales (artículos 3, numeral 3.1 del Decreto 2324 de 1996 y 5.1 del Reglamento de Venta) y que limitaban a éstos las condiciones especiales (artículo 3 de la ley 226).”.

Y agregó: "Las normas lesionadas forman parte del Derecho Público de la Nación y por tanto las conductas contractuales que les sean contrarias tienen objeto ilícito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil. Por lo tanto resulta de forzosa aplicación el artículo 1525 idem."

Para la Sala el demandado intervino con el pleno conocimiento de que no era trabajador de Invercolsa, hecho que se deduce de las siguientes pruebas:

a) La certificación expedida el 9 de abril de 1997 por parte del presidente de Invercolsa en la que consta que Fernando Londoño Hoyos ejerció el cargo de Presidente Ejecutivo de Invercolsa. (fls. 1251 al 1253)

b) La certificación de 24 de febrero de 1997. (fls. 67 a 69 c.1.t.1.)

c) La aceptación del demandado en punto a que no se le pagaron vacaciones ni otras prestaciones propias del contrato de trabajo.

d) El hecho también aceptado por el demandado de que no recibía sueldo sino honorarios.

e) El hecho de que esos honorarios no se los pagaban a él sino a la empresa Fernando Londoño Abogados Asociados LTDA.

f) El hecho de que nunca reclamó por su afiliación al ISS ni pidió a la sociedad se hicieran descuentos parafiscales en virtud de ser un trabajador subordinado.

g) La afirmación del actor que quedara consignada en el acta N° 1 de la Asamblea General de Accionistas y que constituyó prueba definitiva en el proceso laboral según la cual "A favor de la sociedad Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda., se causó en 1991 un honorario total de \$ 6.000.000 equivalente a \$ 500.000 mensuales, por servicios prestados por esa sociedad a Invercolsa, tanto en lo que respecta a las funciones de la Presidencia ejercida por el doctor Fernando Londoño Hoyos, como por los servicios de Secretaría, guarda y custodia de libros y papeles, sede social...". (fl. 2723).

h) La declaración de renta donde consta que no percibía dineros por concepto de salarios.

La decisión de la Fiscalía General de la Nación en nada controvierte la anterior conclusión porque como lo señala la providencia correspondiente la decisión allí tomada "podría ser definida de forma diferente por los jueces civiles o los jueces laborales en los procesos que actualmente cursan". Así las cosas el recurso del demandado está llamado al fracaso.

4. El recurso de la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S. A. AFIB.

4.1. Varios aspectos comprende el recurso propuesto por AFIB a saber: que su intervención en el proceso fue en calidad de litisconsorte del demandado para defender el título de adquisición de su antecesor, así como su derecho de prenda, que no para defender su condición de poseedor ni de titular de otros derechos reales radicados sobre los frutos de la acciones; que el demandante no presentó pretensión alguna en su contra y en consecuencia los efectos de la declaración de ineficacia no lo cobijan a menos que se hubiera acumulado la acción reivindicatoria en su contra, lo que no

hizo el demandante; que no se tuvo en cuenta su condición de tercero poseedor de buena fe porque adquirió la prenda y el derecho a percibir los frutos antes de la inscripción de la demanda; que el demandado Fernando Londoño Hoyos debe devolver el equivalente en virtud de la llamada acción ficta consagrada en el artículo 955 del código Civil; que se inaplicaron los artículos 15 de la Ley 226 de 1995 que advierte que no hay restitución de acciones en poder de terceros de buena fe, 659 y 835 del Código de Comercio.

4.2. Sea lo primero advertir que AFIB actuó en el proceso en calidad de litisconsorte de la parte demandada de conformidad con lo señalado en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil y por ende corre con los efectos de la sentencia.

En efecto, según el artículo 52 inciso 3º *ibídem* pueden intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados.

En el caso concreto la sociedad AFIB se hizo parte al proceso alegando "interés legítimo para participar en este proceso como litisconsorte de la parte demandada, en cuanto los efectos de la sentencia pueden extenderse a ella, a la luz de las pretensiones de cancelación de títulos y gravámenes formuladas por la parte actora" (fl. 2752 c.1. t. VII)

Fundamentó su intervención en el proceso en el hecho de la dación en pago que le hiciera Fernando Londoño Hoyos con 324.391.099 acciones que eran de su propiedad y que estaban grabadas con prenda a favor de AFIB, por tanto, alegó ser titular

inscrito y poseedora de las 145.000.000 acciones a que se refería el certificado 349.

La misma sociedad en su escrito de intervención señala como fundamentos de derecho el inciso 3º del artículo 52 *ídem* y precisó: "Así las cosas, en virtud de la inscripción de la demanda sobre las acciones y de la discusión que se deberá decidir en la sentencia sobre sus alcances frente a los derechos adquiridos por mi patrocinada, los cuales se verán afectados si el fallo acoge las pretensiones de la actora, según lo expresado en los hechos de esta solicitud, existe legitimación en causa para que se le reconozca como litisconsorte".

La norma en comento consagra lo que la doctrina llama el litisconsorcio cuasinecesario, que se presenta cuando los efectos de la sentencia se extienden a determinados sujetos de derecho aunque no hayan sido citados al proceso como ocurre precisamente en los casos contemplados en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el adquirente de la cosa o derecho litigioso puede intervenir como litisconsorte del anterior titular. "Esa facultad de intervenir o no, al decir de algunos doctrinantes, marca la nota que lo diferencia del litisconsorcio necesario, y el hecho de que los efectos jurídicos de la sentencia se extiendan a ese adquirente, comporta, por el contrario, un aspecto de tal litisconsorcio."¹⁸

Sobre el particular, la Corte ha venido afirmando que "lo cierto es que la ley procesal colombiana, de manera expresa sólo identifica dos tipos de litisconsorcios: el facultativo en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil y el necesario en el 51, ambos referidos a la integración plural de partes. Empero, el artículo 52 inciso 3º *ídem*, según se vio, regula un tipo de intervención de tercero que no se acomoda estrictamente al litisconsorcio necesario, pero tampoco al facultativo, porque aún sin su presencia la sentencia produce 'efectos jurídicos' o lo vincula en cuanto afecta

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 2001 Exp. 8625

la determinada relación sustancial que era titular, razón por la que está legitimado 'para demandar o ser demandado en el proceso'. En otras palabras, el citado inciso consagra la llamada por el mismo artículo 52 'intervención litisconsorcial', para diferenciarla de en todo caso de la intervención 'simple' o 'adhesiva' o de mera coadyuvancia. Esta intervención litisconsorcial, según lo indica el mencionado texto, se presenta cuando el interviniente sostiene con una de las partes una determinada relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia, en cuanto sobre ella irradian los efectos de la cosa juzgada, radicando en esto el núcleo esencial del interés del tercero, al cual la ley le da mayor relevancia, al instituir al tercero que así interviene como parte autónoma, otorgándole la condición de litisconsorte y reconociéndole todas las garantías y facultades de parte".¹⁹

En el caso concreto, la sociedad fue aceptada como litisconsorte según auto de junio 10 de 2003 y de conformidad con el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil y seguidamente el *a-quo* corrió traslado para alegar.

En ese orden de cosas y pese a que la sociedad solo tomó el proceso cuando ya estaba en etapa de alegaciones, lo cierto es que su intervención se acomoda a la figura del litisconsorcio cuasinecesario y en consecuencia la sentencia lo cobija.

4.3. Un primer problema jurídico a resolver entonces frente a la sociedad AFIB es si la orden dada por el *a-quo* de levantar la prenda a su favor le es oponible dado que este gravamen se registró antes de la inscripción de la demanda.

4.3.1. El artículo 690 del Código de Procedimiento Civil regula en su numeral 1 las medidas cautelares que proceden en los procesos ordinarios señalando que cuando el proceso versa

¹⁹ Sentencia de Casación Civil del 24 de octubre de 2000, Exp. 5387

sobre dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho, el juez puede decretar a petición del demandante: a) la inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro; y b) el secuestro de bienes muebles en ambos casos previa la prestación de una caución que garantice los perjuicios que con la medida puedan causarse.

La inscripción de la demanda es entonces una medida cautelar que procede en los procesos ordinarios cuando los derechos reales que se pueden afectar están constituidos respecto de bienes sometidos al régimen de inscripción en registros Públicos, para efectos de que allí se tome nota de todo acto jurídico que conlleve alteración de aquellos, lo que sucede frente a los inmuebles, los derechos accionarios, las naves y las aeronaves.

Como bien es sabido la inscripción de la demanda no pone los bienes fuera del comercio, por así disponerlo expresamente el inciso tercero del literal a del numeral 1 del art. 690 del C. de P.C. por cuanto solo sirve para informar a los terceros que en relación con ellos existe un proceso y, por lo tanto, los actos que realice el titular del dominio, sea de carácter dispositivo o limitativo, son válidos, pero su eficacia supeditada a la decisión que se tome en la respectiva sentencia.

Se trata sin lugar a dudas de una medida cautelar cuya finalidad no es otra que la de asegurar los efectos de una futura sentencia. En efecto la finalidad de la medida de inscripción de la demanda no es otra que la de asegurar los efectos de la sentencia de tal manera que si lo que se discute es el derecho de

dominio u otro derecho real principal, si se pretende realizar una transacción respecto del bien, los futuros adquirentes tengan conocimiento de la existencia del proceso, de tal suerte que queden vinculados con los efectos de la sentencia como si hubieran sido citados en juicio, por cuanto si la sentencia fuere favorable el demandante, en ella el juez ordena que se cancelen los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda.

En el caso concreto, por auto de 10 de diciembre de 1997 el *a-quo* ordenó la inscripción de la demanda, medida que se comunicó a Invercolsa el 21 de septiembre de 1999 y se inscribió en el registro de accionistas en la misma fecha.

Para esta fecha la sociedad AFIB ya era titular de derecho de prenda pues la cesión a Afib de 324.391.099 acciones se efectuó el 25 de mayo de 1999, es decir antes del registro de la demanda. (fl. 2766 C.1 t. VII)

Sin embargo, la prenda en el presente asunto como lo dispuso el *a-quo* debe desaparecer de la vida jurídica en virtud de la declaración de ineficacia del negocio jurídico que permitió a Fernando Londoño Hoyos hacerse a la propiedad de las acciones cuestionadas.

