

**ACCION POPULAR - Impugnación de contrato estatal: requisitos de procedencia / CONTRATO ESTATAL - Requisitos para que proceda impugnación a través de acción popular / PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Enajenación. Impugnación de contrato: acción popular / ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA - Impugnación del contrato. Acción popular frente a particular por aplicación del fuero de atracción / FUERO DE ATRACCION - Aplicación en acción popular frente a particular que intervino en celebración de contrato estatal**

La Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley. Por razón de su participación en un contrato estatal, que le confiere la calidad de colaborador de la Administración, el particular queda sometido a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo al momento de juzgar si con su conducta en las etapas de formación y ejecución del contrato ha lesionado derechos colectivos, como quiera que el denominado «fuero de atracción» hace imposible que dos autoridades judiciales conozcan de un mismo contrato y decidan sobre su eficacia, validez, o sobre alguna de las irregularidades a que se refiere indiscriminadamente el artículo 40 de la Ley 472. Además, la relación jurídica entre la entidad estatal que enajena su participación societaria y los adquirentes preferenciales (trabajadores o extrabajadores etc.) se forma en virtud de un privilegio de origen constitucional, y queda sometida al derecho público.

**ACCION POPULAR - Protección de los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público / CONTRATO ESTATAL - Nulidad. Ilícitud del objeto. Propiedad accionaria estatal / PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Objeto ilícito en celebración del contrato. Vulneración de los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público / ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA - Objeto ilícito del contrato genera su nulidad. Restitución de acciones / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Protección. Ineficacia de contrato de enajenación de propiedad accionaria estatal / DERECHO AL PATRIMONIO PUBLICO - Protección. Vulneración por particular. Enajenación de propiedad accionaria estatal / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto**

Las pruebas reseñadas evidencian que la conducta que desplegó desde un comienzo Fernando Londoño Hoyos para lograr la adquisición de las acciones de Invercolsa contravino abiertamente las normas jurídicas que regían el proceso de democratización de la propiedad accionaria de Ecopetrol; al invocar, sin tenerla, la calidad de extrabajador, para aceptar la Oferta Especial de venta de acciones, violó en primer término las normas que en este caso particular enumeraban los beneficiarios preferenciales y que limitaban a éstos las condiciones especiales. Las normas lesionadas forman parte del derecho público de la Nación, y por tanto, las conductas contractuales que les sean contrarias tienen objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil. Por lo tanto, resulta de forzosa aplicación el artículo 1525 idem. La consecuencia jurídica de haberse realizado esta adquisición contrariando lo dispuesto en las normas citadas es, según el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 226, la ineficacia del contrato de compraventa de acciones, a causa de su ilicitud, que lo hace absolutamente nulo. Desde luego que la conducta en examen constituye una irregularidad en la contratación, que lesiona la moralidad administrativa; Fernando Londoño Hoyos fue su protagonista al aparentar una calidad que no poseía y beneficiarse del precio fijo reservado a los destinatarios preferenciales de la primera fase de la venta, sustrayéndose ventajosamente a la competencia o puja que habría tenido

que afrontar en la subasta que habría de realizarse en la segunda fase, única en que le era lícito participar. Se hizo, a beneficios contractuales que no le concedían las leyes. La venta de las acciones al precio fijo también lesionó el patrimonio público. El perjuicio es más tangible teniendo en cuenta que las acciones causaron dividendos que no debieron percibir sus adquirentes irregulares. Al momento de realizarse la dación en pago por parte de Fernando Londoño Hoyos a AFIB, se encontraba inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de Invercolsa S.A., es decir, que las acciones que pretendía enajenar se encontraban en litigio y, en consecuencia, ni él podía transferirlas ni el acreedor adquirirlas sin la autorización de la Junta Directiva y del juez. AFIB S.A. era sabedora de la existencia del litigio propuesto por Ecopetrol. No tuvo, entonces, buena fe en esa transacción. En estas condiciones, debe asumir las consecuencias de este fallo. Además, como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico), le es oponible el conocimiento que necesariamente tuvo éste sobre la negociación proyectada.

**ACCION POPULAR - Condena al pago de incentivo frente a particular / INCENTIVO - Condena a particular por vulneración de derechos colectivos / DERECHOS COLECTIVOS - Vulneración por particular. Condena al pago del incentivo**

Ecopetrol cumplió con las normas que regían para la venta de sus acciones. Y puesto que la aceptación de la oferta en la Bolsa debía hacerse, como se hizo, por un comisionista, de manera que la identidad del adquirente sólo vino a conocerse días después de perfeccionada la compra y su inscripción en el Libro de Registro de Acciones, resultaba imposible a Ecopetrol impedirla. De otra parte, consta que la entidad emprendió todas las actuaciones que estaban a su alcance con miras a retrotraer la compra ineficaz. Luego mal podría imponérsele condena alguna. Al acogerse las pretensiones de la demanda, los actores populares tienen derecho al incentivo. La condena respectiva será impuesta al demandado Fernando Londoño Hoyos, como autor de la lesión a los derechos colectivos. Si a lo anterior se suma el comportamiento diligente de Ecopetrol, es manifiesto que no resulta aplicable el porcentaje de que trata el artículo 40 de la Ley 472. En consecuencia, se reconocerá el incentivo con arreglo al artículo 39 ídem.

NOTA DE RELATORIA: **1)** Con salvamento de voto de la Dra. Ligia López Díaz; con salvamento parcial de voto de los Dres. Alberto Arango Mantilla y Germán Rodríguez Villamizar, y aclaración de voto de los Dres. María Noemí Hernández Pinzón, María Inés Ortiz Barbosa, Darío Quiñones Pinilla y Ramiro Saavedra Becerra. **2)** Mediante providencia de 15 de marzo de 2004 se negó solicitud de nulidad. **3)** Mediante providencia de 9 de marzo de 2004 se resolvió negativamente solicitud de aclaración, corrección y adición de la sentencia presentada por el demandado. **4)** Mediante providencia de 9 de marzo de 2004 se resolvió negativamente solicitud de adición de la sentencia presentada por la parte demandante. **5)** Mediante providencia del 9 de marzo de 2004 se declaró infundada la recusación propuesta por el demandado frente al consejero Ricardo Hoyos Duque.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil tres (2003)**

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ**

**Actor: JAVIER ARMANDO RINCON Y OTRO**

**Demandado: ECOPETROL Y FERNANDO LONDOÑO HOYOS**

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por los actores populares y el Procurador 50 en lo Judicial contra la sentencia de 8 de abril de 2003, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera Subsección A) denegó las pretensiones de la demanda instaurada por Javier Armando Rincón Gama y Héctor Alfredo Suárez Mejía, en ejercicio de la Acción Popular, contra la Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL ) y Fernando Londoño Hoyos.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA**

En escrito presentado el 8 de julio de 2002, admitido por auto del 15 del mismo mes, los ciudadanos y abogados Javier Armando Rincón Gama y Héctor Alfredo Suárez Mejía presentaron la siguiente demanda:

#### **1.1. Hechos**

Plantean los demandantes que «mediante subasta» (sic) realizada el 2 de mayo de 1997 en la Bolsa de Bogotá, Fernando Londoño Hoyos compró acciones de Inversiones de Gases de Colombia S.A. (en adelante INVERCOLSA) que eran de propiedad de ECOPETROL; que el valor de la transacción fue la cantidad de NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES (\$9.274'000.000); que de acuerdo con el artículo 60 de la Constitución Política y los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 226 de 1995, el paquete de acciones debía ofrecerse, inicialmente, al sector solidario y a los trabajadores y extrabajadores; que Fernando Londoño Hoyos adujo la calidad de trabajador (sic) para adquirir tales acciones pese a que su vínculo con INVERCOLSA era comercial y no laboral, tal como lo declaró la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al confirmar la sentencia del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá; que Fernando Londoño Hoyos obtuvo condiciones especiales preferenciales para la adquisición de la participación social estatal, alegando una calidad que no poseía; que ECOPETROL ha recibido

detrimiento patrimonial al vender las acciones a un menor precio; que Fernando Londoño Hoyos ha reconocido que, al momento de su adquisición, las acciones se encontraban menospreciadas; que en el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá cursa una demanda instaurada por ECOPETROL contra Fernando Londoño Hoyos, con el fin de obtener la devolución de las acciones; que el artículo 60 de la Constitución no fue aplicado en la venta de las acciones de ECOPETROL en INVERCOLSA, ya que resultó comprando el 20% alguien que no era trabajador, quedándose con la opción que correspondía a todos los trabajadores; que ECOPETROL no tomó las medidas necesarias tendientes a democratizar la propiedad y fue «*presuntamente negligente*», atentando contra el patrimonio público y la moralidad administrativa, al avalar o permitir la venta de las acciones a menor precio; que Fernando Londoño Hoyos afirmó que en enero de 1997, el valor de la empresa era de veintitrés mil millones de pesos (\$23.000'000.000), y tres meses después, en marzo de 1997, el balance indicaba que el precio ascendía a treinta y ocho mil millones de pesos (\$38.000'000.000) con utilidades que pasaron de dos mil millones (\$2.000'000.000) a cinco mil millones (\$5.000'000.000), lo cual, dijo, era la mejor prueba de subvaloración. Que hoy la empresa se estima en un valor que alcanza los ciento setenta y cuatro mil millones (\$174.000'000.000) de pesos; que Fernando Londoño Hoyos se prevalió indebidamente de una condición que no tenía y de información privilegiada, para hacerse propietario de bienes en que el Estado tenía intereses; que ECOPETROL no cumplió cabalmente con los mandatos constitucionales sobre privatización de sus acciones en INVERCOLSA y no actuó con diligencia y cuidado, permitiendo así una burda trasgresión del artículo 60 de la Carta y de la Ley 222 de 1995.

## **1.2. Derechos Colectivos invocados**

Piden los demandantes:

- a) Que se protejan los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa;
- b) Que se declare que el proceso de venta de las acciones de INVERCOLSA S.A., que eran de propiedad de ECOPETROL, adquiridas por Fernando Londoño Hoyos, desconoció preceptos constitucionales y legales de democratización de la propiedad accionaria y, como consecuencia, carece de efectos jurídicos;
- c) Que se restituyan las cosas al estado anterior a la venta;
- d) Que se ordene al Estado pagar los perjuicios derivados de esa operación y reconocer el incentivo a favor de los demandantes;

e) Que se condene en costas a la parte demandada.

## **2. LA CONTESTACION**

Notificados ECOPETROL<sup>1</sup> y Fernando Londoño Hoyos<sup>2</sup>, sólo la primera contestó la demanda.

Luego de reseñar la razón del proceso de adquisición de las acciones por parte de Fernando Londoño Hoyos como acto cumplido el 2 de mayo de 1997, en desarrollo del programa de enajenación contenido en el Decreto 2324 de 1996, ECOPETROL manifestó haber instaurado el 28 de octubre de 1997 un proceso ordinario de mayor cuantía contra Fernando Londoño Hoyos, INVERCOLSA y CORREDOR ALBAN S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA. mediante el cual está persiguiendo que se declare ineficaz dicha adquisición.

Respecto del derecho colectivo al patrimonio público, afirma que las acciones objeto de la venta son bienes fiscales y, por ello, los únicos legitimados para reclamar indemnización son sus titulares, es decir, ECOPETROL y sus filiales. En cuanto al derecho a la moralidad administrativa, expresa que según lo han precisado la doctrina y la jurisprudencia, la acción debe dirigirse contra los servidores públicos y los terceros participantes en la operación que afectó al Estado. No obstante, se opone a esta pretensión pues, afirma, ECOPETROL y sus filiales actuaron de acuerdo con la Constitución y la ley.

Precisa que en el proceso de venta, ECOPETROL y sus filiales, actuaron conforme a la ley; cosa distinta es que en el proceso de adquisición, Fernando Londoño Hoyos no haya actuado conforme al derecho público de la Nación; que el acto jurídico de oferta y el acto jurídico de aceptación son independientes, sólo que al concurrir dentro del plazo de la oferta configuran un acto diferente cual es el contrato de compraventa; que la Ley 226 de 1995 en su artículo 14 establece que si el proceso de adquisición contraviniera alguna norma, carecerá de eficacia; de manera que al no aceptarse la oferta no produce efectos ni se perfecciona el contrato de venta; que agotadas las instancias administrativas ante la Superintendencia de Valores, que adujo falta de competencia para vigilar a INVERCOLSA S.A., y ante la Superintendencia de Sociedades, que manifestó no poder pronunciarse mientras la jurisdicción laboral no hubiese dictado sentencia,

---

<sup>1</sup> Folio 13 C.1

<sup>2</sup> Fls. 175-178, 181-182 C.1.

fue necesario acudir a la jurisdicción ordinaria civil; que la justicia laboral reconoció, como lo había planteado ECOPETROL desde un principio, que Fernando Londoño Hoyos no tenía la condición de trabajador; y que las acciones populares no son medio idóneo para resolver una controversia de naturaleza contractual cuyo conocimiento corresponde a los jueces ordinarios.

Agrega que, en todo caso, la acción popular debe esperar el pronunciamiento del juez ordinario; que no bastaría que las cosas regresaran al estado anterior pues las acciones han generado frutos y accesorios; que no puede desatenderse que las acciones ya han pasado a manos de terceros; y que solo una vez aniquilado el acto de venta de las acciones procede la indemnización.

En cuanto al incentivo, expresa que, no habiéndose vinculado al proceso a las personas que, en su momento, estuvieron comprometidas con la operación, mal podría condenarse a la misma entidad afectada.

Precisa, adicionalmente, que la venta de las acciones se realizó a través de CORREDOR Y ALBAN S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA, quien, de conformidad con el Decreto 2324 de 1996, respondía ante ECOPETROL por la seriedad y cumplimiento de las ofertas, así como por la veracidad de las declaraciones de los comitentes; y que la Bolsa de Bogotá, con fundamento en ello, adjudicó las acciones.

Agrega que Fernando Londoño Hoyos adquirió el 20.11% de las acciones ofrecidas; que el monto de la transacción no fue el señalado por los demandantes; que, precisamente, valiéndose de las normas sobre privatización de las participaciones estatales, Fernando Londoño Hoyos adquirió las acciones, con cuyo fin entregó una certificación expedida por el entonces representante legal de INVERCOLSA, en que no se hacía constar la calidad de extrabajador; que los demandantes concluyen, con fundamento en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá (Sala Laboral), que las relaciones de Londoño Hoyos con la entidad eran comerciales; que con fundamento en la certificación mencionada, Fernando Londoño Hoyos obtuvo condiciones especiales; que las acciones no se malvendieron, pues su precio correspondió al mínimo que arrojó la valoración de la empresa; que la argumentación de Fernando Londoño Hoyos sobre la subvaloración de las acciones fue desestimada por la Fiscalía General de la Nación al proferir fallo inhibitorio en el proceso iniciado contra el expresidente de

ECOPETROL, el exgerente de Comercialización de Gas de ECOPETROL y el exvicepresidente financiero de la misma entidad; que, precisamente, la aplicación del artículo 60 de la Constitución dio lugar a que Fernando Londoño Hoyos adquiriese las acciones en la primera fase del proceso de venta.

Propuso las siguientes excepciones:

- a) «FALTA DE LA NECESARIA LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE ECOPETROL», porque se está demandando a la misma entidad que ha sufrido el alegado daño patrimonial, y no a los servidores que hipotéticamente lo hayan causado; y porque la acción popular no procede para la protección de bienes fiscales de que sean titulares las entidades públicas o administrativas, cuyo litigio está adscrito a los respectivos procesos ordinarios.
- b) «FALTA DE NECESARIA LEGITIMACION EN LA CAUSA PARA DEMANDAR A ECOPETROL», porque la acción popular por vulneración a la moralidad administrativa debe dirigirse contra los servidores públicos que actuaban como representantes legales o administradores y que hayan actuado con dolo (art. 40 Ley 472 de 1998); y porque, tratándose de bienes fiscales, la legitimación por activa corresponde a la entidad titular de los mismos.
- c) «FALTA DE CAUSA EN LA DEMANDA CONTRA ECOPETROL CON RELACION AL DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO», porque ECOPETROL es titular de los bienes fiscales.
- d) «FALTA DE CAUSA EN LA DEMANDA CONTRA ECOPETROL CON RELACION AL DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA», porque las entidades estatales, como personas jurídicas, no pueden infligirse perjuicios a sí mismas.
- e) «PREJUDICIALIDAD», porque ante la justicia ordinaria se está ventilando el aniquilamiento del contrato.
- f) «EXCEPCION GENERICA». Pide que se declare probada cualquiera otra que se encuentre probada.

### **3. INTERVENCION DEL DEMANDADO FERNANDO LONDOÑO HOYOS**

Para notificarle del auto admisorio de la demanda, se le hicieron las siguientes citaciones: (i) En la Calle 82 9-48 de Bogotá. El 19 de julio de 2002 se entregó aviso de citación; el 31 del mismo mes, la persona que se encontraba en este lugar se negó a firmar una segunda citación; y el 2 de agosto se negaron a recibir

las copias de la demanda y del auto admisorio<sup>3</sup>; (ii) El 27 de julio se dejó aviso en el Ministerio del Interior y de Justicia, junto con copias de la demanda, y se envió copia del aviso por correo certificado, de conformidad con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil; el 13 de agosto se procuró una vez más, pero se negaron a recibir el aviso.

Vencido el término de diez días desde la fijación del aviso, el Tribunal, por auto del 12 de septiembre de 2002, declaró notificado al demandado y vencido el término para contestar la demanda, con fundamento en el artículo 21, inciso quinto, de la Ley 472, y señaló fecha para celebrar la audiencia de pacto de cumplimiento. Interpuestos por el apoderado del demandado incidente de nulidad a un tiempo con los recursos de reposición y apelación, alegando no habersele fijado en el aviso un término para contestar la demanda, el Tribunal no repuso su decisión (auto de 4 de octubre de 2002), denegó por improcedente la alzada y rechazó de plano el incidente por tener el mismo fundamento de dichos recursos (autos de 8 del mismo mes). Deducido entonces el recurso de queja, el Consejo de Estado (Sección Segunda), por auto del 20 de febrero de 2003, declaró bien denegada la apelación.

Entretanto, el apoderado del demandado allegó los siguientes documentos:

- «Aviso de oferta pública de venta preferencial de las acciones que ECOPETROL, EXPLOTACIONES CONDOR S.A. y SOUTH AMERICAN GULF OIL CO. POSEEN EN INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S.A. INVERCOLSA S.A, publicado en el diario La República el 31 de diciembre de 1996.
- Requisitos para la presentación de ofertas de compra en el proceso de privatización de INVERCOLSA S.A.
- Comunicación dirigida el 25 de febrero de 1997 por el Dr. Juan Andrés Albán, en representación de CORREDOR Y ALBAN S.A., a Fernando Londoño Hoyos.
- Formulario de apertura de cuenta para persona natural ante CORREDOR Y ALBAN S.A., suscrito por Fernando Londoño Hoyos.
- Formulario de oferta de compra de las acciones que ECOPETROL, EXPLOTACIONES CONDOR S.A. y SOUTH AMERICAN GULF OIL C. poseen en la sociedad INVERCOLSA , diligenciado por Fernando Londoño Hoyos.

---

<sup>3</sup> Fls. 21 y 24.

- Declaración de intenciones en relación con el proceso de compra de las acciones de INVERCOLSA, suscrito por Fernando Londoño Hoyos.
- Contrato de prenda de acciones a favor de ECOPETROL, suscrito por Fernando Londoño Hoyos.
- Constancia sobre la vinculación laboral de Fernando Londoño Hoyos con INVERCOLSA S.A., expedida por su Presidente, doctor Enrique Vargas Ramírez.
- Boletín informativo para comisionistas, referente al proceso de venta de acciones e INVERCOLSA en oferta pública, a través de las Bolsas de Valores de Bogotá, Medellín y Occidente.
- Aceptación de compra de las acciones de INVERCOLSA efectuada por Fernando Londoño Hoyos, expedida por la firma comisionista de Bolsa CORREDOR Y ALBAN S.A.
- Comprobantes de pago de las acciones adquiridas por Fernando Londoño Hoyos.
- Certificación expedida por la sociedad ULLOA GARZON & ASOCIADOS LTDA. el 5 de mayo de 1997, sobre el cumplimiento por parte de la Bolsa de Bogotá, de los reglamentos operativos relacionados con la venta de acciones de INVERCOLSA S.A.
- Comunicación dirigida por Fernando Londoño Hoyos a CORREDOR Y ALBAN S.A. el 5 de mayo de 1997.
- Comunicación dirigida por CORREDOR Y ALBAN S.A. al doctor Enrique Vargas Ramírez, Presidente de INVERCOLSA, el 6 de mayo de 1997.
- Contrato de promesa de prenda suscrito entre el BANCO DEL PACIFICO y el Doctor Fernando Londoño Hoyos.
- Comunicación dirigida por el jefe de Emisiones de la Bolsa de Bogotá al doctor Enrique Vargas Ramírez, Presidente de INVERCOLSA, el 8 de mayo de 1997.
- Comunicación No. 048, enviada el 13 de mayo de 1997 por el Presidente de INVERCOLSA al jefe de Emisores de la Bolsa de Valores de Bogotá.
- Comunicación No. 049 dirigida el 13 de mayo de 1997 por el Doctor Enrique Vargas Ramírez, Presidente de INVERCOLSA al doctor Antonio José Urdinola, Presidente de ECOPETROL, remisoria de los documentos de oferta de los compradores favorecidos en la venta de acciones de INVERCOLSA.
- Comunicación remitida por el Jefe de Traspasos de la Bolsa de Bogotá al representante legal de CORREDOR Y ALBAN S.A. el 15 de mayo de 1997.

