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 efectúo 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 Diez-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 hipótetico) 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 sorprendérsele 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 si 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 tópico 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 orbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los

jueces ordinarios[2]. 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 providencias[3], 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 administrativa) 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 acudirse 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" (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 Republica, 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. Alier 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 MAGDALENA MOJICA RODRIGUEZ
MAGISTRADA

Fecha ut supra