

ACCION CONTRACTUAL - Competencia / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia / COMPETENCIA - Consejo de Estado en segunda instancia / COMPETENCIA CONSEJO DE ESTADO - Cuantía / CUANTIA - La demanda no comprende pretensión de condena alguna / CUANTIA - Declaratoria de nulidad absoluta de las cláusulas demandadas

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de doble instancia ante esta corporación. En vigencia del Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales en 1996, año de presentación de la demanda, tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$13 460 000 y en el caso concreto, a pesar de que la demanda no comprende pretensión de condena alguna, la eventual declaratoria de nulidad absoluta de las cláusulas demandadas, tendría como consecuencia que los derechos que tenía el Banco de Colombia directa o indirectamente en las sociedades Sierras del Chicó y Chicó Oriental n.º 2 dejarían de ser parte del patrimonio de Fogafin y volverían a integrar el del banco, valor que ascendería al menos a \$488 879 874 (valor certificado mediante documento original expedido por el Subdirector de Operaciones de Fogafin, folio 1, cuaderno 4), el cual excede ampliamente la cuantía requerida en aquel entonces para que un juicio de esta naturaleza tuviera doble instancia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 597 DE 1988

ACCION CONTRACTUAL - Fogafin y Banco de Colombia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato / CONTRATO - Elementos esenciales / ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO - Causa, objeto y capacidad / CAPACIDAD - Falta de poder de disposición / CONTRATO - Existencia

En consideración a los problemas jurídicos planteados, es necesario poner de presente que la causa, el objeto y la capacidad –en este caso denominada “falta de poder de disposición”–, son elementos esenciales del contrato, requisitos sine qua non para que exista jurídicamente –existencia– y, en tal sentido, el punto de partida para analizar si el correspondiente acuerdo de voluntades está conforme al ordenamiento jurídico –validez– y produce efectos –eficacia–.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1502

ACCION CONTRACTUAL - Fogafin y Banco de Colombia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato / CONTRATO - Elementos esenciales / ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO - Causa / CAUSA - Noción. Definición. Concepto / INEXISTENCIA DE LA CAUSA - Consecuencia / CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CAUSA DE UN CONTRATO - Inexistencia del negocio jurídico / ILICITUD DE LA CAUSA - Consecuencia / CONSECUENCIA DE LA ILICITUD DE LA CAUSA - Nulidad absoluta del contrato

La causa está definida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 1524 del Código Civil, como “el motivo que induce al acto o contrato”, y la causa ilícita como aquella “prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. La falta de causa conduce a la inexistencia del contrato, en los términos del inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio –“Será inexistente el negocio jurídico cuando... falte alguno de sus elementos esenciales”–, y a la de la obligación, de acuerdo con el artículo 1524 del Código

Civil –“No puede haber obligación sin una causa real y lícita”–, mientras que su ilicitud lleva a la invalidez absoluta.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1524 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 898. INCISO SEGUNDO

ACCION CONTRACTUAL - Fogafin y Banco de Colombia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato / CONTRATO - Elementos esenciales / ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO - Objeto / OBJETO - Noción. Definición. Concepto doctrinal / OBJETO - Ilícitud / ILICITUD DEL OBJETO - Consecuencia / CONSECUENCIA DE LA ILICITUD DEL OBJETO - Nulidad absoluta del contrato

El objeto, por su parte, no encuentra una definición expresa dentro del Código Civil, no obstante lo cual la doctrina nacional define que “objeto de la disposición es el interés mismo a que se refiere y puede consistir en cualquiera porción del mundo exterior útil para el hombre, como en cualquier servicio o actividad humana igualmente aprovechable”. Los argumentos del demandante no se dirigen a la inexistencia de objeto, sino a su ilicitud, respecto de la cual, dispone el Código Civil que (i) habrá objeto ilícito “en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación” y “en todo contrato prohibido por las leyes” (ii) será moralmente imposible el objeto “prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”; (iii) y habrá “objeto ilícito en la enajenación: 1. De las cosas que no están en el comercio. 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”. El objeto ilícito tiene como sanción la nulidad absoluta del contrato.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1518 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1521 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1523

ACCION CONTRACTUAL - Fogafin y Banco de Colombia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato / CONTRATO - Elementos esenciales / ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO - Capacidad / CAPACIDAD - Noción. Definición. Concepto / CAPACIDAD - Falta de poder de disposición / FALTA DE CAPACIDAD O DE COMPETENCIA - Nulidad del contrato / FALTA DE CAPACIDAD O DE PODER DE DISPOSICION - Nulidad del contrato

En relación con la supuesta “falta de poder de disposición” alegada por la parte demandante, encuentra la Sala que el cargo está encaminado a que se declare la nulidad de las cláusulas por la falta de capacidad o de competencia de Fogafin. Al respecto, la Sala precisó: La capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la existencia y validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia”, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). Como advierte la doctrina, mientras en el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el ámbito del derecho público la competencia supone un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la existencia y validez del contrato, consultar sentencia de 11 de mayo de 2011, Exp. 11544, Dentro del texto de la sentencia se citan: “Cfr. Consejo

de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 21 de septiembre de 2000, radicación 1286, C. P. Augusto Trejos Jaramillo y concepto de 18 de septiembre de 1987, radicación 143, C. P. Jaime Betancur Cuartas”.

ACCION CONTRACTUAL - Fogafin y Banco de Colombia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato / CONTRATO - Desviación de poder / DESVIACION DE PODER - Nulidad de las cláusula del contrato

En relación con la acusación consistente en que hubo desviación de poder por parte de Fogafin y que por ello habría lugar a la nulidad de las cláusulas demandadas, se adelantará el análisis tendiente a determinar si en el caso concreto se configuró ese supuesto de hecho, el cual de acuerdo con pronunciamientos anteriores de la Sala: Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas

NOTA DE RELATORIA: Sobre desviación de poder, consultar Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp. 24844 y Sección Segunda, sentencia de 16 de octubre de 1997, Exp. 9264

ACCION CONTRACTUAL - Fogafin y Banco de Colombia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato / CONTRATO - Elementos esenciales / ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO - Causa, objeto y capacidad / CAPACIDAD - Falta de poder de disposición / CONTRATO - Acreditación de los elementos esenciales / CONTRATO - Configuración de los elementos esenciales / CONTRATO - Inexistencia de la desviación de poder / CONTRATO - Inexistencia de la nulidad absoluta

En el caso concreto hay causa en tanto que las cláusulas demandadas cumplen una función práctica social, puesto que se incorporan para la asunción de contingencias pasivas dentro del contrato, el cual se halla coligado con la compraventa de acciones y derechos del Estado en una institución bancaria, en desarrollo de una política pública para su privatización. (...) Tampoco pueden prosperar las hipótesis de ilicitud de causa y de objeto que proponen los apelantes dado que nada se probó al respecto, todo lo contrario, las normas analizadas en esta providencia y la actuación íntegra de Fogafin llevan a la Sala al convencimiento de que no hubo vulneración de la ley, del orden público, de las buenas costumbres, ni del derecho público de la Nación. En el mismo sentido, se rechaza la supuesta “falta de poder de disposición”, puesto que Fogafin obró de acuerdo con las exigencias legales, de manera que tenía capacidad de ejercicio, competencia, para celebrar el contrato de contingencias pasivas e incluir las cláusulas demandadas. Menos aun se configura una desviación de poder porque no se acreditó que hubiera habido interés o subjetividad de los funcionarios de Fogafin, y “quien alega esta causal de anulación está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa”. La Sala considera que no asiste razón a los apelantes para invocar la nulidad absoluta del contrato de asunción de contingencias con base en esa situación. Si bien es cierto que de acuerdo con el contrato de compraventa de acciones los derechos que directa o indirectamente

tenía el banco sobre el inmueble de las Sierras del Chicó habrían debido ser ofrecidos y vendidos por el precio que fijaran peritos técnicos, y que aparentemente el banco no cumplió con esa obligación, también lo es que cualquier reclamación que tuviera origen en el contrato de compraventa de acciones debía dirigirse en contra de ese negocio, a través de las acciones correspondientes para exigir su resolución o cumplimiento.

ACCION CONTRACTUAL - Fogafin y Banco de Colombia / ACCION CONTRACTUAL - Contrato / CONTRATO - Vicios ocultos o redhibitorios / VICIOS OCULTOS O REDHIBITORIOS - Saneamiento / OBLIGACION DE SANEAR LOS VICIOS OCULTOS O REDHIBITORIOS - No comprende un elemento esencial del contrato / AUTONOMIA CONTRACTUAL - Acuerdo entre las partes sobre el saneamiento de los vicios ocultos o redhibitorios por parte del vendedor

Otro argumento central del apelante consiste en que la obligación a cargo de Fogafin de sanear las contingencias y pasivos que se presentaren después de la venta de las acciones es algo que se encuentra inmerso dentro de las obligaciones de todo vendedor respecto de los vicios ocultos o redhibitorios y, en consecuencia, no había lugar a celebrar un contrato para que Fogafin asumiera las contingencias pasivas de la cosa vendida. Al respecto, la Sala considera que el contrato de marras es jurídicamente viable en tanto que la obligación de sanear los vicios redhibitorios u ocultos no comprende un elemento esencial del contrato, sino simplemente natural, es decir, de aquellos que se entienden incorporados frente al silencio de las partes, como una norma supletoria de la voluntad de los contratantes, pero que no resultan indispensables para la existencia del contrato, puesto que las partes los pueden modificar o desistir libremente de ellos. Este aserto se corrobora con la lectura del Código Civil en el cual se precisa que las partes pueden acordar que el vendedor no se obligue al saneamiento de los vicios ocultos, siempre y cuando no se trate de aquellos que conoció y no informó al comprador. En ese orden de ideas, es evidente que si el ordenamiento jurídico autoriza a que el vendedor y el comprador celebren un acuerdo en virtud del cual se exonere al primero de la obligación de sanear los vicios ocultos, también lo autoriza para que en ejercicio de su autonomía contractual, pacten sobre la forma como habrá de responder por ellos, incluso en la forma como se hizo dentro del asunto sub iudice.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1501 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1906

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-01807-01(17549)

Actor: FRANCISCO REYES POSADA Y OTROS

Demandado: FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERA

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 19 de agosto de 1999, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se denegaron las pretensiones.