- Acta No. 025 de la Junta Directiva de INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S.A -INVERCOLSA, reunida el 20 de mayo de 1997.
- Providencia de segunda instancia proferida por la Fiscalía General de la Nación -Unidad Delegada ante la corte Suprema de Justicia, en 1999.
- Acta de la diligencia de interrogatorio de parte y exhibición de documentos del doctor José Luis Saavedra Vanegas, Presidente de Ecopetrol, ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario que allí adelantan las sociedades ECOPETROL, EXPLOTACIONES CONDOR S.A. y SOUTH AMERICAN GULF OIL COMPANY contra Fernando Londoño Hoyos, INVERCOLSA S.A. y CORREDOR Y ALBAN S.A.
- Comunicación allegada por el Representante Legal de ECOPETROL, al Juzgado 28 Civil de Circuito de Bogotá, dentro del Proceso citado en el numeral anterior.
- Acta de la recepción de testimonio de la representante legal de la Bolsa de Bogotá, ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá dentro del mencionado proceso.

#### **4. INTERVENCION DEL TERCERO ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A.**

La sociedad ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. (AFIB), constituida de acuerdo con las leyes de la República de Panamá y con domicilio en ciudad de Panamá, intervino como litisconsorte de la parte demandada, por considerar que los efectos jurídicos de la sentencia podrían afectarla, en particular teniendo en cuenta las pretensiones de restituir las cosas al estado anterior a la venta. Sustentó su interés así:

- El 8 de mayo de 1997 se expidió en favor de Fernando Londoño Hoyos el título número 349 que incorporó 145.000.000 acciones del capital de INVERCOLSA S.A.
- En la misma fecha se inscribieron en el libro de registro de accionistas llevado por la sociedad emisora (folio 39), una prenda de primer grado en favor de la parte demandante y una en segundo grado en favor del BANCO DEL PACIFICO DE PANAMA y del BANCO DEL PACIFICO S.A.
- El 27 de mayo de 1999, también como aparece en el libro de registro, se inscribió la cesión de la prenda de segundo grado constituida sobre el título número 349 por 145.000.000, en favor de AFIB.

- El 17 de junio y el 16 de julio de 1999 se inscribió el levantamiento de la prenda de primer grado constituida en favor de la parte demandante sobre el título número 349 por 145.000.000 de acciones
- En virtud de esto último, la prenda constituida en favor del Banco del Pacífico y cedida a AFIB sobre el mencionado título 349 por 145.000.000 de acciones, pasó a ser de primer grado.
- El 16 de diciembre de 1999 se cancela el título número 349 por 145.000.000 de acciones, en virtud de su traspaso, a título de dación en pago, en favor de ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA (AFIB).
- En la actualidad, AFIB es titular inscrita y poseedora de las acciones a que se refería el título número 349 y sobre las cuales recae la presente acción popular.
- Los efectos de la sentencia, en caso de que se acogieren las pretensiones de la parte demandante, afectarían de manera grave los intereses de ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA AFIB, al privarla, sin fórmula de juicio pleno, de la titularidad sobre unas acciones adquiridas de la forma dicha.»

Así mismo, solicitó como prueba oficiar a INVERCOLSA para que certificase los actos jurídicos producidos sobre las acciones cuya restitución al patrimonio estatal se pide en la acción popular, así como la titularidad que ostenta la ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. (AFIB).

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

Tras referirse a la procedencia de la acción popular y al objetivo que cumple este instrumento constitucional dentro del ordenamiento jurídico, así como a las excepciones planteadas por ECOPETROL, las cuales no prosperaron, el Tribunal señala que el derecho colectivo a la moralidad administrativa no halla su fundamento en la ley, pues ésta no lo define ni le fija límites, y dejan este cometido a la jurisprudencia. Está sustentado sí, tal derecho, en el cumplimiento de los principios concernientes a la buena administración pública.

Al examinar si la operación de venta de las acciones se realizó desconociendo normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre democratización accionaria, concluye el *a quo* que no existió vulneración de los derechos colectivos invocados, frente a lo dispuesto en los artículos 60 de la Constitución Política y 1 y 3 de la ley 226 de 1995.

En cuanto a la calidad de trabajador de Fernando Londoño Hoyos, observa que su desempeño como Presidente Ejecutivo de INVERCOLSA no ha sido objeto de controversia y, por el contrario, ésta radica en determinar si esa particular vinculación constituye o no una relación laboral que le otorga la calidad de trabajador. Este debate jurídico —dice— fue resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral en donde se niega la existencia de un contrato de trabajo. Como tal decisión judicial vincula a la Sala, considera que no podía ser objeto de una nueva discusión en acción popular. Además, a la fecha de venta de las acciones no estaba definida la calidad de trabajador del demandado, la cual sólo vino a descartarse en septiembre de 2002 por la jurisdicción laboral.

Al revisar las etapas cumplidas en el proceso de enajenación de las acciones que ECOPETROL y sus filiales poseían en INVERCOLSA, encontró probados: la aprobación del programa de negociación por el Consejo de Ministros; el aviso de oferta pública para poner las acciones en el mercado; el instructivo de operación y de requisitos exigidos para tales fines; una certificación expedida por el señor Enrique Vargas Ramírez como Presidente de INVERCOLSA, acerca de los servicios prestados por el señor Fernando Londoño Hoyos a esa entidad; la obligación de la Bolsa de Bogotá, conforme al instructivo operativo, de revisar que las ofertas cumplieran con los requisitos para la adquisición de las acciones; la adjudicación realizada por las Bolsas de Bogotá, Medellín y Occidente a nombre de la comisionista CORREDOR Y ALBAN S.A., con sus respectivos pagos, así como la certificación de la sociedad Ulloa Garzón Asociados Ltda., como supervisores de la venta de oferta pública; un documento donde se relacionan los compradores, entre los cuales figuran Enrique Vargas Ramírez, Fondo Mutuo de Inversiones Confedegas y Fernando Londoño Hoyos; una solicitud formulada por el representante legal de ECOPETROL a la Superintendencia de Sociedades a fin de establecer posibles irregularidades en el proceso de adjudicación de las acciones de INVERCOLSA al señor Londoño Hoyos, y la respuesta obtenida de esta última entidad.

Del material probatorio anterior, deduce el Tribunal que «el proceso de adjudicación y venta de las acciones de INVERCOLSA, se inició y culminó bajo el supuesto de la condición de trabajador del demandado, cuestión diferente es que con posterioridad esa calidad se desvirtúe y afecte de ilegalidad la actuación, habida cuenta que desaparece el requisito esencial para efectos de materializar el

concepto constitucional de democratización accionaría.» Por tanto, considera que esa operación no vulnera durante su trámite el ordenamiento jurídico y que, si bien se desvirtúa con posterioridad la calidad de trabajador, para ello están previstas las acciones ordinarias.

Resulta para el *a quo* de vital importancia distinguir entre los intereses patrimoniales de ECOPETROL y sus filiales —que están siendo debatidos en proceso ordinario de mayor cuantía para revertir la adjudicación de las acciones— y el derecho de los ciudadanos a velar porque las actuaciones administrativas se realicen bajo estricto cumplimiento de normas constitucionales y legales para que no se afecte el interés legítimo de la comunidad.

Respecto del artículo 4º de la Ley 226 de 1995, infiere que tal disposición se establece para proteger el capital de las empresas del Estado; allí se determina el requisito de la preferencia para la adquisición de acciones y, si éste no se cumple, existe un perjuicio al patrimonio público, lo cual no sucede en el presente caso. Que la defensa del patrimonio público no sólo hace referencia a la pérdida monetaria sino a la ausencia de calidades específicas requeridas en el proceso de adjudicación.

No halla pues, un indebido manejo de los recursos públicos, primero, porque no se desvirtúa la buena fe y, segundo, porque no hubo incumplimiento del ordenamiento jurídico interno durante el trámite de venta de las acciones.

### **III. LOS RECURSOS**

3.1. A juicio de la parte actora, la sentencia del Tribunal es contradictoria, pues a pesar de concluir que el señor Fernando Londoño Hoyos no fue trabajador de INVERCOLSA, estima no violado el derecho colectivo, por una circunstancia temporal y partiendo de la buena fe del demandado, siendo así que en el proceso está demostrado lo contrario.

Bajo el razonamiento del Tribunal, el fraude a la ley sólo sería constitutivo de violación al derecho colectivo a la moralidad cuando se tenga conocimiento o plena prueba de la trasgresión al momento de la negociación, cuando en realidad las maniobras fraudulentas se advierten con posterioridad a la ejecución de actos aparentemente legales, reinando entonces una grave impunidad.

Cuando la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá determina en su sentencia que el señor Fernando Londoño Hoyos no fue trabajador de INVERCOLSA, su decisión no sólo surte efectos a partir de su expedición, sino que implica que jamás tuvo esa condición, y como consecuencia, prueba la mala fe que le impedía adquirir las mencionadas acciones, reservadas para el sector solidario y, por tanto, la violación a la moralidad administrativa y al patrimonio del Estado. Además, porque las acciones son enajenadas a precio de sector solidario, gracias a la simulación y mala fe del señor Londoño Hoyos.

3.2. Por su parte, el Procurador 50 en lo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostiene que el fallo impugnado se fundamenta en una argumentación absurda al considerar ajustado a derecho el contrato, pretextando que la declaración sobre la ausencia de la calidad de trabajador sólo vino a hacerse por la justicia laboral después de culminado el proceso de compra. Es decir, parte de la base de que un contrato sólo existe a partir del momento en que un juez lo declara, olvidando la naturaleza de los actos jurídicos desde el momento en que se celebran. Dice, sería tanto como predicar que un contrato que carece de capacidad, consentimiento, objeto y causa, sólo está afectado de nulidad a partir de la declaración de ésta.

Señala que la sentencia viola el argumento de las consecuencias, al centrarse en el resultado de la decisión, ya que el juez no puede dejar de aplicar la ley por razones de orden social o político. Sentar la tesis de que el señor Londoño Hoyos no fue trabajador de INVERCOLSA sólo a partir de las sentencias laborales es inaplicar el derecho. El fallo desconoce el argumento de la coherencia que se relaciona con la universalidad y las consecuencias, al no acatar los mandatos consagrados en el artículo 60 de la C.P. y la Ley 226 de 1995. Ahora, cuando la sentencia avala la compra de acciones por una persona que no ha ostentado la condición de trabajador, le quita autoridad a la Constitución y a la ley, y se torna el juez un legislador supremo, sin límites ni fronteras.

Agrega que la sentencia quebranta el argumento de la corrección al dejar de aplicar la Constitución y la ley, pues demuestra una profunda insolidaridad con el constituyente y el legislador ordinario, ya que testimonia que no quiere colaborar en la defensa del bien común, no obstante reconocer el rango constitucional de la propiedad solidaria y el acceso de los trabajadores a esa propiedad. No entiende

la posición del Tribunal al negarse a reconocer hechos reales y comprobables sobre la inexistencia de contrato de trabajo y, por el contrario, admitir un contrato comercial de mandato con representación. Manifiesta que, la condición de trabajador sólo es alegada por el señor Londoño Hoyos al momento de comprar las acciones.

Impugna la sentencia porque incurre en contradicción, al reconocer que ya la justicia laboral definió que no había contrato de trabajo y, no obstante esa verdad jurídica, concluye en contrario para darle eficacia jurídica a la compra de acciones. Las sentencias de la justicia laboral tienen un alcance declarativo y permiten concluir que al no haber sido trabajador no podía adquirir las acciones, sentencias que vinculan a todos los jueces en Colombia.

#### **IV. ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA**

El apoderado judicial de ECOPETROL, al recorrer el traslado de los recursos de apelación (fls. 367 a 377) reitera, en lo fundamental, los argumentos expuestos al contestar la demanda, y solicita la confirmación del fallo apelado. No obstante, pide, caso de prosperar la acción popular, tener en cuenta las pretensiones del proceso ordinario y la figura de las restituciones mutuas, en cuyo contexto deben analizarse la buena o mala fe del comprador y del poseedor, si la operación adoleció de objeto ilícito y si el comprador irregular debe perder el precio pagado.

El apoderado de Fernando Londoño Hoyos interviene en esta instancia para hacer énfasis en algunos aspectos que siendo también relevantes, han pasado de alguna manera inadvertidos. Habiéndose acreditado suficientemente su transparencia y honradez que revela su causa, dice que no es claro que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda examinar la conducta de un particular en ejercicio de actividades privadas y no públicas, como en el caso de la compraventa de las acciones, según lo dispuesto en la ley 472 de 1998. En la compra de las acciones, el señor Londoño Hoyos se ajustó a todos y cada uno de los requisitos previstos para el efecto, en la ley y en el reglamento. Se trató, pues, de una operación transparente en que los titulares de las acciones recibieron a satisfacción el precio de la venta, sobre lo cual no hubo reparo alguno.

En cuanto a la buena o mala fe, advierte que no pueden determinarse con un fallo laboral posterior, pues supondría una sentencia con efectos ex tunc para calificar

su conducta. Además, el fallo resulta intrascendente para este caso. Todo obedece a una persecución política orquestada desde la Procuraduría General de la Nación que no puede tener eco en este proceso. Su conducta ha de valorarse teniendo en cuenta que siempre hizo valer su condición de extrabajador de INVERCOLSA, porque en él concurrieron los presupuestos básicos de la ley laboral. Así lo determinaron la Superintendencia de Sociedades y la Fiscalía General de la Nación.

De las declaraciones rendidas por los señores José Luis Saavedra y Alberto Calderón Zuleta, como representante legal y presidente de ECOPETROL, respectivamente, dentro del proceso ordinario, infiere que la empresa no sufrió perjuicio alguno con la operación de venta de las acciones.

Por último plantea: Al demostrarse que en la operación de venta se cumplió con el debido proceso, que el señor Londoño Hoyos cuando invocó su condición de extrabajador para aceptar la oferta actuó bajo los lineamientos de la buena fe y que el patrimonio no sufrió mengua alguna, la acción popular no es procedente.

## **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

En concepto de la Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, la sentencia del Tribunal debe revocarse y en su lugar accederse a las pretensiones de la demanda.

Observa, en primer lugar, que la acción popular resulta ser el medio eficaz para la protección de derechos colectivos que se dicen vulnerados, como son la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, pues, para este caso, estima cumplidos los presupuestos para la procedencia de la acción constitucional.

Al examinar las disposiciones que rigen sobre la democratización accionaría (arts. 60 de la C.P., 2, 3, 4, 10 y 11 de la ley 226/95 y el Decreto 2324/96), y luego de referirse a las etapas surtidas durante los procesos de oferta y venta de las acciones de INVERCOLSA, estima que el hecho de presentar oferta invocando calidades que no se tienen, para beneficiarse de prerrogativas que la ley otorga a determinadas personas, es un comportamiento enmarcado en la mala fe. Tal situación laboral fue definida por la justicia ordinaria al determinar que no existía una relación de esta naturaleza sino comercial.

Según su criterio, las referidas circunstancias permiten señalar que quien pretendía adquirir una parte de las acciones destinadas a trabajadores, sindicatos y sector solidario no acreditó la condición de trabajador o extrabajador de INVERCOLSA. Significa que no fue con posterioridad, con la sentencia laboral, cuando se desvirtuó la condición de extrabajador del adquirente, sino que se probó que desde el inicio no tenía esa calidad, porque era inexistente, como lo declara el juez.

Asimismo —dice— esa particular circunstancia de que parte de las acciones de la primera fase fueran adquiridas por quien no reunía requisitos para acceder a ellas, implica un detrimento económico para las entidades titulares de las acciones, puesto que podrían ser vendidas en la segunda fase partiendo del precio mínimo establecido en la primera (\$63.89).

De otro lado, advierte que la vulneración de derechos colectivos resulta imputable a los demandados Fernando Londoño Hoyos y ECOPEPETROL, en la medida en que el primero, hace oferta y adquiere un paquete accionario por medios fraudulentos, desconociendo la Constitución y la ley, y el segundo, porque a pesar de existir un contrato con las Bolsas no ejerció vigilancia para que éstas hubiesen cumplido con la obligación de verificar y vender a quien sí reunía requisitos.

Al hallarse vulnerados los derechos colectivos por la conducta de los demandados en el proceso de adquisición del paquete accionario por parte de Londoño Hoyos, deberán ampararse tales derechos y restituirse las cosas a su estado anterior, declarando sin efectos la transacción (arts. 2º ley 472/98 y 14 ley 226/96), por haberse pretermitido normas de derecho público que determinaban el mecanismo de venta (arts. 1523, 1541 y 1741 C.C.). La autonomía privada de las partes para autorregular sus conductas y compromisos no es absoluta: la ley señala un marco y unas condiciones mínimas para la eficacia de los negocios jurídicos (arts. 1502, 1519 y 1740 C.C.).

En conclusión, sostiene que el artículo 60 de la Carta, su desarrollo legal y en particular la normativa atinente al proceso de negociación de INVERCOLSA, son garantía de la democratización de la propiedad accionaria, no pueden establecerse reglas diferentes y hacer posible un acuerdo contra los principios

constitucionales, situación que lleva a que esa negociación sea ineficaz y adolezca de un vicio insaneable que vulnera derechos colectivos.

## VI. CONSIDERACIONES

La Acción Popular que ha venido a conocimiento de la Sala se encamina a la protección de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa, mediante la declaración de que no produce efectos jurídicos la compra que hizo Fernando Londoño Hoyos de 145 millones de acciones de INVERCOLSA pertenecientes a ECOPETROL, el 2 de mayo de 1997. Debe, en consecuencia, la Sala, verificar su jurisdicción, a un tiempo con la procedencia de la Acción Popular para plantear la ineficacia de contratos de las entidades públicas.

### 6.1. LA JURISDICCION

El artículo 88, inciso primero, de la Constitución Política (inserto en el Título II «De los derechos, las garantías y los deberes, Capítulo 4. «De la protección y aplicación de los derechos») instituyó las acciones populares y confió a la ley su regulación como instrumentos *«para la protección de los derechos e intereses colectivos, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella.»*

En cumplimiento del precepto constitucional fue promulgada la Ley 472 (5 de agosto de 1998), cuyo artículo 2° definió las acciones populares como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, y le señaló su alcance, al siguiente tenor:

«Artículo 2°. **Acciones populares.** Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.»

El artículo 12, numeral 1.° *ibidem* legitima a cualquier persona, natural o jurídica, para ejercer la Acción Popular.

A su vez, el artículo 4° establece que las acciones populares proceden contra *«toda acción u omisión de la autoridades públicas y de los particulares, que hayan*

*violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos*»; y el artículo 14 dispone que la acción popular se dirigirá contra el particular o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo.

A renglón seguido, el artículo 15 asignó a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas:

«Artículo 15. Jurisdicción. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.

En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.»

Por lo que hace relación a los contratos de las entidades públicas, en el artículo 40 de la Ley 472 se mencionó expresamente que las irregularidades en la contratación dan motivo a la Acción Popular como medio de defensa de la moralidad administrativa. Su tenor es como sigue:

«Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Para los fines de este artículo y **cuando se trate de** sobrecostos o de otras **irregularidades provenientes de la contratación**, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.» (Resalta la Sala).

Síguese de esta norma que la actividad de las entidades estatales en materia de contratación es susceptible de control a través de la Acción Popular. Con tanta más razón si se atiende a que el Estado dispone de una alta proporción de sus bienes y recursos a través de los cauces de la actividad contractual. El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de examinar la procedencia de la Acción Popular frente a contratos estatales. Así, en sentencia de 31 de octubre de 2002<sup>4</sup>, la Sección Tercera consignó las siguientes consideraciones, que la Sala hace suyas:

#### «II. La acción popular frente a los contratos estatales

---

<sup>4</sup> Expediente AP-059.

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que **con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.**
2. (...) El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem).  
(...)
3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, **se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.»** (Resalta la Sala).

En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.

Por razón de su participación en un contrato estatal, que le confiere la calidad de colaborador de la Administración, el particular queda sometido a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo al momento de juzgar si con su conducta en las etapas de formación y ejecución del contrato ha lesionado derechos colectivos, como quiera que el denominado «*fuero de atracción*» hace imposible que dos autoridades judiciales conozcan de un mismo contrato y decidan sobre su eficacia, validez, o sobre alguna de las irregularidades a que se refiere indiscriminadamente el artículo 40 de la Ley 472.