En efecto, la declaración de ineficacia, a la cual como ya se sostuviera se aplican los mismos efectos que a la declaración de nulidad absoluta, "no proyecta sus efectos exclusivamente sobre las partes contratantes, sino que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1748 *ejusdem*, permea la órbita jurídica de terceros poseedores, es decir, de quienes por contrato posterior adquirieron

las cosas materia del negocio jurídico invalidado, ya que conforme a su texto, *"...La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales"*.

La citada norma encuentra su razón de ser en el carácter retroactivo de la sentencia declarativa de la nulidad, por el cual, como ya se anotó, se deshacen hacia el pasado todos los efectos que el acto anulado llegó a generar y las partes quedan en situación semejante a la que tenían antes de celebrarlo, debiendo consecuentemente entenderse que las cosas transferidas con ocasión de él jamás lo fueron, y tampoco se adquirieron por el otro contratante, quien no podía por tanto traspasarlas al tercero con el cual contrató posteriormente, por no ser propietario de ellas (*nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*), colocándolo en la condición de mero poseedor de tales cosas, y como tal, sujeto a la acción reivindicatoria del verus dominus, es decir, de quien las enajenó mediante el acto jurídico declarado nulo y que por efecto de la mentada declaración recupera el dominio sobre ellas.

Como lo explica Luis Claro Solar, *"...Esto es simple aplicación de los principios generales que rigen la nulidad y la adquisición del dominio de las cosas: anulado un acto o contrato por sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, los efectos de esta declaración se producen retroactivamente hasta dejar a las partes en la situación que antes tenían como si el acto o contrato no se hubiera celebrado; y por consiguiente que no ha habido adquisición por parte del adquirente del dominio que el otro contratante ha entendido transferirle en virtud del contrato nulo; y que ese dominio no ha salido jamás de poder del que en virtud de ese acto o contrato nulo ha figurado como tradente"*. Y, prosigue,

"...como nadie puede transferir a otro más derechos que los que tiene, ni puede adquirir más derechos que los que tenía la persona con quien contrató, la persona que deriva sus derechos del que, por ejemplo, había comprado y recibido la cosa en virtud de un contrato nulo, no ha podido adquirir el dominio; y como el verdadero dueño es el que la vendió primero en virtud de un contrato nulo, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el actual poseedor no dueño".

"...Lo mismo ocurriría en caso que la cosa hubiera sido gravada con hipoteca, censo, servidumbre, etc.: el verdadero dueño, después de pronunciada la nulidad tiene acción para hacer caducar esos gravámenes por haber sido constituidos por quien no era dueño de la cosa" (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado Volumen VI, De las Obligaciones, pág. 638).²⁰

Como Londoño Hoyos no podía adquirir las acciones tampoco tenía facultad para darlas en prenda, de donde se abría paso una de las pretensiones de la demanda como lo era la de que "Se ordene a INVERCOLSA la cancelación de la inscripción en el libro de registros de accionistas de INVERCOLSA de las prendas constituidas por FERNANDO LONDOÑO HOYOS sobre 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA".

En efecto, a voces del artículo 2412 del Código Civil las acciones no podían ser objeto de prenda, pues no se puede empeñar una cosa sino por una persona que tenga facultad para enajenarla, norma que se inspira en el principio general del derecho de que nadie puede dar lo que no tiene.

²⁰ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil S 020-2003

Ahora bien, las 179.391.099 acciones que fueron recibidas por Fernando Londoño Hoyos como dividendos y que fueron grabadas con prenda abierta y en primer grado a favor del Banco del Pacífico S.A. (Panamá) deben seguir la misma suerte puesto que aquél no podía constituir gravamen alguno sobre ellas, lo que quiere decir que sobre estas acciones también debía ordenarse la cancelación de la prenda como lo dispusiera el *a-quo* en el ordinal 3º de la parte resolutive de la sentencia cuestionada.

Lo anterior guarda plena concordancia con lo ordenado en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 9 de diciembre de 2003 dentro de la acción popular instaurada por algunos ciudadanos contra Fernando Londoño Hoyos y ECOPETROL, la cual hace tránsito a cosa juzgada y en la que se dispuso como consecuencia de la ineficacia de la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 acciones de Invercolsa debía cancelarse el registro de dicha adquisición "como también las inscripciones realizadas con fundamento en esta, especialmente la prenda a favor del Banco del Pacífico de Colombia y del Banco del Pacífico Panamá, y la dación en pago de las acciones a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A.:".

4.3.2. La sentencia proferida en aquella acción popular una vez ejecutoriada produce efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general. En otras palabras, la sentencia tiene fuerza de cosa juzgada "*erga omnes*", es decir produce efectos frente a todo el mundo. Lo anterior tiene su sustento en la naturaleza de la acción popular, la cual tiene carácter de acción pública, a la que cualquier persona puede acceder, teniendo en cuenta que el objeto de la misma es de interés de toda la comunidad y por tanto, en todos deben recaer los efectos de ésta.

En ese, sentido, el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil señala en su inciso tercero: “La sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes”. Sin embargo, la ley 472 de 1998 fue objeto de un fallo condicionado en algunos de sus artículos, *v. gr.*, el número 27, con lo cual podría haber cosa juzgada relativa si se presentaren nuevos hechos, causas o pruebas.

Así la Corte Constitucional expuso:

“Sin embargo, la Corte considera que se configura una situación diferente cuando ocurren hechos nuevos o causas distintas a las alegadas en el proceso que ya culminó, o surgen informaciones especializadas desconocidas por el juez y las partes al momento de celebrar el acuerdo. Por consiguiente, en este evento, y en aras de garantizar el debido proceso, el acceso a la justicia y la efectividad de los derechos colectivos, habrá de condicionarse la exequibilidad del artículo 27 acusado, en cuanto debe entenderse que la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada, salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, así como informaciones técnicas que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto, caso en el cual, el fallo que lo prueba tendrá apenas el alcance de cosa juzgada relativa.”²¹

En el caso concreto, la sentencia produjo efectos de cosa juzgada *erga omnes*, por tanto la orden de cancelación de la prenda a favor del Banco del Pacífico de Colombia y del Banco del Pacífico Panamá, es indiscutible.

4.4. Ahora bien, debe descender la Sala a estudiar cuales son los efectos del fallo frente a la sociedad AFIB, toda vez que el *a-quo* ordenó a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A., restituir a ECÓPETROL, SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY y EXPLOTACIONES CONDOR S.A. el paquete accionario adquirido en la sociedad

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999.

INVERCOLSA junto con sus dividendos por cada uno de los períodos en que los percibieron sin aplicar sobre ellos indexación, así como la devolución de las nuevas acciones recibidas por concepto de utilidades y/o revalorizaciones dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Ello ubica en tema en los llamados efectos de la sentencia frente a terceros.

En tal punto conviene citar lo establecido por el artículo 15 de la ley 226 de 1995 que preceptúa: "En caso de ineficacia o declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, habrá lugar a la restitución de las acciones. En todo caso no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentran en poder de terceros de buena fe."

Así, si bien el artículo 15 de la ley 226 de 1995 estableció que no hay lugar a la restitución de acciones en poder de terceros de buena fe en el caso que se decide la conducta de AFIB quedó seriamente cuestionada como lo dijera el Consejo de Estado en la sentencia de diciembre 09 de 2003 en la que sostuvo:

"Al momento de realizarse la dación en pago por parte de Fernando Londoño Hoyos a AFIB, se reitera, se encontraba inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de Invercolsa S.A. es decir que las acciones que pretendía enajenar se encontraban en litigio y, en consecuencia, ni él podía transferirlas ni el acreedor adquirirlas sin la autorización de la Junta Directiva y del Juez. AFIB era sabedora de la existencia del litigio propuesto por ECOPETROL. No tuvo entonces buena fe en esa transacción. En estas condiciones debe asumir las consecuencias de este fallo.

Da cuenta el expediente que AFIB recibió en dación en pago las 324.391.099 acciones después de la inscripción de la demanda en el libro de registro de accionistas de Invercolsa, asunto que dio lugar a la reversión de esta operación por parte de la Superintendencia.

En efecto, por medio de la Resolución 312-002479 de 5 de noviembre de 2003 tal entidad ordenó reversar el registro efectuado con ocasión de la transferencia de las acciones que pretendió efectuar Fernando Londoño Hoyos a la sociedad Panameña AFIB.

Según la copia del libro de registro de accionistas el 3 de febrero de 2004 se anuló la inscripción de la dación en pago de las 324.391.099 acciones y según la anotación de 12 de febrero de 2004 por solicitud de la Superintendencia de Sociedades contenida en el oficio 312-004310 del 10 de febrero de 2004 se adicionó a la inscripción del 3 de febrero de ese mismo año el siguiente texto : " Como consecuencia de la reversión del registro pretermitiendo requisitos para su inscripción de conformidad con el acto administrativo expedido por la Superintendencia de Sociedades , el doctor Fernando Londoño Hoyos es quien tiene la calidad de accionista por las 324.391.099 acciones."

Ahora bien, conviene advertir que el libro de registro de acciones es un libro obligatorio que deben llevar las sociedades comerciales por acciones, libro que debe estar debidamente registrado en el registro mercantil llevado por la Cámara de Comercio y que corresponde a un libro de comercio, que no a un libro de contabilidad, en el que se deben inscribir las acciones, " los títulos expedidos, con indicaciones de su número y fecha de inscripción; la enajenación o traspaso de acciones, embargos y demandas judiciales que se relacionen con ellas, las prendas y demás gravámenes o limitaciones de dominio, si fueren nominativas" (art. 195 Código de Comercio) Subrayado fuera de texto. En armonía con el artículo anterior, el art. 410 ibídem establece que la prenda y el usufructo de acciones nominativas se perfeccionan mediante el registro en el libro de acciones y el art. 415 ibídem estatuye que el embargo de las acciones nominativas se consuma por la inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del funcionario competente.