ANTECEDENTES

I. Síntesis del caso

1 Fogafin celebró un contrato con el Banco de Colombia para asumir las contingencias pasivas eventuales que se pudieran presentar con posterioridad a la finalización del proceso de privatización de éste último; como contraprestación por lo anterior, dentro del contrato se incorporaron dos cláusulas en virtud de las cuales el Banco de Colombia se obligaba a transferir a Fogafin los derechos de los cuales era titular directa o indirectamente sobre un inmueble denominado Sierras del Chicó; las cláusulas referidas, de acuerdo con la demanda están afectadas por falta de causa, causa ilícita, objeto ilícito, “*falta de poder de disposición*” y desviación de poder.

II. Lo que se pretende

2 El 17 de enero de 1996, Francisco Reyes Posada y el Fondo de Empleados del Banco de Colombia, invocando el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo correspondiente a la acción de controversias contractuales¹,

¹ El texto vigente entonces, subrogado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, comprendía: “*Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales. El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes*”.

presentaron demanda en contra de la Nación, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el Banco de Colombia, el Banco de Colombia Panamá, el Eagle National Bank, el Almacén General de Depósito Almacenar y la Sociedad Fiduciaria Colombiana Fiducolombia, con el propósito de que se declarara la nulidad de dos cláusulas incorporadas en el contrato de “contingencias pasivas” (folios 1–10, cuaderno 1).

2.1 Los demandantes afirmaron que: (i) en 1993 el Banco de Colombia era propiedad de la Nación y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin–; (ii) a finales de ese año se inició su privatización con base en diferentes decretos expedidos para el efecto –2049 del 11 de octubre de 1993; 2290 del 17 de noviembre de 1993; 96 del 12 de enero de 1994–, en los cuales se indicó, entre otras cosas, que las entidades estatales, en condición de vendedoras, debían “cubrir las contingencias pasivas que se derivaran para los compradores” y “sanear los vicios ocultos originados en la venta de las acciones del banco”; (iii) la venta de las acciones se dividió en dos grupos: “uno destinado al sector solidario, llamado Lote Uno y otro, el Lote Dos, destinado a inversionistas privados”; (iv) en la “Guía del Inversionista y Perfil del Banco de Colombia”, la cual constituye “oferta de venta de las acciones que conforman el lote uno”, se anunció que “antes de que concluyera el proceso de venta del Banco, se debían ofrecer a su turno en venta los derechos que el Banco tenía en las Sierras del Chicó”; (v) “la oferta de venta de Sierras del Chicó nunca se llevó a cabo y de ahí que ese bien no haya salido nunca del patrimonio y que se haya incluido tanto en el proceso de oferta como en la venta final”; (vi) en el “Memorandum de Información”, documento preparado para dar a conocer a los “compradores precalificados” la situación del banco, se incluyó la participación que éste tenía en “las sociedades dueñas de Sierras del Chicó”; (vii) “durante todo el proceso de oferta a los compradores, dentro de ellos los trabajadores del banco y el sector solidario en general, las Sierras del Chicó hicieron parte del negocio y determinaron la economía del contrato”; (viii) el 12 de noviembre de 1993 en el curso de una reunión de junta directiva del Banco de Colombia, el Ministro de Hacienda “manifestó que era mejor que el banco fuera vendido sin las Sierras del Chicó, aduciendo que el terreno tiene un gran potencial económico, circunstancia que también conocían los compradores”; (ix) el 27 de diciembre de 1993 se adjudicaron acciones “a los trabajadores del banco que habían presentado oferta de compra”, lo cual se les comunicó el 12 de enero de 1994; (x) el 18 de enero de 1994 se firmó el contrato de “contingencias pasivas” entre Fogafin y el Banco de Colombia, a través del cual “el Fondo se obligó a cubrir todas las contingencias pasivas que pudieran surgir para el Banco y este a su turno se obligó a transferir la titularidad de las acciones sobre las sociedades dueñas de las Sierras del Chicó”; (xi) se advierte que “en la celebración de dicho contrato no participó ninguno de los compradores, ni los representantes del sector solidario, ni los inversionistas privados”, de suerte que “las Sierras del Chicó fueron excluidas por el contrato de contingencias del negocio, por disposición única del vendedor, cuando el contrato ya se había celebrado respecto de los trabajadores y del sector solidario y cuando ya estaba definido respecto de los otros inversionistas”.

2.2 A título de pretensiones, suplicó:

1.- Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula primera, numeral primero del contrato celebrado, con anterioridad a la privatización, entre el Banco de Colombia y otras sociedades relacionadas y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, celebrado el 18 de enero de 1994, protocolizado en la Notaría Segunda de Bogotá por escritura No. 182 y que dice:

“(1) La obligación que EL BANCO contrae de transferir en propiedad a favor del FONDO los derechos, beneficios o intereses que EL BANCO posee directamente y a través de varias sociedades y patrimonio autónomos, en las sociedades Sierras Chicó Ltda y Chicó Oriental Número Dos, excepto los derechos que Inducom Ltda., tenga en esas sociedades, tomando en consideración que el precios de los derechos del BANCO en las citadas sociedades representan una contingencia incierta;”

2.- Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula décimo quinta del contrato celebrado entre el Banco de Colombia y otras sociedades y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, celebrado el 18 de enero de 1994, protocolizado en la Notaría Segunda de Bogotá por escritura No. 182 y que dice:

“EL BANCO se obliga a transferir a favor del FONDO la propiedad, el interés, el ‘beneficio neto’, o los derechos que directamente o a través de otras personas o patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma, tiene en las sociedades Sierras del Chicó Ltda y Chicó Oriental Número Dos Ltda., o en las entidades que sustituyan tales sociedades de cualquier forma, excepto los derechos que Inducom Ltda., tenga en esas sociedades”.

(...)

2.3. Los argumentos jurídicos sobre los cuales se fundamenta la parte demandante están referidos principalmente a: (i) el saneamiento de los vicios redhibitorios es una obligación en todos los contratos de compraventa que debe asumir el vendedor y, por tal razón, “no se puede exigir contraprestación ... pues sería tanto como que el comprador pagara finalmente por resarcir el daño que el vendedor le ha causado ... Tal proceder es contrario a la ley y de ahí que proceda su declaratoria de nulidad absoluta”, (ii) hubo “desvío de poder” porque al

momento de la firma del contrato, Fogafin actuó en doble calidad, como administrador del banco y como Estado, de suerte que *“¿cómo puede verse privado el comprador de lo que compró por la sola voluntad del vendedor que dispone de una parte del objeto vendido?”*; (iii) se presentó en este caso *“falta de poder de disposición”*, porque el valor de los predios de las Sierras del Chicó afectaba patrimonialmente el negocio, de manera tal que *“el vendedor, una vez vendido el Lote 1 del banco, perdió su posibilidad de vender los activos del banco, configurándose una falta de capacidad por parte de la Nación y de Fogafin y, en consecuencia, una causal de nulidad absoluta para comprometer el patrimonio del banco”*.

III. Trámite procesal

3 Una vez admitida la demanda (folios 32–37 y 40, cuaderno 1) y debidamente notificada (folios 42–52, cuaderno 1), el Banco de Colombia, a través de apoderado judicial, en la contestación de la demanda se limitó a aceptar unos hechos como ciertos y a manifestar que se atenía a lo que se probara en relación con los demás (folios 56–58, cuaderno 1). Por su parte, Fogafin, a través de apoderado judicial, sostuvo, principalmente: (i) que en la *“Guía del Inversionista y Perfil Financiero del Banco de Colombia”* se disponía que antes de la terminación del proceso de privatización del banco se ofrecerían en venta los derechos de propiedad de los cuales el banco era titular por intermedio de otras sociedades sobre el lote Sierras del Chicó y que, en efecto, dicha oferta se realizó a través del contrato de contingencias en el que el banco se obligó a entregar a Fogafin los derechos mencionados; (ii) que en el *“Memorandum de Información”* se expresó claramente que la entrega de esos derechos se hacía *“a título de contraprestación a favor de Fogafin por el otorgamiento de la garantía de pago de determinadas contingencias pasivas”* y que no era gratuita porque *“En todo caso, Fogafin pagaría al Banco de Colombia o éste retendría, según el caso, el valor en libros de tales derechos incluidos los ajustes por inflación que correspondan a los mismos”*; (iii) que las cláusulas demandadas del contrato de contingencias no están viciadas de nulidad, puesto que *“ninguna norma legal prohíbe que se pacte una contraprestación por el otorgamiento de una garantía de contingencias, ni tal pacto viola el orden público”*; (iv) que no hubo desviación de poder alguna, puesto que no se acredita que *“se hayan ejercido funciones públicas para un fin distinto a aquel para el cual fueron conferidas”* y porque *“el pacto incluido en la garantía tiene por objeto que la entidad pública no sólo deba soportar las consecuencias negativas de las contingencias que se presenten en el banco, sino también beneficiarse de las activas”*, como una manera de *“asegurar el equilibrio contractual”*; (v) que la entrega de los derechos referidos era un asunto conocido por los compradores desde el principio y *“adicionalmente, en los contratos escritos que se celebraron expresamente se señaló que los compradores conocían el contrato de contingencias y lo aceptaron”*; (vi) que no se presenta lo que el demandante denomina falta de poder de disposición de los derechos sobre las Sierras del Chicó, porque éstos *“no hacían parte de la operación de venta en la*

forma como pretende el actor”, tal y como se puede concluir de la “Guía del Inversionista y Perfil Financiero del Banco de Colombia” y del “Memorandum de Información”; (vii) a título de excepciones propuso “cumplimiento de las condiciones pactadas”, “aceptación del contrato de contingencias”, “existencia de causa y objeto real y lícito” y “falta de integración del contradictorio” (folios 60–72, cuaderno 1).