Además, la relación jurídica entre la entidad estatal que enajena su participación societaria y los adquirentes preferenciales (trabajadores o extrabajadores etc.) se forma en virtud de un privilegio de origen constitucional, y queda sometida al derecho público.

## **6.2. REGIMEN APLICABLE A LA ENAJENACION DE LAS ACCIONES DE ECOPETROL EN INVERCOLSA.**

Las siguientes normas constitucionales y legales rigen de manera especial al proceso de enajenación de las acciones de ECOPETROL y sus filiales en INVERCOLSA: el artículo 60 de la Constitución Política; la Ley 226 de 1995; el Decreto 2324 de 1996, y el Reglamento adoptado por ECOPETROL

Serán examinadas enseguida.

### 6.2.1. EL ARTICULO 60 DE LA CARTA

«El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, **condiciones especiales** para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia” (Resalta la Sala).

El fin que persigue esta norma es que los trabajadores estatales, las organizaciones solidarias y los trabajadores en general accedan a la propiedad de empresas, y el medio para lograrlo consiste en ofrecerles condiciones especiales para su adquisición, según lo dispongan las reglamentaciones legales.

### 6.2.2. LA LEY 226

Mediante esta Ley, promulgada el 21 de diciembre de 1995, *«se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones»*. Sometió los procesos de enajenación a los principios generales de Democratización, Preferencia y Protección del Patrimonio Público, el segundo de los cuales concierne directamente al procedimiento de enajenación y se despliega, a su vez, en los principios y reglas que pasan a exponerse.

#### a) Principio de Preferencia

El artículo 3° dispuso que para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán **«condiciones especiales»** exclusivamente destinadas a los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización; a sus extrabajadores no desvinculados con justa causa, y a las demás personas relacionadas en este artículo.

En cada evento particular, el Gobierno debe adoptar un **«Programa de Enajenación»** (art. 6°), de modo que ésta se realice por etapas, teniendo en cuenta que «de manera privativa» la primera etapa estará orientada a los

destinatarios de las condiciones especiales. Estas deben incluirse en el programa.<sup>5</sup>

Las dos primeras condiciones especiales contempladas en el artículo 11 y reservadas a los trabajadores, extrabajadores y demás beneficiarios ya relacionados, son las siguientes:

- i. Se les ofrecerá en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones; y
- ii. Se les ofrecerá un precio fijo.

## **b) Medidas para garantizar la democratización de la propiedad accionaria**

Con esta finalidad, el artículo 14 de la Ley 226 ordenó que el Programa de Enajenación contemple medidas encaminadas a evitar conductas que atenten contra los principios generales. Entre ellas, podría imponerse a los destinatarios de las condiciones especiales la prohibición de enajenar sus acciones dentro de los dos años siguientes, bajo apremio de multa.

Asimismo, sancionó con ineficacia las adquisiciones realizadas en contravención a sus disposiciones, o a las que se reglamenten en cada caso particular sobre el beneficiario, así:

«LEY 226

Artículo 14. El programa de enajenación que para cada caso expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta Ley. Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por dos (2) años a partir de la fecha de la enajenación; en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación.

Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó **en contravención** a estas

---

<sup>5</sup> El artículo 10° de la Ley 226 dispone:

«Además de lo establecido en las disposiciones legales, el contenido del programa de enajenación, en cada caso particular, comprenderá los siguientes aspectos:

1. Establecerá las etapas en que se realizará el procedimiento de enajenación, teniendo en cuenta que, de manera privativa, la primera etapa estará orientada a los destinatarios de las condiciones especiales indicados en el artículo tercero de la presente Ley.
2. Incluirá las condiciones especiales a las cuales se refiere el artículo siguiente de la presente Ley.
3. Dispondrá la forma y condiciones de pago del precio de las acciones.
4. Fijará el precio mínimo de las acciones que en desarrollo del programa de enajenación no sean adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales, el cual, en todo caso, no podrá ser inferior al que determinen tales condiciones especiales.
5. Indicará los demás aspectos para la debida ejecución del programa de venta.

disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular **sobre el beneficiario** o adquirente real, el negocio será ineficaz. (Resaltado fuera del texto).

Sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo, podrán adquirir acciones por un valor máximo de cinco (5) veces su remuneración anual.»

La consecuencia de la ineficacia o, en su caso, de la declaración de nulidad absoluta o relativa, en cuanto a la restitución de las acciones, fue reglada en el artículo 15, que se transcribe:

«Artículo 15. La nulidad absoluta de los contratos de compraventa de acciones de entidades estatales (*sólo*) podrá ser alegada por las partes contratantes o por el Ministerio Público. La nulidad relativa sólo la podrá alegar aquel en cuyo favor está establecida.

En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, (*sólo*) habrá lugar a la restitución de las acciones (*cuando el órgano público vendedor así lo solicite*). En todo caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentran en poder de terceros de buena fe. Cuando no haya lugar a la restitución sólo podrá haber lugar a las reparaciones pecuniarias correspondientes.

Estas disposiciones (*por ser de carácter procedimental*) son de aplicación inmediata.» (Las expresiones entre paréntesis fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-343/96).

Es decir, que en caso de ineficacia o de nulidad, hay lugar a la restitución de las acciones, a menos que se encuentren en manos de terceros de buena fe.

### **5.2.3. EL DECRETO 2324 DE 1996 (20 de diciembre)**

Mediante este decreto el Gobierno Nacional, según lo previsto en el artículo 6° de la Ley 226, aprobó la enajenación y el Programa de Venta de las acciones que ECOPETROL, Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Co. poseían en INVERCOLSA.

El procedimiento de venta se ordenó así:

#### **a) Precio mínimo**

De conformidad con el artículo 4°, las acciones se ofrecerían «a un precio mínimo de sesenta y tres pesos con ochenta y nueve centavos (\$63,89).

#### **b) Condiciones especiales para el acceso a las acciones de INVERCOLSA por parte de los trabajadores, extrabajadores, pensionados, organizaciones solidarias y de trabajadores y extrabajadores.**

En el artículo 5° se fijaron las condiciones especiales para los destinatarios preferenciales, y entre ellas:

«5.1. Precio fijo. Se venderán las acciones a precio fijo, que será el mínimo.»

### **c) Venta en dos fases**

En el artículo 3° se determinó que las acciones serían ofrecidas a través de las Bolsas de Valores, y en dos etapas, la primera de ellas con oferta a precio fijo reservada a los destinatarios especiales; y la segunda, por el sistema de remate o martillo. La norma dispuso, en lo pertinente:

Artículo 3°. *Procedimiento de venta.* La Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- ofrecerá en venta las acciones a que se refiere el artículo 1° del presente Decreto así:

3.1. Primera fase. Se hará oferta pública a precio fijo de la totalidad de las acciones a los trabajadores activos y pensionados de Inversiones de Gases de Colombia S. A. -Invercolsa- y de Cilindros Colgas Limitada -Cicolgas-, a los extrabajadores de Invercolsa y de Cicolgas, siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; a las asociaciones de empleados o exempleados de Invercolsa; a los sindicatos de trabajadores, a las federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores, a los fondos de empleados, a los fondos mutuos de inversión; a los fondos de cesantías y de pensiones, y a las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa. Para efectos del presente decreto, estas ofertas se denominarán Ofertas Especiales. Esta venta se hará de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### d) Adjudicación

A este propósito, según el artículo 9°, ECOPEPETROL debía redactar un Reglamento que contemplase, entre otros aspectos, el procedimiento de venta y adjudicación correspondiente a la primera fase, y el método de aplicación de las condiciones especiales, respetando el principio contenido en el artículo 60 de la Constitución y desarrollado en la Ley 226.

#### e) Responsables por la veracidad de las ofertas

El artículo 10° hizo responsables a las sociedades comisionistas de bolsa por la seriedad y cumplimiento de las ofertas, así como por la veracidad de las declaraciones de sus comitentes. Reza este artículo:

«Artículo 10. *Responsable de las ofertas.* Sin perjuicio de la garantía de seriedad de las ofertas que Ecopetrol deberá exigir al momento de presentación de las mismas y de los reglamentos de la correspondiente bolsa de valores, **las sociedades comisionistas de bolsa responderán ante Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol-**, Explotaciones Cóndor S. A. y South American Gulf Oil Co. y ante las bolsas de valores respectivas, por la seriedad y el cumplimiento de las ofertas de compra que se presenten conforme a lo previsto en el presente Decreto, así como **por la veracidad de las declaraciones de los comitentes.**» (Resaltado fuera del texto).

#### f) Prenda a favor de ECOPEPETROL

Según el artículo 6° del Decreto 2324 de 1996 en sus ofertas de compra los destinatarios especiales debían obligarse a no enajenar sus acciones dentro de los dos años siguientes a la fecha de su adquisición, so pena de incurrir en multa, consistente en un porcentaje graduado en función del tiempo transcurrido desde aquella y dependiente «*del mayor valor entre el de adquisición y el de enajenación*».

Para garantizar estas multas, las acciones debían gravarse con prenda de primer grado a favor de ECOPEPETROL

### 5.2.4. EL REGLAMENTO DE VENTA ADOPTADO POR ECOPEPETROL

Con arreglo al artículo 9° del Decreto 2324 de 1996, ECOPEPETROL adoptó un Reglamento o Instructivo para la venta de las acciones, cuyas normas quedaron

consignadas en el Aviso de Oferta Pública difundido el 27 de diciembre de 1996. Destácase en este Reglamento que los destinatarios de ofertas especiales que manifestasen su intención de aceptarla, debían hacerlo por intermedio de Sociedades Comisionistas de Bolsa, diligenciando al efecto una «Intención de Compra» que debía acompañarse de certificación de INVERCOLSA sobre la calidad de trabajador o extrabajador, según fuere el caso. Las previsiones de este Reglamento dicen, en lo pertinente:

#### «3. OTRAS CONDICIONES DE LA OFERTA.

Cuando un destinatario de esta oferta manifieste su intención de aceptarla, deberá diligenciar un formulario de Intención de Compra (en adelante Intención de Compra). La Intención de Compra tendrá la siguiente limitación: Los funcionarios que ocupen cargo de nivel directivo en INVERCOLSA sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de cinco (5) veces su remuneración anual.

#### 4. GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA.

El comisionista de bolsa que vaya a presentar Intención de Compra, deberá hacer un depósito como garantía de seriedad de oferta por un valor equivalente al 10% del precio de las acciones que pretende comprar.

En cuanto a la acreditación de la calidad de extrabajador de INVERCOLSA, el Reglamento dispuso lo siguiente:

#### 5. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS INTENCIONES DE COMPRA

5.1. A la Intención de Compra de acciones deberá acompañarse la constancia de constitución de la Garantía de Seriedad de la Oferta, expedida por la bolsa donde se haya constituido, y los siguientes documentos:

...

##### b. Tratándose de Extrabajadores [de] INVERCOLSA y CICOLGAS

- Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía.
- Certificación de INVERCOLSA y CICOLGAS, expedida con no más de treinta (30) días de antelación, en la cual conste que se trata de un extrabajador y que no fue desvinculado con justa causa.
- Fotocopia auténtica de la Declaración de Renta o si no tiene obligación de declarar, del Certificado de Ingresos.
- Declaración en la cual conste que en la Intención de Compra obra única y exclusivamente por cuenta propia y en ningún momento por cuenta o en interés de otro, o para beneficio de otro. Una conducta contraria al mencionado principio vulnera el principio constitucional de la Democratización de la Propiedad Accionaria y conllevará a (sic) la ineficacia de tal adquisición (Inciso 2° del artículo 14 de la Ley 226 de 1995), sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes.»

Así, pues, la compra de acciones por destinatarios de condiciones especiales, sólo podría realizarse por intermedio de comisionistas de bolsa, previa acreditación de la respectiva calidad.

#### **6.3. LA COMPRA DE ACCIONES DE INVERCOLSA POR FERNANDO LONDOÑO HOYOS**

6.3.1. A efecto de comprar las acciones, Fernando Londoño Hoyos entregó a la comisionista de bolsa CORREDOR ALBAN S.A. los siguientes documentos <sup>6</sup>:

- a) Declaración de Intenciones, en que declara obrar exclusivamente en nombre propio; se obliga a conservar las acciones por lo menos durante dos años, y declara que el dinero utilizado en el negocio proviene de créditos que garantizará con las acciones.
- b) Certificación extendida el 9 de abril de 1997 por el Presidente de INVERCOLSA, Enrique Vargas Ramírez, en los términos siguientes:

“INVERCOLSA  
Santafé de Bogotá D.C., abril 9 de 1997  
Señor Doctor  
FERNANDO LONDOÑO HOYOS  
Ciudad

Doctor Londoño:

De acuerdo a su solicitud en la fecha, me permito certificar:

Primero: Que **me consta que fue usted mi antecesor en el cargo de presidente Ejecutivo de Invercolsa**, sociedad a cuyo servicio trabajó por el tiempo y con las responsabilidades que más adelante precisaré.

Segundo: Que su designación tuvo lugar como consta en la Escritura Pública No. 1970 del 30 de julio de 1990 de la Notaría 19 del Círculo de Bogotá, y su renuncia fue aceptada por la Junta Directiva, como aparece en el acta No. 006 del 6 de abril de 1995.

Tercero: **No hay constancia** de que su trabajo haya tenido interrupción alguna, por lo que certifico se extendió sin solución de continuidad entre las dos fechas mencionadas.

Cuarto: Sus funciones fueron las que precisan los estatutos sociales, que en sus artículos 48, 49 y 50 ... .

(...)

Expido esta certificación, con el destino indicado en la petición que de ella se hace, a los nueve de (sic) mes de abril de 1.997.

Con toda atención,

ENRIQUE VARGAS RAMIREZ  
Invercolsa - Presidente»

- c) Copia auténtica de su Declaración de Renta por el año gravable de 1995 (NIT 17.113.333) donde consta:  
«19. Salarios, prestaciones y otros pagos laborales: -0- ».

---

<sup>6</sup> Sobre B-001 de la carpeta allegada por la Bolsa de Bogotá.

- d) Copia de la escritura 1970 de 30 de julio de 1990, otorgada en la Notaría 19 de Bogotá, por la cual se constituyó INVERCOLSA y fue designado Presidente Fernando Londoño Hoyos.
- e) Copia del Acta de la sesión de la Junta Directiva de INVERCOLSA celebrada el 6 de abril de 1995, en la cual se expresa la aceptación de la renuncia de Fernando Londoño Hoyos como Presidente.
- f) Contrato de prenda a favor de ECOPETROL.

6.3.2. La aceptación de la oferta pública se hizo por la sociedad comisionista de bolsa CORREDOR Y ALBAN S.A. mediante el documento denominado «Aceptación de Compra», de fecha 30 de abril de 1997, que solamente menciona el NIT del comprador (17.113.333), el número de acciones y su precio.

6.3.3. En comunicación de 5 de mayo de 1997, Fernando Londoño Hoyos solicitó a su comisionista dar instrucciones a INVERCOLSA para que, al mismo momento de inscribir sus acciones en el libro de registro, inscribiese igualmente una Prenda Abierta de Segundo Grado a favor del Banco del Pacífico Colombia y del Banco del Pacífico Panamá, sobre sus 145 millones de acciones.

6.3.4. Mediante Oficio datado a 3 de mayo de 1997 —que debió redactarse en fecha posterior por cuanto acompaña copia de la Relación de Bolsa N.º 001 cuya fecha es del 7 del mismo mes—, el Jefe de Emisores de la Bolsa de Bogotá comunicó al Presidente de INVERCOLSA, Enrique Vargas Ramírez, que el pasado día 2 se había adjudicado la oferta pública de acciones de esa compañía, y le solicitó expedir los títulos a los compradores mencionados en dicha Relación, a saber:

<u>COMPRADOR</u>	<u>CANTIDAD DE ACCIONES</u>
FONDO MUTUO DE INVERSIONES CONFEDEGAS	62.607
ENRIQUE VARGAS RAMIREZ	4.700.000
FERNANDO LONDOÑO HOYOS	145.000.000

Contrasta con la certificación aportada por Fernando Londoño Hoyos el texto siguiente de la que se expidió el propio Enrique Vargas Ramírez<sup>7</sup>:

«Primero: Que el Dr. ENRIQUE VARGAS RAMIREZ identificado con la C.C. 5'380.285 de Cúcuta, está actualmente vinculado a la sociedad INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S.A., INVERCOLSA con NIT 800107494-8, **mediante contrato de trabajo, desempeñando el cargo de Presidente de la Compañía, nombramiento que tuvo lugar en la sesión de la Junta Directiva** el día seis de Abril de 1995, como consta en el acta número 6, la cual reposa en el correspondiente Libro de Actas de Invercolsa.

Segundo: Que a la fecha **su sueldo básico mensual**, como Presidente de esta Compañía, es de seis millones de pesos (6'000.000.00) mcte...» (Resaltado fuera de texto)

6.3.5. En comunicación 047 del 9 de mayo de 1997, el Presidente de INVERCOLSA envió al Presidente de ECOPETROL los contratos de prenda «*de los compradores de acciones del sector solidario*».

6.3.6. Finalmente, tras las actuaciones judiciales que se reseñan enseguida y, en particular, el registro de la demanda ordinaria de ECOPETROL, realizado el 21 de septiembre de 1999, Fernando Londoño Hoyos transfirió sus acciones el 16 de diciembre del mismo año, a título de dación en pago, a favor de ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA «AFIB», a quien se había cedido la prenda del Banco del Pacífico el 27 de mayo de 1999.<sup>8</sup>

#### **6.4. ACTUACION DE ECOPETROL TRAS LA COMPRA DE LAS ACCIONES POR PARTE DE FERNANDO LONDOÑO HOYOS**

Notificada el 9 de mayo de 1999 de la compra de las acciones efectuada por Fernando Londoño Hoyos, ECOPETROL inició las actuaciones del caso ante INVERCOLSA y las autoridades competentes.

##### **6.4.1. Ante INVERCOLSA**

Funcionarios de ECOPETROL formularon a esta sociedad los siguientes requerimientos<sup>9</sup>:

- a) El Administrador de Inversiones Permanentes, en oficio KPF de 14 de mayo de 1997, con el propósito de aclarar la situación, solicita al Presidente de

---

<sup>7</sup> Sobre B-003 de la carpeta allegada por la Bolsa de Bogotá.

<sup>8</sup> Comunicación de Invercolsa N.º 557 de 28 de julio de 2003 (C. 3, Respuesta al Oficio 4857)

<sup>9</sup> (Cuaderno No. 4 Pruebas – Respuesta al oficio No. 4855):

INVERCOLSA el contrato de trabajo de Fernando Londoño Hoyos en el cargo de Presidente de la sociedad.<sup>10</sup>

- b) El Vicepresidente Financiero (E), en oficio VIF- 146 de 15 de mayo de 1997, solicita al Presidente de INVERCOLSA certificación sobre la existencia de contrato de trabajo con Fernando Londoño Hoyos o contrato de prestación de servicios celebrado con la Sociedad Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda., para el período comprendido entre el 30 de julio de 1990 y el 6 de abril de 1995.<sup>11</sup>
- c) El Presidente de ECOPETROL, en oficio ECP- 000344 de 21 de mayo de 1997, solicita al representante legal y a los miembros de la Junta Directiva de INVERCOLSA S.A. la restitución de las acciones de conformidad con el artículo 15 inciso 2º de la Ley 226 de 1995, por considerar que se desconocieron disposiciones legales en materia de enajenación de la propiedad accionaria estatal, dado que Fernando Londoño Hoyos no tenía la calidad de extrabajador.<sup>12</sup>

#### 6.4.2. Ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

- a) El Presidente de ECOPETROL, en oficio ECP-000330 de 16 de mayo de 1997, dirigido al Superintendente de Sociedades, manifiesta que en la operación de venta de las acciones que poseía esta empresa en INVERCOLSA, el señor Fernando Londoño Hoyos presentó a la Bolsa de Bogotá una certificación laboral, sin cumplir los requisitos exigidos en el Instructivo Operativo para la oferta pública. Advierte que ello podría configurar una irregularidad en la operación. Solicita, en consecuencia, «*la urgente adopción de las medidas administrativas necesarias para que sean subsanadas las posibles irregularidades*».<sup>13</sup>

En respuesta a la anterior solicitud, el Superintendente de Sociedades, en oficio No. 220-29489 del 22 de mayo de 1997, luego de referirse al artículo 3º de la Ley 226 de 1995 expresa que no pudo establecer la calidad de

---

<sup>10</sup> Fls. 205 y 206 C.4.

<sup>11</sup> Fl. 207 id.