Así, la medida cautelar de inscripción de la demanda en los libros en mención se surte y tiene los mismos efectos a los que se refiere la inscripción de la demanda frente a bienes sujetos a

registro es decir que “ quien los adquiriera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo a lo previsto en el artículo 332” (Art. 690 num. 1 literal a inc. 3º del C. de P.C) en tanto que tratándose de acciones nominativas su enajenación solo produce efectos respecto de la sociedad y de terceros mediante la inscripción en el libro de registro de acciones, previa orden escrita del enajenante (Art. 406 del C. de Co).

Como lo sostiene la doctrina:

“El Libro de Accionistas es el instrumento de un sistema de publicidad registral, en el sentido que la doctrina le atribuye a esta noción como “exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general “erga omnes” y con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada”¹⁹. Los efectos jurídicos sustantivos de este sistema registral específico son el de legitimación, inoponibilidad y fe pública registral. El rasgo de legitimación permite, sobre la presunción de exactitud y veracidad del registro, considerar titular del derecho a quien aparezca inscrito en él; por la inoponibilidad, el título no inscrito no puede perjudicar ni ser opuesto al título inscrito; por la fe pública registral, quien adquiere de buena fe de un transmitente que aparezca inscrito como titular, adquiere bien. Estos efectos jurídicos sustantivos no sólo están implícitos en las expresiones genéricas contenidas en el artículo 296 del Código de Comercio, 18 RIPERT, Georges: Tratado, Tomo III, pág. 53.

19 GARCIA GARCIA, José Manuel: “Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario”, Tomo I; Civitas, Madrid 1988, Pág. 41.12

según las cuales “la propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía”; y “la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros”, porque de otro modo la inscripción registral no podría ser el instrumento de prueba idóneo que la ley quiere que sea, sino que a tal situación registral son aplicables, por extensión o por analogía, las normas y principios registrales contenidos en la Ley de Registro Público y del Notariado.”²²

Si bien, el Libro de Accionistas es un libro privado de la empresa, sujeto a la inspección de los socios y sólo accesible a los terceros mediante los mecanismos de revisión previstos legalmente, “también es un libro de carácter público en sentido restringido, por cuanto es un instrumento que permite la inscripción de actos destinados a surtir efectos frente a terceros”.²³

Así, se puede afirmar sin vacilación que la inscripción de la demanda en el libro de libro de registro de accionistas surtía efectos frente a Afib en

²² Los efectos de la inscripción del traspaso de acciones en el libro de accionistas. Alfredo Morles-Hernández

²³ ibidem

tanto que tal registro tenía precisamente como finalidad su publicidad frente a terceros."

Finalmente advierte la Sala que no puede sostenerse que AFIB no tenía la posibilidad de consultar el libro en comento en tanto que la cesión de la prenda se le hizo antes del registro de la demanda y en ese orden de ideas en su calidad de acreedor prendario podía solicitar al representante legal de la sociedad la inspección de los libros, en tanto que se itera los actos que deben inscribirse en él son oponibles a terceros.

Así, en concepto de la mayoría la sociedad AFIB obró a sabiendas de la existencia de este proceso en el negocio jurídico referido a la dación en pago, y en consecuencia está obligada a la restitución de las acciones que tal negocio jurídico comprendía.

Esta orden también sin lugar a dudas se acompasa con la sentencia proferida en la acción popular.

4.4.1. Vale la pena destacar que, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de diciembre de 2003 que declaró la nulidad y en consecuencia la ineficacia de la venta de Invercolsa a Londoño, ordenó a aquella la cancelación de la prenda y de la dación en pago, así como inscribir como socios a los demandantes en este juicio, y además ordenó en su numeral 4 hoy vigente a AFIB a restituir a ECÓPETROL los títulos de acciones de Invercolsa que recibió de Fernando Londoño Hoyos en virtud de la dación en pago.

Luego, AFIB tiene la obligación de restituir los títulos de las 324.391.099 acciones que en principio le fueron gravadas con prenda y posteriormente le fueron entregadas en virtud de una dación en pago cuya inscripción en el registro se ordenara anular.

4.4.2. Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2007 advirtió que la devolución de las acciones que se encuentren en manos de terceros no puede tenerse por definitiva sino como una medida específica consecencial de la acción popular y dijo que le corresponde al juez del contrato resolver sobre los efectos de la nulidad frente a terceros.

En el caso concreto, es claro para la Sala que si AFIB recibió las acciones en virtud de la dación en pago, después del registro de la demanda, no queda duda de que debe restituirlas en tanto que el negocio jurídico en comento fue reversado por la Superintendencia, de donde deviene la cancelación de los títulos expedidos a nombre de AFIB y la expedición de nuevos a favor de Londoño..

Adicionalmente debe decirse que la acción reivindicatoria que echa de menos AFIB no podía intentarse con la demanda pues cuando esta se interpuso en 1997 no se había efectuado aún la cesión de la prenda a AFIB que ocurrió en mayo de 1999, mucho tiempo después de que el demandado Fernando Londoño Hoyos quedara vinculado al juicio en virtud de la notificación del auto admisorio del libelo.

No desconoce la Sala que la nulidad judicialmente declarada da derecho a la acción reivindicatoria contra terceros poseedores y que por razones de economía procesal en una misma demanda se pueden acumular las dos acciones, la de nulidad y la reivindicatoria, pero tal escenario no fue el que sirvió de soporte al *quo* para ordenar a AFIB la restitución de las acciones.

En efecto, cuando se presentó la demanda en el presente asunto AFIB no fungía como acreedora prendaria, y no era tenedora de los títulos, y de otro lado, la compraventa que de las acciones le hiciera Fernando Londoño Hoyos se efectuó y registró en el libro de accionistas después de presentada y registrada la demanda, luego, ilógico era pedirle al demandante que acumulara una acción reivindicatoria a su acción de ineficacia, cuando el negocio jurídico contentivo de la dación en pago de Fernando Londoño Hoyos a AFIB no se había realizado.

Desde otra perspectiva, exigirle al actor que después de dictada la sentencia que reconoce la ineficacia del negocio jurídico inicie acción reivindicatoria contra AFIB para que éste se vea obligado a devolver las acciones es asunto innecesario dado que la resolución de la Superintendencia ordenó la reversión del registro de la dación en pago de las 324.391.099 acciones de las que es titular Fernando Londoño Hoyos en INVERCOLSA orden en virtud de la cual AFIB no ostenta la calidad de accionista, pues es la inscripción en el libro de registro lo que cuenta para establecer esa calidad y la que hace oponibles a la sociedad y a terceros los derechos de los accionistas en virtud del carácter nominal de las acciones.

Da cuenta la copia del libro de accionistas obrante a folio 215 del cuaderno 5 que la sociedad INVERCOLSA cumplió la orden de la Superintendencia que anulaba la inscripción de la dación en pago, y se dejó expresa constancia de que quien tiene la calidad de accionista de las 324.391.099 acciones es Fernando Londoño Hoyos, en consecuencia la sociedad AFIB no tiene sobre las acciones ningún derecho máxime cuando la prenda que tenía también fuera cancelada como consecuencia de la acción popular.

En ese orden de cosas, si como da cuenta el libro de registro de acciones en la hora actual AFIB no ostenta la condición de titular de las acciones, en tanto que la inscripción del negocio jurídico de dación en pago fue anulada por la Superintendencia, no se haría necesaria una pretensión reivindicatoria contra ella en virtud al carácter nominativo de las acciones en cuestión.

Por demás sabido es que el juez debe tener en cuenta al momento de proferir sentencia cualquier hecho modificativo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda en los términos del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

En relación con la condena a AFIB a devolver todos los dividendos debe recordarse que la Corte dijo en la T-446 de 1997 que una cosa era la valoración de si AFIB es tercero de buena fe para efectos de decidir si las acciones en su poder deben o no ser restituidas a ECOPETROL y otra bien distinta si los dividendos que no se hubieren materializado en acciones también deben ser devueltos como medida instrumental encaminada a garantizar de manera efectiva el derecho colectivo desconocido.

En concepto de la Sala debía devolver todas las acciones, las cedidas y todos los dividendos se encontraran materializadas en acciones o no, porque la reversión de la operación implica nada más y nada menos que las cosas volvían a quedar como estaban antes de que se efectuara el negocio reversado, de tal suerte que si se considera que las acciones nunca salieron del patrimonio de Fernando Londoño Hoyos, a éste correspondían todos los dividendos que ellas hubieran podido producir de haber

estado las acciones en su poder bien fuera que estos dividendos hubiesen devenido en acciones o no.

Y es que en derecho civil prima aquella regla según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de tal manera que si el negocio principal cual era la cesión de las acciones se reversaba, a tal consecuencia jurídica quedaban también sometidas las acciones producidas como consecuencia de los dividendos durante el tiempo en que AFIB las tuvo en su poder y los dividendos no convertidos en acciones, porque la lógica impone que no puede haber dividendos sin acciones y que estos están atados a aquellas. Y si bien sobre los dividendos se pueden efectuar negocios jurídicos independientes de los que pueden efectuarse frente a las acciones, también los es que los negocios referidos a las acciones si comprometen la suerte de los dividendos.

4.4.3. En ese orden de ideas la decisión del *a-quo* de ordenar la devolución de dividendos, y de nuevas acciones emitidas por concepto de utilidades y revalorizaciones y la cancelación de la prenda se encuentra ajustada a derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo así expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 8 de febrero de 2007 proferida por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNGO. CONDENAR en costas a los demandantes a favor de Davivalores S.A. e Invercolsa S.A. Tásense.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Liana Aida Lizarazo Vaca
LIANA AIDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Clara Ines Marquez B.
CLARA INES MARQUEZ B.

Magistrada
*con salvamento
parcial de
voto*

Luz Magdalena Mojica R.
LUZ MAGDALENA MOJICA R.

Magistrada
con salvamento parcial de voto.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil diez (2010).

Ordinario 11001310302819970946503. Ecopetrol S.A. y otros
contra Fernando Londoño Hoyos y otros.

Con el debido respeto me separo de la decisión de la Sala, en el sentido de confirmar la determinación adoptada por la señora Juez Veintiocho Civil del Circuito en lo atinente a que se configuró en la litis una Ineficacia de pleno derecho, pero aceptando que las consecuencias son las de una nulidad por objeto ilícito, al tener el convencimiento que se trata de la última figura jurídica.