4 El 19 de agosto de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, a través de sentencia, decidió: “PRIMERO. Deniéganse las súplicas de la demanda. SEGUNDO. Sin costas”. En la parte considerativa indicó: (i) en relación con la supuesta nulidad de las cláusulas demandadas, “Para la Sala el convenio celebrado entre el Banco y Fogafin al ofrecer aquel como contraprestación del compromiso de éste al saneamiento de los vicios redhibitorios la cesión de unos derechos, no produce nulidad absoluta de las cláusulas, por cuanto no existe norma alguna que lo prohíba, aun más, las normas civiles y comerciales aceptan como válido el convenio de no salir al saneamiento, excepto que el vendedor haya actuado de mala fe; al no haber demostrado la mala fe, habrá de entenderse que el pacto es legal”; (ii) en el mismo sentido, concluyó que “el banco no traspasa o cede sus derechos sin contraprestación alguna, por el contrario, esos derechos son pagados por un valor que aparece registrado en libros, entonces, no puede ahora decirse que el banco cedió sus bienes en detrimento de los compradores del Lote Uno”; (iii) a propósito del cargo de desviación de poder, dijo que Fogafin “no actuó mediante atribuciones distintas a las conferidas por la Ley”, sino que se sometió a los Decretos 2049 y 2290 de 1993, en los cuales “se previó la existencia del contrato de contingencias” y en consonancia con la “Guía del Inversionista” donde se expresó que antes de terminar la privatización del banco se ofrecerían los derechos sobre las Sierras del Chicó; (iv) dijo que “la suscripción del contrato de contingencias solo fue la finalización de un proceso o la concreción de la situación de cada una de las partes interesadas en donde todas conocían de antemano la posición del Fondo, del banco y de los compradores”; (v) acerca del cargo por la “falta de poder de disposición”, señaló que “tendría cabida solo y en tanto y cuanto el vendedor de las acciones hubiere actuado sin facultades para ello, situación a que aquí no se encuentra demostrada”; (vi) finalmente expresó: “En síntesis la Sala llega a la conclusión que los compradores no tienen ahora derecho de reclamar por una posible pérdida de uno de los activos cuando antes de su compra tuvieron pleno conocimiento que ese activo, que hoy reclaman, saldría de los haberes del banco antes de terminar con la venta de sus acciones” (folios 235–249, cuaderno principal).

5 El demandante interpuso el recurso de apelación (folio 251, cuaderno 1) y lo sustentó con base en los siguientes argumentos: (i) teniendo en cuenta que las cláusulas demandadas tenían como propósito “evitar un eventual beneficio injustificado o no propiamente valorado por quienes resulten compradores del banco” y que uno de los propósitos de Fogafin de acuerdo con el artículo 316 del Estatuto Financiero es impedir “injustificados beneficios económicos o de cualquier

otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras”, considera el apelante que hay causa ilícita porque “se están aplicando a los trabajadores y al sector solidario y a los posibles compradores del Lote Dos las sanciones previstas para los accionistas causantes de perjuicios a las instituciones financieras, de una manera ilegal”, así, “cuando la Ley permite impedir beneficios injustificados a los causantes de perjuicios, está prohibiendo aplicar esta sanción a quienes no han causado estos perjuicios”; (ii) en el mismo sentido, hay causa ilícita porque el Ministro de Hacienda y Fogafin solicitaron que se transfirieran a ésta última los derechos sobre las acciones que daban la titularidad de las Sierras del Chicó, y encuentra el apelante que “la calidad de accionistas mayoritarios de una sociedad anónima, aun cuando se encontrara nacionalizada y adscrita a Fogafin, no da causa legal para transferir al accionista determinados activos de la sociedad, así como no tiene causa legales que los administradores se hagan dueños de los bienes a su cuidado ... inventando la figura de pagar una garantía de contingencias”; (iii) se verifica una “inexistencia de causa” porque “la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa” y el banco “no tenía la obligación de pagar por la garantía sobre activos inexistentes o pasivos ocultos”, (iv) menos aún tiene causa que “el vendedor [Fogafin] pacte con la cosa vendida [Banco de Colombia], de la cual ya ha vendido una parte importante de la participación accionaria, un pago que no está previsto en la ley [la entrega de la titularidad sobre las Sierras del Chicó], y que en ningún caso es su obligación”; (v) hay objeto ilícito de las cláusulas demandadas, porque la “Guía del Inversionista”, la cual constituye la oferta de venta de acciones del Lote Uno solo indica que los derechos sobre las Sierras del Chicó se ofrecerán en venta antes de terminar el proceso de privatización y que el valor de venta “será establecido por medio de avalúos técnicos y en ningún caso será inferior al valor actual en libros” y esta oferta constituyó la base para el contrato con los adquirentes, de manera que las condiciones no se podían modificar; (vi) contrario a lo anterior, en la cláusula del contrato se dispone que “en todo caso el valor en libros no comprenderá concepto alguno por valorización”; (vii) el Tribunal a quo se equivocó al considerar que las condiciones comprendidas en el “Memorandum de Información” constituían parte de la oferta, puesto que el documento referido era de carácter confidencial y “solo fue entregado a los posibles compradores del Lote Dos autorizados por la Superintendencia Bancaria”, razón por la cual no era “oponible a los destinatarios del Lote Uno, ni a los postores del Lote Dos que no lo conocieron”; (viii) en consecuencia, representa una “desviación de poder”, la obligación de que el banco transfiriera a Fogafin los derechos referidos, también en atención a que “el objeto social de Fogafin no es el desarrollo de terrenos urbanos, ni el negocio de finca raíz, ni tiene capacidad para formar parte de sociedad de responsabilidad limitada cuyo objeto social sea diferente del contemplado en las normas que rigen su funcionamiento”; (ix) en relación con la “falta de poder de disposición”, precisó que “el Banco de Colombia no tenía capacidad para disponer de sus activos” puesto que “desde el momento de adjudicación de las acciones al Lote Uno, el Banco de Colombia cambió su composición accionaria y la participación oficial en el capital de la misma y por tanto a los nuevos accionistas se les debió respetar ‘el derecho de los accionistas a participar en la administración de la institución’ tal como lo expresa el Decreto 2043/93” (folios 258–268, cuaderno principal).

6 La Procuraduría General de la Nación rindió el concepto correspondiente a través del cual pidió que se confirmara la sentencia puesto que: (i) *“el pacto de contraprestación por el saneamiento de vicios redhibitorios no se convino entre compradores y vendedores de las acciones ... sino que el convenio fue celebrado entre la sociedad de la cual se estaban vendiendo las acciones y los accionistas vendedores, quienes lo que hicieron fue reservarse unos derechos cuyo dominio estaba en cabeza de la sociedad de la cual vendían sus acciones, para poder asumir las contingencias pasivas que pudieran presentarse con posterioridad a la venta. Y ese pacto no solo no estaba prohibido por el ordenamiento legal, sino que adicionalmente había sido autorizado por acto administrativo en firme, que respaldaba su legalidad”*; (ii) *“En el convenio analizado no hubo la desviación de poder alegada, y menos aún por los hechos en los cuales la estructura el actor. Así es, los documentos denominados “Guía del Inversionista y Perfil Financiero” y “Memorandum de Información del Banco de Colombia”, elaborados en octubre y noviembre de 1993, respectivamente, con propósitos informativos a posibles interesados en adquirir acciones y/o derechos de suscripción preferencial de acciones del Banco de Colombia, revelan que los vendedores siempre plasmaron su intención de que en la negociación no quedarán incluidos los derechos sobre las sociedades Sierras del Chicó Ltda y Chicó Oriental No. 2 Ltda.”*; (iii) *“La demostración de la existencia de estos documentos, que contenía sendas cláusulas a través de las cuales se excluía del paquete de acciones en venta, los derechos que el banco tenía en el lote Sierras del Chicó, deja sin piso probatorio el argumento que sirve de fundamento a los cargos de DESVIO DE PODER, FALTA DE PODER DE DISPOSICIÓN y OBJETO ILÍCITO, como quiera que quedó establecida la disponibilidad que el banco tenía sobre los derechos en los cuales recayó la contraprestación que es objeto de las cláusulas demandadas; (iv) “Finalmente cabe señalar que si en gracia de discusión se aceptara que las ofertas de venta de las acciones no excluyeron los derechos sobre el lote Sierras del Chicó, ello no genera la nulidad absoluta del negocio jurídico en virtud del cual se transfirió la titularidad de los derechos sobre estos bienes al FONDO; ello tendría efectos en relación con contratos de compra de las acciones, para solicitar su resolución, o su cumplimiento, según lo decida quien se crea afectado, pero no tiene la capacidad de viciar de ilegalidad generadora de nulidad absoluta al contrato que parcialmente se revisa”* (folios 696–705, cuaderno principal).

7. La Honorable Consejera Ruth Stella Correa manifestó que estaba impedida para conocer de este asunto, puesto que, como Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado había presentado el concepto correspondiente (folio 349, cuaderno principal). La Sala, mediante providencia del 26 de marzo de 2007 aceptó el impedimento (folios 350–351, cuaderno principal).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8 La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de doble instancia ante esta corporación. En vigencia del Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales en 1996, año de presentación de la demanda, tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$13 460 000 y en el caso concreto, a pesar de que la demanda no comprende pretensión de condena alguna, la eventual declaratoria de nulidad absoluta de las cláusulas demandadas, tendría como consecuencia que los derechos que tenía el Banco de Colombia directa o indirectamente en las sociedades Sierras del Chicó y Chicó Oriental n.º 2 dejarían de ser parte del patrimonio de Fogafin y volverían a integrar el del banco, valor que ascendería al menos a \$488 879 874 (valor certificado mediante documento original expedido por el Subdirector de Operaciones de Fogafin, folio 1, cuaderno 4), el cual excede ampliamente la cuantía requerida en aquel entonces para que un juicio de esta naturaleza tuviera doble instancia.

II. Hechos probados

9 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales pueden ser valoradas puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que dan lugar a la presente actuación se pueden resumir de la siguiente forma:

9.1 El 1 de octubre de 1993, la junta directiva de Fogafin (copia auténtica del Acta n.º 157, folios 12–23, cuaderno 4), en relación con la venta de las acciones del Banco de Colombia, las contingencias que pudieran surgir y el inmueble denominado Sierras del Chicó, acordó:

3. Destinatarios de la oferta. Las acciones del Lote Uno se ofrecerían a los trabajadores activos y pensionados del Banco de Colombia y de las entidades de servicios financieros filiales del Banco; fondos de empleados, fondos mutuos de inversión de empleados, fondos de cesantías y de pensiones, cooperativas, sindicatos de trabajadores, federaciones y confederaciones de sindicatos de trabajadores. Las acciones y derechos que conformarán el Lote Dos se ofrecerían a todas las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad legal para hacer este tipo de inversiones y cuenten con la aprobación de la Superintendencia Bancaria cuando sea necesario conforme a la Ley.

8 Contingencias

Existen varias clases de contingencias relacionadas con el Banco, aunque los efectos de algunas de ellas en principio no recaerían sobre tal entidad. 8.1. Que afectan directamente al Banco de Colombia: a) Eventuales reclamaciones derivadas de la remuneración pactada por virtud del fideicomiso Cingra y por la ejecución de dicho contrato, provenientes de antiguos accionistas del Banco. b) Las civiles, comerciales, laborales y administrativas propias de la operación del banco. 8.2. Relacionadas con la intervención del Banco: a) Demanda contra la nacionalización del Banco, Pronta y Granfinanciera. b) Demanda contra la orden reducción nominal del capital de las tres entidades indicadas.