<sup>12</sup> Fl. 208

<sup>13</sup> Fls. 3 a 5, Cuaderno 4 pruebas, respuesta oficio número 4855.

trabajador de Fernando Londoño Hoyos y que no aparece pago por concepto de salarios, prestaciones y aportes parafiscales. Concluyó:

«... La ineficacia que podría afectar el negocio que celebró el doctor Fernando Londoño Hoyos - si se demostrara que no fue trabajador de la compañía - no puede ser declarada por esta Superintendencia y depende de lo que se defina sobre su carácter de extrabajador...»<sup>14</sup>

- b) En comunicación recibida en la Superintendencia de Sociedades el 8 de julio de 1997, el Presidente de ECOPETROL insiste sobre la ineficacia del negocio jurídico por la falta de acreditación de la calidad de extrabajador aducida por Fernando Londoño Hoyos, con violación del artículo 60 de la C.P. y demás normas que lo desarrollan. Reitera que se deben preservar los intereses públicos puestos a cuidado de esa entidad.<sup>15</sup>

Por Oficio No. 100-39728 de 16 de julio de 1997, el Superintendente de Sociedades responde a la comunicación referida en el numeral anterior, indicando que la vigilancia de INVERCOLSA le corresponde a la Superintendencia de Valores, lo cual le impide su intervención para resolver sobre la irregularidad puesta en su conocimiento y, reitera que todo depende de la decisión que tome la justicia ordinaria laboral.<sup>16</sup>

- c) El Presidente de ECOPETROL, en oficio No. 000-504 de 23 de julio de 1997 <sup>17</sup>, interpone recurso de reposición contra esta decisión del Superintendente, al tiempo que insiste en la petición inicial para el ejercicio de las funciones a cargo de la Superintendencia de Sociedades ante la ausencia de prueba sobre la relación laboral de Fernando Londoño Hoyos con INVERCOLSA. Ante el silencio frente al recurso, cursa nuevamente oficio en que requiere una respuesta.<sup>18</sup>
- d) Mediante Resolución No. 1372 de 30 de julio de 1997, el Superintendente de Sociedades ordena la publicación de los escritos enviados por ECOPETROL y Fernando Londoño Hoyos, y advierte a terceros indeterminados interesados que pueden participar en la respectiva actuación.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Fl.11 id.

<sup>15</sup> Fls. 12 a 17

<sup>16</sup> Fls. 18 a 20

<sup>17</sup> Fls. 21 a 28

<sup>18</sup> Fls. 40 a 44

<sup>19</sup> Fls. 45 a 47

- g) Por Resolución No. 100-1573 sin fecha, la Superintendencia de Sociedades, decide no reponer su oficio 100-39728 del 16 de julio de 1997, por considerar que la situación laboral de Fernando Londoño Hoyos aún no había sido definida.<sup>20</sup>

#### 6.4.3. Ante la JURISDICCION ORDINARIA

Finalmente, concluidos los procedimientos administrativos ante la Superintendencia de Sociedades, ECOPETROL presentó demanda ordinaria de mayor cuantía contra Fernando Londoño Hoyos, Corredor y Alban S.A. Comisionistas de Bolsa e INVERCOLSA S.A. el **28 de octubre de 1997**. Luego de ser citado y emplazado, Fernando Londoño Hoyos se dio por notificado el **11 de noviembre de 1998** <sup>21</sup>

#### 6.5. ACTUACION DE FERNANDO LONDOÑO HOYOS TRAS LA COMPRA DE LAS ACCIONES

El 12 de marzo de 1998 Fernando Londoño Hoyos inició contra INVERCOLSA S.A. un proceso ordinario laboral para reclamar el pago de salarios y prestaciones sociales por el período comprendido entre el 30 de julio de 1990 y el 6 de abril de 1995.<sup>22</sup>

Este proceso fue fallado, en primera instancia, el 27 de octubre de 2000 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito, absolviendo a la demandada INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S.A., y su sentencia fue confirmada el 28 de junio de 2002, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá <sup>23</sup>. Las pretensiones del demandante fueron denegadas porque la relación de FERNANDO LONDOÑO HOYOS con la sociedad INVERSIONES DE GASES DE COLOMBIA S.A. se rigió por un contrato de mandato comercial con representación. Dice así la sentencia del Tribunal:

«Quiere decir lo expuesto, que invocando el art. 446 del C.Cio., **el mismo actor determinó en el Acta 1 de Agosto 20 de 1992, que no tuvo contrato de trabajo con la sociedad demandada en el año de 1991, que él obró como representante de la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA.** ante la sociedad

---

<sup>20</sup> Fls. 155 a 171)

<sup>21</sup> (Cuaderno No. 6 de Pruebas - respuesta oficio No. 4851, fl.157 vto., 264, 283 a 304 Proceso No. 97-9465 C.1).

<sup>22</sup> Fl. 8 vto., Cuaderno de Pruebas No. 1, respuesta al oficio No. 4852, que contiene el proceso ordinario laboral.

<sup>23</sup> Fls. 583 a 606 id.

INVERCOLSA, que existió un contrato de mandato con representación de naturaleza comercial entre las sociedades FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA. e INVERCOLSA S.A., y por último que la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA., cuya existencia y representación se acreditó en el presente proceso con el certificado de Cámara de Comercio [...] en desarrollo y para la ejecución del mismo contrato comercial, lo delegó para actuar como Presidente de INVERCOLSA S.A., lo que necesariamente excluye la existencia del contrato de trabajo aseverado en la demanda para el año de 1991 puesto que el hecho de cumplir el actor las obligaciones y ejercer los derechos que el C.Cio. le otorga al Presidente, Representante legal de la demandada según la escritura de constitución de INVERCOLSA S.A., quedó claro con la manifestación del mismo actor, que en esa oportunidad definió cualquier controversia de carácter laboral, excluyéndola, al aceptar la existencia del contrato comercial de mandato con representación, celebrado entre la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA. y la demandada, contrato que se rige por los arts. 1262 y ss del Cio., en concordancia con el art. 842 y ss ibídem, y las normas del C.C. que regulan el contrato de mandato, en lo que no consagra el Código de Comercio.

En resumen, se dio entre la Sociedad INVERCOLSA S.A. y la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA. un mandato comercial con representación, gratuito, desde el 30 de julio de 1990, hasta el 30 de noviembre de 1990, y aunque en principio ese mandato con representación siguió igual en diciembre de 1990 y para 1991, concretamente de enero a diciembre y para 1992 de enero a junio 26, la demandada decidió de manera retroactiva remunerarlo de diciembre de 1990 a junio de 1992, quedando pactado en el Acta N.º 5 de la Junta Directiva de INVERCOLSA S.A. el monto de los Honorarios que se causarían en adelante, honorarios aclarados en cuanto a su destinatario en el Acta N.º 1 de Agosto 20 de 1992 de la Asamblea General de Accionistas, conclusión a la que se llega al no existir en el proceso prueba alguna (art. 61 CPL) que contenga manifestación de voluntad no solo de la sociedad demandada sino también de la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA. de terminar ese mandato comercial con representación y que en virtud de esa decisión, el demandante como persona natural pudiera haber contratado como persona natural con la demandada y como consecuencia, iniciara la prestación de sus servicios a INVERCOLSA S.A. como Presidente, ejecutando no solo el mandato comercial sino también un contrato de trabajo; por el contrario, **la restante prueba documental allegada al proceso, demuestra que de junio de 1992 a abril 5 de 1995, el contrato de mandato comercial con representación siguió vigente y fue remunerado también ese período, por la demandada, a la firma FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA.**»<sup>24</sup>

Obra, entonces, sentencia firme del juez competente en el sentido de que nunca existió vínculo laboral, y que el propio Fernando Londoño Hoyos declaró desde un comienzo que la relación contractual se constituía entre INVERCOLSA y la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA. Por consiguiente, es desacertado el argumento con que el demandado sostiene que sólo después de esta sentencia podría considerarse que él no era un trabajador.

El hecho de que el entonces Presidente de INVERCOLSA, Enrique Vargas Ramírez, hubiese expedido la certificación a Fernando Londoño Hoyos como a un extrabajador, merece ser investigado por las autoridades competentes, puesto que tenía a su disposición las actas de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva, y los comprobantes de pago de honorarios a la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS LTDA., que demostraban una relación de

---

<sup>24</sup> Fls. 286 y 287 C.1.

mandato comercial y no un vínculo de trabajo, merece ser investigado por las autoridades competentes.

Idéntica consideración hace la Sala respecto de la comisionista de bolsa CORREDOR Y ALBAN S.A., quien de conformidad con el artículo 10° del Decreto 2324 de 1996, era responsable por la veracidad de las declaraciones de sus comitentes, y aceptó el encargo de Fernando Londoño Hoyos pese a que su declaración de renta evidenciaba que no había recibido salario alguno.

## **6.6. EFECTOS DE LA CONDUCTA DE FERNANDO LONDOÑO HOYOS EN LA COMPRA DE LAS ACCIONES**

Para la Sala, las pruebas reseñadas evidencian que la conducta que desplegó desde un comienzo Fernando Londoño Hoyos para lograr la adquisición de las acciones de INVERCOLSA contravino abiertamente las normas jurídicas que regían el proceso de democratización de la propiedad accionaria de ECOPETROL.

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

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

«ARTICULO 1525.- No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.»

La consecuencia jurídica de haberse realizado esta adquisición contrariando lo dispuesto en las normas citadas es, según el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 226, la ineficacia del contrato de compraventa de acciones, a causa de su ilicitud, que lo hace absolutamente nulo.

6.6.2. Desde luego que la conducta en examen constituye una irregularidad en la contratación, que lesiona la moralidad administrativa, al tenor del artículo 40 de la

Ley 472. Fernando Londoño Hoyos fue su protagonista al aparentar una calidad que no poseía y beneficiarse del **precio fijo** reservado a los destinatarios preferenciales de la primera fase de la venta, sustrayéndose ventajosamente a la competencia o puja que habría tenido que afrontar en la subasta que habría de realizarse en la segunda fase, única en que le era lícito participar. Se hizo, entonces, a beneficios contractuales que no le concedían las leyes. Este comportamiento desplegado en la etapa precontractual y en la celebración del contrato mismo, resulta contrario al deber que tienen los particulares de concurrir al perfeccionamiento de relaciones jurídicas lícitas con la Administración Pública, respetando los derechos de terceros y adquiriendo los propios con arreglo a la ley.

6.6.3. La venta de las acciones al precio fijo también lesionó el patrimonio público. De no haber comprado Fernando Londoño Hoyos las acciones, éstas habrían sido ofrecidas en martillo, donde razonablemente se habría obtenido un precio superior a causa de las pujas y competencia entre oferentes. Además, el artículo 6° del Decreto 2324 de 1996 preveía que las ventas que llegaren a realizar los adquirentes especiales dentro de los dos años siguientes habrían de tener un precio superior al de adquisición y serían sancionadas con multa graduada en función del tiempo y de la utilidad.

El perjuicio es más tangible teniendo en cuenta que las acciones causaron dividendos que no debieron percibir sus adquirentes irregulares.

## **6.7. SITUACION DE LA ARRENDADORA FINANCIERA BOLIVARIANA INTERNACIONAL (AFIB)**

La Ley 226 de 1995, en su artículo 15 inciso 2º, estableció:

«...En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, sólo habrá lugar a la restitución de las acciones cuando el órgano público vendedor así lo solicite. **En todo caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentran en poder de terceros de buena fe.** Cuando no haya lugar a la restitución sólo podrá haber lugar a las reparaciones pecuniarias correspondientes...»<sup>25</sup> (Resaltado fuera de texto).

El artículo 20 de los estatutos de INVERCOLSA S.A. prevé:

«**No podrán ser enajenadas las acciones cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez del conocimiento**, ni podrán serlo las acciones embargadas sin previa licencia del Juez y autorización de la parte actora. En consecuencia **la sociedad se abstendrá de registrar cualquier traspaso de acciones, desde que se le haya notificado el embargo o la existencia de la Litis...**» (C. Pruebas No. 3 respuesta oficio No. 4857 Anexo 2). (Resaltado fuera del texto).

La adquisición de las acciones de ECOPETROL y sus filiales en INVERCOLSA tuvo objeto ilícito, a la luz de lo establecido en el Código Civil.

Consta en el proceso que ECOPETROL presentó demanda ordinaria de mayor cuantía contra Fernando Londoño Hoyos y Corredor y Albán Comisionistas de Bolsa e INVERCOLSA S.A. el **28 de octubre de 1997**. Luego de ser citado y emplazado al efecto, Fernando Londoño Hoyos se dio por notificado el **11 de noviembre de 1998** (Cuaderno No. 6 de Pruebas - respuesta oficio No. 4851 - : fl.157 vto., 264, 283 a 304 Proceso No. 97-9465 C.1).

En auto del **10 de diciembre de 1997** el Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, ordenó la inscripción de la demanda ordinaria instaurada por ECOPETROL contra Fernando Londoño Hoyos y otros (fl. 171 Tomo I exp. 97-9465 C. Pruebas No. 6). Sobre tal medida se ofició a INVERCOLSA S.A. el **21 de septiembre de 1999** y **se inscribió en el Registro de Accionistas en la misma fecha** (fls. 146, 147 y 148 C. 5 ppal.).

La Arrendadora Financiera Bolivariana S.A. AFIB, recibió mediante contrato de transacción y dación en pago, suscrito con Fernando Londoño Hoyos el **16 de diciembre de 1999** (fls. 400 Tomo VII exp. 97-9465 C. Pruebas No. 6) las acciones que este último había comprado a ECOPETROL. Para esta fecha el doctor Londoño había conformado el contradictorio dentro del proceso ordinario civil, como arriba se anota.

La decisión judicial que afectaba las acciones con la medida cautelar se hallaba inscrita en el registro de accionistas y los estatutos sociales preveían claramente que resultaba ilegal e irregular la enajenación de acciones en litigio sin previa autorización del juez. No está demostrado en este proceso que AFIB S.A. hubiera realizado diligencia alguna tendiente a establecer cuál era el estado real de las acciones que adquiriría.

De hecho, la dación en pago recayó sobre un objeto ilícito ya que la enajenación se efectuó sobre acciones que no podían ser transferidas, a menos que hubiese autorización del Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 408 del Código de Comercio.

---

<sup>25</sup> El aparte subrayado fue declarado inexecutable mediante sentencia C-346 de 1996

Esta situación de ilegalidad en la enajenación de las acciones a favor de AFIB S.A. y en la inscripción de las mismas, fue advertida por el Revisor Fiscal de INVERCOLSA, tal como obra a folio 194 del cuaderno que contiene los estados financieros y el informe del revisor fiscal, remitido a este proceso como parte de la acción civil ordinaria iniciada por ECOPETROL contra Fernando Londoño Hoyos y otros.

Lo anterior también fue objeto de examen en la resolución 100-002802 expedida por la Superintendencia de Sociedades el 7 de octubre de 2002, al negar la solicitud de colocación de acciones de INVERCOLSA, donde se expuso:

«... f En relación con las inscripciones en libro de registro de accionistas.

Para el 16 de diciembre de 1999, fecha en que el señor Fernando Londoño dio en pago las acciones a la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana de Panamá - Afib -, dichas acciones se encontraban en litigio. Por lo tanto, para poder efectuar la operación se requería, conforme lo dispone el artículo 408 del código de comercio, obtener previamente la autorización del Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, autorización que acuerdo (sic) con la información obtenida durante la visita, no se obtuvo.

Siendo para esa misma época el señor Fernando Londoño Hoyos miembro principal de la junta directiva de Invercolsa S.A., para realizar la mencionada dación en pago debió, según lo establecido por el artículo 404 del código de comercio, obtener previamente la autorización de dicho órgano de administración social, autorización que de acuerdo con la información recopilada durante la visita, tampoco se obtuvo.»  
(...)

De acuerdo con lo anterior se concluye:

1. En la enajenación de acciones de Fernando Londoño Hoyos a la sociedad panameña Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana - Afib - , no se dio cumplimiento a los requisitos establecidos en los artículos 404 y 408 del código de comercio.
2. Invercolsa S.A. en contravención a lo dispuesto en el artículo 416 del código de comercio, el artículo 20 de los estatutos sociales y el 749 del código civil, no se abstuvo de inscribir en el libro de accionistas dicha enajenación la que valga mencionarlo afecta una parte importante de la propiedad accionaria de la sociedad (20%). Por lo tanto en la actualidad se encuentran inscritas en el libro de accionistas operaciones en las que, se reitera, no se dio cumplimiento a la ley....” ( C. 4 pruebas fl. 358) ».

Al momento de realizarse la dación en pago por parte de Fernando Londoño Hoyos a AFIB, se reitera, se encontraba inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de INVERCOLSA S.A., es decir, que las acciones que pretendía enajenar se encontraban en litigio y, en consecuencia, ni él podía transferirlas ni el acreedor adquirirlas sin la autorización de la Junta Directiva<sup>26</sup> y del juez.

---

<sup>26</sup> El artículo 404 del Código de Comercio dispone: “Los administradores de la sociedad no podrán por si ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos

AFIB S.A. era sabedora de la existencia del litigio propuesto por ECOPETROL. No tuvo, entonces, buena fe en esa transacción. En estas condiciones, debe asumir las consecuencias de este fallo.

Además, como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico), le es oponible el conocimiento que necesariamente tuvo éste sobre la negociación proyectada, y su falta de diligencia al momento de examinar los documentos, singularmente la Declaración de Renta de Fernando Londoño Hoyos, donde manifestaba no haber recibido salarios, lo mismo que el Certificado que facilitó a éste el Presidente de INVERCOLSA, documentos de los cuales se seguía que no estaba acreditada la calidad con que pretendía hacerse a las acciones.

#### **6.8. LA CONDUCTA DE ECOPETROL**

ECOPETROL cumplió con las normas que regían para la venta de sus acciones. Y puesto que la aceptación de la oferta en la Bolsa debía hacerse, como se hizo, por un comisionista, de manera que la identidad del adquirente sólo vino a conocerse días después de perfeccionada la compra y su inscripción en el Libro de Registro de Acciones, resultaba imposible a ECOPETROL impedirlo.

De otra parte, consta que la entidad emprendió todas las actuaciones que estaban a su alcance con miras a retrotraer la compra ineficaz.

Luego mal podría imponérsele condena alguna.

#### **6.9. EL INCENTIVO**

Al acogerse las pretensiones de la demanda, los actores populares tienen derecho al incentivo.

La condena respectiva será impuesta al demandado Fernando Londoño Hoyos, como autor de la lesión a los derechos colectivos.

Si a lo anterior se suma el comportamiento diligente de ECOPETROL, es manifiesto que no resulta aplicable el porcentaje de que trata el artículo 40 de la

---

terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitantes. (...)"

Ley 472. En consecuencia, se reconocerá el incentivo con arreglo al artículo 39 ídem.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

### **FALLA**

**Revócase** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección «A» el 8 de abril de 2003.

En su lugar, se ordena:

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

2° Por haber contrariado normas de derecho público y tener, por tanto, objeto ilícito, es absolutamente nula y, en consecuencia, ineficaz, la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA S.A., inscrita en el Libro de Registro de Acciones el 8 de mayo de 1997.

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

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

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

4° Ordénase a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. restituir a ECOPETROL, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria, los títulos de acciones de INVERCOLSA que recibió de Fernando Londoño Hoyos en virtud de la dación en pago.

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

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

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

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

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

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

10° Por Secretaría, ejecutoriada esta sentencia, devuélvanse a la Bolsa de Bogotá «En Liquidación» los documentos remitidos para este proceso. Déjense copias.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena del Consejo de Estado en sesión de la fecha.

**RICARDO HOYOS DUQUE**  
Presidente

**ALBERTO ARANGO MANTILLA**  
Salvamento parcial de voto

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**GERMAN AYALA MANTILLA**  
Ausente

**TARSICIO CACERES TORO**

**REINALDO CHAVARRO BURITICA**

**MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ**  
Ausente

**ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ**  
Ausente con excusa

**MARIA NOHEMI HERNANDEZ P.**  
Aclaración de voto

**FILEMON JIMENEZ OCHOA**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

**JESUS MA. LEMOS BUSTAMANTE**

**LIGIA LOPEZ DIAZ**  
Salvamento de voto

**GABRIEL E. MENDOZA MARTELO**

**OLGA INES NAVARRETE B.**

**ANA MARGARITA OLAYA F.**  
Ausente

**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**

**MARIA INES ORTIZ BARBOSA**  
Aclaración de voto

**JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE**

**NICOLAS PAJARO PEÑARANDA**

**DARIO QUIÑONES PINILLA**

**Aclaración de voto**

**GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

**Salvamento parcial de voto**

**Aclaración de voto**

**MERCEDES TOVAR DE HERRAN**

**Secretaria**

### **SALVAMENTO DEL VOTO**

**Consejera: LIGIA LOPEZ DIAZ**

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil cuatro (2004)

Sentencia de Sala Plena del 9 de diciembre de 2003

Acción Popular: 25000-23-26-000-2002-01204-01

Actor: Javier Armando Rincón y otro

Demandado: Ecopetrol y Fernando Londoño Hoyos

Magistrado Ponente: CAMILO Arciniegas ANDRADE

No comparto la Sentencia porque considero que vulnera principios y disposiciones tanto sustanciales como procedimentales, las cuales expongo en los siguientes puntos: 1. La Acción popular en el presente caso, no resulta procedente; 2. En el proceso no se integró el litisconsorcio necesario en cuanto a la parte demandada; 3. Fernando Londoño Hoyos no violó los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público; 4. Se favorece el enriquecimiento sin justa causa, de ECOPETROL; 5. Se desconocen los derechos de terceros de buena fe y 6. Improcedencia del incentivo.