Debo además efectuar algunas precisiones que me resultan imperativas, en razón de la constancia consignada por la señora Magistrada Ponente, al comienzo de la providencia.

1. Sea lo primero aclarar que el proyecto inicial se derrotó al estimar las restantes integrantes de la Colegiatura que aunque en efecto la ineficacia en sentido general cobija las diferentes posibilidades de inoperancia del negocio jurídico, en este asunto debía determinarse si correspondía a ineficacia en sentido estricto, posición que siempre ha defendido la Magistrada Luz

Magdalena Mojica Rodríguez; o, si por el contrario se trata de la invalidez por objeto ilícito, para de esta forma definir sus consecuencias.

Vale decir, no se ajusta a la realidad lo consignado, cuando se sostiene que nos motivó la circunstancia que "...el demandado Londoño Hoyos no tenía derecho a la devolución de lo pagado por concepto de la adquisición de las acciones, punto éste frente al cual la Magistrada Clara Inés Márquez B., cambiara de opinión...", al tratarse de una discusión jurídica, sin que en mi condición de funcionaria, o, personal, tenga ningún acercamiento con el profesional Fernando Londoño Hoyos, ni con su cónyuge o alguno de sus parientes, del que pueda deducirse un interés directo o indirecto en el resultado de la causa.

Cuando se devolvió el expediente a su despacho de origen, se hizo con el convencimiento que se convocaría a otros integrantes de la Sala, al aparecer tres posiciones disímiles.

Sin embargo, efectuados algunos ajustes, se convino en realizar salvamentos o aclaraciones parciales, según el criterio individual de cada integrante, a lo que procedo a continuación, según lo reseñado.

2. Las pretensiones principales del libelo se enfilan, en lo medular, a obtener la declaratoria de ineficacia de pleno derecho de la adquisición de 145 millones de acciones de propiedad de las demandantes en la sociedad Invercolsa S.A. por parte de Fernando Londoño Hoyos, como del acto de su inscripción en el libro de registro de accionistas de dicha sociedad al contravenir normas imperativas, proveimiento con fundamento en el cual debe determinarse que las actoras son las accionistas, propietarias, y

poseedoras en la cantidad que allí se estipula; que el citado demandado no es poseedor de buena fe por lo que debe restituirlas con sus frutos y accesorios, perdiendo lo pagado y sin derecho a repetir por el dinero entregado como precio de dicha adquisición. De la misma forma, impartir mandato a Invercolsa S.A. en el sentido de efectuar las cancelaciones e inscripciones pertinentes en el libro de registro de accionistas, ajustándose en su funcionamiento a estas decisiones.

En subsidio reclamó la nulidad del negocio jurídico apuntalada en el objeto ilícito que lo antecedió, aparejada de las restantes declaraciones y condenas señaladas en el petitum principal. Invocó igualmente la condena a las encartadas al pago de los perjuicios causados con ocasión del mencionado contrato.

3. Perfilado en esta forma el ámbito dentro del cual habrá de discurrir la presente indagación, comiencese por señalar que cuando en el Estatuto Mercantil se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, como lo prevé el artículo 897 del Código de Comercio, disposición aplicable en el sub-judice habida cuenta que el contrato censurado recae sobre un acto catalogado como tal, debiéndose precisar si efectivamente es esta la figura jurídica que identifica la falencia ocurrida en el negocio jurídico que nos ocupa.

Pues bien, acerca de las sanciones aplicables la doctrina autorizada ha sostenido, '*Eficacia, ineficacia, relevancia, irrelevancia, validez, invalidez, nulidad absoluta y relativa, rescisión, anulabilidad, inoponibilidad, etc.*', son términos con los cuales se designan realidades del mundo del derecho, conceptos jurídicos remitidos a la ciencia o a la teoría general del derecho,

pero, todos los más relativos a la disposición particular de intereses, que desde un comienzo y aún dentro de la imprecisión sostenida, a veces con sinonimia, han implicado más que juicios descriptivos o de realidad, juicios de valor, positivos o negativos, respecto del comportamiento humano de ejercicio de la autonomía privada. Se trata de afirmar o de negar con ellos, según el caso, que el negocio jurídico en determinadas circunstancias está llamado a producir efectos en el mundo del Derecho...'.¹

Dicha opinión, permite conocer el marco jurídico de las sanciones establecidas por el legislador para los actos mercantiles según las circunstancias puntuales que precedan su creación u otorgamiento.

En efecto, la honorable Corte Suprema de Justicia, al tratar el tema ha expuesto: *"...Cuandoquiera que no pueda hacerse la identificación de la figura iuris, porque no alcanzó a completarse su constitución en el mundo del derecho, cualquiera que llegue a ser su manifestación empírica, no puede hablarse de negocio, y las consecuencias que el fenómeno pueda traer consigo no serán atribuibles a aquél, que no alcanzó a ser, sino al concreto supuesto de hecho que resulte de lo acontecido, a cuyo tratamiento atiende la ley sin reparar a las reglas atañederas a la autonomía privada, allí intrascendente. En cambio, si el acto llega a estructurar una entidad jurídica, pese a mayúsculas deficiencias o irregularidades en su constitución, existe ya como expresión comercial de necesaria ponderación, de la que se predica validez o invalidez, eficacia o ineficacia, y cuyos resultados, por precarios que sean, tienen en él su origen y razón de ser, aun cuando*

¹ Hinestroza Forero Fernando, *Derecho Comercial Colombiano*, 1985, ed. Cámara de Comercio y Colegio de Abogados de Medellín, página 190.

hayan de desaparecer pronta y totalmente. Así se explica que de ordinario el negocio inválido sea susceptible de 'ratificación', convalecencia o conversión.

Ineficaz, en términos globales, es el negocio carente de las consecuencias propias de la autonomía privada en general o de aquellas características de la figura. En tal acepción, la ineficacia comprende todo desconocimiento o alteración de dichos resultados, partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia, fenómeno que no cuenta en nuestra legislación con una caracterización normativa, pero que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad (casación junio 15 de 1892, VII, 261; junio 7 de 1904, XVII, 128; marzo 15 de 1941, L, 802/3; septiembre 15 de 1943, LVI, 125; julio 19 de 1946, LXVI, 351; julio 2 de 1963, no publicada aún).

Inválido es el negocio aquejado de graves defectos congénitos, radicados en el acto en sí: en su contenido, en su orientación, en los intereses dispuestos o en los sujetos que los celebran. La reacción legal golpea aquí al propio compromiso, condenándolo a su destrucción. El pronunciamiento judicial, indispensable, quebranta el nexo irregular y, por su virtud, al caer la vinculación particular, se disuelven los efectos finales que ella sustentaba. De ahí el poder liberatorio de la nulidad y la necesidad de que lo ejecutado se retrotraiga, sin otras salvedades que las propias impuestas por la realidad o que la norma estatuya por razones de orden superior. Es así, en la descomposición del negocio y en la de sus efectos, como se aprecian las repercusiones de la medida represiva, que se endereza a suprimir la relevancia que trae consigo la conducta dispositiva, que subsiste mientras no venga el

decreto en contrario del juez (casación junio 7 de 1904, XVII, 128).

La ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura, aquellos que responden a su función práctico-social, cimentados en el compromiso, pero que no se confunden con él; alteración en múltiples aspectos: por estipulación particular que refiere tales efectos a acontecimientos futuros, ciertos o aleatorios, en forma de condición, término o modo; por determinación legal, que los subordina en su iniciación o en su permanencia a determinados factores contingentes (*condicio iuris*); o por fuerza de una impugnación de parte o de un extraño legitimado para ello, factores exógenos, pero referidos al negocio, en íntima conexión con él, que influyen decisivamente en su marcha, sin afectar su validez, circunscritos en su operancia a los resultados prácticos de la reglamentación de intereses (casación diciembre 4 de 1967, sin publicar todavía).

Discriminada **la nulidad en su entidad específica** como una concreta medida legal, propia del negocio jurídico en el derecho privado, eliminadora de sus efectos, los puramente vinculantes o negociales, se ofrece como sanción rezumante de la particular naturaleza dinámica del fenómeno en cuestión, con sabor represivo y eliminatorio a la vez, que emerge de la necesidad de negar o limitar los alcances de los negocios contrarios al derecho, como la aptitud más apropiada para tales contingencias, de donde su entidad, mejor que de irrelevancia del comportamiento, denegación y supresión de la trascendencia que posee, con lo que se garantiza el imperio fundamental de la legalidad en las

*relaciones particulares resultantes de la iniciativa privada...². –
negrilla fuera del texto-*

4. Descendiendo al caso que nos ocupa, verificamos que el Instructivo Operativo emitido por la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, para la enajenación del 52.54% de su participación accionaria en la sociedad Invercolsa S.A, equivalente a 378'753.693 de acciones ordinarias, estableció los lineamientos bajo los que se adelantaría el proceso de oferta, venta, adjudicación, financiación, y pago.

En lo que al asunto materia de la litis interesa conviene resaltar que el ítem 3.1, Capítulo III, del aludido reglamento determina los destinatarios de la oferta quienes al efecto podrán intervenir como compradores, cuando a la letra señala: "...Podrán adquirir acciones y participar en la Oferta Pública a través de las Sociedades Comisionistas de Bolsa, los trabajadores activos y pensionados de INVERCOLSA; los extrabajadores de INVERCOLSA; siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados y exempleados de INVERCOLSA; los sindicatos de trabajadores; las federaciones y confederaciones de sindicatos de trabajadores; fondos de empleados; fondos mutuos de inversión de empleados; fondos de cesantías y de pensiones; entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa...".

Y a renglón seguido precisa que quienes decidan participar deberán expresar su aceptación por escrito en sobre cerrado en el formato autorizado por las Bolsas de Valores, (ítem 3.2.1), además, cuando se trate de trabajadores activos o pensionados y de ex-empleados de Invercolsa debe allegarse:

² *Gaceta Judicial, Tomo CXXIV, Sala de Casación Civil, 1968, páginas 167 a 168*

4.1. Copia de su cédula de ciudadanía.

4.2. Certificación de la entidad expedida con no más de treinta (30) días de antelación en la cual conste dicha condición precisando en el caso de los ex-trabajadores la causa del retiro.