II. Sierras del Chicó

En vista de que el Banco de Colombia tiene derecho en las sociedades titulares del inmueble conocido como Sierras del Chicó, derechos cuyo valor es incierto dadas las contingencias que existen sobre ese inmueble, el Director propuso a la Junta Directiva plantear al Banco de Colombia la posibilidad de transferir tales derechos a favor del Fondo como contraprestación por la asunción de las contingencias adversas al Banco que el Fondo asuma, reconociendo al Banco el valor en libros más ajustes por inflación hasta la fecha del traspaso. Luego de analizar el tema la Junta Directiva autorizó por unanimidad al Director para celebrar los actos y contratos a que haya lugar en relación con los derechos antes indicados, en los términos propuestos (subrayado fuera de texto).

9.2 El 11 de octubre de 1993 se expidió el Decreto n.º 2049 de 1993 “por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones y derechos de suscripción que la Nación y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras poseen en el Banco de Colombia”, en el cual se dispuso que Fogafin podría asumir los efectos de las contingencias pasivas² y que solo cuando la entidad informara a un comprador del “lote uno” que le habían sido asignadas las acciones se perfeccionaba la venta³.

² “Artículo 16º.- Contingencias Pasivas del Banco de Colombia cuyos efectos económicos podrá asumir el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Dentro de las condiciones que establezca el Fondo en la garantía que podrá otorgar a favor del Banco de Colombia conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de Decreto 2915 de 1990, el Fondo, de acuerdo con lo que establezca su Junta Directiva, podrá asumir los efectos económicos que se deriven para el Banco de Colombia como consecuencia de contingencias pasivas existentes actualmente o que puedan llegar a surgir para el Banco por actos, hechos o contratos ejecutados, realizados, celebrados y en todo caso concluidos con anterioridad a la venta de las acciones y derechos de la Nación y el Fondo en esa entidad, que hayan dado o puedan dar lugar a procesos judiciales ordinarios, controversias con autoridades administrativas o impliquen pasivos ocultos, en cuantía superior a cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes en la fecha en que se establezca en concreto el monto de tales efectos...”

³ “Artículo 24º.- Perfeccionamiento de los contratos de compra venta.- Tratándose del Lote Uno, sólo en el momento en que el Fondo comunique por escrito a una persona sobre la adjudicación de acciones, se entenderá perfeccionado el contrato de compraventa respectivo”.

9.3 En octubre de 1993, con el título en la portada de “VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN DE LA NACIÓN Y EL FONDO DE GARANTIAS EN EL BANCO DE COLOMBIA” se presentó al mercado la “Guía del Inversionista y Perfil Financiero del Banco de Colombia” en la cual se comprendía la siguiente información:

Introducción

Por medio del presente documento se pone en conocimiento de los interesados el procedimiento, las condiciones y los requisitos para la adquisición de las acciones y derechos de Suscripción Preferencial de acciones que poseen la Nación y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (el “Fondo” o “FOGAFIN”) en el Banco de Colombia (el “Banco”). Así mismo, se presenta el perfil de Banco de Colombia, un análisis gráfico comparativo del mismo frente a otros similares del sistema bancario colombiano y se incluyen como anexos extractos de los últimos Balances Generales y Estados de Pérdidas y Ganancias de tal institución. En adición a este documento, estará disponible el último dictamen de los Revisores Fiscales.

La información contenida en este documento se ha preparado para que los posibles interesados puedan evaluar la oportunidad de invertir en acciones y derechos del Banco de Colombia.

La sección 1 de este documento fue preparada por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

1. Guía del Inversionista

1.1.1. Número de Acciones y Derechos a Vender

En desarrollo del programa aprobado por el Gobierno Nacional en relación con las acciones y derechos de la Nación y el Fondo en el Banco de Colombia, se ofrecerán en venta 4.277.004.145.682 acciones ordinarias pagadas actualmente y en circulación, de valor nominal de Un (1) centavo cada una y 6.378.678.478.910 derechos de suscripción preferencial, equivalentes a 6.378.678.478.910 acciones nuevas que emitirá el Banco de Colombia a valor nominal de Un (1) centavo cada una, para un total de 10.655.682.624.592 acciones ordinarias y derechos de suscripción preferencial.

Por cada derecho de suscripción que se adquiera, el comprador recibirá del Banco de Colombia una acción nueva al valor nominal de Un Centavo cada una. La diferencia entre tal valor y el precio de compra del derecho de suscripción preferencial, corresponderá a la Nación.

El valor nominal de la acción es diferente del precio al cual el Fondo hará la oferta de venta de las acciones y derechos.

1.1.2. Conformación y Contenido de los Lotes de Acciones

El Fondo pondrá en venta la totalidad de las acciones y derechos mencionados, en dos (2) lotes que se ofrecerán en el siguiente orden:

1.1.2.1. Lote "Uno", conformado por 1.811.570.000.000 de acciones ordinarias actualmente en circulación equivalentes a una participación aproximada del 17% del total de las acciones en circulación del Banco, al finalizar el proceso de suscripción preferencial de las acciones a que dan lugar los Derechos ofrecidos.

1.1.2.2. Lote "Dos", conformado por a) el saldo de las acciones ordinarias de propiedad de la Nación y el Fondo en el Banco de Colombia, actualmente en circulación, equivalente a 2.465.434.145.682 acciones; b) aquellas acciones ofrecidas en el Lote Uno que no sean adjudicadas, y c) la totalidad de los Derechos de suscripción preferencial de que es titular la Nación en el Banco de Colombia, constituidos por 6.378.678.478.910 Derechos.

1.1.3. Oferta de Venta

El presente documento constituye oferta de venta de las acciones que conforman el Lote Uno, condicionada a que cada interesado en comprar acciones cumpla todas y cada una de las condiciones establecidas en el Decreto 2049 del 11 de octubre de 1993, los requisitos establecidos en este documento y que reclame oportunamente la carta de adjudicación de acciones, si a ello hay lugar, todo lo cual deberá efectuarlo en la forma y dentro de los plazos que se indiquen para tal efecto.

La oferta de venta de tales acciones estará vigente hasta el 17 de noviembre de 1993 a las 3:00 p.m.

(...)

1.2.1. Quiénes Pueden Adquirir las Acciones del Lote Uno

La oferta de venta de acciones correspondientes a este Lote, está dirigida exclusivamente a los trabajadores activos y pensionados del Banco de Colombia, de Fiducolombia, del Fondo de Cesantías Colombia y del Almacén General de Depósito ("Almacén"); a los fondos de empleados, fondos mutuos de inversión de empleados, fondos de cesantías y pensiones, cooperativas, sindicatos de trabajadores y federaciones y confederaciones de sindicatos de trabajadores, que, en todos los casos, estén legal y estatutariamente autorizados para participar en el capital de instituciones financieras.

(...)

1.2.3. Lugar y Fecha de Presentación de Ofertas

Las ofertas de compra deberán ser presentadas por escrito con toda la documentación pertinente, y entregadas en las Fiduciarias o Bancos habilitados por el Fondo de Garantías para este efecto, desde el 28 de octubre y hasta las 3:00 p.m. del día 17 de noviembre de 1993. Las ofertas que puedan presentarse por fuera de ese plazo no serán consideradas por el Fondo. (...)

1.4. CONTINGENCIAS PASIVAS

En desarrollo del proceso de venta de las acciones y derechos de suscripción preferencial de acciones que la Nación y el Fondo poseen en Banco de Colombia, el Fondo otorgará a favor de esa entidad, en las condiciones que determine la Junta Directiva del Fondo, una garantía por la cual asumirá los efectos económicos que se deriven para el Banco de Colombia como consecuencia de contingencias pasivas existentes a la fecha de la venta o que surjan con posterioridad a ésta, pero en todo caso por actos, hechos o contratos ejecutados, realizados, celebrados y concluidos con anterioridad a la venta de las acciones, que hayan dado o puedan dar lugar a procesos judiciales ordinarios, controversias con autoridades administrativas o impliquen pasivos ocultos, en cualquier caso por una cuantía superior a cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes en la fecha en que se establezca en concreto el monto de tales efectos.

(...)

1.6. INFORMACIÓN SOBRE ALGUNOS ACTIVOS Y PASIVOS DEL BANCO DE COLOMBIA

1.6.1. Derechos sobre el Lote Sierras del Chicó

Antes de que concluya el proceso de reprivatización del Banco de Colombia, éste ofrecerá en venta los derechos de propiedad que tiene por intermedio de otras sociedades sobre el lote Sierras del Chicó, ubicado en Santafé de Bogotá, aproximadamente entre las Calle 94 y 100, en el costado oriental de la carrera séptima. El valor de venta del inmueble será el establecido por medio de avalúos técnicos y, en ningún caso, será inferior al actual valor en libros (subrayado fuera de texto).

9.4 El 5 de noviembre de 1993, la junta directiva de Fogafin (copia auténtica del acta n.º 158, folios 2-7, cuaderno 4), acordó:

Contingencias

En desarrollo del programa de venta de las acciones y derechos de la Nación y el Fondo en el Banco de Colombia aprobado por el

Gobierno Nacional mediante Decreto 2049 de 1993, se presentó a consideración de la Junta Directiva una propuesta sobre el esquema de cobertura de las contingencias pasivas del Banco de Colombia y de algunas de las entidades financieras en las que tal entidad mantiene inversiones de capital. En tal sentido se dio lectura al memorando 486 del 5 de noviembre del presente año.

El Director indicó que el citado decreto establece unas condiciones generales de cobertura de contingencias y pasivos ocultos del Banco de Colombia. Comentó que de acuerdo con las recomendaciones de First Boston y las observaciones que se han recibido de potenciales inversionistas, sería aconsejable que la cobertura incluya tanto al Banco de Colombia como a algunas de las entidades que tal entidad controla. Con tal fin indicó que en la propuesta complementaria del programa de venta que debe ser sometida a consideración del Consejo de Ministros, puede plantearse una propuesta en tal sentido.

Igualmente propuso que en vista de la ampliación de la cobertura, el deducible a cargo del Banco de Colombia debería incrementarse a diez mil millones de pesos actualizables anualmente y en forma compuesta con índice igual al de la variación del índice de precios del DANE y que la cobertura de las contingencias y pasivos ocultos debería pactarse teniendo en cuenta, como una de las causas del contrato, la obligación del Banco de ceder a favor del Fondo los derechos del Banco en las sociedades Sierras del Chicó Ltda y Chicó Oriental Número Dos Ltda., reconociendo al Banco el valor en libros de tales derechos a 31 de diciembre de 1993, con los ajustes obligatorios por inflación que se causen hasta que se produzca el traspaso, y sin considerar valorizaciones.