#### **1. ALCANCE DE LA ACCION POPULAR**

La acción popular constituye uno de los grandes logros de la Constitución de 1991 porque faculta a toda persona natural o jurídica, para demandar directamente ante los jueces competentes la protección de derechos e intereses colectivos como el medio ambiente, la moralidad administrativa, el espacio público, el patrimonio

público; con la finalidad de evitar riesgos y daños, hacer cesar el peligro, la amenaza o la vulneración o, restituir las cosas a su estado anterior cuando ello fuere posible. (Artículo 88 C. P., Ley 472 de 1998).

Es una acción principal<sup>27</sup> y su procedencia no depende de la existencia de otras acciones<sup>28</sup>, sino de su posibilidad de conjurar en forma oportuna hechos u omisiones que puedan afectar a la comunidad, ANTES de que se genere el daño o COETANEAMENTE para que cese la vulneración de los derechos o, POSTERIORMENTE, ante situaciones CONCLUIDAS, siempre y cuando sea posible restituir las cosas a su estado anterior. Es de naturaleza preventiva, cautelar y correctiva, por lo tanto, eficaz.

El juez tiene amplias facultades para asegurar la protección de los derechos colectivos o difusos de la comunidad, los cuales son diferentes de las situaciones particulares que se ventilan a través de otros procesos judiciales.

Como reiteradamente lo ha señalado la Corporación, la acción popular permite impugnar contratos siempre que se demuestre que se vulneraron derechos e intereses colectivos<sup>29</sup>, *a contrario sensu*, si lo que se invoca es la afectación de la validez del contrato por error, fuerza o dolo en el consentimiento, falta de capacidad u objeto o causa ilícitos, será el juez natural el competente para dirimirlo.

A través de la presente acción popular, se discute la validez del contrato de enajenación de acciones nominativas —cuya nulidad absoluta también se ha demandado ante la jurisdicción ordinaria—, acto que consagró la obligación de transferir a Fernando Londoño Hoyos la propiedad de 145 millones de acciones poseídas por ECOPETROL, Explotaciones Cóndor S. A. y South American Gulf Oil Company en INVERCOLSA S. A., a cambio de un precio que se estableció en \$63.89 por acción.

---

<sup>27</sup> En este sentido se ha pronunciado la Sección Cuarta de esta Corporación, en Sentencia del 31 de mayo de 2002, Exp. AP-300, M. P. Ligia López Díaz.

<sup>28</sup> La Sección Tercera en Sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166, M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez consideró que: “La acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones, como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades del caso. Se trata pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos también distintos”.

<sup>29</sup> Entre otras, ver Sentencia del 31 de octubre de 2002, AP-059.

En el caso concreto, el contrato ya fue suscrito y ejecutado en su integridad, pues las acciones nominativas enajenadas fueron entregadas y se inscribió en el registro de accionistas al nuevo socio Londoño, acto que es oponible a terceros; las empresas vendedoras recibieron en mayo de 1997 la totalidad del pago pactado y por lo tanto, el contrato tuvo existencia y se cumplieron las obligaciones allí acordadas. Este contrato generó a su vez nuevos negocios jurídicos como las prendas y cesiones de las mismas. La pregunta es ¿cuál acción preventiva, cautelar o de cesación de efectos puede proceder sobre el contrato ya ejecutado y cancelado? y la respuesta es, NINGUNA.

El contrato de enajenación de acciones nació a la vida jurídica; se transfirió la propiedad accionaria y se produjo la inscripción de un nuevo accionista; ECOPETROL y sus filiales recibieron el precio convenido; se constituyó una prenda de primer grado a favor de aquellas para garantizar que las acciones no se enajenarían dentro de los dos años siguientes, la cual se inscribió en el libro de registro de acciones y por lo tanto se perfeccionó también este contrato; se generó un crédito internacional garantizado con prenda sobre las mencionadas acciones, acto que también fue registrado en el libro de accionistas antes de que se inscribiera la demanda presentada por las empresas vendedoras contra Fernando Londoño y otros; la obligación se registró ante el Banco de la República así como su extinción por dación en pago; el Banco la autorizó y calificó a AFIB como inversionista extranjero en INVERCOLSA S. A.<sup>30</sup>; se han pagado dividendos y comisiones.

¿Cómo retrotraer todos estos efectos, más la confianza legítima que los actos certificados, registrados y amparados por autoridades nacionales generaron en los terceros? Ello no es posible y por esta razón, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 472 de 1998, la acción popular no era procedente para este caso.

Han surgido numerosos contratos, nuevas obligaciones y efectos irreversibles, obligaciones cambiarias, pleitos y pretensiones que deben ser resueltos por el juez natural del proceso, en este caso, el Juez 28 Civil del Circuito que ya venía conociendo de la demanda ordinaria presentada para dirimir la discusión sobre la VALIDEZ del contrato de enajenación de acciones y sus alcances y

---

<sup>30</sup> Así lo refiere el acto administrativo por medio del cual el Superintendente de Sociedades impuso sanción a José Antonio Franco, Representante Legal de INVERCOLSA S. A. e impartió una orden.

consecuencias<sup>31</sup>, lo cual amerita un análisis total y minucioso en el que se involucren los distintos actores y terceros, para garantizar los derechos fundamentales a la defensa, debido proceso e igualdad.

Tampoco se restablecieron las cosas a su estado anterior, porque ECOPETROL quedó con más acciones de las que tenía; no se ordenó la restitución de los títulos de acciones de INVERCOLSA S. A. a favor de Explotaciones Cóndor y South American Gulf Oil Company a pesar de que también eran propietarias; no se ordenó la restitución a Fernando Londoño Hoyos de lo que pagó por la compra de las mismas y se le prohibió repetir, sólo contra ECOPETROL.

En conclusión, la Sentencia no cumple ninguno de los objetivos de la acción popular previstos en la ley<sup>32</sup>, toda vez que no evita el posible daño, no hace cesar la vulneración de derechos colectivos ni restituye las cosas a su estado anterior.

## **2. INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO POR PASIVA**

Si bien la demanda fue presentada solamente contra ECOPETROL y Fernando Londoño Hoyos, de conformidad con las pruebas que obran en el informativo, para establecer las pretendidas violaciones de los derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio públicos, era preciso integrar debidamente el litisconsorcio vinculando a quienes intervinieron en la actuación contractual demandada.

Toda vez que el trámite de la acción popular se rige por los principios de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia, la Ley 472 de 1998 en su artículo 6º ordena al Juez velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, de suerte que debe impulsarlo oficiosamente y producir sentencia de mérito.

En auto del 20 de junio de 2003 el Consejo admite la intervención de la sociedad Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S. A. - AFIB S. A. - como litisconsorte de la parte demandada.

---

<sup>31</sup> Se advierte que a la fecha, la jurisdicción ordinaria no ha proferido sentencia, proceso dentro del cual figuran además de los que hacen parte de esta acción popular, otras personas tanto en la parte activa como en la pasiva; por lo cual, se pueden producir decisiones contrarias e inequitativas para quienes no intervinieron en esta acción popular, todo lo cual genera caos e inseguridad jurídica sobre la prevalencia de su ejecución.

Está probado que las acciones enajenadas no eran solamente de propiedad de ECOPETROL (24.76%). También pertenecían a Explotaciones Cóndor (13.89%) y a South American Gulf Oil Company (13.89%) y sin embargo éstas últimas empresas, no fueron vinculadas al proceso. Debían intervenir para explicar su actuación en la contratación de las bolsas de valores y de los comisionistas, en la determinación de las reglas para garantizar la democratización de la propiedad accionaria, su responsabilidad por la demora en inscribir la demanda en el libro de registro de accionistas y en todo caso, para garantizarles su derecho de defensa.

Tampoco se vinculó a INVERCOLSA S. A. a pesar de que 2 de sus representantes legales, señores Vargas y Franco intervinieron en la contratación, el primero mediante la expedición de la certificación cuestionada y el segundo con la inscripción de AFIB S. A. como propietario de las acciones a pesar de la existencia de un litigio.

**La Bolsa de Valores de Bogotá** debió ser vinculada para que explicara por qué, en caso de duda sobre el único adjudicatario, no suspendió el proceso de enajenación, a pesar de tener esta obligación (Cláusula Octava del contrato de coordinación de la enajenación de las acciones de INVERCOLSA S. A.).

**La sociedad de Comisionistas Corredor y Albán S. A.** debió ser vinculada por la obligación que le impone el artículo 10 del D. R. 2324 de 1996 de responder por *“la seriedad y el cumplimiento de las ofertas de compra que se presenten ... así como por la veracidad de las declaraciones de los comitentes”*.

También, **la Defensoría del Pueblo** para que señalara las medidas adoptadas para garantizar la transparencia de la democratización accionaria, de conformidad con el mandato del artículo 7º de la Ley 226 de 1995, desarrollado en la parte considerativa del Decreto 2324 de 1996.

**Los representantes legales** de ECOPETROL y de sus filiales, de INVERCOLSA S. A. y de las demás entidades atrás relacionadas debieron vincularse, más aún cuando se alegaba la vulneración del derecho colectivo a la moralidad pública, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

---

<sup>32</sup> Ley 472 de 1998, artículo 2º.

Igualmente, **el Banco del Pacífico S. A.** por tener registrada prenda sobre las acciones enajenadas, en garantía un crédito internacional.

**Las Superintendencias de Valores y de Sociedades**, en atención a las funciones de supervisión, vigilancia y control que deben ejercer sobre este tipo de transacciones y sobre las personas que las realizan, debieron ser llamadas.

Al no decretar la intervención de estas personas y entidades, se violaron los principios de igualdad, defensa y debido proceso. No resulta coherente citar solamente a ECOPETROL y no a sus filiales quienes también eran propietarias de más de la mitad de las acciones vendidas. Por ello, en la parte resolutive se ordena en el numeral 4º que AFIB S. A. restituya solamente a ECOPETROL las acciones enajenadas y en el numeral 5º se ordena a AFIB S. A. y a Londoño Hoyos que restituyan los dividendos a ECOPETROL, desconociendo la propiedad que tenían Explotaciones Cóndor y South American Gulf Oil Company sobre las acciones vendidas.

Así mismo, se impidió a todas las personas y entidades mencionadas ejercer su legítimo derecho de defensa para justificar sus actuaciones y omisiones y para defender los recursos económicos comprometidos.

Al verificar que no estaba debidamente conformado el litisconsorcio necesario por pasiva, debió enderezarse el proceso vinculando a las personas y entidades anteriormente señaladas, para evitar la formación de vicios de nulidad.

En conclusión, en esta acción, no son todos los que están ni están todos los que son.

### **3. FERNANDO LONDOÑO HOYOS NO VIOLÓ LOS DERECHOS COLECTIVOS RELACIONADOS CON LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA NI CON EL PATRIMONIO PÚBLICO**

#### **3.1. Moralidad Administrativa**

*“La moral administrativa como principio constitucional está por encima de las diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y*

*cuidado que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él.*<sup>33</sup>

No es lógico que un particular que no ejerce ni pretende ejercer funciones públicas pueda POR SI SOLO ser responsable de la violación a la moralidad administrativa, por aceptar una oferta pública.

En efecto, para vulnerar este especial derecho difuso, se requiere la participación de una autoridad pública o de un particular que ejerza funciones públicas, quien con sus actuaciones u omisiones, sólo o acompañado de otras personas, amenace o viole los derechos e intereses colectivos.

Para que un particular que no ejerce funciones públicas vulnere el derecho colectivo a la moralidad administrativa, se requiere necesariamente el concurso de quien ejerce autoridad pública.

Era deber de las autoridades, sus delegados y mandatarios, revisar y controlar el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley y en las disposiciones sobre la privatización del capital accionario estatal.

En el expediente se ha probado que Londoño Hoyos aportó los siguientes documentos para participar en la adjudicación de las acciones: Constancia de haber sido Presidente de INVERCOLSA S. A. que él consideró como constancia de ser ex trabajador, carta de compromiso, copia de su declaración de renta y cancelación del valor total de la compra. Correspondía entonces, a quienes adjudicaron las acciones, verificar el cumplimiento de los requisitos previstos y, en caso de duda, suspender la operación.

El señor Londoño Hoyos no ocultó información porque presentó la declaración de renta, cuyo renglón "*Salarios, prestaciones y otros pagos laborales*" registraba el valor \$0. Aquí no existió ninguna maniobra engañosa por parte de Londoño Hoyos. En cambio, frente a tal situación debió surgir alguna duda para la sociedad Comisionista y para la Bolsa coordinadora, quienes no han demostrado que ejercieron la debida diligencia en la revisión de los documentos aportados o para absolver las dudas que de ellos emanaban.

---

<sup>33</sup> Sentencia AP-300 del 31 de mayo de 2002. M. P. Ligia López Díaz.

De otra parte, ha manifestado el señor Londoño Hoyos que la actividad realizada durante más de cinco años continuos como Presidente de INVERCOLSA S. A. era de carácter laboral, teniendo en cuenta el tiempo de duración, el trabajo desempeñado y su subordinación a las decisiones de la Junta Directiva. Es una postura jurídica respetable que no puede ser calificada de maniobra engañosa porque además está probado que en efecto, durante tal lapso, fue Presidente de INVERCOLSA S. A, como consta en la Sentencia en donde se afirma que en la *“Copia de la Escritura 1970 de 30 de julio de 1990, otorgada en la Notaría 19 de Bogotá”* se constituyó INVERCOLSA y *“fue designado Presidente Fernando Londoño Hoyos.”* En consecuencia, no fue elegida como Presidente la sociedad Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda. sino él mismo como persona natural.

Es más, el Consejo de Estado se ha pronunciado en Sentencia del 18 de noviembre pasado<sup>34</sup> para poner fin a la diferencia de criterios que existía en la Sección Segunda en torno a la posibilidad de considerar como contrato laboral, algunos contratos de prestación de servicios con el Estado para hacer primar la realidad sobre las formalidades, pues los derechos laborales no pueden menoscabarse por acuerdos de voluntades que disfracen la realidad laboral. Criterio que bien pudo considerar el señor Londoño Hoyos.

Comparto el análisis que hizo sobre el tema el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que la decisión del juez natural del proceso laboral que negó la calidad de trabajador a Londoño Hoyos es vinculante, pero como sólo se produjo el 28 de septiembre de 2002 *“no es de recibo sostener que la operación de venta frente a los derechos colectivos vulneró durante su trámite el ordenamiento jurídico”*<sup>35</sup>. Tal situación no estaba dirimida y por lo tanto, dada la diferencia de criterios jurídicos que encierra el tema, debió aplicarse el principio de la buena fe.

Finalmente, en relación con la alegada transparencia en la privatización de las empresas públicas y la necesidad de controles y de mecanismos que garanticen su democratización, no solamente existe la acción popular, también están consagradas acciones de constitucionalidad contra las leyes como la 226 de

---

<sup>34</sup> Sentencia IJ-0039 del 18 de noviembre de 2003, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

<sup>35</sup> Sentencia apelada 2002-2187 del 8 de abril de 2003. M. P. Juan Carlos Garzón Martínez.

1995<sup>36</sup> - sobre algunas de cuyas normas ya se han presentado demandas - y acciones de nulidad contra los Decretos nacionales como el 2324 de 1996<sup>37</sup> que pueden ser ejercidas por cualquier persona o trabajador.

### 3.2. Patrimonio Público

Está probado en el informativo que el valor cancelado por la enajenación de las acciones fue el establecido en el Decreto 2324 de 1996 de \$63.89 por acción, como precio fijo para la primera fase de venta (artículos 4º y 5.1) y como precio base para la segunda (artículos 4º y 3.2.1.). Según declaraciones de dos ex presidentes de ECOPETROL las acciones no estaban menospreciadas y se utilizó el avalúo realizado por una firma reconocida; en el informativo no se ha probado el mayor valor de las acciones y, si se trata de lucubrar como lo hace la Sentencia al creer que en la segunda fase *“se habría obtenido un precio superior a causa de las pujas y competencia entre oferentes”*, lo cierto es que el precio también habría podido ser el mismo de \$63.89 que era el precio base de la venta, en caso de no existir ofertas superiores.

Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso<sup>38</sup>; en consecuencia, no puede estimarse violación al patrimonio público con base en situaciones inciertas e hipotéticas.

De otra parte, parece incoherente que la enajenación de acciones realizada al otro Presidente de INVERCOLSA S. A., Enrique Vargas, quien realizaba las mismas funciones de Londoño Hoyos desempeñó en el mismo cargo, no genere para el juzgador detrimento patrimonial a pesar de que fueron adquiridas al mismo precio por acción.

En síntesis, toda vez que está probado el pago total y puntual a las empresas estatales del valor de la oferta pública y como no se ha demostrado el detrimento patrimonial del Estado ni estaba prohibido que un particular adquiriera estas

---

<sup>36</sup> “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”.

<sup>37</sup> “Por medio del cual se aprueba la enajenación y el programa de venta de las acciones que la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL- Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company S.A. poseen en inversiones de Gases de Colombia S.A. INVERCOLSA S.A.”

<sup>38</sup> En los términos del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil – Principio de necesidad de la prueba – en concordancia con el artículo 304 ibídem – Contenido de la Sentencia –.

acciones al precio base en la segunda fase, en mi concepto no era posible amparar este derecho colectivo.

#### **4. SE FAVORECE EL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA, DE ECOPETROL**

No solamente al ordenar la devolución a ECOPETROL del total de las acciones nominativas enajenadas y de los dividendos —desconociendo a las otras dos propietarias— sino al no ordenar la restitución de lo pagado por el comprador Londoño Hoyos, se está propiciando sin que exista justificativo alguno, el enriquecimiento de una entidad, que paradójicamente pudo actuar sin la debida diligencia.

Si bien es cierto que en el proceso de “*democratización*”, ECOPETROL una vez se enteró de la adjudicación de más del 20% de la propiedad accionaria a un sólo postor, realizó muchas actuaciones encaminadas a anular la enajenación, también al parecer, incurrió en omisiones y fallas en el control. Por ejemplo:

- 1) La demora de casi dos años en inscribir en el libro de registro de accionistas la demanda presentada el 28 de octubre de 1997. El 10 de diciembre de 1997 el Juez Civil ordenó su inscripción en el mencionado libro, pero ello ocurrió hasta el 21 de septiembre de 1999;
- 2) La falta de un mecanismo de control directo para el día en que se leyeron las intenciones de compra;
- 3) La falta de reclamos y demanda contra la Bolsa de Bogotá que era la entidad coordinadora y que fue contratada por ella misma, por lo cual, debía responder;
- 4) Haber recibido y apropiarse del precio de la enajenación de sus acciones nominativas, si tenía alguna objeción;
- 5) Ausencia de controles efectivos en los reglamentos de venta, que garanticen la democratización de la venta. Tan cierto es esto que una sola persona pudo adquirir más del 20% del capital de INVERCOLSA S. A.

Si el objetivo de la acción popular era volver las cosas a su estado anterior, el Consejo de Estado debió ordenarlo equitativamente para todas las partes y no solamente para algunas, menos aún modificando el estado anterior, al desconocer a las otras sociedades propietarias. Considero que si esta era la finalidad, debió ordenar las restituciones mutuas, teniendo para el efecto un índice que permitiera mantener el respectivo valor.

¿Bajo qué título se priva a quien adquirió las acciones que ahora se le ordena devolver despojándolo del derecho de repetición y del consiguiente acceso a la administración de justicia, sin que medie el menor sentido de equidad y de la aplicación del principio de la buena fe?

## **5. SE DESCONOCEN LOS DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE**

La sentencia expresa que no se ha probado que *“AFIB S. A. hubiera realizado diligencia alguna tendiente a establecer cuál era el estado real de las acciones que adquiriría”*.

Es la exigencia de una prueba innecesaria porque en el informativo aparece copia del libro de registro de accionistas (folios 147 y siguientes) en el cual se indica cronológicamente que:

- 8 de mayo de 1997. Se inscribe la enajenación de acciones a favor de Londoño Hoyos y las prendas de primer y de segundo grado.
- 3 de abril de 1998. Revalorización patrimonial
- 26 de mayo de 1998. Pignoración abierta y en primer grado a favor del Banco del Pacífico S. A. Panamá.
- 27 de mayo de 1998. Cesión de prenda de segundo grado y de la pignoración abierta y en primer grado, del Banco del Pacífico de Panamá a favor de AFIB. S. A.
- 17 de junio y 16 de julio de 1999. Levantamiento de la prenda de primer grado a favor de ECOPETROL y sus filiales.

- 21 de septiembre de 1999. Inscripción de la demanda iniciada por ECOPETROL y otros contra Fernando Londoño Hoyos y otros. Juez 28 Civil del Circuito.

(04/03/09, Sala Plena, IJ-1204, Ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, Actor: JAVIER ARMANDO RINCON Y OTRO)

- 16 de diciembre de 1999. Traspaso de acciones a AFIB S.A.