4.3. Certificación que acredite la condición de trabajador del nivel directivo y el monto de su remuneración anual cuando se trate de aquellos.

4.4. Copia de la declaración de renta correspondiente al año gravable 1995 o 1996, o el certificado de ingresos o retenciones, o declaración de ingresos de 1995 o 1996, de haberse presentado según el caso.

4.5. Carta de pignoración de las acciones que le sean adjudicadas, otorgada en primer grado a favor de la vendedora.

El antecedente legal de dicha regulación se halla en la Ley 226 de 1995 y el Decreto 2324 del año siguiente, habida cuenta que por la primera se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Nacional,³ en tanto que el segundo aprobó el programa de enajenación y venta del citado paquete accionario.

Establece la Ley 226 *idem*, los principios bajo los cuales se transferirá la propiedad o participación Estatal en el capital social de cualquier Empresa, dentro de los que se destaca el de preferencia a cuyo amparo deben señalarse condiciones

³ ARTICULO 60. *El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.*

especiales para que los sujetos determinados en el artículo 3 de esa norma puedan adquirirla, al tiempo que diseña el procedimiento de venta, facultando al Gobierno Nacional, (artículo 6), para que disponga su enajenación utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, (artículo 9), en tanto que en el normado 11 prevé las condiciones especiales de las cuales gozarán los adquirentes expresamente mencionados.

Cabe destacar que en los artículos 14 y 15 adopta medidas para garantizar la democratización de dicha propiedad, dentro de las que se cuenta la limitación en la negociabilidad de la acciones y la imposición de multas sucesivas cuando se proceda en contravía a lo dispuesto, así como la ineficacia del negocio jurídico cuando tal adquisición se produzca desconociendo esos mandatos, o los que la reglamenten en cada evento particular. Así dispone la primera de las citadas:

“...El programa de enajenación que para cada caso expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley.

‘Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación.

‘Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz...’.

Por su parte el inciso 2, del artículo 15 es del siguiente tenor:

‘...En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, habrá lugar a la restitución de las acciones. En todo caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentran en poder de terceros de buena fe. Cuando no haya lugar a la restitución sólo podrá haber lugar a las reparaciones pecuniarias correspondientes...’.

5. De igual forma, mediante la expedición del Decreto 2324 de 1996, se dispuso la enajenación del paquete accionario que las demandantes poseían en Invercolsa S.A. y se estableció el procedimiento para la venta que se dividió en dos fases, (artículo 3), así:

“...3.1. Primera fase. Se hará oferta pública a precio fijo de la totalidad de las acciones a los trabajadores activos y pensionados de Inversiones de Gases de Colombia S. A. -Invercolsa- y de Cilindros Colgas Limitada -Cicolgas-, a los extrabajadores de Invercolsa y de Cicolgas, siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; a las asociaciones de empleados o exempleados de Invercolsa; a los sindicatos de trabajadores, a las federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores, a los fondos de empleados, a los fondos mutuos de inversión; a los fondos de cesantías y de pensiones, y a las entidades

cooperativas definidas por la legislación cooperativa. Para efectos del presente decreto, estas ofertas se denominarán Ofertas Especiales.

Esta venta se hará de la siguiente forma:

'3.1.1. Las acciones se podrán adquirir a través de una o varias Bolsas de Valores del país, según decida Ecopetról.

'3.1.2. Las acciones que sean adquiridas por las personas indicadas en el ordinal 3.1 del presente artículo, serán adjudicadas con sujeción al Reglamento de Venta de que trata el artículo noveno (9º) del presente Decreto.

'3.2. Segunda fase. Las acciones que no sean adquiridas en la primera fase, se ofrecerán y se pondrán en venta con sujeción al Reglamento de Venta de que trata el artículo noveno (9º) del presente Decreto, mediante oferta pública, remate o martillo a las personas nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, o a patrimonios autónomos o fondos de inversión con capacidad legal y estatutaria para participar en el capital de Invercolsa, en condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia. Esta venta se hará en la siguiente forma y condiciones:

'3.2.1. Las acciones se venderán a un precio base que en ningún momento podrá ser inferior al precio mínimo a que se refiere el artículo 4º de este Decreto.

'3.2.2. El pago de las acciones será de contado. No serán admisibles en pago bienes distintos al dinero efectivo o cheque de gerencia.

'3.2.3. Estas acciones se pondrán en venta mediante oferta pública, remate o martillo en una o en varias bolsas de valores del país, según lo determine Ecopetrol en el Reglamento de Venta de que trata el artículo noveno (9º) del presente Decreto.

'3.2.4. Se adjudicarán conforme lo señale Ecopetrol en el Reglamento de Venta de que trata el artículo noveno (9º) del presente Decreto.

'3.2.5. La garantía de seriedad de la oferta se constituirá por una suma no inferior al diez por ciento (10%) del precio propuesto.

'Parágrafo. Es entendido que en esta segunda fase podrán también participar las personas y fondos a quienes está dirigida la oferta en la primera fase, pero ese caso las condiciones y términos de la oferta serán las que rigen para la segunda fase...".

A la sazón, el artículo noveno autorizó a Ecopetrol para que mediante reglamentos especiales estableciera los aspectos operativos necesarios para adelantar el proceso de venta y adjudicación correspondiente a la primera fase; el método de aplicación de las condiciones especiales de que trata el artículo 5, el monto y forma de pago de la cuota inicial y demás aspectos de esta naturaleza, relacionados con la venta en esa etapa inicial. Así mismo el procedimiento de venta correspondiente a la segunda fase; la forma, términos, condiciones, requisitos y vigencia mínima de la oferta; lo relativo a la garantía de la seriedad de las ofertas; los mecanismos para la adjudicación de las acciones ofrecidas, y demás aspectos operativos y procedimentales que permitieran llevar a cabo el programa de venta definido en la segunda fase.

Del anterior recuento normativo aflora como primera conclusión, que el desconocimiento o trasgresión de cualquiera de las disposiciones allí previstas podía comportar como inmediata e inminente consecuencia la ineficacia del contrato de compraventa del paquete accionario que aquella o las restantes accionantes tuvieran en Invercolsa S.A, al emerger en este sentido meridiana la sanción consagrada en el artículo 14 de la pluricitada Ley 226 *in fine*; sin embargo, tal como lo determina el artículo 15, también cabría la declaratoria de nulidad, que a nuestro juicio fue lo que se configuró.

6. Con el escrito introductor se allegó la aceptación a la oferta de venta de las acciones, y el consecuente ofrecimiento de compra por parte del demandado Fernando Londoño Hoyos, copia de las certificaciones (sin firma) expedidas el 24 de febrero y 9 de abril de 1997 por el presidente de Invercolsa S.A. en las que pone de presente que aquél fue Presidente Ejecutivo de esa sociedad conforme la designación contenida en la escritura pública 1970 del 30 de julio de 1990 de la Notaria Diecinueve de Bogotá y la renuncia aceptada en acta 006 del 6 de abril de 1995, copia de la comunicación remitida el 13 de marzo de dicha anualidad por Invercolsa S.A. a la Bolsa de Valores de Bogotá, en la que informa los títulos expedidos con ocasión de la venta de acciones de propiedad de las demandantes, dentro del cual se relacionan 145.000.0000 de estas a nombre del señor Londoño Hoyos y su pignoración a favor de estas, copia de la comunicación dirigida a Ecopetrol con la que se remite una similar del contrato de prenda suscrito por dicho comprador a su orden.

Toda vez que estas documentales no fueron redargüidas de espurias, deben valorarse probatoriamente, y si a lo anterior se agrega que el citado convocado al descorrer el traslado

expresamente acepta la ocurrencia y celebración de la compraventa de marras, cuando en el numeral 37 y 38 de los hechos manifiesta, '*..Por haber sido trabajador de Invercolsa, participé validamente en el proceso de venta de sus acciones, (..), por haber sido trabajador de Invercolsa adquirí validamente 145 millones de acciones en dicha sociedad, en la primera fase de la oferta pública..*', la segunda conclusión se encamina a sostener que efectivamente entre las demandantes y Fernando Londoño se celebró un contrato por el cual aquellas transfirieron a éste, a título de venta, 145 millones de acciones que ostentaban en Invercolsa S.A.

7. No cabe duda que la calidad invocada por dicho adquirente para concurrir a formular oferta de compra del paquete accionario fue la de ex-trabajador de Invercolsa S.A. pues en tal sentido adjuntó, con los documentos correspondientes, la certificación expedida por el Presidente de dicha entidad, ésta que a la sazón sirvió de fundamento para que se admitiera su participación en la licitación al cabo de la cual le fueron adjudicados los títulos que luego recibió. No obstante, pese al caudal probatorio que en el trámite de la primera instancia se recaudara, enfilado a demostrar la aludida condición, aunada la insistencia del extremo demandado en tal sentido, es lo cierto que a folios 2460 a 2472 cuaderno 1, milita copia de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2000 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en la que se despacharon desfavorablemente las pretensiones que sobre tal tópico fueron elevadas.

En síntesis, en aquella oportunidad aspiraba el señor Londoño Hoyos que por la jurisdicción se declarara que entre éste y la sociedad Invercolsa S.A. existió un contrato de trabajo por el lapso comprendido entre el 30 de julio de 1990 y el 6 de abril de

1995, a consecuencia del cual debía condenarse a la demandada al pago de las cesantías definitivas, primas de servicios, y demás prestaciones que se hubieren causado durante su vigencia, como la indemnización proveniente de la mora.