Luego de analizar ampliamente el tema la Junta Directiva consideró procedente proponer al Consejo de Ministros que autorice la cobertura de las contingencias pasivas y pasivos ocultos tanto del Banco de Colombia, como del Banco de Colombia de Panamá; el Eagle National Bank of Miami; el Banco de Colombia Limited (Grand Cayman); la Sociedad Fiduciaria, Fiducolombia; el Almacén General de Depósito Almacén; y la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía, Cesantías de Colombia; bajo las condiciones que se indican enseguida, teniendo en cuenta lo que apruebe el Gobierno Nacional en las normas complementarias del programa de venta aprobado por el Decreto 2049 de 1993 (subrayado fuera de texto).

9.5 El 17 de noviembre de 1993 se expidió el Decreto n.º 2290, "Por el cual se aprueban, condiciones y procedimientos para la venta de las acciones y derechos que la Nación y el fondo de garantías de instituciones financieras poseen en el banco de Colombia y se dictan otras disposiciones", el cual estaba referido principalmente a la venta de las acciones y derechos del "lote dos", esto es el de los compradores que no hacían parte de los empleados y pensionados del banco,

ni del sector solidario; entre otras cosas se indicó que los postores aceptaban el contrato de contrato de contingencias pasivas⁴.

9.6 En noviembre de 1993 se expidió el documento “*Memorándum de Información Banco de Colombia*” (copia auténtica, folios 377 - 557, cuaderno 3), el cual aparece marcado como “*confidencial*”. A título de introducción, el documento precisó que sólo tenía propósitos informativos y que los interesados debían realizar su propia investigación para decidir si adquirirían o no acciones⁵, mientras que respecto de las Sierras del Chicó expresó:

1.6 Información Adicional

1.6.1. Sierras del Chicó

A título de contraprestación a favor de FOGAFIN por el otorgamiento de la garantía de pago de determinadas contingencias pasivas que mediante contrato cubrirá FOGAFIN, el Banco de Colombia cederá

⁴ “Artículo 3º. Condiciones de las ofertas de compra. Las ofertas de compra deberán cumplir las condiciones establecidas en el Decreto 2049 de 1993 y las siguientes: (...) 2. El solo hecho de presentar una oferta de compra en el martillo se entenderá como afirmación formal de que el postor conoce y acepta expresa e irrevocablemente, en su propio nombre y en el de sus clientes: (...) b) Todos los términos y condiciones del acto por medio del cual el Fondo, asume efectos económicos en relación con contingencias pasivas del Banco de Colombia y que por virtud del acto la Nación y el Fondo cumplen en su integridad con sus obligaciones como vendedores en relación con el saneamiento de la venta de las acciones”.

⁵ Este Memorándum de Información (el Memorándum) ha sido preparado por CS First Boston e Inverlink, S.A. y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (“FOGAFIN”) para propósitos informativos en base en información solicitada a y suministrada por el Banco de Colombia y otras fuentes, y está siendo distribuido por FOGAFIN, CS First Boston e Inverlink, S.A. a posibles interesados en adquirir acciones y/o derechos de suscripción preferencial de acciones del Banco de Colombia.

La información aquí contenida ha sido preparada para asistir a posibles interesados en realizar su propia evaluación del Banco de Colombia y no pretende incluir toda la información que un posible interesado pueda desear. La información no pretende ser ni completa ni exhaustiva. En todos los casos, los posibles interesados deben realizar su propia investigación y análisis del Banco de Colombia y de la información contenida en este Memorándum. FOGAFIN, CS First Boston e Inverlink, S.A., y excepto por la información contenida en o derivada de los estados financieros auditados del Banco de Colombia, el Banco de Colombia, y los respectivos directores, empleados, representantes o afiliados, no han verificado independientemente la información contenida en este Memorándum y no hacen afirmación o certificación alguna, y no tendrán responsabilidad alguna, por cualquier afirmación o certificación (explícita o implícita) contenida en, u omitida de, este Memorándum, o por cualquier comunicación (verbal o escrita) transmitida al receptor de este Memorándum en el curso de su evaluación de la oportunidad de intervenir en acciones y/o derechos de suscripción preferencial de acciones del Banco de Colombia.

Al recibir este Memorándum, el receptor acepta y está de acuerdo en que: (1) toda la información contenida en este Memorándum está sujeta a un acuerdo de confidencialidad, el cual deberá suscribirse previamente (...)

FOGAFIN se reserva el derecho de ofrecer o no ofrecer, y de vender o no vender las acciones y/o derechos de suscripción preferencial de acciones del Banco de Colombia y el de modificar los procedimientos del proceso de venta sin obligación de dar razón alguna.

Es la intención del Banco de Colombia conducir sus operaciones normalmente durante el proceso de venta. Sin embargo, el Banco de Colombia se reserva el derecho de tomar cualquier acción, dentro o fuera del curso ordinario del negocio, que considere necesaria o prudente en la conducción de sus operaciones.

en propiedad a FOGAFIN el interés directo e indirecto que tiene en las sociedades Sierras del Chicó Ltda., y Chicó Oriental Número 2 Ltda. La cesión del interés podrá efectuarse: o por el traspaso de los derechos sociales a FOGAFIN; o por la transferencia del precio (neto de impuestos) de venta de los mismos; o por la cesión del beneficio neto que pudiera obtener el Banco como resultado de la enajenación que las mencionadas sociedades hagan de los terrenos de que son propietarias; o en otra forma equivalente. En todo caso, FOGAFIN pagará al Banco de Colombia o éste retendrá, según el caso, el valor en libros de tales derechos, incluidos los ajustes por inflación que correspondan sobre los mismos. El contrato de contingencias que más adelante se menciona, regulará los procedimientos operativos y los derechos y obligaciones de las partes sobre esta materia.

9.7 El 12 de enero de 1994, se expidió el Decreto n.º 96 por medio del cual se dispuso que con el contrato de contingencias pasivas que habría de celebrarse entre Fogafin y el Banco de Colombia, se daba cumplimiento a la obligación de sanear los vicios ocultos de la venta de acciones y derechos de los cuales era titular la entidad en el banco⁶.

9.8 El 18 de enero de 1994, a través de la escritura pública n.º 182 de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá (copia auténtica, folios 8–26, cuaderno 3), de una parte, Fogafin, y de la otra, Banco de Colombia, Banco de Colombia S.A. de Panamá, Eagle National Bank of Miami, Banco de Colombia Limited (Grand Cayman), Almacén General de Depósito Almacénar S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, Cesantías de Colombia y Sociedad Fiduciaria de Colombia, Fiducolombia S.A., celebraron un contrato sobre contingencias pasivas.

9.8.1 El contrato, a título de “consideraciones que servirán para interpretarlo y fijar su alcance”, expresó:

1ª.) Que a raíz de la nacionalización de EL BANCO, LA NACION Ministerio de Hacienda y Crédito Público en desarrollo del Decreto Legislativo 2920 de 1982 y la Ley 117 de 1985, y EL FONDO, en desarrollo de la citada Ley participan actualmente en el capital de EL BANCO y han decidido ofrecer en venta las acciones y derechos que poseen en esta entidad financiera, de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos 2049 y 2290 de 1993.

⁶ “Artículo 2º. Saneamiento. Mediante el contrato de contingencias pasivas a que se refieren los artículos 16 del Decreto 2049 de 1993, el literal b) del numeral 2º del artículo 3º del Decreto 2290 de 1993 y el artículo 1º del presente Decreto, la Nación y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras cumplen en su integridad con el saneamiento por vicios ocultos relacionado con la venta de las acciones y derechos que poseen en el Banco de Colombia”.

2ª.) Que de acuerdo con los artículos 17 del Decreto 2915 de 1990, 16 del Decreto 2049 y 12 del Decreto 2290 de 1993, y 94 de 1994 EL FONDO está autorizado para celebrar un contrato con EL BANCO y LAS SOCIEDADES, en relación con ciertas y determinadas contingencias pasivas que se regulan en el presente Contrato y que pueden llegar a afectar a EL BANCO o a LAS SOCIEDADES.

3ª.) Que mediante los Decretos 2049 y 2290 de 1993 y 96 de 1994 el Gobierno Nacional aprobó el programa de venta de las acciones y derechos de la NACIÓN y EL FONDO en EL BANCO (en este contrato, "las acciones"), dispuso que la venta la haría EL FONDO obrando en nombre propio, y también como mandatario en nombre y por cuenta de LA NACIÓN, y que la garantía por contingencias la otorgaría EL FONDO. En consecuencia, cuando en este Contrato se haga mención de EL FONDO, se entenderá que se trata de EL FONDO y LA NACIÓN sin que ello implique responsabilidad solidaria o conjunta entre ambos, y sin que obligación alguna derivada de este contrato le sea exigible directamente a LA NACIÓN (subrayado fuera de texto).

9.8.2 En el clausulado correspondiente, entre otras cosas, se dispuso:

CLAUSULA PRIMERA. CAUSA DEL CONTRATO. EL FONDO contrae las obligaciones previstas a su cargo en el presente Contrato de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos 2915 de 1990, y 2049 y 2290 de 1993, y 96 de 1994 teniendo como causas: (1) La obligación que EL BANCO contrae de transferir en propiedad a favor del FONDO los derechos, beneficios o intereses que EL BANCO posee directamente y a través de varias sociedades y patrimonios autónomos, en las sociedades Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental Número Dos, excepto los derechos que Inducom Ltda., tenga en esas sociedades, tomando en consideración que el precio de los derechos del BANCO en las citadas sociedades representan una contingencia incierta; y (2) con el fin de cubrir las contingencias pasivas determinadas en este Contrato que pueden surgir para EL BANCO o para LAS SOCIEDADES por actos o hechos anteriores a la venta de las acciones de LA NACIÓN y EL FONDO en el BANCO, dentro de las condiciones, los límites y los términos previstos en el presente Contrato (...).