En el libro de registro de acciones aparecen de manera cronológica las transacciones, garantías, embargos y demandas relacionadas con las acciones (artículo 195 del C. de Comercio). La inscripción permite su oponibilidad a terceros y perfecciona el negocio jurídico en el caso de la prenda, por ser una solemnidad *ad substantiam actus*.

La sentencia pasó por alto las inscripciones realizadas ANTES de la transferencia de acciones a AFIB S. A., es decir, antes del 16 de diciembre de 1999 y por ello, se limita a reiterar que a esa fecha ya estaba inscrita la demanda y estando en litigio, no podían transferirse sin autorización de la Junta Directiva y del Juez y por lo tanto, AFIB S. A. carecería de buena fe.

Considero que se trata de un análisis parcial porque lo cierto es que antes del 21 de septiembre de 1999, fecha en la cual se inscribió la demanda, aparecen varios registros, entre ellos, los relacionados con la constitución de prendas y pignoraciones a favor del Banco del Pacífico S. A. y de AFIB S. A., lo cual evidencia que al no estar inscrita en el libro de accionistas la demanda de ECOPETROL y otros contra Fernando Londoño, INVERCOLSA S. A. y la sociedad Comisionista Corredor y Albán S. A., los acreedores prendarios no tenían por qué conocer de la existencia del litigio y en el expediente no obra prueba alguna que así lo demuestre.

Tampoco comparto la consideración que trae la Sentencia según la cual *“como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico) le es oponible el conocimiento que necesariamente tuvo éste sobre la negociación proyectada y su falta de diligencia al momento de examinar los documentos, singularmente la declaración de renta de Fernando Londoño Hoyos, donde manifestaba no haber recibido salarios, lo mismo que el certificado que facilitó a éste el Presidente de INVERCOLSA S. A., documentos de los cuales se seguía que no estaba*

*acreditada la calidad con que pretendía hacerse a las acciones*”, porque esa diligencia estaba asignada a La Sociedad Comisionista, a la Bolsa de Valores y a ECOPETROL y a sus filiales, no a los terceros que constituyeran alguna prenda y menos aún la consideración de que cualquier persona tendría derecho a examinar la declaración de renta, documento que conforme al Estatuto Tributario está amparado de reserva. El fallo desconoce los artículos 659, 835 y 837 del Código de Comercio en relación con los derechos del acreedor prendario, el principio de la buena fe y su prueba.

En estas condiciones, debió darse aplicación al inciso segundo del artículo 15 de la Ley 226 de 1995<sup>39</sup> el cual establece que *“en todo caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentren en poder de terceros de buena fe”* y señala que en este evento sólo proceden las reparaciones pecuniarias.

El inciso primero del citado artículo 15 luego del pronunciamiento sobre su constitucionalidad establece que *“la nulidad absoluta de los contratos de compraventa de acciones de entidades estatales podrá ser alegada por las partes contratantes o por el Ministerio Público”*. A juicio de la Corte Constitucional, la aplicación de esta norma queda condicionada en el entendido de que *“la nulidad absoluta de los contratos previstos en la norma que se declara exequible también podrá ser alegada por quien tenga un interés legítimo, que hubiere participado en el proceso de enajenación, o hubiere sufrido lesión o perjuicio dentro del mismo por violación de la normatividad aplicable”*, presupuestos que no se han demostrado en el presente proceso por quienes interpusieron la acción popular.

Lo anterior, confirma la tesis de que para el caso concreto, la acción popular no era la vía para obtener la nulidad absoluta del contrato de enajenación ni la restitución de las acciones.

## **6. IMPROCEDENCIA DEL INCENTIVO**

---

<sup>39</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-343 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández, declaró “exequible el 15 de la Ley 226 de 1995, con excepción de las expresiones “solo”, de la primera parte de su primer inciso, “solo” y “cuando el órgano público vendedor así lo solicite” de la primera parte de su segundo inciso y “por ser de carácter procedimental” de su inciso tercero, las cuales se declaran inexecutable.

Al no estar probado que Londoño Hoyos vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, no procedía el reconocimiento del incentivo.

De otra parte, en el hipotético caso de haberse demostrado la violación de los derechos colectivos alegados, el incentivo debía ser compartido entre quienes intervinieron en la transacción, vulnerándolos; caso en el cual, debía tenerse en cuenta el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 que establece la responsabilidad solidaria de los representantes legales y determina un incentivo distinto del que señaló la Sentencia.

**LIGIA LOPEZ DIAZ**

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

**Consejero: ALBERTO ARANGO MANTILLA**

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01204-01  
Actor: JAVIER ARMANDO RINCON Y OTRO  
Demandado: ECOPETROL y FERNANDO LONDOÑO HOYOS

Con el respeto que me merece la decisión mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, mediante sentencia del 9 de diciembre de 2003, desató el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción popular instaurada contra ECOPETROL y Fernando Londoño Hoyos, me permito señalar a continuación las razones de mi disentimiento respecto de aquella decisión y que son las que fundamentan mi salvamento parcial de voto.

La ponencia que presenté a consideración de la Sala Plena para resolver la acción popular instaurada contra ECOPETROL y Fernando Londoño Hoyos por presuntas vulneración o violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, que fué ampliamente debatida y que se me derrotó el 2 de

diciembre de 2003 proponía decidir así: defender el derecho colectivo a la moralidad administrativa; declarar ineficaz, por nulidad absoluta, el proceso de enajenación de las acciones de propiedad de ECOPETROL y sus filiales en Invercolsa; por razón de la ineficacia, ordenar la restitución de tales acciones a ECOPETROL y sus filiales; encontraba ausencia de buena fe cualificada en la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. - AFIB- y ordenaba la restitución de las acciones a ECOPETROL y sus filiales, adquiridas por Fernando Londoño Hoyos después de concluido un proceso irregular de enajenación de tales acciones; ordenaba, igualmente, también por la ineficacia del negocio, a ECOPETROL y sus filiales, la restitución de los dineros recibidos por la compra de las acciones, a sus compradores y condenaba, además al pago del incentivo tanto a ECOPETROL como a Fernando Londoño Hoyos por encontrarlos responsables de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

La ponencia que me permití presentar a consideración de la Sala Plena para decidir este caso hacía un análisis completo de antecedentes: contestación de la demanda, derechos colectivos invocados, la sentencia apelada, las apelaciones, los alegatos de segunda instancia, el concepto del Ministerio Público, para pasar luego en las consideraciones, con abundante mención de reiteradas jurisprudencias, al análisis de la legitimación pasiva en la causa que a mi juicio se daba en este caso y que la Sala Plena admitió; del alcance de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público; del carácter principal de la acción popular; de la legitimación en acción popular frente a la existencia de contratos y en particular frente a la existencia de contratos estatales; del artículo 60 de la Constitución Política; de los antecedentes de la ley 226 de 1995; del decreto 2324 de 1996; de la democratización de la propiedad desde la perspectiva de la Corte Constitucional, para deducir finalmente el marco del examen del caso frente a la Constitución, la ley y la jurisprudencia con examen del caso concreto y concluir como más adelante lo expreso.

La Sala Plena me propuso las siguientes modificaciones a la decisión que yo recomendé y que defendí con razones que consideraba y consideré suficientemente válidas: proteger el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público además del derecho colectivo a la moralidad administrativa; liberar de responsabilidad a ECOPETROL; condenar al pago del incentivo única y exclusivamente a Fernando Londoño Hoyos; condenar a Fernando Londoño Hoyos y a la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. a restituir a

ECOPETROL los dividendos percibidos de Invercolsa mientras estuvieron en su poder las acciones y declarar que Fernando Londoño Hoyos no podría repetir contra ECOPETROL la cantidad que pagó como precio de las acciones, por razón de la dispuesto en el artículo 1525 de Código Civil.

No acepté los puntos que me propuso la Sala Plena para modificar la ponencia que había presentado y por ello, sometida a votación, fue derrotada. Pasó por ello el expediente al Consejero doctor Camilo Arciniegas Andrade quien preparó la ponencia que finalmente fue aprobada y dió origen al fallo de 9 de diciembre de 2003. Las razones de mi disentimiento son precisamente aquellas por las cuales no acepté las modificaciones que me propuso introducir a la ponencia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que me llevaron a insistir en que se votara tal como yo la recomendaba a mis colegas. Esas razones son las siguientes y las expongo brevemente como fundamento de mi salvamento parcial de voto.

#### **Primero. Derecho colectivo a la moralidad administrativa.**

En cuanto a la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa y su defensa proponía lo siguiente:

“Dado el proceso de enajenación de la propiedad accionaria estatal, con lo cual se reduciría la intervención directa del Estado en el ejercicio de funciones públicas, era necesario hacer viable la participación del sector trabajador en aquel proceso, entregándole mecanismos especiales y preferentes que lo hicieran realidad con lo cual, además, se lograría mejorar la calidad de vida de los colombianos, se cumplirían de fines propios del Estado Social de Derecho y se evitaría la concentración del capital enajenado, como bien lo afirma el mismo doctor Londoño Hoyos en su escrito de intervención ante la Superintendencia de Sociedades (fl. 52 C. 4 Pruebas respuesta oficio No. 4855).

Se concluye entonces, que la exigencia relacionada con la condición de pertenencia al sector especial (art. 3º -inciso 2- de la Ley 226/95), no era solo un requisito formal y adicional, sino indispensable, necesario e irremplazable, es decir, ad substantiam actus, para que la enajenación de la propiedad accionaria adquiriera validez no solo entre los contratantes sino también ante terceros y la comunidad en general. Con él no quedaban satisfechos únicamente el

cumplimiento de las reglas propias del proceso de enajenación sino también, y fundamentalmente, los principios que inspiraron la promulgación de las normas que regularon el proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado. En particular, el de las acciones de ECOPETROL y sus filiales en INVERCOLSA S.A. La enajenación de la propiedad del Estado, rebasa la órbita del interés particular e involucra, por supuesto y de qué manera los intereses públicos y el beneficio general.

No encuentra la Sala cumplida, después del análisis de los hechos, una de las condiciones previstas en las normas que reglaban y reglan el proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado en el caso, precisamente, de la enajenación de las acciones de ECOPETROL y sus filiales en Invercolsa S.A.. No estaba debidamente acreditada la pertenencia del señor Fernando Londoño Hoyos al sector especial como extrabajador. No lo advirtieron así ni la Bolsa de Bogotá (como delegataria), ni ECOPETROL (como delegante), dentro de tal proceso de enajenación de acciones. Por ello es forzoso concluir que no solo se desconocieron los principios que dieron lugar a la expedición de las disposiciones legales pertinentes, sino éstas mismas disposiciones. Sin duda está la Sala ante la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en los términos en que ella ha sido concebida en distintos pronunciamientos de esta corporación, mencionados en la parte inicial de las consideraciones de esta providencia.

Si la administración y/o los particulares han desconocido requisitos sustanciales para la negociación de las acciones estatales, se diría, en principio, que su control correspondería al juez ordinario; pero si esta misma conducta viola principios constitucionales que tienen que ver con los derechos colectivos, su conocimiento corresponde al juez popular.

En consonancia con los principios de interés general, legalidad, democracia participativa, función administrativa, equidad, preferencia, entre otros, al proceso de enajenación de la propiedad accionaria estatal, debe llamarse,, en primer lugar, al sector especial (art. 3º -inciso 2- de la Ley 226/95) y necesariamente, quienes en esta etapa accedan a ella, deben pertenecer a tal sector.

En consecuencia,, si no se da la mencionada condición o no se llama a ese sector especial y, se entrega la propiedad pública a quienes carecen de derecho

preferencial, se violan los principios constitucionales cuya defensa quiso asegurar el legislador y así se atenta contra la moralidad administrativa.

Y la moralidad administrativa como derecho colectivo, no exige como requisito para su vulneración la buena o mala intención de quienes participan en el actuar estatal. La acción popular no tiene como fin sancionar o poner en entredicho la conducta personal, sino examinar en forma integral si el comportamiento desplegado por quienes participaron en decisiones relacionadas con los intereses generales, realmente protegieron valores supremos de los asociados o atentaron contra estos.

Por ello, en nada afecta a esta sentencia que la justicia penal haya definido que Fernando Londoño Hoyos no incurrió en el presunto delito de falsedad personal; como tampoco que los exdirectivos de ECOPETROL hayan sido objeto de resolución inhibitoria por presuntos delitos contra la administración pública. Reitera esta Sala que la existencia de otras acciones como la penal, la disciplinaria o la fiscal, no enervan la procedencia y prosperidad de la acción popular, pues lo que está en discusión es un derecho colectivo cuya naturaleza no se confunde con la responsabilidad personal, Lo cual no impide, por supuesto, que de ella puedan derivarse responsabilidades personales.

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Sala que existió vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa por cuanto la enajenación de las acciones se autorizó, como aparece de los hechos probados, a favor de quien no tenía derecho a ellas por no pertenecer al sector especial. Este desconocimiento de la ley que se da por los hechos que configuran el caso en estudio vulneró, al mismo tiempo y directamente principios constitucionales”....”.

### **Segundo. Derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.**

Debo manifestar que, a mi juicio, no existe en el expediente prueba alguna para proceder a su defensa con la decisión correspondiente. No encontraba ni encuentro prueba alguna que me llevara a concluir que por la actividad de Fernando Londoño Hoyos y de ECOPETROL en el proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, se hubiera causado deterioro al patrimonio público como para haber aceptado la propuesta de la Sala Plena de modificación de mi ponencia y haber determinado su protección en la sentencia. No entiendo

que pueda existir defensa del patrimonio público como derecho colectivo en acción popular, si ese patrimonio no se amenaza o realmente se deteriora.

No encontré prueba alguna en el voluminoso expediente de la acción popular que se decidió, que me llevara a la conclusión de deterioro o afectación del patrimonio público. En efecto, las acciones de ECOPETROL y sus filiales en Invercolsa fueron debidamente evaluadas por una firma de reconocida trayectoria, mediante procedimiento público que podría haber sido controvertido por cualquier persona y mucho más por ECOPETROL y sus filiales y por la propia Invercolsa. No existe tampoco prueba alguna, ni existía, sobre propuesta diferente para la compra de las acciones de ECOPETROL y sus filiales en Invercolsa, como para concluir que el patrimonio público sufría o sufrió deterioro por la adquisición por Fernando Londoño Hoyos, de tales acciones. No existe prueba alguna que permita afirmar que existió oferta alguna diferente con la cual pudiera deducirse perjuicio, deterioro, detrimento o afectación del patrimonio público por el hecho de no haber sido posible aceptarla precisamente por la actividad del doctor Londoño Hoyos. Por el contrario existe la prueba del avalúo de tales acciones y la del pago de su precio, rigurosamente, según tal avalúo, por parte de Fernando Londoño Hoyos. Imposible era y es entonces, en mi opinión, por no existir punto para comparar el pago de Fernando Londoño con otro que hubiera podido darse por otra propuesta, deducir vulneración del patrimonio público para defenderlo y ordenar las medidas necesarias que hubiere requerido su defensa. Se pagó el precio de las acciones y se entregaron las acciones.

### **Tercero. Dividendos.**

Manifiesto que por lo expuesto en los párrafos que anteceden, me opuse igualmente a condenar a Fernando Londoño Hoyos y a la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. a restituir los dividendos que de Invercolsa hubieren recibido mientras tuvieron las acciones en su poder. A mi juicio, además, este era y es punto específico y concreto de decisión por la justicia ordinaria civil y no por el Consejo de Estado como juez constitucional en acción popular. Adicionalmente, nada se encontraba ni se encuentra en el expediente respecto de cifras sobre las cuales pudiera decidirse hablarse como consecuencia o efecto de la enajenación de las acciones desde el punto de vista económico, de interés efectivo para las partes comprometidas, cabalmente probado.

#### **Cuarto. Responsabilidad de ECOPETROL.**

No encontré posible eximir a ECOPETROL de todo tipo de responsabilidad en el proceso de enajenación de las acciones y sus filiales en Invercolsa. Ni me parecía ni me parece posible concluir que por la actividad que desplegó ECOPETROL después de concluido el proceso de enajenación de las acciones, puede afirmarse que no tiene responsabilidades en el caso. A mi juicio, la actividad ha debido desplegarla antes y en el momento de la culminación del proceso de enajenación de las acciones. Tal vez con una actividad cabalmente desplegada por ECOPETROL antes y en el momento de culminación del proceso de enajenación de las acciones, se hubiere evitado este proceso con las consecuencias que hoy se derivan para todos. Además, no veo posible ni lo ví en el análisis de este caso y en el curso de los debates en Sala Plena, encontrar vulnerado o violado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, sin participación o responsabilidad de la entidad pública. El señor Fernando Londoño Hoyos participó en el proceso como particular y no creo posible que un particular sea potencialmente capaz de violar la moralidad administrativa sin participación del ente público. Por estas consideraciones propuse en mi ponencia, la que fue derrotada el 2 de diciembre de 2003, condenar a ECOPETROL y a Fernando Londoño Hoyos por iguales partes, al pago del incentivo de que trata la ley 472 de 1998 como responsables de conductas que vulneraron el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Quinto. Restitución de acciones y devolución de las sumas que por ellas se pagaron.

Propuse a la Sala y con ello compartí la decisión del 9 de diciembre de 2003 que con ponencia del doctor Arciniegas se adoptó, declarar la nulidad absoluta del proceso de enajenación de las acciones de ECOPETROL y sus filiales en Invercolsa y en consecuencia, su ineficacia. Pero precisamente para ordenar que las cosas volvieran a su estado anterior que es la elemental consecuencia de la ineficacia del proceso de enajenación, de acuerdo con la ley: restitución de acciones, restitución de dineros, de acuerdo con la prueba que existe en el expediente sobre su pago exacto y cumplimiento por parte de ECOPETROL y sus filiales de nuevo proceso para la enajenación de la propiedad accionaria del Estado.

Recomendé y así se ordenaba en mi propuesta, la restitución de las acciones de ECOPETROL y sus filiales en Invercolsa a estas, por parte de la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A., tenedora de las mismas en razón del contrato de transacción y la entrega de las mismas a título de dación en pago por Fernando Londoño Hoyos. Pero proponía que se ordenara también y creo que así ha debido decidirse, la restitución por parte de ECOPETROL y sus filiales de los dineros que recibieron en pago de las acciones cuyo proceso de enajenación resultó ineficaz, precisamente como consecuencia de tal ineficacia. No encontré posible que el Consejo de Estado dispusiera, como finalmente dispuso, que Fernando Londoño Hoyos no podría repetir contra ECOPETROL la cantidad que pagó como precio de las acciones o que no podría recibir la restitución de tal precio. A mi juicio no existía ni existe prueba alguna dentro del expediente del “a sabiendas” que según el artículo 1525 del Código Civil se requiere para que proceda una sanción como la de pérdida de lo pagado en un contrato por causa u objeto ilícito.

En efecto, dispone a la letra el artículo 1525 del Código Civil: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

La expresión a sabiendas, en mi opinión y como por todos puede entenderse, se refiere a dolo, mala intención o mala fe y se requiere por lo mismo sobre ella prueba completa, muy exigente y además muy severo y riguroso análisis por parte del juez. A falta de esa prueba en el expediente, tuvo el suscrito en cuenta y ha debido tenerse en cuenta, a mi juicio, el pronunciamiento de la justicia penal en este caso sobre la conducta de Fernando Londoño Hoyos.

Como no existía ni existe en el expediente aquella prueba, me abstuve de recomendar a la Sala esa sanción y de aceptar las modificaciones de mi ponencia en tal sentido. Por ello también me opuse en este aspecto a la decisión que finalmente tomó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Son estas, pues, las razones de mi disentimiento parcial con la sentencia del 9 de diciembre de 2003. Se refieren ellas fundamentalmente a aspectos probatorios que me llevaron al convencimiento pleno, que es el que hoy tengo, de falta de prueba para considerar deteriorado el patrimonio público, así como de falta absoluta de prueba también de mala fe, dolo o mala intención que permitiera imponer al señor Fernando Londoño Hoyos la sanción prevista en el artículo 1525

del Código Civil y de prueba que me llevara a pensar en la posibilidad siquiera de eximir por completo de responsabilidad a ECOPEPETROL en este caso como sí lo hiciera la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Dejo en esta forma expuestas las razones que fundamentaron mi negativa a aceptar recomendaciones de la Sala Plena para modificar la ponencia que se me derrotó y que hoy constituyen el fundamento de mi oposición parcial a la sentencia que con ponencia del doctor Camilo Arciniegas Andrade dictó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de diciembre de 2003.

Con todo respeto

**ALBERTO ARANGO MANTILLA**

Fecha ut supra.

#### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

**Consejero: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR**

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01204-01

**Actor:** JAVIER ARMANDO RINCON Y OTRO

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Respetuosamente me permito expresar, de manera muy breve, los puntos de desacuerdo con la sentencia referenciada, que me llevaron a salvar parcialmente mi voto.