De la misma forma, a folios 2716-2739 *id*, obra copia autentica de la sentencia emitida el 28 de junio de 2002 por la Sala Laboral de esta Corporación en la que imparte confirmación a la antes señalada, decisión de la que surge conveniente extractar los siguientes apartes:

“...Quiere decir lo expuesto, que invocando el art. 446 del C.Cio, el mismo actor determinó en el acta 1 de agosto 20 de 1992, que no tuvo contrato de trabajo con la sociedad demandada en el año 1991, que él, obró como representante de la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA ante la sociedad INVERCOLSA, que existió un contrato de mandato con representación de naturaleza comercial entre las sociedades FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA e INVERCOLSA S.A., y por último que la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA, cuya existencia se acreditó en el presente proceso con el certificado de Cámara de Comercio que obra a fl 46 y ss, en desarrollo y para la ejecución del mismo contrato comercial, lo delegó para actuar como Presidente de INVERCOLSA S.A. lo que necesariamente excluye la existencia del contrato de trabajo aseverado en la demanda para el año 1991.

‘..el Dr. Londoño Hoyos en su oportunidad conoció y aceptó, y bajo ese entendimiento desarrolló su labor en la demandada, a nombre de la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA, y por ello, en acatamiento de la ley, y

concretamente al art. 446 del C.Cio, hizo esa manifestación, que excluye necesariamente la existencia de un contrato de trabajo para el año 1991, y que cobija el periodo posterior, hasta el 5 de abril de 1995, al no acreditarse en el proceso modificación del contrato de mandato con representación entre las sociedades indicadas, (..), conforme a lo anterior es claro para la Sala, como en desarrollo del objeto social de la empresa FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA (fl 46 y ss) perfectamente se dio ese contrato comercial de mandato con representación, en el cual el actor obró frente a la demandada en nombre y representación de la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA, y en cumplimiento de lo estipulado en el mismo objeto social, el demandante como socio y gerente de la sociedad referida, fue designado para realizar, ejecutar el mandato, lo que desdibuja el contrato de trabajo aseverado en la demanda...’.

Puestas así las cosas, es de rigor colegir que en punto de la presunta relación laboral surgida entre Fernando Londoño Hoyos e Invercolsa S.A, subsiste, incluso con antelación al proferimiento de la sentencia materia de alzada, un pronunciamiento jurisdiccional que desestimó su existencia y, a contrario sensu, determinó que el negocio jurídico celebrado correspondió a un contrato de mandato con representación de naturaleza comercial ajustado entre Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda. e Invercolsa S.A., donde el citado fungió como representante de la primera.

Contrario a lo sostenido por la *a-quo*, esta decisión no constituye cosa juzgada en el *sub-judice*, habida cuenta que no se configuran los presupuestos a partir de los cuales dicho instituto cobra relevancia jurídica, (*eadem res, eadem causa petendi*, y

eadem conditio personarum); no obstante lo anterior, tampoco puede perderse de vista que el pluricitado demandado intervino activamente en el memorado juicio laboral, tanto así que fue él quien promovió la acción que a la sazón se finiquitó con la sentencia de marras.

Luego entonces, fuerza es sostener, de un lado, que hoy por hoy campea una decisión judicial debidamente ejecutoriada en la cual se declaró que Fernando Londoño Hoyos en momento alguno obró o se desempeñó como empleado al servicio de Invercolsa S.A; y de otro, que ese fallo es absoluta y enteramente oponible a dicho sujeto procesal en la medida que este intervino, actuó, y participó dentro del litigio en el cual hubo de articularse, por lo que contó con la posibilidad de ejercitar plenamente sus derechos.

8. De tal suerte, quedando en claro que aquél nunca detentó la condición de empleado o trabajador, y por consiguiente la de ex-empleado o ex-trabajador de Invercolsa S.A, huelga afirmar que tampoco podía intervenir válidamente en la primera fase del proceso de adquisición del paquete accionario que las demandantes poseían en dicha sociedad, ya que como precedentemente se dejara consignado el mismo estaba dirigido, en esta etapa, a los trabajadores activos y pensionados de Inversiones de Gases de Colombia S.A. y de Cilindros Colgas Ltda, a los ex-trabajadores de Invercolsa y de Cicolgas, siempre y cuando no mediare despido justificado por parte del patrono; a las asociaciones de empleados o ex-empleados de Invercolsa; a los sindicatos de trabajadores, a las federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores, a los fondos de empleados, a los fondos mutuos de inversión; a los fondos de cesantías y de pensiones, y a las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa.

Por ende, como ese acto jurídico se celebró en contravía a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2324 de 1996, y el ítem 3 Capítulo III del Instructivo Operativo expedido por Ecopetrol, la consecuencia jurídica que dimana de dicha inobservancia no es otra que la invalidez del contrato, de conformidad con lo previsto en el normado 15 de la Ley 226 de 1995, al estar afectado el negocio intrínsecamente, y no sólo en sus consecuencias extrínsecas, pues la ineficacia no implica vicios de validez de carácter genético, "...sino que actúa en las manifestaciones de carácter funcional del negocio..."⁴

Desde esta perspectiva no restaba al Tribunal cosa distinta que declarar la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre Ecopetrol, South American Goulf Oil Company, Explotaciones Cóndor S.A. y Fernando Londoño Hoyos, por medio del cual el segundo adquirió ciento cuarenta y cinco millones de acciones que las primeras poseían en Invercolsa S.A. No empece, desde ahora ha de precisarse que la anomalía detectada encuentra venero en el objeto ilícito, como lo sentenció el Consejo de Estado en sentencia del 9 de diciembre de 2003, a la cual se hará referencia seguidamente.

Por consiguiente, las llamadas a recibir despacho favorable no son las pretensiones principales de la demanda, como si las subsidiarias, que precisamente invocaban la nulidad por ilicitud en su objeto, premisa en virtud de la cual debía modificarse el fallo impugnado.

9. Alcanzado el presente estadio del escrutinio, correspondía descender en el examen de las compensaciones que deben verificarse como consecuencia de la aludida inoperancia del

⁴ Humberto De la Calle Lombana, *La Inoperatividad del Negocio Jurídico*

negocio jurídico, de no ser porque en el paginario obra copia del fallo proferido por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional el 30 de mayo de 2007, (folios 389-429), mediante el cual concluyó la acción de tutela promovida por Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. AFIB contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al tramitar y decidir el recurso de apelación de la sentencia proferida el 8 de abril de 2003 por la Subsección A, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción popular impetrada en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol y Fernando Londoño Hoyos, causa que tuvo como génesis la venta del paquete accionario que a la par dio origen a la presente litis.

Evocó en esa oportunidad el Tribunal Constitucional el fallo proferido por el Consejo de Estado dentro de la mentada querrela popular, del cual surge conveniente transcribir su parte resolutive, en la que dispuso:

'...Revocase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección <<A>> el 8 de abril de 2003.

En su lugar se ordena:

1º Ampárense los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público.

2º Por haber contrariado normas de derecho público y tener, por tanto, objeto ilícito, es absolutamente nula y, en consecuencia, ineficaz, la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de

145.000.000 de acciones de INVERCOLSA S.A., inscrita en el Libro de Registro de Acciones el 8 de mayo de 1997.

3º Inscríbese la presente sentencia en el Libro de Registro de Acciones de INVERCOLSA S.A., quien cancelará el registro de dicha adquisición, como también las inscripciones realizadas con fundamento en ésta, especialmente la prenda a favor del Banco del Pacífico Colombia y del Banco del Pacífico Panamá, y la dación en pago de las acciones a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A.

Así mismo, INVERCOLSA inscribirá como accionistas suyos a Empresa Colombiana de Petróleos, Explotaciones Condor S.A., y South American Gulf Oil Company, como si nunca se hubiese realizado la enajenación en favor de Fernando Londoño Hoyos, expedirá los respectivos títulos de acciones y acreditará ante esta Corporación y ante la Superintendencia de sociedades el cumplimiento del presente fallo dentro del término de diez días contados a partir de su comunicación.

Intégrase el Comité para la Verificación del cumplimiento de la presente sentencia, así: El Procurador General de la Nación o su delegado; el Defensor del Pueblo; los actores populares; ECOPETROL, Fernando Londoño Hoyos y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección <<A>> quien estará representado en el Comité por el Magistrado Ponente.

4º Ordénase a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. restituir a ECOPETROL, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria, los títulos de acciones de

INVERCOLSA que recibió de Fernando Londoño Hoyos en virtud de la dación en pago.

5º Condenase a Fernando Londoño Hoyos y a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. a restituir a ECOPETROL los dividendos percibidos de INVERCOLSA mientras tuvieron las acciones en su poder.

Líquidese esta condena de conformidad con el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

6º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, declárese que Fernando Londoño Hoyos no podrá repetir contra ECOPETROL la cantidad que pagó como precio de las acciones.

7º Compúlsese copia de esta sentencia con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue la conducta del Presidente de INVERCOLSA Enrique Vargas Ramírez según lo expuesto en la parte motiva.

8º Compúlsese copia de esta sentencia con destino a la Superintendencia de Valores para que investigue a CORREDOR Y ALBAN S.A. según lo expuesto en la parte motiva.

9º Señálese a favor de la parte actora un incentivo equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales, que será pagado por Fernando Londoño Hoyos.

10º Por secretaría, ejecutoriada esta sentencia, devuélvanse a la Bolsa de Bogotá <<En Liquidación>> los documentos remitidos para este proceso. Déjense copias.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase...'

10. Del anterior recuento se deduce que el Consejo de Estado en su condición de Juez de la acción popular, y en sede de segunda instancia, hubo de pronunciarse acerca de la legalidad de la adquisición por parte de Fernando Londoño del paquete accionario que las aquí demandantes poseían en Invercolsa S.A, como de los efectos que se derivaban de la aludida declaración, es decir, de las restituciones que en orden a restablecer el *statu quo ante* operarían.

En este punto, especial atención merece lo resuelto en los numerales segundo al séptimo de la citada providencia, por cuanto en ellos se declaró nulo dicho contrato, se ordenó la cancelación de su registro, la inscripción de las aquí demandantes como accionistas de Invercolsa S.A, la cancelación del registro de la prenda a favor del Banco del Pacífico Colombia y del Banco del Pacífico Panamá como de la dación en pago de las acciones a AFIB, la restitución de los títulos accionarios que ésta recibió de manos de Fernando Londoño Hoyos, la condena al último y a AFIB de restituir a Ecopetról los dividendos percibidos de Invercolsa mientras dichos títulos estuvieron en su poder, como la advertencia acerca que el demandado Londoño Hoyos no podría repetir contra Ecopetról por el precio pagado en la adquisición de las citadas acciones.