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO. Dentro de los límites, los términos y las condiciones previstas en este Contrato, EL FONDO se obliga a pagar las sumas de dinero que puedan resultar a cargo de EL BANCO o de LAS SOCIEDADES, como efecto directo de Contingencias Pasivas existentes actualmente para EL BANCO o para LAS SOCIEDADES por actos o hechos realizados u ocurridos en su integridad con anterioridad a la fecha de la venta de las acciones de EL FONDO en EL BANCO, que hayan dado o pueda dar lugar a "los procesos" que se describen en los numerales 2.1 y

2.2 del presente contrato; o que impliquen "pasivos ocultos" para EL BANCO o para LAS SOCIEDADES de acuerdo con lo previsto en el numeral 2.3 de este Contrato; o que impliquen el pago de costos judiciales y agencias en derecho a que se refiere el numeral 2.4.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: DERECHOS SOBRE SIERRAS DEL CHICO. EL BANCO se obliga a transferir a favor del FONDO la propiedad, el interés, el beneficio neto, o los derechos que directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma, tiene en las sociedades Sierras del Chicó Ltda y Chicó Oriental Número Dos Ltda., o en las entidades que sustituyan tales sociedades de cualquier forma, excepto los derechos que Inducom Ltda., tenga en esas sociedades.

15.1. Tal cesión podrá efectuarse: o por traspaso de los derechos sociales a EL FONDO; o por la transferencia del precio de venta de los mismos, neto de los impuestos a que pueda dar lugar tal venta; o por la cesión de todos aquellos derechos que le correspondan al BANCO, directa o indirectamente, en caso de disolución y liquidación de las citadas sociedades o de los patrimonios autónomos; o por la transferencia del 'beneficio neto' que directa o indirectamente le corresponda al BANCO en tales sociedades; o por cualquier otro medio que implique el traspaso de la totalidad de los derechos del BANCO en tales sociedades. EL FONDO se reserva el derecho de indicar el término, la modalidad y condiciones bajo las cuales debe efectuarse la cesión de los derechos o de exigir al BANCO la constitución de la fiducia a que se refiere el numeral siguiente.

15.2. EL FONDO podrá exigir al BANCO que constituya una fiducia, en la entidad que EL FONDO elija, cuyo beneficiario exclusivo sea EL FONDO, fiducia que tendrá por objeto percibir y administrar, en los términos y condiciones que indique EL FONDO, el 'Beneficio Neto' que obtenga EL BANCO por la enajenación de los derechos; o por su participación directa o indirecta en el capital de las sociedades Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental Número Dos Limitada; o la participación del BANCO en el capital de las entidades que puedan sustituir a tales sociedades; o que reciba y ejerza en nombre del FONDO los derechos de tales sociedades.

15.3. En caso de traspaso de los derechos sociales a favor del FONDO, el BANCO tendrá derecho al pago del valor que tales derechos sociales tenían en libros del BANCO a 31 de diciembre de 1993, con los ajustes por inflación legalmente obligatorios sobre los mismos, que se causen hasta el momento de su traspaso a favor del FONDO. En caso que la venta de los derechos sociales se haga, estando estos aún a nombre del BANCO, éste tendrá derecho a retener una suma igual al valor antes indicado. En todo caso el valor en libros de tales derechos sociales no comprenderá concepto alguno por valorización.

15.4 Para todos los efectos relacionados con los derechos del BANCO en las sociedades Sierras del Chicó Oriental Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada, se entiende por 'beneficio neto' la diferencia entre: (1) las sumas de dinero, una vez descontados los impuestos a que pueda haber lugar, que obtenga EL BANCO por la enajenación de los derechos sociales en tales sociedades o en virtud de la titularidad de los mismos y (2) el valor que tales derechos tenían en libros del BANCO a 31 de diciembre de 1993 con los ajustes por inflación legalmente obligatorios sobre tales derechos, que se hayan causado hasta el momento de la transferencia de los mismos a favor del FONDO según lo previsto en el numeral 15.1, o hasta el momento de la constitución de la fiducia a que se refiere el numeral 15.2, según el caso. El valor en libros de tales derechos no comprenderá concepto alguno por valorización.

La propiedad del 'Beneficio Neto' corresponderá en su integridad al FONDO.

15.5. La cesión de los derechos que mediante este documento EL BANCO queda obligado a hacer a favor del FONDO y el acto mismo de cesión:

15.5.1 Son irrevocables y producirán sus efectos cualquiera sea la relación entre la suma que corresponda al BANCO conforme al numeral 15.3 y el monto de las contingencias que corresponda pagar al FONDO conforme al presente contrato.

15.5.2 No están ni estarán sujetos a condición resolutoria ni a ninguna otra condición con excepción de lo previsto en la cláusula décimo segunda del presente contrato.

15.5.3. Salvo lo previsto en la cláusula décimo segunda del presente contrato, conservarán sus efectos aunque haya lugar a la aplicación de cualquiera de las cláusulas previstas en el presente contrato.

15.6 Mientras el BANCO conserve la titularidad de los derechos, se obliga a ejercerlos en los términos y condiciones que indique EL FONDO. Por consiguiente, será potestativo del FONDO: (1) nombrar a la persona o personas que EL BANCO deberá designar con el fin de ejercer tales derechos; (2) señalar las atribuciones de tales personas y (3) autorizar los términos y condiciones de cualquier oferta o acto de disposición de los derechos sociales que el BANCO posee en las sociedades antes indicadas, o las decisiones que deban proponerse o votarse en los órganos sociales de las sociedades antes indicadas. Los costos a que pueda dar lugar la gestión de las personas a que se refiere el número 1 de este numeral, serán asumidos por EL FONDO.

15.7. Lo previsto en esta cláusula décimo quinta se entiende sin perjuicio de lo que estatutariamente rija en las sociedades Sierras del Chicó Limitada y Chicó Oriental Número Dos Limitada (subrayado fuera de texto).

9.9 El 22 de marzo de 1994, la junta directiva de Fogafin (copia auténtica del acta n.º 164, folios 8–11, cuaderno 4), acordó:

Sierras del Chicó

En relación con el manejo de los derechos sociales en las sociedades Sierras del Chicó Ltda y Chicó Oriental Número Dos Ltda, que el Fondo recibirá del Banco de Colombia en desarrollo del contrato de contingencias, el Director propuso a la Junta Directiva manejar tal participación a través de un fiducia especializada en asuntos inmobiliarios que pueda canalizar la financiación requerida para el desarrollo del inmueble y administrar lo relativo a los derechos del Fondo. Esa fiducia podía centralizar todo lo relativo a las Sierras del Chicó si para tal efecto los socios privados estuviesen de acuerdo. En caso contrario la fiducia tendría por objeto el manejo de los derechos que corresponden al Fondo en las mencionadas sociedades.

Con tal propósito el Director solicitó autorización de la Junta Directiva para que si tal opción resulta la más conveniente para los intereses del Fondo, pueda contratar con una entidad fiduciaria oficial los servicios correspondientes.

La Junta Directiva luego de analizar el tema impartió por unanimidad las autorizaciones solicitadas y facultó al Director para acordar los términos a que haya lugar (subrayado fuera de texto).

9.10 El Subdirector de Operaciones de Fogafin (documento original, folio 1, cuaderno 4) certificó:

1. QUE LAS 1.461.145.000.000 ACCIONES DEL BANCO DE COLOMBIA, CORRESPONDIENTES AL DENOMINADO LOTE UNO, FUERON ADJUDICADAS SEGÚN AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1993, Y NOTIFICADAS A CADA UNO DE LOS ADJUDICATARIOS EL 29 DE DICIEMBRE DE 1993 POR UN VALOR TOTAL DE \$45.425.610.812,50

2. QUE DENTRO DE LA VALORACIÓN DEL BANCO DE COLOMBIA SE INCLUYERON LOS VALORES EN LIBROS QUE TENÍAN LOS DERECHOS QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE TIENE EL BANCO DE COLOMBIA EN LAS SOCIEDADES SIERRAS DEL CHICÓ Y CHICÓ ORIENTAL No. 2, ASÍ: \$470.890.677,15 EN LA PRIMERA Y EN LA SEGUNDA \$17.989.197,80 (subrayado fuera de texto).

9.11 Obran en el expediente 42 contratos de “compraventa” celebrados entre Fogafin y diferentes compradores “SOBRE ACCIONES DE LA NACIÓN Y EL FONDO EN EL BANCO DE COLOMBIA” (copias auténticas, folios 54–376,

cuaderno 3) dentro de cuyo texto se incorpora la siguiente declaración de cada uno de los compradores:

3.5. Contrato de Contingencias Pasivas

Por virtud de este documento EL COMPRADOR manifiesta que:

3.5.1. Ha tenido oportunidad de conocer y analizar el Contrato de Contingencias Pasivas celebrado entre EL FONDO por una parte y por otra el BANCO DE COLOMBIA y las Sociedades a que el mismo se refiere.

3.5.2. Sin perjuicio de las obligaciones que surjan a cargo del FONDO frente al BANCO DE COLOMBIA y las sociedades que suscriben el Contrato de Contingencias Pasivas, EL COMPRADOR declara que EL FONDO y LA NACIÓN están exentos de toda responsabilidad que pueda derivarse por litigios, controversias, contingencias o pasivos, cualquiera que sea su clase o naturaleza, existente o que sobrevenga, que afecte o pueda afectar al BANCO DE COLOMBIA y a las entidades nacionales o extranjeras en que el BANCO DE COLOMBIA tenga o haya tenido directa o indirectamente, en cualquier época, participación en su capital, cualquier sea o haya sido la proporción de ésta.

3.5.3. Que mediante el Contrato de Contingencias Pasivas EL FONDO y LA NACIÓN cumplen en su integridad la obligación de saneamiento por vicios ocultos o redhibitorios relacionados con la venta de las acciones del BANCO DE COLOMBIA.

9.12 Fogafin, a través de múltiples comunicaciones –15 de marzo de 1994, 3 de agosto de 1994, 14 de agosto de 1995, 30 de octubre de 1995, 16 de noviembre de 1995, 21 de noviembre de 1995, 5 de febrero de 1996, 1 de marzo de 1996, 18 de marzo de 1996, 20 de marzo de 1996 (folios 682 - 695, cuaderno 3)– solicitó al Banco de Colombia la cesión de los derechos o “cuotas de interés social que tal institución detenta directa o indirectamente en las sociedades “Sierras del Chicó Ltda. y Chicó Oriental No. Dos Ltda.”, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el contrato de contingencias, puesto que la transferencia acordada no se había llevado a cabo.

III. Problema jurídico

10 Fogafin, mediante dos cláusulas del contrato de contingencias celebrado con el Banco de Colombia el 18 de enero de 1994, adquirió el derecho a que el Banco de Colombia le cediera las cuotas de interés social que, directa o indirectamente, tenía sobre las sociedades Sierras del Chicó Ltda., y Chicó Oriental Número Dos Ltda., como contraprestación por asumir frente al Banco de Colombia la obligación de pagar las contingencias pasivas que aparecieran por actos o hechos ocurridos

con anterioridad a la venta de las acciones de Fogafin en el Banco de Colombia. Habida consideración de que el litigio gravita en torno a lo anterior, los problemas jurídicos que se deben analizar consisten en: ¿las cláusulas demandadas están afectadas por falta de causa?; por causa ilícita?; por objeto ilícito?; por “falta de poder de disposición”?; por desviación de poder?