Sea lo primero advertir que comparto plenamente la decisión en cuanto amparó el derecho colectivo al patrimonio público, dadas las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar a la adquisición de las acciones de Invercolsa S.A., por parte del doctor Fernando Londoño Hoyos en su pretendida calidad de trabajador de dicha empresa.

Ahora bien, considero que no resultó violado el derecho a la moralidad administrativa por cuanto, según la misma sentencia, ninguna entidad de la administración resultó comprometida, de ahí que contra ninguna de aquellas que

fueron referidas en el proceso, surgiese vinculación sancionatoria de ninguna naturaleza.

Realmente me resulta de difícil entendimiento que un particular aisladamente, por sí solo, de manera independiente, tenga capacidad para vulnerar la moralidad administrativa, si no tiene colaboración por parte de la administración. Es cierto que bien podría ese particular, de manera independiente, afectar intereses de la Administración, pero en tal evento, su conducta ha de apreciarse de manera individual, a título personal, por cuanto la Administración apenas juega un papel pasivo, casi que de simple víctima de la violación de sus intereses por parte del ciudadano que atenta contra aquellos.

Distinta es la situación cuando a la conducta censurable del particular, se agrega un cuestionable comportamiento administrativo. En tal ocurrencia, sin duda, se atendería contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa y, por consiguiente, habría lugar, por ejemplo, a que el representante legal del ente administrativo comprometido respondiera patrimonial y solidariamente con el contratista, como lo predica el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

Es evidente que en el fallo referido, si bien se declaró la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, consecuentemente ha debido disponerse sobre la responsabilidad patrimonial del representante legal del organismo o de la entidad pública que supuestamente pudo incurrir en la vulneración del aludido derecho a la moralidad administrativa.

De otra parte, considero que al ordenar a la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A., la devolución de los títulos de acciones de Invercolsa S.A. de los cuales es poseedora, así como la restitución de dividendos percibidos, se desconoció frente a esa firma el debido proceso, en cuanto no se le garantizó a cabalidad su derecho de defensa en este proceso.

Por último, no me parece de la mejor conveniencia suplir o reemplazar la acción civil ordinaria que ya se encontraba en trámite, con medida cautelar de inscripción de la demanda así ésta hubiese sido demorada en casi veinte meses, por una acción popular cuyos beneficios no pueden ignorarse, pero cuyos eventuales perjuicios tampoco pueden desconocerse.

Respetuosamente,

**GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR**

Fecha ut supra.

### **ACLARACION DE VOTO**

**Consejero: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

Sentencia proferida el 9 de diciembre de 2003  
Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade  
Radicación 25000-23-26-000-2002-01204-01  
Actor: Javier Armando Rincón y otro

No obstante que compartí la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de la Corporación, encuentro necesario realizar las siguientes observaciones:

1- Están efectivamente probados los presupuestos de violación del patrimonio público, pero no los que determinan la violación de la moralidad pública. En el caso concreto se analizó una operación financiera de adquisición de acciones, regulada por la constitución y la ley, que no convierte al adquirente en un colaborador de la administración. En estas condiciones mal podía afirmarse que el particular adquirente violó la moralidad pública, si se tiene en cuenta que esta corresponde a la moralidad de la administración.

Sólo cuando el particular concurre con la entidad pública podría hablarse de violación de moralidad pública, lo que no sucedió en el evento estudiado.

Ello es así, además, porque a diferencia de los contratos estatales regulados por la ley 80 de 1993, en relación con los cuales la propia ley estima que el particular es un colaborador de la administración, en la medida en que dichos contratos se orientan a la realización de actividades o servicios de interés general, la propia ley 226 de 1995, que desarrolla el artículo 60 de la Constitución y regula los procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal, expresa en su artículo 2° que la ley 80 de 1993, no es aplicable a estos procesos.

2. La jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para conocer del presente asunto porque la violación de los derechos colectivos invocados se imputó a una entidad pública y a un particular. Esto era suficiente para deducir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 472 de 1998, si se tiene en cuenta que en la demanda se afirmó que la vulneración de la moralidad pública y del patrimonio público se produjo con la actuación de ECOPETROL y de Fernando Londoño Hoyos, mediante la celebración de un contrato, sometido a régimen especial.

3. En consideración a que la ley 226 de 1995 que reguló lo relativo a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, dispuso que la nulidad absoluta de los mismos podría alegarse por las partes del contrato o por el Ministerio Público (artículo 15), la providencia debió explicar que de la interpretación de estas disposiciones en concordancia con las previstas en el Código de Comercio y en la ley 472 de 1998, se concluye que cualquier ciudadano, por la vía de la acción popular, puede solicitar la nulidad absoluta de estos contratos.

4. Teniendo en cuenta que el artículo 14 de la ley 226 de 1995, sanciona con ineficacia los contratos de enajenación de acciones cuando se celebran en contravención de las disposiciones, resultaba necesario precisar que una de las formas de ineficacia era la nulidad absoluta por objeto ilícito, precedente, en el presente caso, por la violación de las disposiciones que regularon el proceso de democratización de la propiedad accionaria de ECOPETROL (artículo 3 de la ley 226 y numerales 3.1 y 5.1 del artículo 3 del Decreto 2324 de 1996).

5. En forma acertada, se aplica lo dispuesto en el artículo 1525 y se determina que el señor Londoño Hoyos no puede repetir lo pagado; sin embargo faltó una argumentación fundada en el análisis detallado y completo de la prueba obrante en el proceso, para deducir que Londoño Hoyos obró “**a sabiendas**”. Debió explicarse que un profesional con el conocimiento y la experiencia que él detenta, debía conocer su condición frente a Invercolsa, los requisitos exigidos para la adquisición de las acciones y los efectos de realizar un negocio jurídico en contravención de las disposiciones que lo regulan.

6. Al analizar la situación de la sociedad Arrendadora Financiera Bolivariana S. A., AFIB, quien realizó una transacción y una dación en pago con Fernando Londoño Hoyos, se afirma:

“la dación en pago recayó sobre un objeto ilícito ya que la enajenación se efectuó sobre acciones que no podían ser transferidas, a menos que hubiese autorización del Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 408 del Código de Comercio.”

Al respecto considero que la dación en pago es un negocio jurídico que en el presente caso está afectado por objeto ilícito, porque se realizó en contravención de las normas legales, que regulan la enajenación de acciones en litigio (artículo 408 C. Co); lo cual difiere de afirmar que “*recayó sobre objeto ilícito*”, porque se está haciendo referencia al efecto jurídico de realizar un negocio jurídico con violación de normas legales y no a la naturaleza del objeto de la obligación que surge del mismo, máxime si se tiene en cuenta que mas adelante se afirma: “*Esta situación de ilegalidad en la enajenación de las acciones.....*”

Para concluir que AFIB SA obró de mala fé, debió resaltarse no sólo la circunstancia de que hubiese adquirido las acciones a pesar de que estaba inscrita la medida cautelar en el registro de accionistas de Invercolsa, sino también que realizó la dación en pago con violación de las normas que rigen la adquisición de acciones en litigio.

7. Respecto de la situación de ECOPETROL, se dijo que “*mal podría imponérsele condena alguna.*”; cuando debió afirmarse, con fundamento en los argumentos expuestos en la providencia, que la violación de los derechos colectivos se produjo por conductas que no le eran imputables.

8. Se hecha de menos un estudio completo de la situación de la firma comisionista de bolsa que intervino en la negociación de las acciones y aceptó la oferta pública formulada por Londoño Hoyos, para lo cual hubiera sido importante su vinculación al proceso.

En los anteriores términos aclaro el voto a la sentencia que precede.

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**  
Consejero de Estado

## ACLARACION DE VOTO

**Consejera: MARIA INES ORTIZ BARBOSA**

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01204-01(AP)  
Actor: JAVIER ARMANDO RINCON y OTRO  
Demandado: FERNANDO LONDOÑO HOYOS Y OTROS  
Consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade

Con el acostumbrado respeto consigno a continuación la aclaración de voto anunciada en el proceso de la referencia, en relación con dos puntos específicos como son de un lado, la aplicación del derecho colectivo a la moralidad pública y de otro, el relacionado con la certificación expedida el 9 de abril de 1997 por el presidente de INVERCOLSA.

En primer lugar por acoger en su integridad lo considerado por la Sala en relación con la competencia de esta Corporación para adoptar decisión respecto del amparo impetrado contra el doctor Fernando Londoño Hoyos, debo anotar que comparto lo dicho por este Consejo en cuanto que *“... mientras no exista norma expresa que defina el contenido jurídico de los conceptos de moralidad y de defensa del patrimonio público, en cada caso, corresponderá determinarlo al juez, quien debe efectuar un estudio de validez constitucional y legal de la opción políticamente escogida, por lo que podría decirse que el juez asume un control de límites normativos que condicionan al derecho la decisión discrecional...”* concepto que en mi opinión no excluye a los particulares cuando con sus conductas frente a la administración pretenden lograr una decisión favorable que afecta el interés general y que ésta haya sido tomada porque se indujo a error o porque se emplearon medios ilegales o maniobras fraudulentas, lo cual hace que se incurra en violación de la moralidad administrativa.

En efecto, la violación de la moralidad administrativa, no necesariamente se predica con exclusividad del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas, pues a pesar de que el artículo 209 de la Constitución Nacional establece como principio el de la moralidad administrativa, cuando se trata de acciones populares no se hace referencia a un principio sino a un derecho o interés colectivo, el cual implica que, según el análisis en cada caso concreto, el particular pueda ser agente de amenaza o violación de aquél y el amparo decretado por el juez contribuye a fortalecer las instituciones democráticas, evita distinciones no justificadas en la aplicación de la ley y en general combate el

deterioro creciente de la moral social, amén de generar conciencia en la sociedad sobre la necesidad de fortalecer su participación en la prevención y lucha contra las conductas que puedan afectar los intereses de la Nación.

En segundo lugar estimo que la orden contenida en el numeral 7º del fallo corresponde al ejercicio de funciones propias de la Fiscalía General de la Nación por lo cual es claro que se ajusta al ordenamiento jurídico, no obstante que al leer desprevenidamente la constancia expedida por el presidente de INVERCOLSA, Enrique Vargas Ramírez (fl. 31 de la sentencia), en mi opinión es claro que no certificó vinculación laboral del doctor Fernando Londoño Hoyos con la sociedad, entre otras cosas porque ella no se produce en ningún caso por escritura pública y del texto de tal documento no puede deducirse tal consecuencia.

Atentamente,

**MARIA INES ORTIZ BARBOSA**

Fecha Ut Supra

#### **ACLARACION DE VOTO**

**Consejera: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON**

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil cuatro (2004)

Radicación número 25000-23-26-000-2002-01204-01(AP)

Actor: JAVIER ARMANDO RINCON y OTRO

Tal como lo anuncié dentro del fallo proferido el nueve (9) de Diciembre de dos mil tres (2003), con el debido respeto por la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, me permito expresar las razones que me llevaron a considerar que la providencia en cuestión debe ser aclarada.

En el numeral primero de su parte resolutive el fallo proferido dentro de la Acción Popular aludida amparó los Derechos Colectivos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público, procediendo en los numerales subsiguientes a declarar la nulidad e ineficacia de la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA S.A., con las consecuencias que allí mismo se pueden leer.

Brota de lo anterior que la conclusión mayoritaria de la Sala fue la vulneración de esos derechos colectivos por la acción directa del Dr. Fernando Londoño Hoyos, quien prevalido de una calidad simulada, obtuvo el tratamiento preferencial que el ordenamiento jurídico brinda al sector solidario para la adquisición de un paquete accionario perteneciente a empresas del Estado, en otras palabras fungió como trabajador de INVERCOLSA S.A., sin serlo. Respecto de ECOPETROL advirtió el Consejo de Estado que su conducta estuvo ajustada a Derecho, se ciñó a los lineamientos previstos para ese tipo de operaciones financieras y si las acciones fueron a parar a manos de una persona que no revestía las calidades exigidas para gozar del trato preferencial previsto en la Ley, obedeció a que fue asaltado en su buena fe.

Esta síntesis de lo acontecido en torno al caso de marras tiene por fin mostrar que la decisión estuvo atinada casi en su totalidad y por eso la acogí, salvo en aquella parte que amparó el Derecho Colectivo de la Moralidad Administrativa, pues habiéndose demostrado que la administración, en nuestro caso ECOPETROL, obró de acuerdo a Derecho, y que el detrimento económico por ella sufrido sobrevino como consecuencia directa de la conducta desplegada por el Dr. Fernando Londoño Hoyos para hacerse al paquete accionario de INVERCOLSA S.A., era claro que la Función Administrativa desplegada por ECOPETROL no podía ser objeto de reproche, como efectivamente lo declaró el fallo en comento.

No obstante lo anterior, es necesario aclarar los siguientes interrogantes, en su orden, sobre: ¿Qué se entiende por moralidad administrativa? y ¿Quién puede ser sujeto pasivo de la acción popular por vulneración del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa?. Merced a estos cuestionamientos necesarias son las siguientes disquisiciones.

Siendo la moralidad administrativa un concepto edificado sobre dos expresiones, el contenido de cada una de ellas permite tener una idea más clara de ese derecho colectivo. Según el Diccionario de la Lengua Española por moralidad hemos de entender “conformidad de una acción o doctrina con los preceptos de la sana moral. 2. Cualidad de las acciones humanas que las hace buenas”. Siendo la moralidad una extensión lógica de la moral, acudiendo a la misma obra tenemos que la moral “... no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. *Aunque el pago no era exigible, tenía obligación MORAL de hacerlo*”

señalando a renglón seguido ser la “Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia”.

Por administración pública el Diccionario de la Lengua Española enseña: “Acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado”.

Ahora, una visión condensadora de las acepciones de moral y administración nos permite aproximarnos a un concepto de moralidad administrativa, por el cual hemos de entender el manejo o conducción de los intereses públicos bajo los dictados del buen obrar, orientado por una sana moral, interpretada no al estilo civilista, vale decir, como algo que se hace porque se quiere, al libre albedrío, sino porque se debe, imponiendo un manejo ético de los intereses de todos por parte de quienes tienen la misión de dirigir los destinos de la administración pública, manejo ético que compete desplegar a los servidores públicos teniendo como norte los principios orientadores del orden constitucional, entre ellos la prevalencia del interés general (C.N. Art. 1), al igual que el respeto al ordenamiento jurídico.

Respecto de quiénes pueden ser sujetos pasivos de la acción popular por vulneración al interés colectivo de la Moralidad Administrativa, volvemos la mirada sobre lo que tiene dicho nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 209 de la C.N., “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, **moralidad**, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Destaco); en la Ley 472 de 1998 Artículo 4 literal b) el legislador la clasificó como un Derecho Colectivo, sin definirlo.

Los miembros de la administración pública sí aparecen en nuestro ordenamiento jurídico y para ello basta con dar una lectura al capítulo X de la Ley 489 de 1998 intitulado “ESTRUCTURA Y ORGANIZACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA”, en cuyo artículo 39 se dice que la integran “... los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y ... todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano”.

Pese a que aún no se ha decantado el concepto, lo que sí pretendo es dejar claro que la moralidad administrativa en principio, solamente es exigible de quienes ejercen función administrativa, tal como lo previó la Constitución Política en su artículo 209, al haberlo ligado con esa función, que tan solo la ejercen los servidores públicos o excepcionalmente los particulares que han sido temporal o permanentemente investidos de alguna de las funciones propias de la administración y excepcionalmente los particulares, que sin estar investidos de funciones administrativas, se confabulan con los servidores públicos u otros particulares que sí detentan tales funciones, para vulnerar tal derecho colectivo, pero no el particular por sí solo. Implica lo dicho que el sujeto pasivo de la acción popular por vulneración del Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa es necesariamente cualificado, y lo es en la medida que debe tratarse de una persona que ejerza funciones administrativas, bien sea que se trate de un servidor público o de un particular a quien se le haya legalmente permitido el ejercicio de una función pública.

Lo anterior se puede advertir en lo dicho sobre moralidad administrativa por esta Corporación. Veamos:

“Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a éste derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica, a su vez, **debe existir una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad**. Sin estos elementos no se configura, la vulneración de éste derecho colectivo y las afirmaciones de los actores no pasarían de ser meras abstracciones, y los casos analizados se transformarían en dogmas. Sin embargo, como ya lo había manifestado esta Sala<sup>40</sup>, no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, **hace falta que se pruebe la mala fé de la administración** y la vulneración a otros derechos colectivos”<sup>41</sup> (Resalto).

En otros pronunciamientos igualmente se ha tratado de edificar el concepto de moralidad administrativa, con la finalidad de poderlo trabajar en el plano de las acciones populares, en los cuales se ha dicho:

“moralidad administrativa, entendida ésta, según la doctrina, como el desenvolvimiento del **servidor público** dentro de auténticos propósitos de servicio público, con toda honestidad y desinterés y con absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones”<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Exp: AP-170.

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp: AP-163

<sup>42</sup> AP-024 Sentencia de mayo 18 de 2000, C.P. Eduardo Mendoza Martelo.

“La Sala partiendo del fallo de la Corte Constitucional T-503 de 1994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, ha dado en definir la **moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que debe informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes**, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social”<sup>43</sup> (Destaco).

Debe entonces exigirse, necesariamente, que la conducta atentatoria contra el Derecho a la Moralidad Administrativa provenga de la administración, que tenga como fuente la actuación positiva o negativa de un agente suyo, inspirada en el dolo o mala fe, y cuando se dice agente Estatal puede serlo no solo quien ostenta la calidad de servidor público sino igualmente aquellos particulares que transitoria o permanentemente ejercen funciones públicas.

Pues bien, aunque comparto la decisión mayoritaria recogida en los diez numerales de la parte resolutive del fallo, que llevó a la prosperidad de las pretensiones de la acción popular, debo aclarar que respecto del numeral primero disiento de aquella parte del mismo que ampara el Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa, por no resultar congruente con los razonamientos dados en la parte motiva de la providencia, donde atinadamente se concluyó que el detrimento al erario tuvo como fuente la actuación contraria a Derecho del Dr. Fernando Londoño Hoyos, al haber simulado una calidad que le era ajena, induciendo a error a ECOPEPETROL, quien por su parte cumplió los preceptos que gobernaban la transferencia de acciones de INVERCOLSA S.A. Y como quiera que el Dr. Fernando Londoño Hoyos al participar en la adquisición del paquete accionario de INVERCOLSA S.A., a través de la firma CORREDOR Y ALBAN S.A., lo hizo en su carácter de persona natural, desprovisto de cualquier función pública y sin la colaboración de ningún servidor público o persona que ejerciera funciones públicas, ha debido interpretarse que el Derecho Colectivo a la Moralidad Administrativa no había sido vulnerado, como sí ocurrió con el Patrimonio Público.

Atentamente,

**MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON**

---

<sup>43</sup> AP-054 Sentencia de febrero 9 de 2001, C.P. Delio Gómez Leyva

## **ACLARACION DE VOTO**

**Consejero: DARIO QUIÑONES PINILLA**

Sentencia del 9 de diciembre de 2003

Consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01204-01

Actor: JAVIER ARMANDO RINCON Y OTROS

Atentamente me permito expresar las razones de mi aclaración de voto a la sentencia que revocó la de fecha 8 de abril de 2003, dictada por la Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda.

Respecto de lo decidido me separo del punto relativo al amparo de los derechos colectivos, pues considero que únicamente se ha debido amparar el derecho al patrimonio público y, por tanto, no se podía extender a la protección del derecho a la moralidad administrativa.

Lo anterior en consideración a que el único condenado –el Señor Fernando Londoño Hoyos- actuó como un particular y, por consiguiente, no podía ser sujeto activo de la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa. En realidad la vulneración de ese derecho exige la participación de un servidor público o de un particular que actúe en ejercicio de funciones administrativas, quienes, eso sí, pueden concurrir con un particular que no ejerza funciones administrativas. Pero un particular que no actúe en ejercicio de funciones administrativas no puede violar, por sí solo, el derecho a la moralidad administrativa.

La violación de ese derecho requiere el desarrollo de actividad administrativa y ésta solo la pueden desplegar los servidores públicos y los particulares que actúen en ejercicio de funciones administrativas. El particular que no actúe en ejercicio de esas funciones no desarrolla actividad administrativa y, por tanto, no puede vulnerar el derecho a la moralidad administrativa.

La moralidad administrativa no atañe a toda la actividad estatal, sino únicamente a la administrativa.

Ahora, el Señor Londoño Hoyos al adquirir las acciones de INVERCOLSA y celebrar el respectivo contrato de compraventa no actuó como servidor público ni como particular en ejercicio de funciones administrativas. Y al convertirse en adquirente de las acciones no pasó a ejercer funciones administrativas ni a ser colaborador de ECOPETROL, pues simplemente se constituyó en accionista de INVERCOLSA, sin la obligación de desarrollar actividad alguna a nombre de la entidad pública vendedora de las acciones.