Del mismo modo, es de ver que la sentencia así pronunciada emana de la Sala Plena de dicha Corporación, que al corresponder a la de segunda instancia carecía de recurso alguno, y aún cuando posteriormente fue debatida a través de acción de tutela, finalmente la Corte Constitucional en su

condición de órgano jurisdiccional de cierre decidió mantenerla incólume,⁵ salvo el numeral quinto que revocó en lo que hace con la condena impuesta a Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana AFIB S.A, de restituir a Ecopetrol los dividendos percibidos de Invercolsa S.A. durante el tiempo que las acciones tantas veces aludidas permanecieron en su poder. En efecto, sentenció en dicha oportunidad, '*Tercero.- En consecuencia, para amparar el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad accionante, DEJAR SIN EFECTOS lo previsto en el numeral 5º de la sentencia de diciembre 09 de 2003, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, dentro de la acción popular aludida, en lo que respecta a la condena impuesta en contra de la Sociedad Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A...*'.

11. Por tal razón, las consecuencias derivadas de la invalidez del negocio jurídico que fueron determinadas por el máximo Tribunal de lo Contencioso en la mencionada sentencia del 9 de diciembre de 2003, que por lo demás ha cobrado legal ejecutoria y ya han sido cristalizadas en lo atinente a la anulación de la inscripción de la Dación en Pago por parte de la Superintendencia de Sociedades deben mantenerse por responder a la Nulidad Absoluta por objeto ilícito; y, en todo caso surte plenos y absolutos efectos frente a las demandantes Ecopetról S.A, South American Gulf Oil Company, Explotaciones Cóndor S.A. y al encartado Fernando Londoño Hoyos, como quiera que estos concurren al trámite de la acción popular en calidad de demandados.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de lo considerado frente a los terceros que no participaron en la celebración de la venta

⁵ Sentencia T-446 de 2007.

accionaria, respecto de los cuales cabe pronunciarse acerca de las secuelas que para ellos acarrearía dicha invalidez.

Al efecto señaló, '*...como el juez de los derechos colectivos no puede desplazar los otros mecanismos de defensa judicial, la determinación de la devolución de acciones **que se encuentran en manos de terceros** no puede tenerse como definitiva sino como una medida específica consecencial de la acción popular, pues no es un tema propio de la causa petendi que originó la acción popular. En efecto, le corresponde al juez del contrato resolver de manera definitiva sobre los asuntos propios de su competencia, como lo serían **aquellos que involucran a las personas que por no haber sido parte del contrato original su actuación posterior no fue considerada la causa de vulneración del derecho colectivo.***

*... será el juez ordinario a quien corresponda decidir sobre los efectos de la nulidad de la compraventa accionaria frente a todas las personas involucradas en la misma, y también resolver, con fundamento en las normas respectivas aplicables al caso concreto y respetando los principios del debido proceso y del derecho de defensa, **la situación de los terceros que posteriormente adquirieron derechos reales sobre las citadas acciones, bien de prenda o de propiedad, pues frente a ellos no se ha endilgado por el Consejo de Estado vulneración alguna a derecho o interés colectivo, y no fueron tampoco los demandados en la acción popular...*** (resaltado fuera de texto).

Conviene en este punto precisar, que si bien en sus motivaciones la Corte hace mención a la determinación por la justicia ordinaria de las consecuencias derivadas del decaimiento del contrato, tanto para los originales intervinientes, como para los terceros que

más adelante pudieron concurrir, el genuino alcance del fallo radica, en establecer la trascendencia que dicha sanción conllevaba tan sólo para los segundos, toda vez que de cara con los iniciales contratantes, el acto de su citación y posterior vinculación al trámite de la queja constitucional otorgó al Consejo de Estado la competencia para proveer en tal sentido, aserto que se corrobora con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en uno de sus apartes del cual se lee:

'..Siendo competente el Consejo de Estado para pronunciarse sobre la vulneración de derechos colectivos en la adquisición de acciones de Invercolsa por parte de Fernando Londoño Hoyos, una vez que éste concluyó que sí se habían violado los derechos colectivos, dispuso la invalidación del contrato mediante el cual se materializó dicha violación en razón a las irregularidades encontradas en su celebración; y, para el juez constitucional conllevó como efecto instrumental y en el marco de la acción popular, la devolución de las acciones objeto de la compra anulada (..). De tal forma que el Consejo de Estado aplicó el remedio judicial específicamente establecido en la ley especial que rige la enajenación de acciones estatales en contextos de privatización y democratización de la propiedad accionaria...'

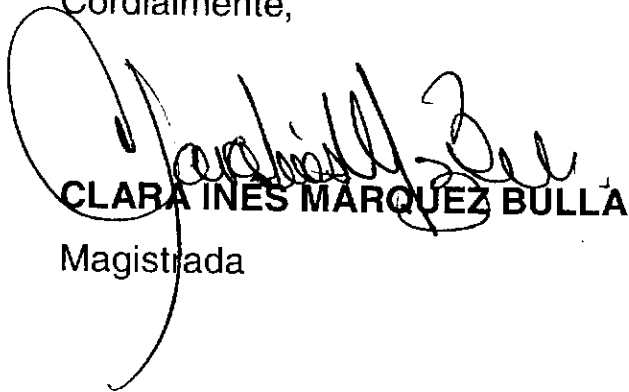
12. Bajo este contexto, y precedido del razonamiento develado por el Consejo de Estado conforme al cual "...la ineficacia del contrato se apuntaló en la nulidad absoluta por objeto ilícito...", proceden las restituciones mutuas, que estoy de acuerdo deben confirmarse.

En otras palabras, no es dable aceptar que cuando el artículo 897 del Código de Comercio se refiere a la ineficacia de pleno

derecho, debe asimilarse en sus consecuencias a la nulidad absoluta por objeto ilícito.

En los anteriores términos salvo parcialmente mi voto en relación con este asunto.

Cordialmente,



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**REF: ORDINARIO. EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS
ECOPETROL Y OTRAS contra FERNANDO LONDOÑO HOYOS Y
OTROS.**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con absoluto respeto por la opinión de las demás integrantes de la Sala de Decisión a continuación expreso brevemente las razones de mi apartamiento conceptual frente a la decisión adoptada en la providencia en punto a las consecuencias que se aplicaran en este asunto, una vez se equiparó la ineficacia a la nulidad absoluta.

Delanteramente debo advertir que tal fue el único motivo por el cual inicialmente se derrotó el proyecto elaborado por la magistrada ponente; sin que la suscrita tampoco compartiera, luego, el presentado por la magistrada que seguía en turno, no sólo porque la alzada interpuesta por las partes en manera alguna censuró el haber acogido la pretensión principal de declaratoria de ineficacia del negocio jurídico que originó el litigio, lo que a términos de los artículos 354 numeral 3° inciso 2 y 357 del Código de Procedimiento Civil, en mi criterio, no otorgaba competencia a esta Sede Judicial para variar dicho pronunciamiento, sino, además, porque tal fue la pretensión principal de la demanda y el legislador determinó en el artículo 14 de la Ley 226 de 1995, de manera expresa y clara, que "(...) si en cualquier momento se determina que **la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten** para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será **ineficaz**", luego legalmente no podía variarse la sanción. (Se destacó)

Precisión que efectuó exclusivamente para señalar que correspondiendo la conducta que se le endilga al demandado con la previsión legal transcrita - no ser ex empleado -, es indiscutible que la pena fijada por el legislador, único con potestad normativa para establecer sanciones, es la de ineficacia, razón suficiente para compartir la providencia en cuanto mantuvo esa calificación para la adquisición de acciones objeto del debate, sin que para ello fuera necesario declaración alguna, en tanto que el artículo 897 del Código de Comercio enseña que cuando se trata de esa figura tal opera de pleno derecho.

Y es que la misma ley comercial, que es la que interesa a este asunto, se encargó de crear categorías para encuadrar las diferentes irregularidades que pudieran acaecer en los contratos, en términos de la denominada "patología del contrato" utilizada por Francesco Messineo para designar las diferentes transgresiones en la actividad contractual de los individuos, y entre ellas se encuentran las de ineficacia y nulidad del acto jurídico, sin que pueda interpretarse que cuando la norma refiere a la primera, quiso determinar la segunda, no solo porque su establecimiento es expreso y claro, de donde no es permitido acudir al espíritu del legislador para desentrañar su sentido, sino porque específicamente en el artículo 15 de la misma ley 226 de 1995 se refirió a una y otra, primero para determinar quiénes podían impetrar la declaración de nulidad ya absoluta, ora relativa, y luego utilizando la letra "o" de manera disyuntiva como objetivamente se puede apreciar de su lectura "En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, (...)", lo que inequívocamente sugiere que en eventos como el que es objeto de estudio la sanción contemplada por el legislador fue justamente la de la ineficacia del acto.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia "la *intentio legis, ratio o mens legis* de un precepto no puede auscultarse en forma aislada del contexto sino con fundamento en todos los factores *per incidens*, a su pertenencia previniendo, ya una significación legislativa deficiente (*lex minus voluit, quam dixit*) o más de cuanto se quería (*lex plus dixit, quoam voluit*), en

tanto *lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit* (la ley, cuando quiso decir, dijo; cuando no quiso, calló).

Por manera que si la adquisición de acciones es catalogada como un acto mercantil, la normatividad que debe atenderse para la solución del conflicto es la comercial, y la específica que reguló ese tema - ley 226 de 1995 y Decreto 2324 de 1996 -, y previniendo el artículo 14 de la mencionada ley que la sanción a imponer por la violación de sus disposiciones es la de ineficacia, debe dársele la extensión que contempla el artículo 897 del Código de Comercio, esto es, que opera de pleno derecho, sin declaración judicial, y no produce efecto alguno, de donde la aplicación que se hace del artículo 1595 del Código Civil resulta extraña, ya que sin desconocer las diferentes teorías que al efecto se han expuesto, las cuales son reseñadas tanto en la providencia como en el salvamento parcial y en gracia a la brevedad a ellas me remito, también lo es que las mismas más parecen referirse a esos conceptos con vista en la legislación civil, que no a la expresa consagración por el legislador de la ineficacia plasmada en el Código de Comercio, en el cual puntualmente también previó los casos en que el negocio jurídico era absolutamente nulo, señalando en el numeral 1 del artículo 899 que tal se producirá "Cuando contraria una norma Imperativa, **salvo que la ley disponga otra cosa**", y la ley ordenó otra sanción, como viene de verse, la de ineficacia para eventos como que el que es objeto de análisis.