IV. Análisis de la Sala

11 En consideración a los problemas jurídicos planteados, es necesario poner de presente que la causa, el objeto y la capacidad –en este caso denominada “falta de poder de disposición”–, son elementos esenciales del contrato⁷, requisitos *sine qua non* para que exista jurídicamente –existencia– y, en tal sentido, el punto de partida para analizar si el correspondiente acuerdo de voluntades está conforme al ordenamiento jurídico –validez– y produce efectos –eficacia–.

12 La causa está definida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 1524 del Código Civil⁸, como “el motivo que induce al acto o contrato”, y la causa ilícita como aquella “prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. La falta de causa conduce a la inexistencia del contrato, en los términos del inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio –“Será inexistente el negocio jurídico cuando ... falte alguno de sus elementos esenciales”–, y a la de la obligación, de acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil –“No puede haber obligación sin una causa real y lícita”–, mientras que su ilicitud lleva a la invalidez absoluta.

13 El objeto, por su parte, no encuentra una definición expresa dentro del Código Civil, no obstante lo cual la doctrina nacional define que “objeto de la disposición es el interés mismo a que se refiere y puede consistir en cualquiera porción del mundo exterior útil para el hombre, como en cualquier servicio o actividad humana igualmente aprovechable”⁹. Los argumentos del demandante no se dirigen a la inexistencia de objeto, sino a su ilicitud, respecto de la cual, dispone el Código Civil que (i) habrá objeto ilícito “en todo lo que contraviene al derecho público de la

⁷ Código Civil: “Artículo 1502.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

⁸ Código Civil: “Artículo 1524.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

⁹ F. HINESTROSA, *Curso de Obligaciones (Conferencias)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1961, p. 197

Nación”¹⁰ y “en todo contrato prohibido por las leyes”¹¹; (ii) será moralmente imposible el objeto “prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”¹²; (iii) y habrá “objeto ilícito en la enajenación: 1. De las cosas que no están en el comercio. 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”¹³. El objeto ilícito tiene como sanción la nulidad absoluta del contrato.

14 En relación con la supuesta “falta de poder de disposición” alegada por la parte demandante, encuentra la Sala que el cargo está encaminado a que se declare la nulidad de las cláusulas por la falta de capacidad o de competencia de Fogafin. Al respecto, la Sala precisó:

La capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la existencia y validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia”, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). Como advierte la doctrina, mientras en el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el ámbito del derecho público la competencia supone un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad¹⁴.

15 Así, de acuerdo con la exposición anterior, además del juicio de inexistencia por falta de causa, la Sala analizará si el negocio está afectado por causa u objeto ilícitos o por incapacidad absoluta, supuestos que en los términos de los artículos

¹⁰ Código Civil: “Artículo 1519.- Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.”

¹¹ Artículo 1523 del Código Civil.

¹² Código Civil: “Artículo 1518.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

¹³ Artículo 1521 del Código Civil.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2011, expediente n.º 11544, C.P. Ruth Stella Correa. Dentro del texto de la sentencia se citan: “Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 21 de septiembre de 2000, radicación n.º 1.286, C. P. Augusto Trejos Jaramillo; también concepto de 18 de septiembre de 1987, radicación n.º 143, C. P. Jaime Betancur Cuartas” y “Manuel María Díez, Manual de Derecho Administrativo, Tomo 1, Ed. Plus Ultra. pp. 132 y ss”.

1741 del Código Civil¹⁵ y 899 del Código de Comercio¹⁶, darían lugar a la sanción de nulidad absoluta.

16 En relación con la acusación consistente en que hubo desviación de poder por parte de Fogafin y que por ello habría lugar a la nulidad de las cláusulas demandadas, se adelantará el análisis tendiente a determinar si en el caso concreto se configuró ese supuesto de hecho, el cual de acuerdo con pronunciamientos anteriores de la Sala:

Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas¹⁷

17 Como se indicó en el aparte correspondiente, las pruebas recaudadas en el proceso acreditan que: (i) el 1 de octubre de 1993, la junta directiva de Fogafin decidió vender las acciones y derechos de los cuales era titular en el Banco de Colombia a dos clases de compradores, a saber, los trabajadores del banco y personas del sector solidario, denominados “lote uno”, y a todas las personas naturales y jurídicas que tuvieran capacidad de hacerlo, llamados “lote dos” – párrafo 9.1–; (ii) en esa misma oportunidad se expresó que las contingencias que podían afectar al banco, serían asumidas por Fogafin, el cual a cambio recibiría los derechos que tenía el Banco de Colombia sobre las sociedades que eran titulares del dominio de un inmueble denominado Sierras del Chicó, cuyo valor en libros más ajustes por inflación, sería reconocidos al banco por parte de Fogafin, cuestión que posteriormente reiteró la junta directiva de Fogafin en sesión del 5 de noviembre de 1993 –párrafo 9.4–; (iii) en octubre de 1993, con destino exclusivo a los compradores del “lote uno”, salió al mercado la “Guía del Inversionista y Perfil Financiero del Banco de Colombia”, que constituía una “oferta de venta de acciones”, donde claramente se advertía que Fogafin asumiría las contingencias pasivas del banco y que los derechos que éste último tenía, a través de otras

¹⁵ “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

¹⁶ “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, expediente n.º 24844, C.P. Ruth Stella Correa

sociedades, sobre el inmueble ubicado en las Sierras del Chicó, se ofrecerían en venta antes de terminar el proceso de “reprivatización” del banco por el valor que fijaren los avalúos técnicos correspondientes, que en ningún caso podrían ser inferiores al valor en libros –párrafo 9.3–; (iv) el “Memorándum de Información” de noviembre de 1993 no constituía una oferta sino simplemente un documento informativo para posibles inversionistas, de naturaleza “confidencial”, que no estaba dirigido específicamente a los compradores del “lote uno”, el cual reiteraba lo dicho por la junta directiva de Fogafin respecto de la cesión de los derechos referidos a su favor, como contraprestación por la asunción de las contingencias pasivas –párrafo 9.6–; (v) el 29 de diciembre de 1993 se perfeccionó la venta a los compradores del “lote uno”, en los términos del artículo 24 del Decreto n.º 2049 de 1993 –párrafo 9.2–, puesto que ese día se les notificó a cada uno de ellos la adjudicación de “1.461.145.000.000 ACCIONES DEL BANCO DE COLOMBIA ... POR UN VALOR TOTAL DE \$45.425.610.812,50” –párrafo 9.10–; (vi) el 18 de enero de 1994 se celebró el contrato a través del cual Fogafin asumía las contingencias pasivas del Banco de Colombia y como contraprestación éste le cedía por su valor en libros “la propiedad, el interés, el beneficio neto, o los derechos que directamente o a través de otras personas o de patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma, tiene en las sociedades Sierras del Chicó Ltda y Chicó Oriental Número Dos Ltda.” –párrafo 9.8–

18 La Sala aprecia que el negocio descrito fue realizado por parte de Fogafin de conformidad con los decretos expedidos para el efecto por el Gobierno Nacional, esto es: Decreto n.º 2049 del 11 de octubre de 1993 –párrafo 9.2–; Decreto n.º 2290 del 17 de noviembre de 1993 –párrafo 9.5–; Decreto n.º 96 del 12 de enero de 1994 –párrafo 8.7– y, especialmente, en lo que atañe a la asunción de los pasivos contingentes, con base en el artículo 17 del Decreto 2915 de 1990 “Por el cual se reglamentan parcialmente el decreto legislativo numero 2920 de 1982 y las leyes 117 de 1985 y 74 de 1989 y se dictan otras disposiciones para la reprivatización de instituciones financieras”, el cual prescribe:

“Artículo 17. Garantía de contingencias. Con el fin de mantener la confianza en la institución cuyas acciones y bonos se desee vender, la Junta Directiva del Fondo podrá autorizar que éste constituya garantía a favor de tal entidad, para cubrirla, en el porcentaje que determine específicamente para cada contingencia o clase de contingencias, los riesgos que puedan derivarse de pasivos ocultos, litigios judiciales identificados de modo preciso, controversias administrativas u otras que llegaren a afectar a la entidad. La Junta Directiva del Fondo determinará el plazo, los límites, la posibilidad de revocación o de reducción gradual, el origen de los fondos y las demás condiciones de la garantía y de las contingencias que puedan ser cubiertas por ella. Quien formule propuesta de compra de las acciones y bonos que ofrezca el Fondo, acepta los términos y condiciones de este Decreto sobre la garantía y los que en relación con la misma señale su junta Directiva. En todo caso el Fondo no asumirá responsabilidad adicional alguna por los riesgos de la entidad

financiera respectiva. A juicio de la Junta Directiva del Fondo, éste podrá ofrecer opciones de compra o venta sobre los resultados de las contingencias. Dichas ofertas podrán hacerse en cualquier momento mientras estén vigentes las garantías de que trata este artículo, o el Fondo sea accionista de la entidad financiera respectiva. En el evento de proferirse decisión ejecutoriada desfavorable a la entidad objeto de reprivatización por razón de una de las contingencias determinadas en el contrato de garantía, o de acordarse una transacción con la aprobación del Fondo, éste podrá entregar a la institución financiera la cuantía requerida para atender el riesgo correspondiente conforme a los límites y condiciones definidos sobre el particular. Aún sin que medie una decisión ejecutoriada, la Junta Directiva podrá autorizar que con cargo a la garantía y dentro de los límites y condiciones definidos para ésta, el Fondo entregue recursos para facilitar el cumplimiento de cauciones que puedan ser necesarias en el desarrollo de los procesos promovidos contra la entidad financiera respectiva, por razón de hechos que podrían dar lugar a su exigibilidad. La entidad financiera respectiva se obligará para con el Fondo a manejar adecuadamente las controversias o procesos adelantados en su contra que puedan dar lugar a la exigibilidad de la garantía. El Fondo podrá revocar la garantía constituida, en forma total o parcial, si a su juicio la defensa de los intereses de la entidad financiera se adelanta sin el grado de diligencia y cuidado requerido o advierte dolo. También podrá exigir que se constituya cauciones orientadas a responder por los perjuicios que puedan causarse al Fondo, por razón de dichas circunstancias" (Subrayado fuera de texto).

19 En relación con el caso concreto: (i) el Decreto n.º 2049 de 1993, expedido para el proceso de privatización del Banco de Colombia –párrafo 9.2–, explícitamente invoca la norma transcrita para autorizar que Fogafin asuma las contingencias del banco; (ii) el artículo 17 del Decreto 2915 de 1990 inviste a la junta directiva de Fogafin con la competencia para determinar “el origen de los fondos” o recursos que utilizará para constituir la garantía, y para exigir cauciones que la protejan respecto de eventuales perjuicios; (iii) la junta directiva de Fogafin autorizó que “los derechos del Banco en las sociedades Sierras del Chicó Ltda y Chicó Oriental Número Dos Ltda.”, fueran transferidos a Fogafin para que diera cobertura respecto de “las contingencias y pasivos ocultos, reconociendo al Banco el valor en libros de tales derechos a 31 de diciembre de 1993, con los ajustes obligatorios por inflación que se causen hasta que se produzca el traspaso, y sin considerar valorizaciones” –párrafos 9.1 y 9.4–

20. En ese orden de ideas, las alegaciones de la parte apelante en relación con la falta de causa no están llamadas a prosperar. La causa, elemento esencial del contrato, está presente en el asunto *sub judice* como motivo que da lugar a su celebración y como finalidad perseguida por las partes, porque la intención que subyace a las cláusulas demandadas consiste en que Fogafin cuente con recursos para atender las eventuales contingencias del Banco de Colombia, los cuales

proviene de la transferencia de un activo del banco a favor de Fogafin, quien paga el valor en libros correspondiente.

20.1 Los apelantes afirman que no hay causa, puesto que ninguna norma dispone que el vendedor pueda quedarse con una parte de la cosa vendida para responder por los eventuales vicios que se presenten sobre la misma cosa, argumento que será desestimado por la Sala en atención a que las circunstancias del caso concreto demuestran otra cosa.

20.2 Fogafin no se apropia de los derechos simple y llanamente como contraprestación por la asunción del riesgo, sino que además de lo anterior, paga por ellos el valor registrado en libros. En tal sentido desde la óptica clásica y subjetiva del concepto de causa en los contratos en los cuales las partes se obligan recíprocamente, “*sinlagmáticos*” –propia de Domat, quien entiende como causa de mi prestación la contraprestación que he de recibir a cambio–, la causa de Fogafin para asumir las contingencias pasivas del banco y pagar el valor en libros de los derechos, es hacerse a la titularidad de los derechos y, dentro de la misma lógica, pero en dirección contraria, la causa del Banco de Colombia para ceder los derechos es recibir la garantía de que Fogafin asume las contingencias pasivas y recibir el precio que tienen en libros los derechos.

20.3 Desde una perspectiva objetiva en la cual el concepto de causa corresponde a la función práctica que caracteriza al tipo contractual, es decir a la función que cumple dentro de la sociedad el negocio que las partes celebran¹⁸, en el caso concreto hay causa en tanto que las cláusulas demandadas cumplen una función práctica social, puesto que se incorporan para la asunción de contingencias pasivas dentro del contrato, el cual se halla coligado con la compraventa de acciones y derechos del Estado en una institución bancaria, en desarrollo de una política pública para su privatización. Concluye lo anterior la Sala porque en tal sentido las cláusulas son un elemento para la estabilidad del negocio a través del cual se privatiza el banco; para la protección del banco frente a pasivos contingentes; para la obtención de recursos con los cuales Fogafin habrá de

¹⁸ F. HINESTROSA, *ob. cit.*, p. 197. En relación con la causa indica: “*La tendencia subjetiva presenta una causa (la verdadera causa para ella es la final) objetiva, invariable dentro de cada tipo de contrato, característica motivación genérica de la disposición particular. La tendencia objetiva muestra una causa función, atada a la realidad, factor de tipificación del negocio. Son en realidad dos aspectos de un mismo fenómeno, dos fases complementarias: El ordenamiento y, antes que él, la sociedad, indican a los miembros sociales los moldes exclusivos dentro de los que han de verter su actividad dirigida al desarrollo del comercio jurídico. Los particulares tiene competencia para disponer de lo suyo, mas no arbitrariamente, sino en un sentido reconocidamente útil y por tal razón aprobado socialmente; esa aspiración práctica se colma en uno de los tipos preestablecidos y su precisión es la primera tarea del intérprete, por lo que se explica que la ley consagre como regla hermenéutica estar antes que al tenor literal de las palabras a la común intención de los contratantes o a los designios del testador (1618, 1127), para con tal fundamento clasificar la conducta dentro de una de las categorías básicas de negocio. El negocio se caracteriza y valora por su función social y los particulares lo han de emplear así. Es la mandada coincidencia entre la finalidad práctica del comportamiento particular y la finalidad típica que el fenómeno utilizado representa*”.

responder por tales pasivos; y para la seguridad de los eventuales compradores de las acciones.

21. Tampoco pueden prosperar las hipótesis de ilicitud de causa y de objeto que proponen los apelantes dado que nada se probó al respecto, todo lo contrario, las normas analizadas en esta providencia y la actuación íntegra de Fogafin llevan a la Sala al convencimiento de que no hubo vulneración de la ley, del orden público, de las buenas costumbres, ni del derecho público de la Nación. En el mismo sentido, se rechaza la supuesta *“falta de poder de disposición”*, puesto que Fogafin obró de acuerdo con las exigencias legales, de manera que tenía capacidad de ejercicio, competencia, para celebrar el contrato de contingencias pasivas e incluir las cláusulas demandadas. Menos aun se configura una desviación de poder porque no se acreditó que hubiera habido interés o subjetividad de los funcionarios de Fogafin, y *“quien alega esta causal de anulación está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa”*¹⁹.

22. Los apelantes afirman que no era jurídicamente viable para Fogafin hacerse al dominio de los derechos mencionados, porque en la oferta de venta de las acciones del Banco de Colombia, *“Guía del Inversionista y Perfil Financiero del Banco de Colombia”*, del mes de octubre de 1993, se anunció que tales derechos se venderían antes de que terminara el proceso *“reprivatización”*, por el valor que resultara de un avalúo técnico –párrafo 8.3–, y esa condición hacía parte del contrato de compraventa de acciones, puesto que éste último se perfeccionó el 29 de diciembre de 1993. En tal sentido, dicen los apelantes, no era jurídicamente posible que Fogafin se hiciera a la titularidad de esos derechos el 18 de enero de 1994, puesto que para ese momento, los mismos no eran susceptibles de enajenación.

22.1 La Sala considera que no asiste razón a los apelantes para invocar la nulidad absoluta del contrato de asunción de contingencias con base en esa situación. Si bien es cierto que de acuerdo con el contrato de compraventa de acciones los derechos que directa o indirectamente tenía el banco sobre el inmueble de las Sierras del Chicó habrían debido ser ofrecidos y vendidos por el precio que fijaran peritos técnicos, y que aparentemente el banco no cumplió con esa obligación, también lo es que cualquier reclamación que tuviera origen en el contrato de compraventa de acciones debía dirigirse en contra de ese negocio, a través de las acciones correspondientes para exigir su resolución o cumplimiento.

22.2 Además, dentro de las pruebas que obran en el expediente, se demuestra que *“DENTRO DE LA VALORACIÓN DEL BANCO DE COLOMBIA SE*

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 16 de octubre de 1997, expediente n.º 9264, C.P. Silvio Escudero Castro

INCLUYERON LOS VALORES EN LIBROS QUE TENÍAN LOS DERECHOS QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE TIENE EL BANCO DE COLOMBIA EN LAS SOCIEDADES SIERRAS DEL CHICÓ Y CHICÓ ORIENTAL No. 2 –párrafo 8.10–, lo que podría llevar a concluir que las acciones del Banco de Colombia adquiridas por los compradores del “*lote uno*” incorporaron dentro de su haber el valor en libros que tenían tales derechos y que fue eso lo que adquirieron los compradores y no la expectativa de lo que habría sido el incremento patrimonial del banco por la eventual venta de los derechos. En ese sentido, habida cuenta de que Fogafin reconoció al banco mediante el contrato de contingencias pasivas del 18 de enero de 1994 el valor en libros que tenían tales derechos y que fue ese valor en libros lo que hacía parte de la valoración del Banco de Colombia al momento en que las personas pertenecientes al “*lote uno*” adquirieron las acciones del banco, no se acredita un detrimento patrimonial.

22.3 No obstante, como se acaba de señalar, cualquier discusión al respecto escapa de la órbita propia de este juicio, en el cual se ha concluido que el contrato tiene causa, que ésta es lícita, que tiene objeto lícito y que no se configuró “*falta de poder de disposición*” alguno.

23. Otro argumento central del apelante consiste en que la obligación a cargo de Fogafin de sanear las contingencias y pasivos que se presentaren después de la venta de las acciones es algo que se encuentra inmerso dentro de las obligaciones de todo vendedor respecto de los vicios ocultos o redhibitorios y, en consecuencia, no había lugar a celebrar un contrato para que Fogafin asumiera las contingencias pasivas de la cosa vendida.

23.1. Al respecto, la Sala considera que el contrato de marras es jurídicamente viable en tanto que la obligación de sanear los vicios redhibitorios u ocultos no comprende un elemento esencial del contrato, sino simplemente natural, es decir, de aquellos que se entienden incorporados frente al silencio de las partes, como una norma supletoria de la voluntad de los contratantes, pero que no resultan indispensables para la existencia del contrato, puesto que las partes los pueden modificar o desistir libremente de ellos²⁰. Este aserto se corrobora con la lectura del Código Civil en el cual se precisa que las partes pueden acordar que el vendedor no se obligue al saneamiento de los vicios ocultos, siempre y cuando no se trate de aquellos que conoció y no informó al comprador²¹.

²⁰ Código Civil: “Artículo 1501.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que no esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

²¹ Código Civil: “Artículo 1916. Si se ha estipulado que el vendedor no estuviere obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará sin embargo obligado a sanear aquéllos de que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador”.

23.2. En ese orden de ideas, es evidente que si el ordenamiento jurídico autoriza a que el vendedor y el comprador celebren un acuerdo en virtud del cual se exonere al primero de la obligación de sanear los vicios ocultos, también los autoriza para que en ejercicio de su autonomía contractual, pacten sobre la forma como habrá de responder por ellos, incluso en la forma como se hizo dentro del asunto *sub judice*.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Stella Conto Díaz del Castillo

Presidente

Danilo Rojas Betancourth