



**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) "EXPLOTACIONES 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 aquélla.

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 describió 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 accionaría 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 ECOPETROL 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 ECOPETROL 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 hablé 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 consecucional, "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. I. I.

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 10º 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 Gulf 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 *ídem* 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 aquélla 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 Bigliazzi 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 *Ibidem*

¹¹ Hinesrosa, libro citado

¹² *Ibidem*

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

ibidem

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 *ibídem*, 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. 6625

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 un 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 adquiriera 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 Morales-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 refreído 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 Inés Márquez B.
CLARA INÉS MARQUEZ B.

Magistrada

*con salvamento
parcial de
voto*

Luz Magdalena Mojica R.
LUZ MAGDALENA MOJICA R.

Magistrada

con salvamento parcial de voto.