Entonces, ante la existencia de las dos formas de restarle eficacia a los contratos, el legislador optó por la de ineficacia, la que según Luis Díez-Picazo "(...) es, además, una sanción. Si por sanción entendemos la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos, el carácter sancionatorio de la ineficacia es claro. Existe una desarmonía o un desajuste entre el contrato tal y como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico (tipo contractual hipotético) y el contrato tal y como fue llevado a cabo en la realidad. La discrepancia entre uno y otro plano entraña una infracción, puesto que sin duda las normas ordenan el más perfecto ajuste entre una y otra categoría".¹

¹ Autor citado. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I Introducción Teoría del Contrato, págs. 452 y 453, Editorial Civitas, 5ª- Edición, 1996

Y como toda sanción es restrictiva, limitada y de estricta aplicación, excluyendo la analogía *iuris* o *legis* y la interpretación amplia y extensiva a casos análogos, conexos o próximos, de suerte que establecida la ineficacia en el derecho positivo, en atención a un tipo concreto de irregularidad en la adquisición de acciones, a la que especialmente condena por celebrarse el contrato en contra de lo dispuesto en la ley, el principio de legalidad impone que sea ésta la que se aplique, y consecuentemente se predique que el acto no produjo efectos, lo que jurídicamente se constituye en obstáculo para darle la connotación de nulidad absoluta y por contera imponer otra sanción, como es la prevista en el artículo 1595 del Código Civil.

Interpretación que por demás se acomoda a la objetividad que debe gobernar la naturaleza sancionatoria de las normas, ya que quien realiza la conducta tipificada en la norma conoce el castigo que se deriva de ese comportamiento negocial, sin que pueda sorprenderse con uno distinto.

Así, la institución previamente determinada por el legislador como pena para las diferentes irregularidades que puedan suceder con ocasión del contrato, da seguridad jurídica al otorgamiento de los convenios, garantizando no sólo la aplicación estricta de ella por las autoridades, sino que también da tranquilidad a las partes que pueden con certeza defender sus derechos e intereses.

El principio de hermenéutica jurídica que estatuye que las disposiciones de carácter sancionatorio deben interpretarse restrictivamente por causa de su previsión y exactitud, conlleva a que la condena no pueda extenderse más allá de los límites legales.

García Maynez expresa:

"La sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto"

El profesor Calamandrei expone:

"(.)El nexo que tiene lugar entre la norma primaria, que establece una regla de conducta para los coasociados, y la norma sancionatoria, que establece lo que lo deberán hacer los órganos del Estado si la conducta prescrita no es observada en concreto, puede expresarse diciendo que el hecho específico legal de la norma sancionatoria está constituido por la hipótesis de la inobservancia del precepto concreto nacido de la norma primaria. Obsérvese que, al pasar del primero al segundo término de este binomio, el mandato contenido en la norma jurídica *cambia*, por decirlo así, de *dirección*: mientras el mandato contenido en la norma primaria se dirige a la voluntad del individuo a fin de que tenga una cierta conducta, el mandato contenido en la norma secundaria se dirige a los órganos jurisdiccionales a fin de que pongan en práctica sobre el individuo los medios de coacción establecidos."

Conceptos de los cuales emerge que al transmutar la ineficacia en nulidad absoluta, bajo el pretexto que aquélla es una "figura inútil, extraña, imprecisa y confusa" como lo pregonan varios tratadistas, y que "Dada la redacción equívoca de las disposiciones del Código de Comercio que regulan la materia, se hace necesario precisar en cada caso concreto cuál de las distintas modalidades de inoperancia se configuró" para por esa vía aplicar la sanción contenida en el artículo 1595 del Código Civil, se está acudiendo a la analogía en materia que no lo permite, dada su naturaleza sancionatoria, y por contera conlleva una grave limitación al derecho de defensa, a más que se desconoce que la ley explícitamente condenó ese acto a no producir efectos, haciéndoselos producir, porque no otra cosa es privar al demandado de la restitución de lo que pagó con fundamento en el negocio celebrado, y es que el contrato ineficaz es ineficaz para todos los intervinientes contractuales, alcanzando tanto a las partes, como a sus causahabientes y a los terceros, pues todos quedan afectados por la sanción, en tanto que el acto jurídico no produce ninguno de sus efectos para nadie.

Por otra parte considero, salvo mejor criterio, que si al contrato sancionado con ineficacia, se le hizo producir efectos al aplicar lo previsto en el artículo 1595 del Código Civil, también necesariamente se debió valorar la decisión penal, pues en ella expresamente se analizó el "a sabiendas de la ilicitud de la operación" para concluir que "la conducta del implicado tampoco alcanzaría a tipificar la infracción que se ha investigado, por ausencia del elemento subjetivo indispensable en la estructura de cualquier ilícito, por cuanto, las circunstancias que rodearon la prestación de sus servicios

le permitieron obtener la convicción de que en él se conjugaron las condiciones de un trabajador al servicio de la sociedad mixta tantas veces mencionada y, en esas condiciones, no se advierte la intención, ni el propósito, ni la voluntad de engañar sobre ese (sic) condición personal con efectos jurídicos”.

Ahora, en punto a la sentencia proferida en la acción popular propuesta contra Ecopetrol y Fernando Londoño Hoyos, debo anotar que sí como se asevera en la providencia tal sí produce efecto de cosa juzgada, claro resulta que, como se procedió en relación con la decisión laboral, no se debió en este proceso hacer pronunciamiento sobre las pretensiones en tanto y cuanto que tales ya habían sido decididas en aquél, salvo, en virtud de la tutela T-446 de 1997 que se le concedió a AFIB, lo resuelto frente a ésta en el punto quinto del comentado fallo, el que se dejó sin efectos, convirtiéndose por tanto en el único tópicos a resolver en este litigio.

Empero, estimo, que tal aspecto lo dilucidó la Corte Constitucional en la sentencia C- 343 de 1996 en la cual expresó “Si el ordenamiento jurídico ha establecido que en ciertos casos los contratos de compraventa de acciones estatales presentan vicios que ocasionan su ineficacia -es decir, que lo pactado no puede producir efectos, sin necesidad de declaración judicial- o su nulidad - esto es, la absoluta o relativa invalidez de lo actuado porque **así lo ha deducido el juez competente**, con la necesaria consecuencia de hacer que las cosas vuelvan a su estado anterior-, cuando parte del patrimonio público - no otra cosa son las acciones de las que se trata- ha pasado a manos particulares en virtud de la enajenación ineficaz o nula, su posesión por los beneficiarios, a no ser que se trate de terceros de buena fe, es contraria a la Constitución, pues lesiona el interés colectivo y, en consecuencia, el Estado tendrá siempre la obligación de recobrarla, a la espera de que se surtan de nuevo, con arreglo a las disposiciones constitucionales y legales, los trámites relativos a la venta”; y en la sentencia T-446 de 1997 puntualmente dijo: “Sin embargo, si bien las acciones populares protegen derechos e intereses colectivos los cuales, desde 1991 son de orden constitucional, y su trámite no se supedita a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, **no es menos cierto que no son acciones configuradas para desplazar los otros medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para la solución de las diversas controversias jurídicas**, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional y su órbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los

jueces ordinarios². Es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos", para enseguida citar al Consejo de Estado así: "En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en diversas providencias³, al considerar que "la acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades del caso. Se trata pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos también distintos"⁴. (Se resaltó)

"(...)

"Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo) en modo alguno tornan improcedente su interposición. Ciertamente, en los antecedentes históricos del artículo 88 superior se puso de relieve que:

"Con la instauración a nivel constitucional de las acciones populares se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad, como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas leales y justas.

*El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, **a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso a acciones individuales de estirpe tradicional.** Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de 'difusos' como también los propios del actor"⁵(Negrilla y subrayado del texto)*

² Sentencia SU-067 de 1993, M.P. Fabio Morón y Ciro Angarita.

³ *"El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudir al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.*

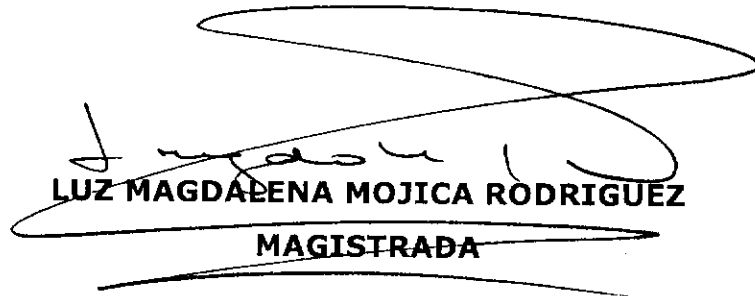
A diferencia de la concepción tradicional de la protección judicial, basada en el derecho subjetivo, en la acción popular como quiera que no resultan vulnerados derechos o intereses particulares, sino los denominados "difusos" o colectivos, el análisis se debe centrar en el estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad.

***El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos (...), de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular"**⁴ (énfasis no original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de mayo de 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300), Actor: Contraloría General de la República, Demandado: La Nación-Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y Cel Caribe S.A. Dragacol S.A., C.P. Ligia López Díaz. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. AP-166, Sentencia del 17 de junio de 2001, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.*

⁴ Sección Tercera - sentencia de junio 17 de 2001 (Exp: AP-166, M.P. Aller Eduardo Hernández Enríquez).

⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Informe de ponencia. op. cit. p. 25.

En los términos precedentes dejó expuestos los motivos de mi salvamento parcial de voto, reiterando mi respeto por las posiciones contrarias.



LUZ MAGDÁLENA MOJICA RODRIGUEZ
MAGISTRADA

Fecha ut supra