De modo que como se estableció que la entidad estatal demandada – ECOPETROL- no incurrió en ninguna actividad violatoria de los derechos colectivos invocados, el Señor Londoño Hoyos, por sí solo, no pudo vulnerar el derecho a la moralidad administrativa.

Cordialmente,

**DARIO QUIÑONES PINILLA**  
**Consejero de Estado**

#### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero Ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil cuatro (2004)**

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ**

**Actor: JAVIER ARMANDO RINCON Y HECTOR ALFREDO SUAREZ MEJIA**

**Demandado: FERNANDO LONDOÑO HOYOS**

Resuelve la Sala la solicitud de aclaración, corrección y adición de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, que formula el demandado FERNANDO LONDOÑO HOYOS.

#### **I. LA SOLICITUD**

Recae sobre los puntos que el demandado plantea y titula así:

**«1. Derecho a controvertir pruebas y alegar de conclusión»**

Se indique cuál es la norma que habilita al Consejo de Estado, en Acciones Populares, para dictar sentencia cuando no ha corrido traslado de las pruebas de oficio que decreta y cuando no ha concedido término para alegar de conclusión.

### **«2. Eliminación de recursos contra la sentencia»**

Se señale cuál es la facultad que le asiste al Consejo de Estado para trasladar la competencia a la Sala Plena, siendo así que el fallo debía dictarse por una de las Secciones, a fin de garantizar al demandado los recursos que proceden contra la sentencia según el Código Contencioso Administrativo.

### **«3. Prejudicialidad o pleito pendiente»**

ECOPETROL propuso la excepción de prejudicialidad, «alegando que ante la jurisdicción ordinaria se estaba discutiendo el aniquilamiento del contrato». Esta excepción debía ser resuelta en obediencia a lo dispuesto en el artículo 170 del CCA, y como no se hizo así, debe complementarse el fallo, al tenor del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, incluyendo asimismo una consideración sobre la imposibilidad de que esta acción popular pusiera término al proceso ordinario civil.

### **«4. Coherencia del fallo y la demanda. La extra petita.»**

Sin que ECOPETROL lo hubiese pedido, se condenó al demandado FERNANDO LONDOÑO HOYOS a perder el precio de las acciones. Se desconoció así el principio de congruencia, y se violó el artículo 34 de la Ley 472 que restringe las facultades del juez a exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior.

Pide se indique cuál de las pretensiones de la demanda versaba sobre la pérdida del precio.

### **«5. Incompetencia del Consejo de Estado para fallar un proceso civil»**

Visto que en la sentencia se aplicó el artículo 1.525 del Código Civil, se precise la norma constitucional o legal que faculta al Consejo de Estado para desatar conflictos civiles al momento de fallar una acción popular.

### **«6. Ausencia de motivación. Elemento intencional o doloso en la conducta del Dr. Londoño Hoyos»**

No aparece en el fallo motivación alguna sobre la prueba del elemento «a sabiendas», que impide repetir lo pagado por un objeto ilícito. Un fallo ejecutoriado de la jurisdicción penal declaró que el Dr. Londoño Hoyos había actuado de buena fe, no importa la calificación que un Juez Laboral vino a dar después a sus vínculos con INVERCOLSA.

La obligación de motivar es uno de aquellos puntos «que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento».

#### **«7. Violación de la cosa juzgada»**

Se desconoció «la cosa juzgada administrativa y penal» derivada de decisiones de la Superintendencia de Sociedades y de la Fiscalía General de la Nación, apartes de las cuales se transcriben y que «eliminan el elemento ‘a sabiendas’ que recoge el artículo 1.525 del Código Civil.

Solicita complementar la sentencia «con este tema que no podía soslayar el Consejo».

#### **8. «El perjuicio de ECOPETROL, base de la sentencia. Ausencia de motivación en la materia.**

Plantea que el Consejo de Estado debe explicar por qué dio por probado que ECOPETROL sufrió perjuicio, pasando por alto que dos representantes legales de la entidad confesaron lo contrario. Por tanto, debe complementarse el fallo una parte esencial que se echa de menos, a saber: a) Si en las acciones populares desaparece el efecto probatorio de la confesión; b) Si en estas acciones el perjuicio que se repara puede ser hipotético o si debe ser comprobado y cierto; c) Si el juez de la acción popular puede ordenar que se repare un patrimonio público que en realidad se ha incrementado por el negocio controvertido.

#### **9. «El ‘estímulo’ a cargo de la víctima y no del enriquecido»**

Existe contradicción en la parte resolutive, pues en el numeral 1.º se decide proteger la moralidad administrativa, pero en el numeral 9.º no se aplica el incentivo previsto para este evento, eludiendo así la aplicación del artículo 40 de la Ley 472. Además, como los actores solo pidieron que el incentivo fuese pagado por el Estado, el fallo es *extra petita* en cuanto no condena al Estado sino al demandado.

Solicita se corrija este error.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 44 de la Ley 472, en los aspectos no regulados en ella se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo o las del Código de Procedimiento Civil, dependiendo de la jurisdicción que conozca de la respectiva acción popular.

A falta de disposiciones del CCA sobre determinado asunto, su artículo 267 remite a las del Código de Procedimiento Civil, en cuyos artículos 309 inciso primero, 310 y 311, inciso primero, se gobiernan, en su orden, la aclaración, corrección de errores aritméticos o de palabras, y la complementación de la sentencia, en los términos siguientes:

«Art. 309.- **Aclaración.**- La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.  
...»

Art. 310.- **Corrección de errores aritméticos y otros.** Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.  
...

Art. 311.- **Adición.** Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.  
...»

Examinada la solicitud, es manifiesto que se contrae a formular reparos contra la sentencia, imputándole errores tanto de procedimiento como de aplicación de la ley sustancial, así:

De la primera especie (*yerros in procedendo*) son los cargos planteados en los puntos 1 (falta de traslado para alegar), 2 (facultad de la Sala para asumir el conocimiento), 4 (fallo extrapretita), 5 (incompetencia para fallar controversias civiles), 7 (desconocimiento de la cosa juzgada), y 8 (falta de apreciación de la confesión).

A la segunda especie (*error in iudicando*) pertenece el punto 9 (contradicción entre amparar el derecho a la moralidad administrativa y abstenerse de reconocer el incentivo previsto para este caso).

En consecuencia, no se han señalado frases o conceptos que ofrezcan verdadero motivo de duda y que estén contenidos en la parte resolutive o influyan en ella, y que darían lugar a aclaración (art. 309 CPC). Tampoco se indican errores aritméticos o de palabras, evento en que procedería la corrección (art. 310). Ni se plantea que la Sala haya dejado pendientes cuestiones que debieran ser objeto de pronunciamiento (art. 311).

En el punto 3. se reclama una decisión sobre la excepción de «*prejudicialidad*», propuesta por ECOPEPETROL, y que según el apoderado del demandado se sustentó en el hecho de estar en curso un proceso ordinario civil en que se pedía el aniquilamiento de la venta de acciones. Sin embargo, sobre este particular se pronunció la Sala en los siguientes términos, cuando declaró en su sentencia que la jurisdicción contencioso-administrativa era la competente para desatar la acción de nulidad del contrato. Dijo al examinar el presupuesto procesal:

«En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.

Por razón de su participación en un contrato estatal, que le confiere la calidad de colaborador de la Administración, el particular queda sometido a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo al momento de juzgar si con su conducta en las etapas de formación y ejecución del contrato ha lesionado derechos colectivos, como quiera que el denominado «*fuero de atracción*» **hace imposible que dos autoridades judiciales conozcan de un mismo contrato y decidan sobre su eficacia, validez, o sobre alguna de las irregularidades a que se refiere indiscriminadamente el artículo 40 de la Ley 472.**

Además, la relación jurídica entre la entidad estatal que enajena su participación societaria y los adquirentes preferenciales (trabajadores o extrabajadores etc.) se forma en virtud de un privilegio de origen constitucional, y queda sometida al derecho público.» (Resalta la Sala).

Con estas consideraciones se definió que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa, y este pronunciamiento descartaba la prejudicialidad, pues ninguna otra autoridad judicial podría proveer, ni antes ni después, sobre la eficacia del contrato de compraventa de las acciones.

Finalmente, en el punto 6. se reclama ausencia de motivación sobre la prueba del elemento intencional o doloso en la conducta del Dr. Londoño Hoyos. En cuanto a este reclamo, la Sala encuentra que su sentencia contiene la siguiente motivación:

«Obra, entonces, sentencia firme del juez competente en el sentido de que nunca existió vínculo laboral, y que el propio Fernando Londoño Hoyos declaró desde un comienzo que la relación contractual se constituía entre INVERCOLSA y la sociedad FERNANDO LONDOÑO ABOGADOS ASOCIADOS LTDA. Por consiguiente, es desacertado el argumento con que el demandado sostiene que sólo después de esta sentencia podría considerarse que él no era un trabajador.» No existe, por tanto, punto alguno que complementar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

**RESUELVE:**

DENIEGANSE LAS SOLICITUDES DE ACLARACION, CORRECCION Y COMPLEMENTACION DE LA SENTENCIA

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada en la fecha.

**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**  
Presidente

**GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR ALBERTO ARANGO MANTILLA**

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE GERMAN AYALA MANTILLA**

**TARSICIO CACERES TORO**

**REINALDO CHAVARRO BURITICA**

**MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ**

**ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ**

**MARIA NOHEMI HERNANDEZ P.**

**RICARDO HOYOS DUQUE**

**FILEMON JIMENEZ OCHOA**

**JESUS MA. LEMOS BUSTAMANTE**

**LIGIA LOPEZ DIAZ**

**GABRIEL E. MENDOZA MARTELO**

**OLGA INES NAVARRETE B.**

**ANA MARGARITA OLAYA F.**

**MARIA INES ORTIZ BARBOSA**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

**JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE**

**NICOLAS PAJARO PEÑARANDA**

**DARIO QUIÑONES PINILLA**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**

**SALVAMENTO DE VOTO**  
Consejera: **LIGIA LOPEZ DIAZ**

**Bogotá, treinta y uno (31) de marzo de dos mil cuatro (2004)**

**Auto de Sala Plena del 9 de marzo de 2003, que niega solicitud de aclaración, corrección y adición de la sentencia del 9 de diciembre de 2003.**

**Acción Popular 2500023260002002-01204-01**

**Actores: Javier Armando Rincón y Héctor Alfredo Suárez**

**Demandados: ECOPETROL y Fernando Londoño Hoyos**

**M.P. Camilo Arciniegas Andrade**

Me aparto de la decisión mayoritaria de negar la solicitud de aclaración, corrección y adición de la sentencia formulada por el señor Fernando Londoño Hoyos porque en primer lugar, debió resolverse la solicitud de declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del vencimiento del término probatorio, presentada el 12 de diciembre de 2003 por su apoderado (Fl. 587).

Basa su solicitud en la causal de nulidad prevista en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil relativa a la omisión de la oportunidad para alegar de conclusión y, en el artículo 29 de la C.P. sobre el debido proceso que exige el traslado de las pruebas decretadas, como garantía de los principios generales del derecho de contradicción y réplica.

Toda vez que la nulidad planteada no requiere prueba alguna, sino que basta la simple constatación en el expediente de los hechos alegados, debió resolverse inicialmente esta petición puesto que de prosperar alguna causal de nulidad resultaba pertinente corregir el curso de la actuación antes de la ejecutoria del fallo y no después.

Al no haber resuelto previamente la nulidad propuesta, era imperativo dar la explicación solicitada en el escrito de aclaración y adición de la sentencia en los puntos que se relacionan con las nulidades.

Adicionalmente, me remito a las consideraciones expuestas sobre el tema en mi salvamento de voto a la sentencia del 9 de diciembre de 2003.

**LIGIA LOPEZ DIAZ**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil cuatro (2004)**

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJB**

**Actor: JAVIER ARMANDO RINCON Y HECTOR ALFREDO SUAREZ MEJIA.**

**Demandado: FERNANDO LONDOÑO HOYOS**

Resuelve la Sala la solicitud de los actores para que se adicione la sentencia de 9 de diciembre de 2003.

**I. LA SOLICITUD**

Piden los actores adicionar la sentencia «para que se pronuncie sobre la pretensión SEXTA de la demanda, en relación con el derecho que tienen los demandantes, en virtud del artículo 40 de la Ley 472 de 1998.»

Plantean que una de las pretensiones de la demanda de Acción Popular fue que se les reconociera el incentivo que les corresponde en los términos del artículo 40 de la Ley 472; pero que el incentivo decretado en la sentencia no puede considerarse como un pronunciamiento sobre este punto, puesto que ellos tienen derecho a recibir el 15% del valor recuperado por la entidad.

En virtud del fallo, ECOPETROL y sus filiales recuperan las acciones y sus dividendos de INVERCOLSA, por una parte; y por la otra, ECOPETROL se exime de devolver a FERNANDO LONDOÑO HOYOS el precio que este pagó por las acciones. En consecuencia, los actores tienen derecho a recibir el 15% del valor de las acciones y de sus dividendos, recuperados por ECOPETROL.

Señalan que el incentivo otorgado en la sentencia no excluye el pago del 15% establecido en el artículo 40 de la Ley 472, pues el primero tiene carácter sancionatorio para el infractor de los derechos colectivos, mientras que el segundo reviste carácter compensatorio por los valores que recuperan las entidades públicas en razón de la acción popular.

La adición solicitada es necesaria porque la falta de pronunciamiento sobre el derecho de los actores a este porcentaje constituye un agravio jurídico calificado como vía de hecho y un desconocimiento a una norma de orden público y de aplicación prevalente, dada su especificidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado reiteradamente la ley en cuanto al reconocimiento a los actores del 15% sobre el valor recuperado por las entidades en las acciones populares por moralidad administrativa, dando así cumplimiento al principio de interpretación contenido en el artículo 27 del Código Civil, según el cual cuando el sentido de la ley sea claro, no puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Según el artículo 44 de la Ley 472, en los aspectos no regulados en ella se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo o las del Código de Procedimiento Civil, dependiendo de la jurisdicción que conozca de la respectiva acción popular.

A falta de disposiciones del CCA sobre determinado asunto, su artículo 267 remite a las del Código de Procedimiento Civil, en cuyo artículo 311, inciso primero, se gobierna la complementación de la sentencia, en los términos siguientes:

«Art. 311.- Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

...»

Examinada la solicitud, encuentra la Sala que el punto sobre el cual se pide la adición ya fue resuelto en la sentencia, cuando se consideró:

«*Al acogerse las pretensiones de la demanda, los actores populares tienen derecho al incentivo.*

La condena respectiva será impuesta al demandado Fernando Londoño Hoyos, como autor de la lesión a los derechos colectivos.

Si a lo anterior se suma el comportamiento diligente de ECOPETROL, es manifiesto que no resulta aplicable el porcentaje de que trata el artículo 40 de la Ley 472. En consecuencia, se reconocerá el incentivo con arreglo al artículo 39 ídem.»

En consecuencia, se observa que no existe punto alguno que adicionar, pues como se anotó, la sentencia se pronunció sobre la pretensión de reconocimiento del incentivo establecido en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, desestimando su procedencia en este caso y fundamentando esta decisión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

#### **RESUELVE:**

**NIEGASE LA SOLICITUD DE ADICION DE LA SENTENCIA.**

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada en la fecha.

**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**

**Presidente**

<b>GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR</b>	<b>ALBERTO ARANGO MANTILLA</b>
<b>CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE</b>	<b>GERMAN AYALA MANTILLA</b>
<b>TARSICIO CACERES TORO</b>	<b>REINALDO CHAVARRO BURITICA</b>
<b>MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ</b>	<b>ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ</b>
<b>MARIA NOHEMI HERNANDEZ P.</b>	<b>RICARDO HOYOS DUQUE</b>
<b>FILEMON JIMENEZ OCHOA</b>	<b>JESUS MA. LEMOS BUSTAMANTE</b>
<b>LIGIA LOPEZ DIAZ</b> Ausente	<b>GABRIEL E. MENDOZA MARTELO</b>
<b>OLGA INES NAVARRETE B.</b>	<b>ANA MARGARITA OLAYA F.</b>
<b>MARIA INES ORTIZ BARBOSA</b>	<b>RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA</b>
<b>JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE</b>	<b>NICOLAS PAJARO PEÑARANDA</b>
<b>DARIO QUIÑONES PINILLA</b>	<b>RAMIRO SAAVEDRA BECERRA</b>

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil cuatro (2004)**

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJC**

**Actor: JAVIER ARMANDO RINCON Y HECTOR ALFREDO SUAREZ MEJIA.**

**Demandado: FERNANDO LONDOÑO HOYOS**

Se resuelve la recusación formulada por el apoderado del demandado FERNANDO LONDOÑO HOYOS contra el Honorable Consejero de Estado Dr. RICARDO HOYOS DUQUE.

## I. HECHOS Y CAUSAL ALEGADOS

En memorial presentado el 12 de diciembre último, el apoderado del demandado asevera ser un hecho notorio que el H. Consejero Dr. Ricardo Hoyos Duque, en declaraciones a la prensa, «*dio a conocer el sentido y alcance de un fallo que jurídicamente no existe*». Con estas declaraciones, el H. Consejero habría incurrido en la causal de recusación establecida en el numeral 12. del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, esto es, «*Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso ...*».

## II. TRAMITE

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160B, numeral 3.º, del Código Contencioso Administrativo, el H. Consejero Hoyos Duque admitió el hecho, pero negó que éste encuadre en la causal de recusación alegada, pues con sus declaraciones, en su calidad de Presidente del Consejo de Estado, cumplió la función de divulgar las decisiones de la Corporación, asignada al Presidente de la respectiva corporación por el artículo 64 de la Ley 270 (Estatutaria de la Administración de Justicia).

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 64 de la Ley 270 establece:

**«ARTICULO 64. COMUNICACION Y DIVULGACION.** Ningún servidor público podrá en materia penal o disciplinaria divulgar, revelar o publicar las actuaciones que conozca en ejercicio de sus funciones y por razón de su actividad, mientras no se encuentre en firme la resolución de acusación o el fallo disciplinario, respectivamente.

Por razones de pedagogía jurídica, los funcionarios de la rama judicial podrán informar sobre el contenido y alcance de las decisiones judiciales. Tratándose de corporaciones judiciales, las decisiones serán divulgadas por conducto de sus presidentes.

Las decisiones en firme podrán ser consultadas en las oficinas abiertas al público que existan en cada corporación para tal efecto o en las secretarías de los demás despachos judiciales, salvo que exista reserva legal sobre ellas. Toda persona tiene derecho a acceder a los archivos que contengan las providencias judiciales y a obtener copia, fotocopia o reproducción exacta por cualquier medio técnico adecuado, las cuales deberán expedirse, a costa del interesado.

**PARAGRAFO.** En el término de tres meses contados a partir de la vigencia de la presente Ley, será contratada la instalación de una red que conecte la oficina de archivos de las sentencias de la Corte Constitucional con las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes del Congreso de la República y de las secciones de leyes.»

De conformidad con el artículo transcrito, los presidentes de las corporaciones judiciales pueden divulgar las decisiones de éstas (inciso segundo). Ahora bien, la decisión de esta acción popular fue adoptada por esta Sala el 9 de diciembre de 2003, y divulgada después por el H. Consejero Dr. Ricardo Hoyos Duque en su calidad de Presidente del Consejo de Estado, es decir, con arreglo a la facultad conferida por el artículo 64 de la Ley Estatutaria a los presidentes de las corporaciones judiciales.

De otra parte, el artículo 56 ibídem, establece:

«**ARTICULO 56. FIRMA Y FECHA DE PROVIDENCIAS Y CONCEPTOS.** El reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado, respectivamente, determinará, entre otras, la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados. En dicho reglamento se deberá además incluir un término perentorio para consignar en el salvamento o la aclaración del voto los motivos de los Magistrados que disientan de la decisión jurisdiccional mayoritaria, sin perjuicio de la publicidad de la sentencia. La sentencia tendrá la fecha en que se adopte.»

Esta norma es clara al disponer que la fecha de la sentencia es la del día en que se adopte la decisión y que el trámite de los salvamentos de voto no impide la publicidad de la providencia.

Así, pues, la recusación es infundada. En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

#### **RESUELVE:**

**Declárase** infundada la recusación formulada por el apoderado del demandado Fernando Londoño Hoyos contra el H. Consejero Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión de la fecha.

**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**  
**Presidente**

**GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR ALBERTO ARANGO MANTILLA**

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE GERMAN AYALA MANTILLA**

**TARSICIO CACERES TORO REINALDO CHAVARRO BURITICA**

**MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ**

**MARIA NOHEMI HERNANDEZ P. FILEMON JIMENEZ OCHOA**

**JESUS MA. LEMOS BUSTAMANTE LIGIA LOPEZ DIAZ**

**GABRIEL E. MENDOZA MARTELO OLGA INES NAVARRETE B.**

**ANA MARGARITA OLAYA F. MARIA INES ORTIZ BARBOSA**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA JUAN ANGEL PALACIO  
HINCAPIE**

**NICOLAS PAJARO PEÑARANDA DARIO QUIÑONES PINILLA**

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA**