



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado Ponente

SC4654-2019

Radicación n.º 11001-31-03-028-1997-09465-01

(Aprobado en sesión de treinta de abril de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Decídense los recursos de casación formulados por Fernando Londoño Hoyos y Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. -Afib S.A.-, esta última en calidad de interviniente litisconsorcial, frente a la sentencia de 11 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), South American Gulf Oil Company y Explotaciones Cóndor S.A. contra el primer recurrente citado, Corredor y Albán S.A. Comisionista de Bolsa e Inversiones Gases de Colombia S.A. (Invercolsa).

ANTECEDENTES

1. Pidieron los demandantes, de manera principal, se declare que la adquisición de 145.000.000 de acciones de

Invercolsa por Fernando Londoño, y su inscripción en el libro de accionistas, por contravenir normas imperativas y de derecho público, son ineficaces de pleno derecho.

En consecuencia, deprecaron el reconocimiento de que: a) Ecopetrol es propietario y poseedor de 178.500.718 acciones, que equivalen al 24,76% del capital suscrito de Invercolsa; b) South American Gulf Oil Company es propietario y poseedor de 100.126.472 acciones, que son el 13,89% del mismo capital suscrito, c) Explotaciones Cóndor S.A. es propietario y poseedor de 100.126.503 acciones, iguales al 13,89% de ese capital; y d) Fernando Londoño no es ni ha sido accionista de Invercolsa; se declare que Fernando Londoño contravino, a sabiendas, normas imperativas y de derecho público, no es poseedor de buena fe de las acciones; se le ordene restituir a cada demandante 49.920.869 de acciones de Invercolsa, con frutos y accesorios; se le condene a perder y no repetir lo dado o pagado por esas acciones; se ordene a Invercolsa que en el libro de registro de accionistas: (i) cancele las inscripciones de propiedad de Fernando Londoño y las prendas por él constituidas; (ii) cancele y emita los títulos para que los actores queden como propietarios y poseedores de las acciones; y (iii) que ajuste su funcionamiento, en particular de su asamblea general, a las declaraciones pedidas.

También reclamaron en estas súplicas principales, se condene a los demandados a indemnizarles los daños directos y ciertos, previsibles e imprevisibles, causados por la compraventa de acciones entre Fernando Londoño, comitente

comprador, y Corredor y Albán S.A., como comisionista, que se liquidarán mediante incidente; y al pago de las costas.

En subsidio solicitaron: se declare que la citada compra de las acciones de Invercolsa por Fernando Londoño, y su inscripción en el libro de accionistas, por contravenir normas imperativas y de derecho público, son absolutamente nulas por objeto ilícito; y, por tanto, se hagan declaraciones y condenas similares a las antes compendiadas, tales como haber obrado a sabiendas el comprador, ordenar las restituciones de propiedad, frutos y accesorios, cancelaciones y demás aspectos consecuentes de la nulidad.

2. Como síntesis de los hechos puede anotarse que, en diciembre de 1996, el Gobierno Nacional aprobó enajenar con fines de privatización las acciones de los demandantes en Invercolsa, para lo cual, según el art. 3 de la ley 226 de 1995, se fijaron condiciones especiales para compras por trabajadores activos, pensionados y ex trabajadores en el decreto 2324 de 1996. El programa se adelantó por medio de las Bolsas de Bogotá, Medellín y Occidente, según contratos y reglas que imponían a los trabajadores, pensionados y ex trabajadores interesados en participar en la oferta pública allegar una certificación expedida dentro de los 30 días anteriores.

En la primera oferta hubo varias compras, entre esas, por medio de Corredor Albán S. A. Comisionista de Bolsa, Fernando Londoño adquirió 145 millones de acciones, cada una a \$63,89, apoyado en la certificación del representante

legal de Invercolsa, a solicitud de aquel, donde se expresó que fue presidente de la entidad desde su constitución en julio de 1990 hasta la aceptación de su renuncia el 6 de abril de 1995, con varias funciones, sin la anotación de que tuviera la calidad de ex trabajador.

Expusieron los actores que Londoño no fue trabajador de Invercolsa, sino que se vinculó por un contrato comercial para ejercer la representación legal, al punto que no hay constancia de pagos de sueldos, primas, cesantías u otras prestaciones, ni afiliación a seguridad social. Por sus servicios cobró honorarios, que cedió a una sociedad, en razón de que no se configuraron los elementos del contrato de trabajo, ni hubo subordinación a la asamblea o junta directiva, de manera que no podía comprar las acciones en condiciones especiales, como lo hizo.

Invercolsa también vulneró normas imperativas al inscribir la transferencia cuestionada en el libro de registro de accionistas y expedir el título 349 de 1997, en perjuicio de la democratización de la propiedad accionaria del Estado. Es que, insistieron, Londoño nunca fue trabajador de Invercolsa, y aunque lo hubiera sido debía estar sujeto al límite de los directivos, de manera que, si en gracia de discusión, se tuvieran en cuenta los honorarios mensuales por el tiempo respectivo, sólo habría podido adquirir el equivalente a un monto de \$39.000.000.

Agregaron que el demandado en cita gravo con prenda las acciones, en primer grado a favor de los actores, y de

segundo grado en beneficio del Banco del Pacífico S.A. y Banco del Pacífico Panamá S.A.; alegaron que no debe mantenerse esa última prenda, por los créditos que le otorgaron a aquél por \$926.405.000 y US\$8.750.000, respectivamente, para la adquisición de acciones.

3. La firma Corredor y Albán S.A. Comisionista de Bolsa se opuso a las pretensiones; también planteó las excepciones que denominó: *adecuación de su conducta a las disposiciones legales y reglamentarias que regían la venta de acciones de Invercolsa*, y *exposición de **uberrimae fides** por parte de Corredor y Albán S.A.*

Declaró, en síntesis, que actuó con buena fe como intermediaria para adquirir las acciones; las certificaciones expedidas por el representante de Invercolsa acreditaban que Londoño trabajó para la entidad entre el 30 de julio de 1990 y el 6 de abril de 1995, sin que le tocara a Corredor y Albán S.A. dilucidar el tipo de relación, en tanto que la Superintendencia de Valores archivó la actuación administrativa en su contra. Su gestión era cumplir los requisitos para aceptar la oferta de acciones, entre esas, garantizar las obligaciones y la verdad de las declaraciones, con documentos y soportes, consignar el porcentaje requerido (10%), gestionar las prendas, sin calificar las certificaciones laborales.

Con fundamento en sus alegaciones, también formuló denuncia del pleito contra Invercolsa, que fue admitida.

Invercolsa en su respuesta propuso las excepciones que llamó: *ilegitimidad para ser demandada; ausencia de error, culpa o actividad por acción u omisión como origen de responsabilidad para condena a perjuicios en su contra; ausencia de interés para obrar de las actoras; ausencia de supuestos perjuicios sufridos por las demandantes por la adquisición de las acciones*. Arguyó que no debe responder por la inscripción de la venta en el libro de registro de accionistas, pues tenía que hacerlo conforme al art. 406 del C.Co., de manera que ese registro se efectuó por mandato legal, y las demandantes carecen de interés porque ofrecieron en venta las acciones de ellas en el proceso de privatización, conforme al precio que fijó el gobierno, que fue recibido por las mismas, de modo que no pueden aducir perjuicios.

Por su parte, Fernando Londoño se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos sobre la adquisición de las acciones, aseguró que la misma fue acorde con la oferta, ya que fungió como presidente ejecutivo de Invercolsa por cinco años, con subordinación a la junta directiva y a la asamblea de accionistas, igual a un contrato de trabajo, y la remuneración fue de *honorarios* porque comprendía salarios y pago de otros servicios, como asignación del local y otros elementos de trabajo. Acorde con el art. 139 del Código Sustantivo del Trabajo, ordenó que sus remuneraciones fueran pagadas a la sociedad donde presta servicios profesionales. Como ex trabajador adquirió las acciones, que pagó con un crédito, y sin saberlo se interpuso en el negocio que los ejecutivos de Ecopetrol habían ideado para defraudar

a la Nación, mediante la venta de esos títulos a uno de los «cacaos» del país.

Formuló las excepciones de *falta de causa, inexistencia de los hechos en que se basa el derecho que se demanda*, y cualquiera que resulte probada.

El juez de primer grado aceptó la solicitud que, con base en el art. 52 del Código de Procedimiento Civil, para intervenir como litisconsorte de la parte demandada, formuló Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana, S.A. - Afib S.A., quien adujo que el 27 de mayo de 1999 se registró en el libro de accionistas de Invercolsa la cesión a su favor de la prenda de segundo grado de Banco del Pacífico y Banco del Pacífico de Panamá; prenda de primer grado a partir del junio y julio de ese año, por cuanto se levantó la anterior a favor de las actoras, y la demanda se inscribió en dicho libro el 21 de septiembre de 1999. El 16 de diciembre siguiente se canceló el título inicial No. 349, porque las acciones se traspasaron a su favor, a título de dación en pago, de manera que es propietaria y poseedora de las mismas.

4. Tramitada la primera instancia, el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá resolvió: declarar que la compra de 145.000.000 de acciones de Invercolsa por Fernando Londoño, al igual que su inscripción, fue ineficaz de pleno derecho; por tanto, Ecopetrol, South American Gulf Oil Company y Explotaciones Cóndor S.A., son propietarias y poseedoras de las acciones, en la proporción de cada una; ordenar inscribir el fallo en el libro de registro de accionistas

de Invercolsa, quien deberá: cancelar la adquisición y actos posteriores, en especial, la prenda a favor de Banco del Pacífico y Banco del Pacífico Panamá, y la dación en pago a Afib S.A., y emitir los nuevos títulos a los actores; ordenar a Fernando Londoño y a Afib restituir a los demandantes las acciones, en sus proporciones; condenar a Fernando Londoño y a Afib a restituir a los demandantes, en forma proporcional, los dividendos recibidos de Invercolsa por cada periodo, sin aplicar sobre ellos indexación, cualquiera que hubiese sido la forma en que se reconocieron y pagaron, incluyendo los causados hasta la fecha de inscripción del fallo, junto con las nuevas acciones por utilidades y valorizaciones, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la decisión; declarar que Fernando Londoño no adquirió ni fue poseedor de buena fe de las acciones, y en consecuencia, no puede repetir lo que haya dado por estas; ordenar a Invercolsa ajustar su actividad, en especial, respecto de su asamblea general, a lo aquí decidido; denegar los perjuicios pedidos; declarar infundadas las excepciones de Fernando Londoño; absolver a Invercolsa y Corredor Albán S.A. - Comisionista de Bolsa; condenar a Fernando Londoño y a Afib al pago de las costas a los demandantes; condenar a los enjuiciados a pagar las costas a Invercolsa y Corredor Albán S.A. - Comisionista de Bolsa.

5. Apelado ese fallo por las entidades demandantes, por Fernando Londoño y Afib S.A., en decisión mayoritaria fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia objeto de casación.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de referirse a la contienda, pasó a resolver la apelación de los actores contra la absolución de Corredor y Albán S.A. -luego Davivalores S.A.-, e Invercolsa. Respecto de la primera, explicó la posibilidad de reclamar perjuicios cuando se reconoce la ineficacia, si se prueba daño antijurídico de una parte a otra, pero eso no ocurrió con la comisionista, quien actuó acorde con las normas que la rigen, sin imputación de culpa objetiva, porque no debía verificar la certificación de Invercolsa sobre la calidad que tuvo allí Fernando Londoño, y el instructivo le imponía sólo una verificación formal de los documentos del comitente.

En torno a Invercolsa, expuso el sentenciador que se demandó por inscribir la venta de acciones en el libro de registro, a lo que no podía negarse, de acuerdo con el art. 416 del C.Co., salvo orden de autoridad competente o falta de ciertas formas. Invercolsa actuó según el instructivo, sin participación activa, se limitó a la inscripción, sin tener que estar presta a los pormenores requeridos.

Frente al perjuicio, estimó que no hay vínculo cierto y directo con la conducta de Invercolsa, esto es, *«como consecuencia de la culpa y que aparezca efectivamente causado»*, a más de que los perjuicios *«están restringidos y limitados a los que tengan relación directa con la actividad que se dice lesiva de aquella...»*; descartó que el sólo registro de la venta de acciones pueda considerarse un perjuicio indemnizable.

Agregó el fallador de segunda instancia que igual conclusión *«debe aplicarse a Fernando Londoño Hoyos frente a la pretensión que le hace Ecopetrol de que debe indemnizarle los perjuicios...»*.

Al estudiar la apelación de Fernando Londoño, se refirió a los problemas interpretativos de la *ineficacia* en el derecho colombiano; según doctrina citada extrajo que tal figura (art. 897 del C.Co.) es una nulidad absoluta por violación de una norma imperativa, que se llamó de aquella manera para evitar *«la intervención judicial»*, no obstante que esta es necesaria a veces por la producción de efectos del acto.

Siguió el juzgador, frente a la ineficacia, que trae el art. 14 de la ley 226 de 1995, que *«la regulación de sus consecuencias no puede ser otra distinta que la que determina las relativas a la declaración de nulidad absoluta»*, para lo cual hay que acudir al Código Civil por analogía, en especial los artículos: 1746 sobre restituciones mutuas; 1525 que niega repetición por objeto o causa ilícita; 1521 que prevé objeto ilícito en la enajenación de cosas que no están en el comercio, entre otros; 1523 que prescribe ilicitud en todo acto prohibido por la ley. Así, a los supuestos de ineficacia por violación de norma imperativa, *«deben aplicarse las disposiciones de la ley civil que regulan las consecuencias... de la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita...»*.

Aceptó la pretensión principal de ineficacia, que acogió el *a quo*, porque en el proceso laboral se descartó la relación

laboral entre el adquirente de las acciones e Invercolsa. Además, el negocio era contrario a la ley 226 de 1995 y a otras normas, sobre la democratización de la propiedad accionaria.

Señaló que la ineficacia fue reconocida por el Consejo de Estado en sentencia de 9 de diciembre de 2003, en la acción popular contra Fernando Londoño, porque las normas lesionadas son del derecho público de la nación, ante lo cual es forzosa la aplicación del art. 1525 del C.C. Se suma que el demandado intervino en el negocio con pleno conocimiento de no ser trabajador, como se deduce de varios documentos, entre ellos, certificaciones de su ejercicio como Presidente Ejecutivo de Invercolsa, no pago de salarios laborales pues fueron honorarios los que se cancelaron a la empresa Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda., un acta de la asamblea de accionistas y la declaración de renta del mismo (folios 983 y s. del cuaderno del Tribunal).

En otro acápite el sentenciador abordó la apelación de Afib S.A., interviniente litisconsorcial de la parte demandada, acorde con el artículo 52 -inciso 3º- del Código de Procedimiento Civil, y se preguntó si la orden del *a quo* de cancelar la prenda es oponible a dicha entidad, así como la inscripción de la demanda, a términos del art. 690 del mismo estatuto; recordó que la medida se comunicó por el juzgado a Invercolsa el 21 de septiembre de 1999, cuando aquella era titular del derecho de prenda; aclaró que, por la ineficacia del negocio de adquisición, el gravamen debe desaparecer según el art. 1748 del C.C., pues la nulidad irradia sus

consecuencias hacia terceros poseedores, y si Fernando Londoño no podía adquirir las acciones, carecía de facultad para darlas en prenda, a más de que el precepto 2412 ibidem dispone que sólo puede empeñar una cosa el que tenga facultad para enajenarla.

Motivaciones que, agregó, concuerdan con la decisión del Consejo de Estado en la acción popular, la cual produce efectos *erga omnes* (art. 332 CPC), que ordenó cancelar la adquisición de acciones y los actos posteriores derivados. Si bien el art. 15 de la ley 226 de 1995 limita la restitución de acciones de terceros de buena fe, la conducta de Afib S.A. quedó seriamente cuestionada, como expresó el Consejo de Estado, por recibir la dación en pago luego de inscrita la demanda, que por eso fue reversada por la Superintendencia de Sociedades.

Destacó que el Consejo de Estado *«declaró la nulidad y en consecuencia la ineficacia de la venta»*, ordenó cancelar la prenda y la dación en pago, e impuso a Afib S.A. el deber de restituir a Ecopetrol *«los títulos de acciones de Invercolsa que recibió de Fernando Londoño Hoyos en virtud de la dación en pago»*. Y aunque la Corte Constitucional, en la sentencia T-446 de 2007, advirtió que la devolución de las acciones en manos de terceros *«no puede tenerse por definitiva sino como una medida específica consecencial de la acción popular, y dijo que le corresponde al juez del contrato resolver»* sobre estos efectos, Afib S.A. recibió la dación en pago de las acciones después de registrarse la demanda, *«no queda duda de que debe restituirlas en tanto que el negocio... fue*

reversado por la Superintendencia, de donde deviene la cancelación de los títulos expedidos a nombre de Afib y la expedición de nuevos a favor de Londoño».

Seguidamente dijo el Tribunal que la reivindicación que echa de menos Afib S.A., no podía intentarse en la demanda porque cuando esta se interpuso, en 1997, no se había efectuado la cesión de la prenda a favor de la misma, que fue en mayo de 1999, después de que Fernando Londoño fuera vinculado al juicio con la notificación. De ahí que como Afib no era acreedora prendaria cuando se presentó la demanda, y *«la compraventa»* que le hiciera Londoño fue después de registrarse la demanda, *«ilógico era pedirle al demandante que acumulara una acción reivindicatoria a su acción de ineficacia, cuando... la dación en pago... no se había realizado»*. Muestra el libro de registro de accionistas que Invercolsa cumplió la orden de la Superintendencia que anuló la inscripción de la dación en pago y que el accionista actual es Fernando Londoño, luego *«Afib no tiene sobre las acciones ningún derecho máxime cuando la prenda que tenía también fuera cancelada como consecuencia de la acción popular»*, situaciones que deben evaluarse porque el juez en la sentencia debe tener en cuenta cualquier hecho modificativo del derecho sustancial sobre el litigio ocurrido después de la demanda (art. 305 del CPC).

Frente a la condena contra Afib para devolver todos los dividendos, recordó que la Corte Constitucional en la citada sentencia T-446-07, dijo *«que una cosa era la valoración de si Afib es tercero de buena fe para efectos de decidir si las*

acciones en su poder deben o no ser restituidas a Ecopetrol y otra bien distinta si los dividendos que no se hubieren materializado en acciones también deben ser devueltos...». Agregó el juez de segundo grado que deben restituirse todas las acciones, las cedidas y los dividendos plasmados en ellas o no, porque la reversión de la operación implica que las cosas queden igual que antes del negocio devuelto, además lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

LAS DEMANDAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

El orden lógico impone estudiar primero el recurso de casación del codemandado Fernando Londoño Hoyos, puesto que el de Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. - Afib S.A. es derivado de su posición como interviniente litisconsorcial a favor de aquel.

DEMANDA DE FERNANDO LONDOÑO HOYOS

CARGO PRIMERO

Apoyado en la causal primera del art. 368 del CPC, este recurrente controversió el fallo por violación directa de los artículos 835, 871, 897, 899 y 900 del Código de Comercio, 769, 946, 950, 961, 963, 964, 1525, 1603, 1740, 1741, 1746 y 1748 y 2412 del Código Civil y 8 de la ley 153 de 1887, por errores puramente jurídicos.

Desarrolló el cargo diciendo que el yerro del Tribunal arrancó por acoger la tesis consistente en que la ineficacia

puede ser una forma de «*inexistencia*», «*nulidad absoluta*» o una «*verdadera y auténtica ineficacia*», lo que debe precisarse en cada caso, aunque para el presente era equivalente a un nulidad absoluta, por violación de norma imperativa, por lo cual en las consecuencias debe aplicarse por analogía el art. 1746 del C.C., así como la negativa de restituciones previstas en el art. 1525 del mismo estatuto, precepto aplicable en los eventos de objeto o causa ilícita.

Para el censor el error fue fruto de la confusión jurídica entre esas sanciones negociales -ineficacia y nulidad absoluta-, pese a estar diferenciadas en la ley, al igual que en la jurisprudencia, que ha insistido en que el efecto de no repetir lo dado o pagado por objeto o causa ilícita, del citado art. 1525 del C.C., «*no se sigue respecto de otras hipótesis de negocios que no estén afectados*» de esa forma de nulidad, aun cuando se hubiese hecho a sabiendas. Tampoco puede aplicarse esa norma por analogía, como puede verse en dos grupos de sentencias que citó y resumió:

a) El primero, en las que se analizó la ineficacia como forma específica y distinta de «*otras figuras jurídicas*», por ejemplo, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, en que a raíz de ineficacia para una estipulación restrictiva del art. 1031 del C.Co. la Corte expresó, en síntesis, que dicha sanción tiene una tipicidad legal rígida, que sólo aplica a los casos previstos en la ley, sin generalidad ni analogía, porque en el derecho privado las normas que fijan límites a la libertad negocial o sanciones «*siempre serán de interpretación restringida, y no podrán aplicarse más allá del supuesto de*

hecho específico para el cual fue diseñada por el legislador». También citó las sentencias de 6 de agosto de 2010, referida a las diferencias entre nulidad, anulabilidad e ineficacia de pleno derecho, y la imposibilidad de aplicar los efectos de una de estas a las otras; de 17 de noviembre de 1993 y 5 de octubre de 1988, que trataron de las diferencias entre las varias figuras de sanción contractual.

b) El otro grupo de sentencias, de contenido invariable desde 1964, en cuanto a que *«la sanción del artículo 1525 del Código Civil, no puede aplicarse a negocios que no hayan de declararse nulos absolutamente, sino afectados de otra clase de ineficacia, aún en el supuesto de que se pudiera predicar de ellos afectación del vicio de causa ilícita»*. Comentó el cambio de jurisprudencia que operó en la sentencia de 18 de diciembre de 1964, de un caso de simulación, en cuanto a que no puede ampliarse o restringirse el sentido del art. 1525 del C.C. para aplicarlo en forma analógica a situaciones distintas de nulidad absoluta, por ser excepcional; y la sentencia de 23 de abril de 1998, donde reiteró que la prohibición de repetir prevista *«en el aludido precepto no tiene cabida en materia de simulación (...) porque dado su carácter sancionatorio, no puede aplicarse analógicamente»*, al igual que la de 27 de agosto 2002, en que agregó que no es para *«campos distintos del de la nulidad que proviene esa misma ilicitud»*.

CONSIDERACIONES

1. Para el recurso extraordinario, tramitado con el anterior Código de Procedimiento Civil, por haberse propuesto antes de 1º de enero de 2016 (arts. 624 y 625-5, del Código General del Proceso), que entró a regir en esa fecha¹, por vía directa cuestiona la sentencia del Tribunal que confirmó la resolución principal de ineficacia, aunque sin enfocarse contra esta decisión propiamente dicha, pues el impugnante dejó a un lado este aspecto y se concretó, en últimas, en la aplicación que hizo el juzgador de las secuelas previstas en el artículo 1525 del Código Civil, en cuanto impide la repetición o devolución de *«lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas»*.

2. Rememórese que el Tribunal dictaminó que el negocio de compraventa quedó inmerso en la ineficacia de pleno derecho, por lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 226 de 1995, acorde con el cual, si *«se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz»*.

También efectuó un juicio sobre la naturaleza jurídica de la ineficacia en el Código de Comercio, como forma de invalidar el vínculo contractual, que puede tener origen en defectos que así mismo son propios de otros problemas destructivos de los negocios, como la nulidad absoluta, que acontece cuando hay vulneración de normas imperativas y que expresamente es traída por la citada ley 226 de 1995; por eso la regulación de las consecuencias de esta sanción

¹ Artículo 1º del Acuerdo PSAA15-10392 de 2015.

«no puede ser otra distinta que la que determina las relativas a la declaración de nulidad absoluta», para lo cual señaló el Tribunal que hay que remitirse al Código Civil por aplicación analógica, en particular el artículo 1746 del Código Civil, cuyo inciso primero dispone: *«La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; **sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita**»* (se resaltó).

Y por ahí derivó, a su vez, que a los supuestos de ineficacia comercial por violación de norma imperativa *«deben aplicarse las disposiciones de la ley civil que regulan las consecuencias... de la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita...»*, como el artículo 1525 del mismo estatuto sustantivo, al igual que los preceptos 1521, que prevé objeto ilícito en la enajenación de cosas que no están en el comercio y 1523 sobre objeto ilícito en todo acto prohibido por la ley.

3. De cara a esa argumentación, la crítica del cargo bajo estudio radicó en que el Tribunal, tras identificar la sanción de ineficacia prevista en el artículo 897 del Código de Comercio, aplicó de forma indebida las normas que regulan las secuelas de la nulidad absoluta, en lugar de las reglas generales de las restituciones mutuas (arts. 961 y ss. del C. C.).

A juicio del recurrente, el fallador de forma equivocada consideró aplicable el citado art. 1525, por estimar que debe

hacerse así cuando la ineficacia se deba a violación de normas imperativas, error que surgió por confundir la ineficacia de pleno derecho con otras figuras distintas, que tienen efectos autónomos, como la nulidad absoluta, en la que sí opera el precepto aludido. Aseveración que el casacionista sustentó con dos grupos de jurisprudencia: uno que contempla la ineficacia como una sanción contractual específica y restringida, para los casos previstos en la ley, sin generalización ni analogía, que es diversa a otras sanciones contractuales, de donde es imposible emplear las consecuencias de unas de ellas a las otras; un segundo referido a que la sanción del art. 1525 del Código Civil no puede asignarse a las otras formas de invalidez, ni siquiera aunque *«se pudiera predicar de ellos afectación del vicio de causa ilícita»*.

4. Visto lo anterior, debe advertirse que la acusación está llamada a fracasar, en atención a que la pifia achacada a la sentencia de instancia deviene intrascendente, si en la cuenta se tiene que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, al presente caso, era imperativa, con independencia de su fuente normativa, como una consecuencia de los efectos de la decisión adoptada por el Consejo de Estado en la acción popular que se falló el 9 de diciembre de 2003.

4.1. Total que la casación está diseñada para los casos en que, existiendo una afrenta al ordenamiento jurídico, se produzca un agravio a la parte recurrente, a fin de garantizar la *nomofilaquia* -correcta aplicación del derecho- y proteger los derechos de los afectados con la sentencia recurrida,

como lo prescribe el canon 365 del Código de Procedimiento Civil.

De allí que la Corte haya negado la prosperidad del recurso en los eventos en que, *al dictar el correspondiente fallo de reemplazo, estaría obligada a desestimar el argumento defensivo invocado por el recurrente* (SC15644, 1º nov. 2016, rad. n.º 2004-00096-01), o *a concluir el fracaso de las pretensiones propuestas por el impugnante* (SC, 6 dic. 2011, rad. n.º 2003-00113-01).

La Sala ha adoctrinado que:

[E]n sede casacional, los errores no sólo deben ser evidentes, sino también trascendentes, lo que significa que el recurrente debe acreditar que el yerro ‘fue determinante en relación con la decisión judicial que se combate’ (cas. civ. de 27 de octubre de 2000; exp: 5395), ‘hasta el punto de que su verificación en el recurso, conduzca por necesidad a la infirmación del fallo con el fin de restablecer por este medio la legalidad sustancial quebrantada’ (CCLII, pág. 631), de donde se colige que si la equivocación es irrelevante, ‘la Corte no debe ocuparse del examen de los errores delatados, dada su inocuidad’ (CCXLIX. pág., 1605)’ (SC17154, 14 dic. 2015, rad. n.º 2011-00125-01, que reitera los precedentes SC, 26 mar. 2001, exp. n.º 5823 y SC, 31 ag. 2011, rad. n.º 2004-00359 01).

En otras palabras, aunque los errores denunciados se hayan configurado, de ello no se sigue invariablemente la anulación del proveído atacado, ya que para esto es esencial que la decisión que deba adoptarse como juez de segundo grado sea diferente a la cuestionada, pues de lo contrario se torna inane la prosperidad del recurso. Así las cosas, *«[d]e cargo del recurrente está forjar la trascendencia del yerro que*

denuncia, y en esa línea [es] su deber poner[lo] al descubierto» (SC, 23 sep. 2004, exp. n.º 1219-01).

4.2. La falta de trascendencia envuelve el cargo en estudio, en tanto la discusión jurídica sobre el régimen normativo que gobierna los efectos de la ineficacia, y su asimilación con la nulidad, resulta irrelevante, frente a la orden contenida en la sentencia de la acción popular que evaluó la compraventa de los títulos representativos del capital de Invercolsa, frente a la salvaguardia del patrimonio y moralidad pública a saber: *«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».*

Lo anterior, según la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, porque:

[L]as pruebas... 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 3º de la Ley 226).

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 (CE, Sala Plena, 9 dic. 2003, rad. n.º 2002-1204-01(AP)IJ).

Así las cosas, al existir una sentencia con efectos *erga omnes*, como es la resultante de la acción popular, que resolvió el tópico relativo a las restituciones que debían concederse al adquirente de los títulos valores, estableciendo la improcedencia de ordenar la devolución de lo pagado, no resulta posible que el tema pueda ventilarse nuevamente en un proceso civil, so pena de desconocer el principio de la cosa juzgada.

4.3. Precisamente, el artículo 35 de la ley 472 de 1998 dispone que la sentencia que se profiera en el mencionado proceso, «*tendrá efectos de **cosa juzgada** respecto de las partes y del **público en general***» (negrilla fuera de texto), esto es, le atribuye un alcance *erga omnes* que resulta oponible a cualquier persona, siempre que se haya respetado su debido proceso, por el mero hecho de su proferimiento.

Al respecto, al analizarse la constitucionalidad de este mandato, el máximo órgano de esa jurisdicción señaló:

El hecho de que a través de las acciones populares se protejan derechos cuya titularidad es difusa, radicados en sectores más o menos amplios de la comunidad, y que los mismos puedan ser

representados por cualquier miembro de la colectividad afectada, explica que se haya querido extender los efectos de la sentencia que resuelven acciones populares, tanto a las partes en el proceso, entre las que se cuentan por supuesto al actor popular, como a la comunidad en general, donde ha de incluirse también al colectivo interesado y titular de los derechos en conflicto.

En esos términos, es claro que el propósito del legislador al regular la materia, fue entonces el de reconocerle a todas las sentencias que ponen fin a la acción popular efectos erga omnes, es decir, el alcance de cosa juzgada general o absoluta (CC, C-622/2007).

Premisa desarrollada por el Consejo de Estado, en el sentido de que «*en materia de acciones populares, la excepción de cosa juzgada respecto de las partes ocurre aunque ellas no sean idénticas en los procesos que se cotejan, pues lo relevante es que, los responsables por la afectación al derecho colectivo invocado sean los mismos, y que no obstante la calidad difusa de la comunidad titular del derecho, el grupo-determinado o determinable- afectado con la amenaza o vulneración de los derechos colectivos comprometidos, también sea el mismo*» (CE, Secc. 1ª, 13 sep. 2007, rad. n.º 2005-00096-01, entre muchas otras).

En suma, una vez se decide que hubo una afectación a derechos colectivos, en el marco del artículo 88 de la Constitución Política, esta decisión es vinculante no sólo para quienes intervinieron en el proceso, sino para todos los afectados, adquiriendo los atributos de inmutabilidad y ejecutabilidad que son propios de la cosa juzgada.

4.4. En el *sub lite*, visto que Javier Armando Rincón y Héctor Alfredo Suárez Gama promovieron una acción para

salvaguardar el patrimonio público y la moralidad administrativa socavada por la compra de acciones de Invercolsa, a la cual se vincularon Ecopetrol y Fernando Londoño, lo allí resuelto es intangible para todos los jueces de la república, quienes deben observarlo con el mayor celo para hacer efectivos los derechos colectivos objeto de protección.

Esa fue la postura de la Corte Constitucional, al analizar el amparo promovido contra el fallo del Consejo de Estado, quien acotó las competencias de los jueces ordinarios para evitar un traslape de competencias:

En efecto, el juez constitucional de la acción popular tiene señalado por la Constitución y la ley su marco de acción para la protección de los derechos e intereses colectivos, pero ello no significa, como lo ha considerado esta corporación, que 'a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que le corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo'. En igual sentido puede predicarse respecto de los casos que por efecto de la contratación deben debatirse y decidirse ante los jueces ordinarios conforme a la ley.

*Sin embargo, lo anterior no obsta para que **el juez de la acción popular aplique los remedios judiciales necesarios para proteger de manera efectiva los derechos e intereses colectivos que encuentre vulnerados**. Sostener lo contrario implicaría que en determinadas situaciones la protección de tales derechos e intereses es inocua...*

*[S]erá, [entonces], **el juez ordinario a quien corresponda decidir sobre los efectos de la nulidad** de la compraventa accionaria frente a todas las personas involucradas en la misma (negrilla fuera de texto, CC, T-446/2007).*

Refulge, por esta senda, que la única posibilidad que tendría el juez ordinario es reconocer las consecuencias connaturales de la nulidad absoluta por objeto ilícito declarada en la acción popular, así como observar el artículo 1525 del Código Civil por haberse ordenado su aplicación.

4.5. Por todo esto, queda fuera de duda que si esta Corporación tuviera que fallar el caso en sede de instancia la determinación sería equivalente a la proferida por el Tribunal, en el sentido de rehusar la repetición de lo pagado por Fernando Londoño para adquirir las acciones de Invercolsa, lo que devela la intrascendencia del ataque.

4.6. Se hace palmario, entonces, la inocuidad de estudiar el cargo.

5. No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se hiciera un estudio de fondo de la censura, bien pronto aflora su revés, por cuanto no erró el sentenciador al aplicar el artículo 1525 del Código Civil a la ineficacia declarada, así pueda criticarse parcialmente la hermenéutica que ensayó para esos fines.

5.1. Recuérdesse que el negocio jurídico es un instrumento esencial para el comercio e intercambio de bienes y servicios en la vida cotidiana, que ha adquirido una importancia cada vez más relevante en las últimas décadas, por el enorme crecimiento de los mercados nacionales e internacionales, pues como ha reconocido la Sala, la contratación moderna se da *«en un marco caracterizado por la*

globalización, producción, comercialización y consumo a gran escala, la celeridad, masificación, eficiencia, necesidad inmediata de bienes o servicios de consumo y mecanismos negociales expeditos de gran complejidad, sofisticación y uniformidad para satisfacer las expectativas de los sujetos, que descartan o acentúan las nociones primigenias de la figura, insertándolas en un contexto que a más de reconocer la incidencia de intereses antagónicos, la diversidad de posiciones y asimetría de las partes, desarrolla la cooperación o intercambio e impone deberes de corrección, lealtad, buena fe y un equilibrio armónico.»²

Esa masiva utilización también ha incidido en un mayor interés por su estudio en la jurisprudencia y la doctrina, en pos de comprender mejor sus elementos estructurales y su adaptación a los nuevos retos de la mencionada demanda creciente que, por demás, igualmente ha venido imponiendo nuevas figuras contractuales o negociales atípicas.

Los análisis han discurrido con particular énfasis en las teorías sobre los requisitos de existencia y validez, así como las distintas figuras que se generan ante la ausencia o las dificultades de dichos requisitos, que no ha sido tema pacífico en la tradición del derecho privado heredero de la familia romanista, por lo cual, el estudio de la denominada *ineficacia*, entendida esta palabra en su sentido genérico y comprensivo de las nulidades, rescisión u otras crisis negociales, no parece agotado, de manera que, sin abandonar el derecho comparado y su indudable ayuda, ante

² SC, 1º jul. 2008, exp. n.º 2001-00803-01.

las significativas diferencias que acontecen, «*si se pretende comentar un sistema u ordenamiento jurídico concreto, en nuestro caso el derecho colombiano, hay que atenerse ante todo a las soluciones positivas que dicho sistema ofrece,...*»³.

Concerniente a este asunto, es pertinente destacar que aparte del aludido concepto genérico de la *ineficacia*, el Código de Comercio de 1971 consagró una particular figura que denominó *ineficacia de pleno derecho*, o simple *ineficacia*, que además de contemplarla en varias normas específicas (v. g., arts. 110-4, 122, 190, 366, 390, 433, 1203, 1210, 1244, 1613), le fijó sus contornos generales de esta manera: «*Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial*». Estatutos posteriores, entre los que cabe recordar las leyes 222 de 1995, 226 de 1995 y 1116 de 2006, disciplinan otros eventos de especial *ineficacia* negocial.

La adopción de esa nueva *ineficacia* por el legislador colombiano, para sancionar irregularidades de los actos o negocios jurídicos comerciales, tuvo su fuente irrefutable en el deseo de prever un mecanismo más ágil, que no requiera decisión judicial para ser reconocida, a diferencia de la nulidad (art. 1746 del C.C.). Pudo tener algo de inspiración en comentaristas del Código Civil italiano de 1942, porque en ese ordenamiento, aparte de las nulidades, se previeron formas de *ineficacia*, cuando «*el negocio no produce su normal*

³ Ospina Fernández, Guillermo y otro. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, Ed. Temis, 2015, págs. 417.

efecto por algún obstáculo (negativo, o positivo) de carácter extrínseco que lo hace (ipso iure) inidóneo para operar»⁴.

Precisó el último autor, que «*el término de 'ineficacia' es empleado en sentido amplio o genérico, para destinar, en su conjunto, las imperfecciones o deficiencias del negocio, incluyendo en ellas la nulidad, la anulabilidad y otros; pero este es un uso que se debe rechazar, porque constituye fuente de equívocos...*», de manera que debe usarse el significado técnico, esto es cuando la «*ley emplea la expresión 'no produce efecto' en el sentido técnico de ineficacia*», aunque en otros casos lo utiliza para advertir la nulidad, y anotó variantes de ineficacia, que puede ser *permanente* o *relativa*, así mismo que por ciertos acontecimientos nuevos y posteriores se subsane la situación, mediante ratificación, entre varias hipótesis⁵.

En el derecho nacional la concepción de la figura entraña una forma radical de carencia de efectos del negocio de que se trate, de modo que, aparte de las similitudes o diferencias entre los sistemas jurídicos, lo cierto es que según la reglas aquí imperantes, la expresión de *ineficacia*, que antes poseía un significado genérico y comprensivo de las diferentes formas de invalidez o crisis del negocio jurídico, pasó a contemplarse como una forma concreta de fracaso del mismo.

⁴ Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América - EJE, 1954; traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo II, págs. 498 y ss. Similar postura en su obra *Doctrina general del contrato*, varios traductores; Buenos Aires, EJE, 1952, págs. 310 y ss.

⁵ Messineo, *ibidem*.

Y no han faltado las discusiones en cuanto a la naturaleza jurídica de esa nueva categoría, pues como lo hizo ver el Tribunal, algunas de las varias tesis la consideran como una forma de nulidad que no requiere declaración judicial, que por eso deben aplicársele en lo pertinente las normas que gobiernan esta última, sobre todo cuando el motivo de ineficacia contemplado en la norma respectiva, es causal de nulidad en otras hipótesis comerciales o civiles.

A lo que se agrega que la legislación comercial dejó sin asentar una regulación especial sobre la manera en que deben reconocerse los presupuestos de la ineficacia, si es necesario instar la intervención judicial por la negativa de las partes a aceptarla; como tampoco fijó unos derroteros para la aplicación de sus consecuencias o restituciones cuando se ejecutaron prestaciones en desarrollo del negocio que luego se reconoce como ineficaz.

Razones todas por las que hay posturas conforme a las cuales la ineficacia es igual, o se asimila, a la nulidad, y o cuando menos se le deben aplicar las mismas normas de esta.

5.2. Realizada la anterior delimitación temática y volviendo al caso, dable es colegir que el parecer hermenéutico del sentenciador no cayó en desatino de juicio al emplear el artículo 1525 del Código Civil en la ineficacia que reconoció, porque se apoyó en el sistema regulatorio de las sanciones contractuales del derecho privado nacional, del

cual puede deducirse que a la ineficacia de pleno derecho dispuesta en el artículo 897 del estatuto mercantil y prevista en normas especiales, bien pueden atribuirse las secuelas propias de la nulidad absoluta, sobre todo cuando su razón legal en un caso concreto, coincida con una causal de esa particular nulidad.

Puede aceptarse que el Tribunal erró en el raciocinio al omitir el verdadero eslabón jurídico que permite esa utilización de las consecuencias de la nulidad a la ineficacia, pero eso no derrumba su conclusión, pues en buenas cuentas, no es por analogía, que ciertamente es problemática en tratándose de sanciones, sino mediante una integración normativa por remisión expresa -o reenvío-, prevista en el artículo 822 del Código de Comercio, bajo cuyo tenor los principios que rigen *«la **formación** de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, **modo de extinguirse, anularse o rescindirse**, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa»* (inc. 1º. Se resaltó).

Es que si la ley comercial no trajo ninguna regulación sobre las secuelas de la ineficacia, que es una sanción para privar de efectos los negocios jurídicos, por ciertas anomalías previstas en las normas sobre su creación, tiene cabida el empleo de la ley civil por cuanto se trata de temas que se refieren a su *«formación»*, así como al *«modo de extinguirse, anularse o rescindirse»*.

Ese artículo 822 del estatuto mercantil es el puente que une los dos estatutos, civil y comercial, en las referidas materias concernientes con los actos o negocios jurídicos y obligaciones mercantiles; por lo tanto, es la que hace posible aplicar las reglas de la nulidad absoluta del Código Civil, a la ineficacia, mediante una integración normativa por remisión expresa, y no por analogía.

5.3. Precisamente, en el sistema de fuentes del derecho que adoptó el Código de Comercio, fuera de otras reglas (arts. 3 y ss.), previó desde el comienzo que los comerciantes y sus asuntos se rigen por las normas de ese estatuto, y en los casos no regulados de forma expresa allí, por analogía (art. 1º); añadió que cuando esas materias mercantiles no puedan regularse conforme a esas pautas, se deben aplicar las disposiciones de la ley civil (art. 2º).

De esos preceptos, ha dicho esta Corporación⁶, emana que *«prima en caso de vacío legal la aplicación de la analogía de las normas comerciales por sobre la aplicación de los preceptos de naturaleza civil»*, acorde con la naturaleza de los asuntos mercantiles *«y con la agilidad que de suyo ostenta el tráfico comercial, mucho más y antes que acudir a otro ordenamiento extraño o incompatible»*.

Empero, precisó que debe armonizarse como *«excepción a la anterior regla general consistente en la aplicación esencial de los preceptos del Código de Comercio»*, cuando en el

⁶ SC, 30 ag. 2001, exp. n.º 5791. Similar criterio fue reiterado en el fallo SC, 1º jul. 2008, exp. n.º 2001-00803-01.

artículo 822 se dispuso que los principios sobre formación, efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse los actos y obligaciones civiles, *«serán aplicables a las obligaciones y negocios mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa»*. Y explicó la Corte seguidamente:

Se ve entonces que la norma transcrita, en relación con la aplicación de los preceptos civiles a los asuntos mercantiles que tocan con los actos y las obligaciones de este linaje y respecto de cada una de las situaciones que ella misma define, sobrepasa la preferente aplicación de la analogía de las normas comerciales que, por regla general, establece el código de comercio, pues yendo más allá y justamente con el fin de precaver lo que se debe hacer en presencia de un vacío legal, e incluso para evitarlo en lo posible, integra al cuerpo de normas comerciales los principios y, por ende, las normas del derecho civil en lo que respecta a los negocios jurídicos y a las obligaciones mercantiles; ello implica en consecuencia que en las materias a que alude el citado artículo 822 del C. de Comercio y cuando no haya precepto comercial aplicable a un caso determinado deba acudir a lo que disponga el derecho civil antes que a las situaciones comerciales análogas o semejantes, salvo, claro está, 'que la ley establezca otra cosa...' (CS, 30 ag. 2001, exp. n.º 5791).

Por tanto, clarificó en la misma sentencia, si la ley comercial guarda silencio en relación con los aspectos negociales contemplados en el artículo 822 del Código de Comercio, no es viable acudir a la analogía de sus normas, que dispuso el artículo 1º ibidem, puesto que de ser así, *«perdería sentido y razón de ser el fenómeno de integración de normas comerciales y civiles que en el fondo consagra el artículo 822...»*, por lo cual, de resolverse esos asuntos con fundamento en la *«analogía»* que manda dicho artículo 1º, *«en la práctica desaparecería la remisión al derecho civil que establece aquel precepto posterior»* (idem).

Distintas son las hipótesis, agregó, en que sobre los mismos principios o temas atinentes a esos actos u obligaciones comerciales, hay regulación diferente en ambas codificaciones -civil y comercial-, o cuando la última excluye a la primera u ordena otras formas de integración o aplicación a sus asuntos mercantiles, pues ahí sí tiene que aplicarse lo que disponga ley comercial, y no es necesario remitirse a la civil.

Luego, como la ley comercial no establece unas reglas para las secuelas de la ineficacia, ni siquiera para la nulidad (arts. 897 y ss. C.Co.), que son sanciones negociales por problemas relacionados con «*la formación*», el «*modo de extinguirse, anularse o rescindirse*» de las obligaciones y negocios mercantiles, es necesario acudir a las que en torno a esas cuestiones jurídicas prevé la legislación civil, por reenvío o remisión expresa, no por analogía, reitérase.

5.4. Ahora bien, han explicado autorizadas doctrinas que tanto el reenvío o remisión normativa, como la analogía, son formas de integración del derecho. Pero cumple deslindar que son diferentes, porque la primera figura hace posible la aplicación de normas de un ordenamiento a los supuestos regulados en el mismo o en otro, por orden directa o expresa de la ley, cual ocurre *verbi gratia*, con lo dispuesto en el comentado artículo 822 del Código de Comercio.

De ahí se deriva que en las eventualidades de remisión o reenvío, al caso carente de regulación se le aplican las

normas que el legislador manda, es decir, que como el caso ya está regulado específicamente, y, por tanto, no hay vacío legal, sino utilización del régimen correspondiente que, en línea de principio, no es solamente con las reglas favorables, sino que comprende todo el conjunto, salvo que la remisión legal sea circunscrita o limitativa a ciertos preceptos. Restricción que no acontece en el asunto de autos, pues el reenvío que preceptúa el artículo 822 del Código de Comercio, en las materias allí previstas, es genérico para lo no previsto en dicho estatuto, como son los resultados de la ineficacia.

Mientras que la analogía es el empleo de una norma que regula ciertos supuestos, a casos concretos semejantes o *análogos*, que carecen de regulación -vacío-, figura que se clasifica, como anota la doctrina, en *analogía legis* y *analogía iuris*, que encuentra como límite las normas sancionatorias o que consagran excepciones, que no pueden aplicarse por esa forma integradora. La analogía se aplica en concreto por decisión de la autoridad que decide sobre el punto, ej. el juez, sin mandato específico de la ley, que lo ordena de manera general como criterio integrador en la aplicación del derecho, para evitar vacíos o lagunas, como por ejemplo en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, los artículos 5 del Código de Procedimiento Civil y 12 del Código General del Proceso, entre otras.

De donde aflora que no le asiste razón al recurrente cuando invoca violación de la ley sustancial, por haberse reconocido las consecuencias del artículo 1525 del Código

Civil por analogía, pues por el reenvío mandado en el precepto 822 del estatuto comercial, se dio cabida a esta regla civil en un asunto mercantil, en desarrollo del elenco normativo sobre las secuelas de la nulidad, entre esas el artículo 1746 del mismo régimen civil, que como ya se anotó, prevé en su primer párrafo el derecho de las partes a que en la sentencia sean *«restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita»*.

Precisión de uso del régimen normativo de la nulidad a la ineficacia porque, itérase, para las restituciones mutuas procedentes del reconocimiento de los presupuestos de esta última, cuando el negocio ineficaz respectivo ha conllevado intercambio de prestaciones, no hay reglas especiales en la ley comercial, de tal manera que deben aplicarse las del derecho civil para la nulidad que, por cierto, son las únicas para sanciones relacionadas con la validez del negocio jurídico.

Así lo reconoció la Corte en reciente pronunciamiento, que se transcribe *in extenso*:

Una vez declarada la ineficacia jurídica del contrato de venta de acciones, la consecuencia que hay que imponer es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Lo anterior es así por cuanto el Código de Comercio no prescribe los efectos específicos para cada una de las formas de invalidez en él mencionadas; lo que hace necesario acudir a las reglas que rigen esa materia en el campo civil, en aplicación del principio de

remisión previsto en el artículo 822 de la codificación mercantil, según el cual «los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

Luego, por aplicación extensiva del artículo 1746 del Código Civil, es preciso aplicar a los casos de ineficacia comercial los efectos que la ley consagró para la nulidad: 'La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita... En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo'.

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

Como el vicio invalidante se produce en el origen o conformación del negocio, es natural que la invalidez se retrotraiga a ese instante, desapareciendo todos los efectos que pudo haber producido desde entonces. Esta retroactividad se da en las relaciones de los contratantes entre sí, o bien respecto de terceros, siempre que hayan sido parte en el proceso...

Entre las excepciones está lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se

haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política)... (SC3201, 9 ag. 2018, rad. n.º 2011-00338-01).

Y con mayor fuerza es así, de recordar que el motivo concreto de ineficacia previsto en el artículo 14 de la ley 226 de 1995, que es la adquisición de acciones *«en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular...»*, es igual que la violación de una norma imperativa, causal de nulidad absoluta en los negocios comerciales (art. 899-1 del C.Co.), de allí la identidad en sus efectos, salvo lo relativo a la necesidad de declaración judicial.

Del mismo modo, las reglas que sobre prestaciones mutuas están reveladas en los preceptos 961 y siguientes del Código Civil, no pueden aplicarse de manera directa, cual plantea la censura en esta imputación, sino por derivación de dicho artículo 1746 y normas concordantes de la nulidad, íntegramente, no únicamente en lo favorable al demandado.

Por consiguiente, sería inapropiado considerar que el juicio del juzgador de segundo grado fue infortunado (*error iuris in judicando*), por concluir de la forma que lo hizo. Podrá tildarse de incorrecto su argumento, en lo atañadero a la premisa normativa, en particular por lo referido al artículo 822 del estatuto mercantil, como se explicó, pero con la rectificación aquí efectuada, queda a salvo su decisión en el punto.

5.5. Así, como al final hay ausencia de vulneración, el cargo es impróspero, sin perjuicio de lo dicho previamente sobre la intrascendencia de la acusación.

CARGO SEGUNDO

Con apoyo en la causal primera del art. 368 del CPC, el recurrente cuestionó la sentencia por violación indirecta de los artículos 769, 1525, 1603 del Código Civil, 835 y 871 del Código de Comercio, 53 y 83 de la Constitución Política, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, 331 y 332 del Código de Procedimiento Civil, y el inciso 2º del art. 14 de la ley 226 de 1995, a consecuencia de errores de hecho y de derecho.

Cargo que comenzó poniendo de presente que la conclusión del juzgador *«según la cual el comprador intervino 'con pleno conocimiento de que no era trabajador de Invercolsa', sólo es consecuencia de error de hecho manifiesto en que incurrió al suponer que las pruebas a las que simplemente hizo alusión, sin analizarlas...»*, a más de que también pretirió otras; de todas ellas emana, por el contrario, que el demandado actuó con el convencimiento de haber sido empleado de esa compañía.

Para este litigante varias pruebas llevaron al Tribunal a concluir que el demandado Fernando Londoño *«tenía pleno conocimiento de que no era trabajador de Invercolsa»*, con error de hecho, pues aunque no se discute *«que no existía contrato de trabajo»*, conclusión que se acepta, si cabe tener

presente que habían muchos elementos *«que hacían más razonable»* estimar que se trataba de una *«relación laboral»*, por la prestación personal del servicio, a saber:

a) La certificación de 9 de abril de 1997, del presidente de Invercolsa (folio 1257 a 1259), donde se ve que el comprador-demandado ocupó el cargo de presidente ejecutivo, de 30 de julio de 1990 a 6 de abril de 1995, por lo cual no puede deducirse que el segundo tenía ese *«pleno conocimiento»* de no haber sido trabajador, pues en ese cargo estuvo bajo la *«continuada subordinación»* de la junta directiva, y ejecutó sus labores en forma continua y permanente. La certificación no es para acreditar un contrato de trabajo, cuestión que se descartó, pero tampoco puede desvirtuar la presunción de buena fe, que permitía al demandado considerar que su relación se regía por un contrato laboral.

Manifestó que se pidió la constancia como ex trabajador con el propósito expreso de *«quedar habilitado en la formulación de ofertas destinadas a adquirir acciones de Invercolsa»*, y así fue expedida, pues se anotó que era *«con el destino indicado en la petición que de ella se hace...»*; el Tribunal hizo decir a esta prueba todo lo contrario de lo que significa, con suposición del pleno conocimiento del demandado. Y hubo preterición por cercenamiento, por ser evidente que el representante de Invercolsa fue consciente de que aquel fue trabajador de la empresa.

b) La certificación de 24 de febrero de 1997 (folios 67 a 69 del cuaderno 1, t. 1), cuyo texto es idéntico al de la anterior, pedida por el mismo motivo, que era hacerla valer en la venta de las acciones en Invercolsa, razón por la que nada hay que agregar adicional a lo que se anotó en torno a la otra certificación.

A las certificaciones aludidas se suman las peticiones del demandado, donde anotó que quería participar en la venta de acciones, sin ocultarlo a nadie.

c) La aceptación del demandado de no habérsele pagado vacaciones ni otras prestaciones laborales, como fue reconocido en la contestación de la demanda (folios 283 a 303) y de las declaraciones de parte en este proceso (folios 658 a 663 y 789) y en el proceso laboral, pero siempre con el agregado de que hubo contrato de trabajo y que se le debieron hacer los pagos. El Tribunal cercenó la prueba al señalar que el demandado aceptó que no se le pagaron prestaciones, pues omitió tener en cuenta las aclaraciones o explicaciones que hizo y que están en íntima conexión con el hecho aceptado, frente a lo cual opera el art. 200 del CPC.

d) El hecho aceptado de que no recibía sueldo, sino honorarios. Dijo el recurrente que en varias ocasiones, como un acta de asamblea general de accionistas de Invercolsa (folios 480 a 485), además de las diligencias procesales antes citadas, que se le pagaron honorarios, pero en ninguna parte aceptó que no hubiese sido trabajador, pues precisó siempre que en realidad los pagos que se denominaban *honorarios*,

tenían un componente de salario o retribución por los servicios personales que prestaba a Invercolsa, además de cubrir otros aspectos como servicios de secretaria y guarda de libros y papeles.

Por eso estimó que el Tribunal cercenó los pasajes en que el demandado manifestó de varias maneras que lo que recibía bajo denominación de honorarios, eran salarios; así mismo, hubo suposición de prueba en la conclusión de que esas expresiones significaban que la remuneración sólo era por honorarios. Debe aplicarse el principio laboral de primacía de la realidad, así el pago de honorarios fuera a la persona jurídica que designó el demandado, pues así ha aceptado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual en un negocio entre personas jurídicas no puede desconocerse una relación laboral, *«pues lo relevante es que la realidad de los hechos muestre una prestación personal de servicios subordinada...»*.

Agregó que las presunciones de existencia de contrato laboral y buena fe, armonizan con ese principio de primacía de la realidad, y sólo pueden desvirtuarse con prueba de lo contrario. Por eso la comunicación del demandado a Invercolsa, de 26 de junio de 1992, no acredita que actuó a sabiendas, porque en ella se autorizó que los pagos a él se hicieran a una sociedad, con el agregado de que el pago se entendía recibido por el mismo.

e) El pago de honorarios a la firma Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda. Recordó el casacionista que al

demandado se le retribuían sus servicios con el pago de los honorarios en esa forma, según consta en varios actos, como la citada comunicación de 26 de junio de 1992 (folio 751), manifestaciones en reuniones de la junta directiva de Invercolsa (folios 757 a 764 y 1375), la contestación de la demanda (folios 283 a 303), declaraciones de parte en este proceso (folios 658 a 663) y el laboral; testimonios de Nubia Esther Arango Loboguerrero (folios 405 a 409), Álvaro Del Valle Bayona (folios 417 a 419), los contadores Roberto Silva Lozano (folios 462 a 464) y Jorge Riveros Medina (folios 465 a 467), Enrique Vargas Ramírez (folios 408 a 410); comprobantes de egreso (folios 503 a 623), un acta de junta directiva (folios 1348 a 1352) y el interrogatorio de parte de Jorge Enrique Arboleda -representante legal de Invercolsa- (folio 770).

En esos elementos probatorios consta que los honorarios se pagaron a la empresa de abogados del demandado, quien en su autorización dijo que para los efectos legales los pagos debían entenderse recibidos por él, pero eso no significa que él tuviera *«pleno conocimiento»* de no haber sido trabajador de Invercolsa, por lo que hubo *«suposición de prueba»*.

f) Frente al hecho de omitir reclamar por su afiliación a seguridad social, ni por los descuentos parafiscales de un trabajador subordinado, afirmó este litigante que puede ser cierto que durante la relación laboral no lo exigió, según consta en su interrogatorio de parte, el acta de junta directiva de 20, 21 y 22 de mayo de 1997 (folio 1375 del

cuaderno 3), y el interrogatorio de parte de Juan Antonio Franco R. -representante legal de Invercolsa-.

Sin embargo, insiste, *«de esa falta de reclamación no se sigue el pleno conocimiento del demandado acerca de que no era trabajador»* de la empresa; a más de que las manifestaciones del trabajador no desvirtúan la relación laboral, como ha reiterado la jurisprudencia, que citó.

g) La afirmación del interesado consignada en el acta # 1 de la asamblea de accionistas de Invercolsa (folio 2723), según la cual, en 1991, se causaron unos honorarios. Tal prueba está desvirtuada para el recurrente, pues de ella no se sigue el conocimiento pleno referido por el Tribunal.

h) En torno a que en la declaración de renta del demandado consta que no recibía salarios, tampoco se puede pasar a un supuesto convencimiento del mismo de no haber sido trabajador de la entidad.

Hubo error manifiesto del Tribunal porque ni de la declaración de renta, ni de las otras pruebas, *«se puede desvirtuar la presunción de buena fe, tal como lo concluyó la Fiscalía General de la Nación cuando analizó las mismas pruebas y señaló que no había tipicidad en la conducta...»*.

i) Expuso el inconforme que la decisión de la Fiscalía fue distorsionada por el Tribunal, porque lo anotado por aquella en el auto que transcribió el último, *«suprimiéndole sus apartes más significativos...», es la posibilidad de que los*

jueces civiles o laborales decidan que no exista contrato de trabajo», pero como algo posible, pues dejó muy claro que la conducta del implicado no era infractora «por ausencia del elemento subjetivo indispensable en la estructura de cualquier ilícito», que inclusive los sucesores del doctor Londoño en Invercolsa son trabajadores, y que la relación entre estos «revestía las características propias de un contrato de trabajo». Conforme con la Fiscalía, la cuestión «podría ser definida de forma diferente por los jueces civiles o los jueces laborales», pero la conducta del implicado no sería típica «por ausencia del elemento subjetivo», pues las circunstancias en que prestó los servicios le permitieron tener la convicción de reunir las condiciones de trabajador.

De modo que para el impugnante, así se concluya por un juez civil o laboral que no hubo contrato laboral, en todo caso estaba demostrada su buena fe, y el Tribunal supuso lo contrario.

En cuanto al error de derecho endilgado al Tribunal, para concluir que el demandado actuó con *«pleno conocimiento»* de no haber sido empleado de Invercolsa, el recurrente manifestó:

El sentenciador se apoyó en la sentencia del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 2003, ya que en esta se anotó que el demandado contravino abiertamente las normas del proceso de democratización de la propiedad accionaria, que son de derecho público. Sin embargo, ni esa sentencia, ni la demanda de la acción popular que la originó, fueron

decretadas como pruebas en este proceso, pues sólo se allegaron copias (folios 452 a 458, 459 a 507 del cuaderno 5), sin justificar la incorporación de esos documentos, sin autenticación ni constancia de ejecutoria. Tampoco fueron pruebas trasladadas.

Así, hubo error de derecho al apreciarlas en la sentencia, porque no hay en el expediente auto que decretara, de oficio o a petición de parte, como prueba ese fallo, lo que vulneró los artículos 174, 179, 180, 183 y 185 del CPC; como tampoco son autenticados, ni hay constancia de ejecutoria. De esta forma se vulneraron los preceptos 252, 254, 262 y 331 del mismo código.

En este cargo, también se duele el recurrente por haber omitido el juzgador varias pruebas, ya que *«no hizo la más mínima alusión en la sentencia»*, las que comentó así:

1) La resolución de 21 de diciembre de 1999, en la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, confirmada por el superior respectivo (folios 601 a 608), que precluyó la investigación contra Fernando Londoño, por los delitos de falsedad personal y compra de acciones a favor de otro, por atipicidad de la conducta. Versó sobre el supuesto hecho de haberse atribuido el citado la calidad de ex trabajador de Invercolsa, frente a lo cual consideró el ente investigador, tras un análisis probatorio, que había atipicidad de la conducta *«por falta de dolo en la actuación del demandado»*.

Expresó que tal decisión produjo la extinción de la acción penal e hizo tránsito a cosa juzgada, de acuerdo con el procedimiento penal y la jurisprudencia constitucional y penal, que citó, pues siendo una misma conducta, el aspecto doloso que ya se calificó en el proceso penal, es inadmisibile que deba ser distinto para la justicia civil, como también es aceptado en esta última, y ocurre con la prejudicialidad que puede operar, conforme al art. 170-1 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando hay sentencia penal absolutoria, o preclusión, *«la calificación sobre la conducta del sindicado en cuanto a su culpa o dolo, obliga al juez civil»*; así, si se juzgó por un delito doloso y se absolvió, el juez civil no puede apartarse, salvo que sea *«sobre la culpa o negligencia»*.

Puntos que reforzó con doctrina y jurisprudencia que citó, para concluir que el Tribunal no podía desconocer la resolución de preclusión *«en cuanto a la ausencia de dolo que con efectos de cosa juzgada había sido previamente definida y resuelta»*, con omisión y desconocimiento de la coherencia que debe haber entre la justicia civil y la penal, pues como ha dicho la Corte, *«la verdad es única»*.

2) La carta de 24 de febrero de 1997 (folios 65 y 66), en que Fernando Londoño solicitó al entonces presidente de Invercolsa, Enrique Vargas Ramírez, que le certificara sobre la prestación de sus servicios a la compañía, *«para hacerla valer en el proceso de venta de acciones»*, y así lo hizo el último, como lo ratificó al rendir declaración en este caso.

Esa prueba, que pasó por alto el Tribunal, confirma la buena fe del demandado, y muestra que para nadie era un secreto su propósito de participar en el negocio.

3) La escritura pública de constitución de la sociedad Invercolsa (folios 73 a 87), en que se designó al demandado como presidente y se precisaron las funciones para ejecutar un objeto social complejo, subordinado a la junta directiva y a la asamblea general de accionistas, que era otra razón para considerar que su relación fue laboral.

Apuntó que la gestión fue personal e ininterrumpida, al igual que la de su sucesor, Enrique Vargas Ramírez, quien fue vinculado mediante contrato de trabajo y adquirió acciones en la misma oferta referida, de manera que la única diferencia fue un documento escrito.

4) Testimonios de Nubia Esther Arango L. (folios 405 a 409), secretaria de la junta directiva de la empresa, Roberto Silva Lozano (folios 462 a 464), revisor fiscal, y Jorge Eutimio Riveros Medina (folios 465 a 467), contador de la entidad.

Declaraciones que estimó demostraban la relación laboral del demandado con Invercolsa, pues describieron en detalle las funciones y actividades que él cumplía, la remuneración con honorarios y la recomendación de Riveros para que se legalizara el vínculo. Esto corrobora que la conducta del demandado fue de buena fe, porque actuó con la convicción de ser ex trabajador, aunque la justicia laboral descartara el contrato de trabajo.

Así mismo, fue omitida la constancia en el acta de Junta Directiva 025 de 1997 (folios 541 a 578), en que Enrique Vargas Ramírez incorporó una comunicación donde se decía que el demandado tuvo las mismas funciones de él, las que allí se detallaron.

5) Indicios que corroboran la situación laboral que el demandado invocó. Uno consiste en que sus sucesores en la presidencia de Invercolsa fueron vinculados como trabajadores, sin que se haya dudado de ese carácter laboral, hecho que ratificó Enrique Vargas Ramírez, ya citado.

Otro que ratifica la presunción de buena fe del demandado es el proceso laboral, que el mismo promovió para tal efecto.

6) Resaltó el recurrente el concepto del abogado Carlos Álvarez Pereira a Invercolsa, de 6 de abril de 1998, en que reconoce que sí hubo contrato de trabajo del demandado con esa entidad, transcrito en buena parte con las explicaciones que dio el profesional (folios 511 a 513 del cuaderno 5). Conclusión idéntica a la que llegaron los abogados Fernando Uribe Restrepo y Jorge Iván Palacio Palacio (folios 514 a 535 ib.).

Y aunque la justicia laboral no acogió su demanda, eso no obsta para que pudiera tener el convencimiento de haber sido trabajador.

CONSIDERACIONES

1. Tiénese averiguado, como en múltiples ocasiones ha expresado la Corte, que el quebranto de las normas de derecho sustancial puede acontecer por dos vías diferentes: la directa y la indirecta. La primera tiene lugar cuando en la sentencia, con independencia del análisis fáctico, el juez de instancia vulnera dichas normas por falta de aplicación, consideración indebida, o interpretación errónea, *«mientras la segunda acaece cuando la no aplicación o la equivocada aplicación de la ley en el fallo, obedece a la comisión de errores por el juez en relación con las pruebas producidas en el proceso para acreditar las circunstancias fácticas relevantes del litigio, ya por error de hecho evidente o manifiesto, ora por error de derecho»* (SC34, 10 ag. 1999).

Respecto de esta última vía, cabe recordar que la apreciación probatoria se lleva a cabo por el juez en dos fases distintas, aunque conjuntas, una para verificar la existencia material de la prueba en el proceso y su contenido, y la otra para revisar el ajuste de esa prueba a las normas que regulan su producción, eficacia y evaluación, *«para asignarle el mérito de convicción que corresponda, lo cual necesariamente supone el agotamiento de la primera fase»*, de donde surgen los errores de hecho y de derecho en el quehacer judicial, que son diferentes, por su naturaleza y contenido.

En ese sentido, esos yerros de apreciación probatoria no pueden ser confundidos, porque el *«de hecho implica que en*

la apreciación se supone o se omitió una prueba, mientras que el derecho entiende que la prueba fue exacta y objetivamente apreciada pero que, al valorarla, el juzgador infringió las normas legales que reglamentan tanto su producción como su eficacia» (SC, 19 oct. 2000, exp. n.º 5442).

2. Como se anotó en los escritos de réplica, en el ahora revisado cargo hay defectos de técnica que lo hacen inviable. Para comenzar, se denunció yerro de apreciación probatoria respecto de la certificación de 9 de abril de 1997, emanada del presidente de Invercolsa, por suponer de la misma el conocimiento del demandado de no haber sido trabajador de esa entidad, pero al mismo tiempo se acusó que hubo cercenamiento (folio 158 del cuaderno Corte). Cuando invocó la constancia de 24 de febrero de 1997, se dijo que por ser idéntica a la anterior, no había más que agregar (*ídem*).

Así, hay una anfibología en la impugnación, porque si esas pruebas fueron analizadas, aunque a juicio del censor de modo indebido, no podría sostenerse al mismo tiempo que fueron omitidas.

Tampoco parece ajustado a la técnica de casación, el análisis de las invocadas decisiones de la Fiscalía, pues el recurrente en el mismo cargo adujo error de hecho por cercenamiento o supresión de algunos apartes de su contenido, y luego alegó que fue una prueba omitida. Justamente, puede verse en el resumen del reproche, que en un primer aparte denunció yerro de facto al estimar que una providencia fue distorsionada por el Tribunal, quien le

suprimió «*sus apartes más significativos...*» y agregó que, mediante resolución de 21 de diciembre de 1999, esa entidad precluyó en forma definitiva la investigación penal, la cual «*incorpora y confirma el auto del 9 de agosto de 1999, al que vengo refiriéndome*» (folios 171 a 173 *ibidem*); empero, más adelante expuso que la resolución de 21 de diciembre de 1999 fue una de las pruebas omitidas por el juzgador (folios 175 y ss. *ibidem*).

De esta suerte, aquí también hay una ambivalencia, porque no es viable aceptar, en el mismo cargo, que en la sentencia cuestionada las decisiones de la Fiscalía, que conforman una unidad jurídica, fueron estudiadas y también omitidas.

Es pertinente recordar que si «*la acusación se sitúa en la vía indirecta de la causal primera de casación, la demostración de los errores de apreciación probatoria que a la sentencia se le atribuyan en aquella, ha de sujetarse a las sobredichas exigencias*», que reclaman claridad, en lo tocante al error de hecho, por medio de una comparación entre lo sostenido por la sentencia y el tenor de la prueba apreciada, sin confusiones acerca del sentido o alcance del cargo en la demostración del yerro, de tal manera que «*a la claridad se opone que, dentro del mismo cargo y en lo tocante con la misma prueba, se planteen dilemas que, al estarle vedado a la Corte escoger entre sus extremos por razón del carácter dispositivo y excepcional del recurso*»⁷, como precisamente sucede con los medios suasorios antes mencionados, por el

⁷ Sentencia 114 de 15 de septiembre de 1994.

ataque coetáneo, e incompatible, entre olvido y supresión parcial de su contenido.

En cuanto se refiere al error de derecho, derivado de la invocación que hizo el *ad quem* de la sentencia del Consejo de Estado resultante de la acción popular ya citada, en definitiva, no es un aspecto trascendental, y sencillamente cabe considerarse como un elemento de juicio jurídico, en aras de extraer apoyo de esa otra decisión para sus conclusiones jurídicas, así pudiera considerarse discutible el soporte que se buscó por el primero en las consideraciones del segundo.

Con todo, recuérdese que el citado fallo fue proferido en el marco de un proceso de orden constitucional, cuya oponibilidad se deriva de los efectos *erga omnes* de la sentencia, sin que la misma se condicione a su incorporación como providencia judicial en otro proceso.

Y es que, como sucede con todas las acciones constitucionales, el trámite de la acción popular se rige por el principio de flexibilidad, al punto que el legislador previó mecanismos especiales para la divulgación de los procesos y los fallos definitivos (artículo 80 de la ley 472 de 1998), lo que excluye que en estos casos deba acudirse a las normas del proceso civil sobre copias o certificaciones, a fin de incorporar tales providencias a otras actuaciones.

De allí que lo resuelto haga tránsito a cosa juzgada material y sea de imperativa observancia, incluso para los

jueces, quienes deben aplicar lo decidido, sin mayores consideraciones que la garantía del debido proceso.

Por lo demás, resulta contrario a la probidad procesal que el impugnante, al sustentar el remedio extraordinario, reniegue del valor probatorio de la sentencia del Consejo de Estado, cuando fue él quien inicialmente la arrimó al proceso como anexo al resumen escrito de la intervención verbal que hizo en segunda instancia (folios 705 a 716 del cuaderno 5), y se soportó en ella para censurar el fallo de primer grado.

Bien ha dicho esta Sala que *«el mandato del non venire contra factum proprio, también conocido como estoppel... prohíbe que un sujeto pueda realizar actos contrarios a sus comportamientos anteriores, so pena de inobservar la buena fe»* (CSJ, AC3917, 20 jun. 2017, rad. n.º 2009-01117-01), de donde debe repelerse que después de introducir al proceso un documento y argüir su importancia, después se base en él para atacar la sentencia de alzada.

3. Se aúna a lo anterior que, como sucede con el cargo delantero, en consideraciones que se entienden reproducidas por concreción, la acusación deviene intrascendente, amén de que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil era una consecuencia de la cosa juzgada de la sentencia de la acción popular, por lo que el fallo de segundo grado que ha proferirse, en caso que prosperara la casación, tendría el mismo sentido que el confutado, siendo anodina su anulación.

Total que, ante la existencia de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, que declaró la improcedencia de acceder a las restituciones mutuas, así se dijera que no hubo dolo en el actuar del accionado, por aparecer acreditado con los medios suasorios relacionados en el recurso, se encuentra cerrada la puerta para acceder a la devolución del precio pagado por la adquisición accionaria cuestionada, como se pretende por el opugnante.

Recuérdese que el Consejo de Estado en la sentencia de 9 de diciembre de 2003 fue contundente en declarar *«que Fernando Londoño Hoyos no podrá repetir contra ECOPETROL la cantidad que pagó como precio de las acciones»* (negrilla fuera de texto), decisión que, por haber hecho tránsito a cosa juzgada y surtir efectos frente al público en general, debía ser observada por el Tribunal, como en efecto lo hizo, sin que este proceder pueda ser reprochado.

A la inversa, de haberse tomado una decisión en transgresión de lo fallado en la acción popular, se habría atentado contra la seguridad jurídica y la intangibilidad de las resoluciones judiciales, dando lugar a un yerro procesal que habilitaría la casación de la sentencia del *ad quem*.

4. Ahora bien, aunque las falencias referidas y la intrascendencia serían suficientes para dar al traste con el cargo en estudio, cabe agregar que, de todas maneras, el sentenciador emplazado nunca le achacó dolo al demandado, pues simplemente juzgó que había actuado *«a sabiendas»* de

no haber sido trabajador de Invercolsa, conforme a lo que contempla el artículo 1525 del Código Civil, que no es igual a una conducta dolosa.

Reflexión que efectuó para aplicar las secuelas de la nulidad absoluta, a la ineficacia que se reconoció en concreto, que se entiende fue con fundamento en el artículo 822 del Código de Comercio, cual quedó explicado al despacharse el cargo primero.

Dentro de ese contexto, el artículo 1746 del Código Civil consagra la pauta de restituir lo *«dado o pagado»* por las partes del contrato cuya nulidad se declara judicialmente, a más de lo relativo a frutos, mejoras y demás prestaciones recíprocas de las denominadas restituciones mutuas, aunque *«sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita»*, regla que se remite, necesariamente, al artículo 1525, que prevé: *«No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas»*.

Del conjunto normativo sobre el particular, ha dicho la Corte que frente a un negocio nulo, las partes -o una de ellas- no tienen derecho a los restablecimientos correlativos, cuando el vicio negocial emana de un objeto o causa ilícita que ellas conocieron, porque la limitación del citado precepto 1525 es de un gran contenido ético, fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de la propia torpeza o conducta culpable⁸. Auscultado una vez más el punto de esta regla moral en las obligaciones, conocida desde

⁸ SC, 22 en. 1971, GJ. 2340, p. 50.

los romanos, cabe puntualizar que la justicia debe denegar la protección cuando quien la exhorta ha actuado de una manera irregular, bien sea por simple descuido o culpa, o por dolo (*nemo creditur turpitudinem suam allegans*)⁹.

Precisión que se ha efectuado para evitar los efectos normativos de forma automática, puesto que el precepto 1525 exige una especie de atribución participativa en el acto o contrato afectado por objeto o causa ilícitos, al agregar que sea «a sabiendas», esto es, de modo cierto, con conocimiento del partícipe, porque ha puntualizado esta Corte, tal expresión, entendida en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.), que es el de la lengua española, significa «de modo cierto, a ciencia cierta», y que, por consiguiente, «se requiere un conocimiento objetivo o un conocimiento-realidad frente a determinado hecho»¹⁰.

De donde emana que quien de manera consciente, aunque sea con descuido, y no necesariamente con dolo, interviene de forma directa o indirecta, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido. Es evidente que la regla comentada (art. 1525 del C.C.), no exige en parte alguna dolo o intención dañina, de manera que basta el conocimiento objetivo de la situación.

Tanto menos es factible exigencia semejante cuando la causa de invalidez, ineficacia conforme a la ley 226 de 1995,

⁹ Citada en SC, 4 oct. 1982, CLXV, P. 215.

¹⁰ Así se explicó en la referida sentencia de 22 en. 1971.

se arraigó en un objeto ilícito que, a términos del artículo 1519 del Código Civil, fue por contravenir «*al derecho público de la nación*», conforme a lo motivado en el caso por los jueces de instancia, forma de ilicitud que no necesariamente requiere del dolo o actuación de mala fe.

5. Por manera que, de verse bien las cosas, el Tribunal no atribuyó al codemandado Fernando Londoño Hoyos actuación dolosa o de mala fe, en cuanto al conocimiento que tenía de no haber sido trabajador de Invercolsa, cuando efectuó la negociación cuestionada, de donde emana que los otros aspectos del cargo contra la sentencia de esa corporación, tendientes a demostrar que la buena fe de aquel no fue desvirtuada, y que él actuó bien al considerar que era un ex trabajador, carecen de fuerza contra lo considerado en ese sentido, en puridad, son críticas desenfocadas.

Y aunque ciertamente en el fallo de primer grado se mencionó que el demandado no actuó de buena fe, en sus justos términos esa hipótesis argumentativa así expresada, acorde con lo asentado por el Tribunal y lo aquí elucidado, es pertinente concebirla en concordancia con un conocimiento de la situación, vale decir, una actuación «*a sabiendas*» que, recálcase, no necesita de la mala fe.

6. Para abundar en estos aspectos y en los demás temas del cargo, cumple anotar que el elenco probatorio tenido en cuenta por el *ad quem*, permite deducir que el demandado sabía de su vinculación no laboral con la sociedad Invercolsa, lo cual es tan cierto que él mismo

pretende combatir ese colofón con un análisis probatorio distinto, sin demostrar el yerro evidente de hecho que se reclama en esta senda extraordinaria, que por eso sucumbe sin remedio, pues desde que abrió el ataque anotó que *«existían múltiples elementos que hacían más razonable la creencia de que se trata de esta clase de relación laboral...»* (folio 154 del cuaderno de la Corte).

Naturalmente, si el casacionista pretende exhibir que su análisis probatorio es *«más razonable»*, no puede derribar el fallo cuestionado en tanto que este también tiene razonabilidad, porque el error de hecho en casación tiene que demostrar el desatino irrefutable del juzgador en ese punto, y donde hay duda o posibilidad de interpretaciones probatorias en uno u otro sentido, no puede verse el yerro de tan particular estirpe.

Es más, nadie ha negado que el Dr. Londoño prestó sus servicios a Invercolsa, el problema es considerar que hubo una relación laboral propiamente dicha, porque incluso él mismo siempre aceptó que no fue vinculado como mero trabajador, toda vez que no le convenía desde los aspectos personales y tributarios en la empresa de abogados con quien compartía sus actividades profesionales, por lo cual siempre convino con aquella que se le remunerara con unos honorarios, no sólo sus servicios personales, sino también lo necesario para gastos de secretaría y custodia de libros y papeles.

De ese modo, si el mismo interesado dio lugar a esa situación que impedía ver de forma meridiana una relación de trabajo subordinado entre él e Invercolsa, porque no convenía a sus intereses propios, tampoco podría aducir ahora, en el fundamento de este cargo, que fue bastante descaminado el raciocinio del juez de segundo grado por cuanto no vio un vínculo laboral claro y contundente, como es de puntual exigencia en el error de hecho propio de la casación. En su propio criterio puede expresar el recurrente que luce «*más razonable*» considerar que sí había una sujeción de esa naturaleza, pero tal parecer sólo dejar ver que eso podría ser, mas no que esa conclusión sea ineluctable.

Punto en el que debe resaltarse la decisión adoptada por los jueces de la especialidad, quienes evaluaron las pruebas y argumentos relativos al estatus laboral de Fernando Londoño en Invercolsa, lo que les permitió concluir que no era el de trabajador, en señal inequívoca de la razonabilidad de esta inferencia y que desdice sobre la existencia del evidente error de hecho esgrimido en casación.

Total que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, el 28 de junio de 2002, al resolver la apelación propuesta por Fernando Londoño en dicho trámite, fue categórico en negar la configuración de un contrato de trabajo, a saber:

«[C]omparte la decisión absolutoria que dedujo el a-quo, al no acreditarse en el proceso la existencia del contrato de trabajo predicado en la demanda y por el contrario concluirse la existencia de vinculación de origen comercial entre la sociedad

demandada [se refiere a Invercolsa] y la sociedad Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda. Por ello, conforme a lo anterior es claro para la Sala, como en desarrollo del objeto social de la empresa Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda... perfectamente se dio ese contrato comercial de mandato con representación, en el cual el actor obró frente a la demandante en nombre y representación de la sociedad Fernando Londoño Abogados Asociados Ltda, y en cumplimiento de lo estipulado en el mismo objeto social, el demandante como socio y gerente de la sociedad referida, fue designado para realizar, ejecutar el mandato, lo que desdibuja el contrato de trabajo aseverado en la demanda, contrato de trabajo que en forma equivocada y sin la valoración pertinente de las pruebas allegadas al proceso en término de ley, invoca la parte demandante, precisamente además, que nunca en vigencia de dicho contrato entre las sociedades el Dr. Londoño Hoyos demostró inconformidad con lo pactado de manera verbal, nótese como en su interrogatorio de parte expresó que él, en el desempeño del cargo de Presidente y representante legal de Invercolsa S.A., nunca ordenó o solicitó que se consignara su cesantía a un fondo, no solicitó ni obtuvo pago por cesantías parciales, nunca se pagó ni solicitó el pago [de] intereses de cesantías...; de manera que, el actor conoció en la ejecución del contrato de mandato con representación celebrado entre las sociedades referidas, que no fue trabajador al servicio de la demandada y por ello, no puede pretender ahora derechos derivados de un contrato de trabajo que no existió, es decir que en este caso, cabe interpretar el acuerdo acudiendo al artículo 1622 del C.C., o sea por la aplicación práctica que hicieron de él ambas partes o, una parte con la aprobación de la otra (folios 2735 y 2736).

Por otra parte, el argumento de la cosa juzgada, planteado con sostén en las decisiones de preclusión de la Fiscalía General de la Nación, carece de fuerza para abatir el fallo impugnado, porque de esas providencias puede extraerse que la conducta endilgada al demandado fue atípica en el ámbito penal, por cuanto no hubo dolo del demandado al haber actuado con la convicción de ser ex trabajador de Invercolsa. Pero tal inferencia es inaceptable

como una conclusión forzosa y vinculante en todos los campos, en la medida en que fue empleada tan sólo para excluir la tipicidad en materia punitiva, al punto que fue explicitado por ese ente investigador, que los jueces civiles o laborales podrían considerar y decidir lo contrario.

Rememórase que en el campo civil, ya se dijo, basta el análisis del elemento «*a sabiendas*» y no del dolo, el cual sí es relevante en el juicio de atribución propia del proceso penal.

Y desde luego que frente a todo el acervo demostrativo, que permite derivar razonablemente la inexistencia de un vínculo laboral, mal puede aducirse el principio de indivisibilidad de la confesión, pues si hay la posibilidad de extraer una u otra conclusión, es porque hay pruebas que desvirtúan esas explicaciones, acorde con el invocado artículo 200 del Código de Procedimiento Civil.

7. En compendio, este cargo por vía indirecta, es igualmente impróspero.

**DEMANDA DE AFIB S.A. (ARRENDADORA FINANCIERA
INTERNACIONAL BOLIVARIANA S. A.)**

Cinco cargos formuló esta sociedad: dos apoyados en las causales quinta y segunda, los cuales se analizarán de forma separada; los tres restantes fueron basados en la causal primera del artículo 368 del anterior Código de Procedimiento Civil, que ameritan despacho unido, como se verá.

CARGO PRIMERO

Con asiento en la causal quinta de casación, adujo Afib S.A. la nulidad prevista en el art. 140-2 de la misma codificación adjetiva, por cuanto el Tribunal, al confirmar la sentencia del juzgado de circuito, carecía de competencia funcional para decidir contra esa entidad, que era litisconsorte no demandada, la cancelación y restitución de acciones y dividendos, antes anotadas.

En la sustentación del reproche exteriorizó que, acorde con la ley y la jurisprudencia, el juez debe fallar dentro de los límites fijados por las partes, únicas a quienes perjudica o aprovecha la decisión; salirse de allí conlleva falta de competencia funcional y nulidad en la sentencia, que es insaneable, como aquí, al confirmarse el fallo que condenó a Afib S.A. sin ser demandada, que sólo fue interviniente litisconsorcial (art. 52 CPC), modalidad que no la convirtió en parte enjuiciada, y por eso no podía ser condenada.

De donde pide este recurrente, que se case la sentencia para que se dejen sin valor las condenas en su contra.

CONSIDERACIONES

1. Anticípese que la acusación carece de vocación de prosperidad, porque no se configuró la anomalía procesal denunciada.

Y es que la competencia funcional, por consistir en «el reparto de funciones entre los juzgadores en razón al grado que tienen asignado dentro del proceso, en el sentido que algunos de ellos fungen como superiores de otros para desatar los remedios verticales que sean interpuestos o para resolver, en los casos en que sea procedente, el grado jurisdiccional de consulta» (SC1916, 31 may. 2018, rad. n.º 2005-00346-01), sólo es dable incurrir «en nulidad por falta de competencia funcional cuando un juez de segunda instancia resuelve la apelación formulada contra una sentencia dictada en un proceso de única instancia; o cuando el fallador de segundo grado no es el que la ley procesal tiene previsto para tal función; cuando un Tribunal resuelve una solicitud de exequátur; cuando un juez de circuito adelanta un proceso contra agente diplomático, entre otros casos» (SC14427, 10 oct. 2016, rad. n.º 2013-02839-00).

En el caso, no tiene manera de estructurarse la invalidez de marras, en tanto el Tribunal tenía atribución para decidir en segunda instancia la controversia sometida a su decisión, por tratarse de un asunto declarativo, decidido en primer grado por un juez de circuito del mismo distrito judicial, sin que el conocimiento de estas pretensiones estuviera asignado especialmente a otro juzgador.

2. Ahora bien, en la censura se anotó que el juez debió resolver dentro de los límites fijados por las partes, que son las únicas personas a quienes afecta la decisión, y que al salirse de ese marco incurrió en la falta de competencia mencionada.

Sin embargo, desde el punto de vista procesal, si el funcionario de conocimiento tiene la atribución para decidir la controversia no habría manera de predicar una especie de falta de atribución funcional y, de paso, la nulidad.

Luego, aunque se aceptara que la desviación alegada es de naturaleza procesal, en el sentido de que se condenó a quien, en sentir del recurrente, no fue parte propiamente dicha en el proceso, en todo caso es incontestable que no podría considerarse como ausencia de competencia funcional porque, cual se escribió, el juez de segundo grado tenía la atribución para componer el conflicto sometido a su discernimiento.

3. Por demás, no se advierte que con la condena impuesta, en contravía de los intereses de Afib S.A., se vulneraran sus garantías procesales, pues esta sociedad intervino en el proceso por medio de un mecanismo que permitía, al juez del litigio, la imposición de condenas en su contra.

3.1. Precisamente, Afib S.A. el 14 de marzo de 2013 pidió al *a quo* que aceptara su intervención «*como tercero litisconsorte de la parte demandada, en los términos señalados en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil*» (folio 2749).

Esta norma regula la intervención litisconsorcial, la cual permite la participación «*en un proceso como*

litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta» a «los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso».

Reliévese que la consecuencia del arribo del tercero, con fundamento en esta figura, es convertirlo en parte procesal, con todas las facultades que le son inherentes, incluida la posibilidad de pedir pruebas, para lo cual la norma citada prevé una restitución de términos en caso de que sea necesario.

Directriz explicable porque una vez él advierte que, de proferirse un fallo en un proceso que no ha sido llamado, la misma difundirá sus efectos sobre un derecho del cual es titular, la economía procesal y el deber de colaboración con la administración de justicia lo facultan para que comparezca al litigio a fin de exponer sus argumentos y propender por una decisión que le resulte favorable, bajo la égida de que la **«relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia,... sobre ella se irradian los efectos de cosa juzgada»** (negrilla fuera de texto, SC, 24 oct. 2000, exp. n.º 5387).

El sentenciador, consecuentemente, deberá evaluar los pedimentos que efectúe el interviniente, incluidos los probatorios, así los argumentos de descargo, con la posibilidad de emitir condenas a su favor o en contra, pues

«la sentencia lo liga a los efectos de la cosa juzgada»
(idem).

Así lo ha reconocido esta Corporación:

En consecuencia... y situada la Corte en el ámbito que traza el casacionista..., es lo cierto que estos adquirentes de los derechos de NELLY VALENCIA podían intervenir y los vinculaba la sentencia que se profiriera así ellos no hubiesen intervenido, lo que los sitúa en el caso plasmado en el inciso tercero del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, y por tanto los faculta, a la par que ocurre con los litisconsortes facultativos y los necesarios, para contrademandar, interponer recursos, etc... Debe recalcarse que los litisconsortes, de cualquier clase que sean son parte demandante o demandada, y estos intervinientes litisconsorciales de que trata el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil tienen las mismas garantías y facultades de parte (negrilla fuera de texto, SC, 10 sep. 2001, exp. n.º 6625).

3.2. En el caso bajo estudio, en tanto Afib S.A. promovió su intervención litisconsorcial, la cual fue aceptada por auto de 10 de junio de 2003 (folio 2779), adquirió la calidad de parte, siendo dable que se tomaran decisiones que transgredieron sus eventuales derechos, sin que con este proceder se incurriera en un yerro procesal.

Máxime si se tiene en cuenta que la mencionada entidad, al pedir su vinculación, era consciente de los efectos adversos que las resoluciones de instancia podían tener sobre sus garantías, lo que precisamente sirvió de fundamento a su petición como interviniente. Dijo Afib S.A. que tenía *«interés legítimo para participar en este proceso como litisconsorte de la parte demandada, en cuanto los efectos de la sentencia pueden extenderse a ella, a la luz de*

las pretensiones de cancelación de títulos y gravámenes formuladas por la parte actora» (folio 2752), amén de que «en virtud de la inscripción de la demanda sobre las acciones y de la discusión que se deberá decidir en la sentencia sobre sus alcances frente a los derechos adquiridos por mi patrocinada, los cuales se varán (sic) afectados si el fallo acoge las pretensiones de la actora, según lo expresado en los hechos de esa solicitud, existe legitimación en causa para que se le reconozca como litisconsorte» (folio 2753).

Luego, al concurrir al trámite y reclamar que fuera tenida como parte, asumió los efectos adversos que el fallo pudiera tener sobre su derecho de crédito, sin que al materializarse este riesgo pueda sostenerse que se incurrió en un yerro *in procedendo*.

3.3. En todo caso, no puede perderse de vista que, una vez se aceptó la intervención litisconsorcial, Afib S.A. contó con plenas garantías procesales, pues expuso sus argumentos de defensa (folios 2749 a 2754), hizo solicitudes probatorias que fueron despachadas favorablemente (folio 2779), se opuso a los argumentos del Ministerio Público (folios 3040 a 3042), de Ecopetrol (folios 3096 y 3097) y de Corredor y Albán (folios 3108 a 3092), pidió aclaración de la sentencia de primer grado (folios 3174 a 3177), interpuso recurso de apelación (folio 3180) y lo sustentó (folios 60 a 81 del cuaderno Tribunal), por lo tanto, dicha sociedad no fue un convidado de piedra en tal proceso, razón adicional para desestimar la súplica de nulidad realizada.

Menos si en la cuenta se tiene que la sociedad, al realizar su pedimento, invocó expresamente el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil, el cual ordena que «*llos intervinientes... tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención*» (folio 2752), lo que devela la plena asunción de las consecuencias connaturales de concurrir al proceso después de trabada la litis.

4. En suma, se desestima la configuración de la causal de nulidad alegada en casación, así como una transgresión evidente del ordenamiento jurídico adjetivo en detrimento de los derechos de la interviniente litisconsorcial.

CARGO SEGUNDO

Fundado en la causal segunda del art. 368 del CPC, Afib S.A. cuestionó la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones y los hechos de la demanda.

En el desenvolvimiento del cargo, después de referirse al alcance del principio de congruencia, acorde con el art. 305 ídem y la jurisprudencia, transcribió las pretensiones y resumió los hechos en que se fundaron, seguidos de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal, para destacar que en los numerales 3, 5, 6 y 12, el fallo involucró a Afib S.A., con órdenes y condenas que no guardan consonancia con las pretensiones principales y subsidiarias, ni con los hechos de la demanda.

Expresó que se resolvió *extra petita* porque, de un lado, en la demanda se pidió declarar la ineficacia o la nulidad absoluta de la adquisición de acciones, con las restituciones, sin que en parte alguna se hubiera aducido una pretensión contra Afib S.A., y de otro lado, en los hechos tampoco se hizo alusión alguna a la participación de la última en la negociación. De modo que el tribunal desbordó y desfiguró los fundamentos de hecho y las pretensiones.

CONSIDERACIONES

1. Anticípese que, una contrastación entre las pretensiones enarboladas en el libelo genitor y las decisiones adoptadas por el Tribunal, a la luz de las normas procesales aplicables al caso, descarta la incongruencia reclamada.

Justamente, en la demanda se suplicó, de manera principal, «*que se declare*» la ineficacia de la adquisición de acciones por Fernando Londoño, y entre las peticiones consecuenciales, se pide que se ordenara a dicho demandado restituir las acciones junto con sus frutos y accesorios, cancelar las inscripciones a favor del mismo, así como ordenar a Invercolsa «*la cancelación de la inscripción en el libro de registro de accionistas... de las prendas constituidas por Fernando Londoño*».

De ese modo, el levantamiento de las garantías constituidas por Fernando Londoño a favor de diversas instituciones bancarias, que luego fueron cedidas a la ahora

inconforme, fue pretendido en el escrito inaugural, como una secuela de la anomalía negocial reclamada.

Con cimiento en lo expuesto, deviene la improcedencia del cargo por incongruencia, en tanto lo relativo a la cancelación de la prenda, bien o mal, fue solicitada en la demanda, así ésta no hubiese sido dirigida contra la entidad titular de esos derechos

2. Además, es indiscutible que conforme a las reglas sustanciales de ineficacia y demás formas de ineffectividad o destrucción de los negocios jurídicos, el juez que conoce de la contienda, tiene la potestad y el deber de ordenar las prestaciones mutuas a que hubiere lugar, esto es, cuando se hubiesen ejecutado obligaciones en desarrollo del malogrado contrato.

Así, por cierto, está previsto para la declaración que nulidad, en los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, conforme a las reglas generales de las prestaciones mutuas, que necesariamente deben aplicarse al reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, cuando el cumplimiento del negocio aquejado de esta última, permitió la ejecución de las prestaciones respectivas, por supuesto que el juez del contrato, es decir, el que emite el pronunciamiento sobre nulidad o ineficacia, tiene el deber de decidir en la misma providencia, sobre las restituciones a que haya lugar.

Eso sin contar, por demás, que la decisión sobre prestaciones mutuas hace parte de la litis, aunque se

hubiese omitido una pretensión concreta sobre el particular, puesto que la jurisprudencia tiene sentada la regla de la actuación oficiosa del juez, que es aplicable a casos de ineficacia, *«sobre la base de considerar que su reclamo está incluido implícitamente en la pretensión de nulidad. Como lo ha venido exponiendo, "...Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Estas prestaciones proceden en razón de la sentencia, y no es posible obligar al demandado a anticiparse al fallo para solicitar lo que sólo puede debérsele como consecuencia de la pérdida del pleito y como prestación a que sólo en ese caso está obligada la contraparte" (G.J. t. XXVII, número 1410, págs. 212 y 213)»*¹¹.

Reluce, entonces, que el Tribunal debía referirse, al margen de los pedimentos realizados en el escrito inicial, a las restituciones connaturales a la ineficacia negocial, sin que al hacerlo, vía confirmación del fallo del *a quo*, transgrediera los extremos de la *litis*.

Y es que, al examinarse la demanda de casación del demandado Londoño Hoyos, quedó asentado que reconocidos los presupuestos conforme a los cuales el acto de adquisición no produjo efectos, esto es, fue ineficaz, sin necesidad de declaración judicial (arts. 897 del C.Co. y 14 de la ley 226 de 1995), era secuela obligada que los bienes enajenados (acciones) volvieran a los vendedores, con aplicación de las

¹¹ SC, 24 feb. 2003, exp. n.º 6610.

normas sobre nulidad, acorde con el reenvío que contempló el artículo 822 del mismo ordenamiento.

Mal puede aceptarse, pues, que las decisiones de instancia no guardan consonancia con las pretensiones principales de la demanda.

3. Por consiguiente, no florece este cargo.

CARGO TERCERO

Con estribo en la causal primera del art. 368 del CPC, se acusó la sentencia por violación directa de los artículos 52, inciso 3º, 305, inciso 4º, 51 y 83 del citado estatuto, «*como violación medio*» de los preceptos 1740, 1741, 1746, 1748 y 2412 del Código Civil, 897 y 899 del Código de Comercio, 14 y 15 de la ley 226 de 1995, como consecuencia de errores puramente jurídicos, al darles una inteligencia distinta de la que corresponde.

En desarrollo del cargo el censor anotó que el Tribunal confirmó la sentencia de primer grado, que condenó a Afib S.A. sin ser demandada, pues sólo actuó en calidad de litisconsorte facultativo del demandado Fernando Londoño, pero eso no la convirtió en demandada.

Reseñó los argumentos de ese juzgador para considerar que la decisión cobija a Afib S.A., como el relativo a que su conducta «*quedó seriamente cuestionada*», conforme apuntó el Consejo de Estado en sentencia de 9 de diciembre de

2003, en la acción popular contra Fernando Londoño y Ecopetrol, por haber recibido aquella (Afib S.A.) la dación en pago de las acciones después de inscrita la demanda, dación que reversó la Superintendencia de Sociedades, en decisión de 5 de noviembre de 2003; también que como Afib no era acreedora prendaria cuando se presentó la demanda, no podía ser sujeto de pretensión reivindicatoria.

Criticó que el Tribunal en realidad atribuyó a Afib la calidad de demandada, sin serlo, pues desconoció que la intervención litisconsorcial no cambia la condición de tercero a quien participa, que es diferente del litisconsorcio necesario, como ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, que citó, y así, terminó por desconocer el derecho prendario de esa entidad sobre las acciones.

Impugnó los argumentos sobre efectos de la sentencia frente a terceros y la aplicación del art. 305 del CPC, porque éstos sólo pueden ser condenados si son demandados, y so pretexto de un hecho modificativo del derecho sustancial el juez no puede cambiar las pretensiones, para condenar al interviniente facultativo con la orden de cancelar la prenda y restituir las acciones y dividendos. Fue erróneo considerar que era innecesaria la acción reivindicatoria, porque si bien la nulidad da acción contra terceros poseedores, Afib no fue parte en la adquisición de acciones que se cuestionó, no es demandada aquí, y por eso no puede ser condenada.

En conclusión, para este recurrente hubo violación de las normas denunciadas, porque se condenó a Afib S.A. a la

cancelación de la prenda, sin ser demandada, con aplicación indebida de los efectos de la nulidad por objeto ilícito a la ineficacia que se declaró a la adquisición de acciones por Fernando Londoño. Relativo a los arts. 14 y 15 de la ley 226 de 1995, arguyó que no podía deducirse en este caso que la interviniente actuó de la mala fe en la negociación de las acciones.

CARGO CUARTO

Basado en la misma causal primera de casación, el censor imputó violación directa de los artículos 952, 961, 964, 1740, 1741, 1746, 1748 del Código Civil, 897 y 899 del Código de Comercio; en conjunto con los preceptos 14 y 15 de la ley 226 de 1995, 768, 1603 y 2412 del Código Civil, 835 y 871 del Código de Comercio; y en unión con dichas normas, el art. 690 del CPC.

El sustento de la vulneración comenzó, similar al cargo anterior, con descripción de los numerales tercero, quinto, sexto y décimo segundo de la sentencia confirmada por el Tribunal, en cuanto impusieron condenas a Afib S.A.; resumió las razones del juzgador, como aceptar que la inscripción de la demanda, el 21 de septiembre de 1999, fue posterior a la del derecho de prenda, el 25 de mayo que antecedió, derecho este que no obstante se ordenó cancelar por la declaración de ineficacia del negocio de adquisición de Fernando Londoño, con el efecto retroactivo de la nulidad, según el art. 1748 del C.C. y porque este no podía gravarlas

(art. 2412 ib.), aspectos acogidos de la sentencia proferida por el Consejo de Estado en la acción popular.

Señaló que Afib S.A. es titular de la prenda de 145.000.000 de acciones de Invercolsa, por cesión del Banco del Pacífico, con quien Fernando Londoño suscribió el negocio de prenda el 30 de abril de 1997; gravamen que «se *tornó vigente*» porque la Superintendencia de Sociedades, el 5 de noviembre de 2003, revocó la dación en pago de Fernando Londoño a Afib, acciones incorporadas en el título 866 de 6 de abril de 2006. Este sustituyó el título original 349 de 8 de mayo de 1997, sobre el cual se inscribió la demanda el 21 de septiembre de 1999.

Así mismo, apuntó: a) Afib S.A. es titular del derecho de prenda sobre 179.391.099 de acciones de Invercolsa, por un contrato entre Fernando Londoño y Banco del Pacífico, cedido a Afib el 25 de mayo de 1999; acciones que Fernando Londoño recibió el 3 de abril de 1998 por frutos o dividendos decretados por la sociedad, según título 392, reemplazado por el 867 de 6 de abril de 2006; y sobre dichas acciones «*no hay en el libro de registro de acciones de Invercolsa inscripción ninguna de la demanda...*»; b) Afib también es titular del dominio de 192.563.577 de acciones incorporadas en los títulos 868 y 869, distribuidas por Invercolsa como frutos o dividendos en especie, emitidas directamente por la última a favor de Afib, por los contratos de prenda de 30 de abril de 1997 y 26 de mayo de 1998.

Destacó: a) la cesión del crédito y de las prendas a Afib S.A. se anotaron en el libro de registro antes de inscribirse la demanda de este proceso, el 21 de septiembre de 1999, sobre las 145.000.000 que adquirió el demandado Fernando Londoño; b) Afib tiene el dominio de 46.230.814 acciones de Invercolsa (título 865), percibidas como accionista, por frutos o dividendos en especie por capitalización de utilidades, y sobre estas tampoco hay medida cautelar vigente; c) Afib intervino como litisconsorte de ese demandado, porque las pretensiones buscan aniquilar el dominio del mismo, que constituyó prenda a favor de su causante, Banco del Pacífico, es decir, para defender el derecho de prenda.

De ahí que, consideró el inconforme, erró el Tribunal al declarar la ineficacia y extender los efectos de la nulidad absoluta a un tercero extraño a la relación jurídica cuestionada, por mezclar indebidamente los efectos de la acción rescisoria personal de la nulidad, con los de una acción reivindicatoria, pese a que la jurisprudencia ha enseñado que deben distinguirse.

Así, el sentenciador desconoció su calidad de tercero adquirente, porque Afib S.A. fue condenada a restituir las acciones del contrato objeto de la ineficacia, como si ella hubiera sido parte en ese negocio, y las recibida a título de frutos o dividendos, sin aplicar el art. 964 del C.C., por ordenar a Afib, en la reivindicación artificiosa que empleó, que los devolviera, pese a que le pertenecían por emanar de un negocio anterior y en el cual ella fue de buena fe; a más

de que se confundió el concepto de frutos con el de perjuicios.

Explicó que la prenda, constituida desde el principio sobre las 145.000.000 de acciones del negocio inicial, y luego sobre las 179.000.000 que recibió Fernando Londoño a título de dividendos, cobró vigencia por la reversión dispuesta por la Supersociedades, y fue anterior al registro de la demanda, por lo cual debió aplicarse el art. 15 de la ley 226 de 1995, que ordena respetar derechos de terceros de buena fe; norma sobre la que apuntó la Corte Constitucional, que cuando los contratos de compraventa de acciones estatales en procesos de democratización dan lugar a nulidad o ineficacia, su posesión por los beneficiarios es contraria a la Constitución, *«a no ser que se trate de terceros de buena fe»*.

Y después de recordar los significados de la *«buena fe»*, que siempre se presume, aún la exenta de culpa (art. 835 del C.Co.), resaltó que la Corte Constitucional en la sentencia T-446 de 2007 escribió que al juez ordinario compete decidir sobre los efectos de nulidad *«frente a todas las personas involucradas...»*, con respeto al debido proceso y la defensa de los terceros que adquirieron derechos sobre las acciones, pues a ellos *«no se ha endilgado por el Consejo de Estado vulneración alguna...»*, ni fueron demandados en la acción popular. Así, no debió afirmar el juzgador que la conducta de Afib S.A. quedó *«seriamente comprometida»* con el fallo del Consejo de Estado, si ella no fue demandada allá.

Concluyó que el fallo vulneró las normas invocadas porque al declarar la ineficacia con efectos de nulidad, porque no podía condenar a Afib S.A., tercero de buena fe, a restituir las acciones, ni en una acción reivindicatoria artificiosa a devolver los dividendos; desconoció que en la ineficacia deben protegerse los derechos de esas otras personas de buena fe, como Afib S.A.; y por omitir que el registro de la demanda fue posterior a la constitución de la prenda a favor del Banco del Pacífico, cedida a la última.

CARGO QUINTO

Soportado en la misma causal primera del art. 368 del CPC, por violación indirecta de los arts. 952, 961, 964, 1740, 1741, 1746, 1748 del Código Civil, 897 y 899 del Código de Comercio; en relación con ellos, los preceptos 14 y 15 de la ley 226 de 1995, 768, 1603 y 2412 del Código Civil, 835 y 871 del Código de Comercio; y en unión con esas normas, el art. 690 del CPC, debido a errores de hecho en la apreciación probatoria.

Volvió a reproducir los numerales de la decisión que afectaron a Afib S.A., así como las razones del fallador de segundo grado para aplicarle los efectos de la nulidad (folios 98 y ss. del cuaderno de casación), por no considerarla de buena fe y que obró «a sabiendas» en la dación en pago de las acciones después del registro de la demanda.

Reiteró estos argumentos: (i) el derecho de prenda de Afib S.A. sobre las acciones dadas en prenda desde abril de

1997, recobró vigencia cuando la Supersociedades reversó la dación en pago; (ii) eso también operó con las otras acciones que se emitieron como frutos o dividendos, dadas en prenda en mayo de 1998, que se cedió a Afib S.A.; (iii) Afib tenía el dominio sobre otras acciones distribuidas por Invercolsa a título de dividendos; (iv) las cesiones del crédito y de las prendas a Afib S.A. se registraron antes de inscribirse la demanda, que sólo fue respecto de las acciones inicialmente compradas por Fernando Londoño; (v) la intervención de Afib como litisconsorte del demandado fue para defender su derecho de prenda; (vi) erró el Tribunal al extenderle los efectos de la nulidad a un tercero extraño al negocio cuestionado, con mezcla indebida de las secuelas de la nulidad y de la acción reivindicatoria, que son distintas; (vii) erró al desconocer su calidad de adquirente de buena fe, en las órdenes de restitución, sin aplicar el art. 964 del C.C. en la reivindicación que inventó, y hubo confusión de frutos con perjuicios; (viii) omitió aplicar a la prenda, anterior al registro de la demanda, el art. 15 de la ley 226 de 1995, que ordena respetar derecho de terceros de buena fe, como ha dicho la Corte Constitucional; (ix) omitió lo dicho en la sentencia T-446 de 2007, respecto de la competencia del juez ordinario para decidir sobre efectos de la nulidad frente a las terceros involucrados, pues no podía basarse en la sentencia del Consejo de Estado para afirmar que la conducta de Afib S.A. estaba «*seriamente comprometida*».

Y luego de recordar que la mala fe requiere probarse, comoquiera que es una cuestión de hecho, recalcó que no podía el Tribunal basarse en la decisión del Consejo de

Estado, porque la Corte Constitucional había sentado que eso debía resolverse por el juez común, con respeto de los derechos de terceros, a más de que Afib S.A. no fue demandada en la acción popular ni en este proceso; yerro trascendente porque llevó a la condena contra esa empresa, con fundamento estos errores de hecho manifiestos:

1) La demanda (folios 134 a 157 del cuaderno 1), que precisa los demandados y las pretensiones, propias de una acción personal delimitada, no podía interpretarse en otro sentido, porque la jurisprudencia reconoce un amplio margen al juez para dilucidar esa pieza, pero sin darle un alcance distinto, desde luego que no podía involucrarse a Afib S.A., por ser un extraño a la relación sustancial debatida. Y no podía aducirse que se trataba de hechos nuevos (art. 305 del CPC), ya que de la demanda no emanaba la legitimación en esa forma.

2) El escrito de intervención litisconsorcial de Afib S.A. (folios 2749 a 2755), que se invocó para proteger su interés legítimo en el derecho de prenda de 145 millones de acciones objeto de la compraventa cuestionada, así como el derecho de prenda sobre las otras acciones emitidas con fundamento en las primeras, a título de dividendos.

Esa intervención de Afib S.A. no autorizaba al juzgador para ordenar la cancelación de esas prendas, la restitución de las acciones y los dividendos.

3) Fotocopias del libro de registro de accionistas de Invercolsa (folios 475 a 478), aportadas en diligencia de exhibición de documentos en las oficinas de Invercolsa, donde consta que la prenda a favor de Afib S.A., cedida por el Banco del Pacífico, fue registrada el 27 de mayo de 1999, y que la prenda a favor del último, constituida por Fernando Londoño, fue registrada el 26 de mayo de 1998, mientras que la demanda fue registrada el 21 de septiembre de 1999.

De ahí que, sin soporte alguno, no podía el Tribunal deducir de esos hechos que la conducta de Afib S.A. quedaba seriamente comprometida.

4) No tuvo en cuenta ese fallador que a folios 2763 a 2764 está la cesión del crédito y del gravamen prendario a cargo de Fernando Londoño, por parte de Banco del Pacífico a Afib S.A. el 25 de mayo de 1999, y en otros folios que citó, el contrato de prenda sobre la acciones en Invercolsa, con nota de cesión de 25 de mayo de 1999 (folio 2772 vto.).

Así, antes de inscribirse la demanda en el libro de registro de accionistas de Invercolsa, ya existía la prenda. Además, al presentarse la demanda, «30 de octubre de 1997», ya existía la prenda dada por Fernando Londoño a favor de Banco del Pacífico, prenda registrada el «8 de mayo de 1997»; y por eso sí era posible para los demandantes acumular la acción reivindicatoria contra dicho Banco, que hubiera afectado a Afib S.A. como adquirente posterior.

CONSIDERACIONES

1. Esos tres últimos cargos de la interviniente litisconsorcial ameritan examen unificado debido a que se hallan vinculados por varios aspectos, como la comunidad de normas cuya vulneración es invocada, entre esas, los artículos 1740, 1741, 1746, 1748 y 2412 del Código Civil, 897 y 899 del Código de Comercio, 14 y 15 de la ley 226 de 1995, al igual que los artículos 52, inciso 3º, 690 del Código de Procedimiento Civil, de modo que hay enlace en los motivos de la tríada impugnadora, que puede resumirse así: (i) Afib S.A. fue condenada, sobre todo por lo relativo a la cancelación de su derecho de prenda y la orden de restitución de las acciones y los dividendos, sin haber sido demandada en el proceso; (ii) para condenar a esa recurrente fue errada la motivación del Tribunal, en cuanto a la prenda, el concepto de la acción rescisoria y la acción reivindicatoria, la supuesta mala fe de la misma con soporte en la sentencia de la acción popular, lo relativo a la reversión de la inscripción de la dación en pago; y (iii) varios yerros probatorios que también llevaron a la condena de Afib S.A.

2. Pues bien, mirada en conjunto la argumentación de esos descontentos, pese a otros problemas de forma que puedan tener, lo cierto es que adolecen de imprecisiones técnicas que impiden su prosperidad, aspectos que parcialmente son invocados en los escritos de réplica.

Sin perjuicio de lo que luego se detallará, esos cargos dejan traslucir confusión en torno a la causal que realmente

debió emplearse, examinado que si la querella es por la condena a quien no ha sido parte, el temario a desarrollar debe transcurrir por motivos procesales, que no sustanciales. Además, en el tercero hay mezcla entre vía directa e indirecta de la causal primera, y, por último, visto en conjunto el ataque, resulta incompleto, porque deja sin cuestionamiento varios pilares del Tribunal.

3. Para empezar con lo que respecta a la causal, si lo acontecido, según la acusación extraordinaria, en lo decidido contra Afib S.A., fue que los jueces de instancia la condenaron sin ser parte, afirmados en una inapropiada interpretación de su situación jurídica de tercero que actuó como interviniente litisconsorcial, cual fue puesto de presente de manera explícita en el cargo tercero, y de forma implícita en los achaques cuarto y quinto, resulta que el vicio, en últimas, es procesal y como tal tenía que plantearse fundada en los específicos motivos que habilitan la casación por pifias *in procedendo*.

3.1. Al respecto, no se remite a duda que lo reñido en estos apartes de la demanda de casación es la aplicación de las secuelas de la ineficacia sustancial reconocida por el *ad quem*, a la recurrente Afib S.A., quien aduce que no se le podían imponer las condenas que la afectaron, básicamente, porque no fue enjuiciada, sólo actuó en calidad de interviniente litisconsorcial, y es un tercero de buena fe.

En otras palabras, la sociedad recurrente, acorde con sus expresiones, ante el conocimiento de la posible extensión

de los efectos de la sentencia a su órbita patrimonial, se hizo parte como tercera interesada, pero resultó afectada con decisiones o condenas impuestas en la sentencia, y estima que no debió ser así porque no era parte principal, o directa en la litis, en tanto que la demanda no fue dirigida contra ella, ni contra su antecesor en los derechos de crédito y de prenda que se le cedieron. Tal razonamiento refulge como un ataque procedimental, por aducirse que se condenó a un sujeto que no fue parte del proceso, razón suficiente para desechar el ataque encausado como un yerro sustantivo.

Conviene tener presente que la regulación legal de su intervención litisconsorcial está prevista en el artículo 52, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil, y se refiere a una manera de actuación en el proceso que no es forzosa u obligatoria, por cuanto el interesado no tenía que ser demandante o demandado, pero se le permite participar por la posible extensión de los efectos de la sentencia a su órbita jurídica.

Cabe reiterar que en esa forma de concurrencia procesal hay una especie de litisconsorcio que no es estrictamente necesario, pero tampoco facultativo, pues se funda en una relación sustancial en que la sentencia le produce efectos, como tiene dicho la Corte:

El artículo 52 inciso 3º ibídem, "regula un tipo de intervención de tercero que no se acomoda estrictamente al litisconsorcio necesario, pero tampoco al facultativo, porque aún sin su presencia la sentencia produce "efectos jurídicos" o lo vincula en cuanto afecta la determinada relación sustancial de que era titular, razón por la que estaba legitimado "para demandar o ser

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

(...)

Por último, la intervención litisconsorcial prevista por el inciso 3º del artículo 52, surge de la voluntad o iniciativa del tercero, quien decide concurrir al proceso para hacerse "litisconsorte de una parte", la demandante o la demandada "y con las mismas facultades de ésta", para asociarse a la pretensión o a la oposición de la parte a la cual se vincula, pero de manera autónoma, pues su concurrencia se justifica por ser titular "de una determinada relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso", o sea que se trata de una relación sustancial que en el evento de generar un conflicto de intereses, puede ser definido en su mérito sin la presencia de todos los partícipes porque ni la ley, ni la naturaleza de la relación impone el litisconsorcio necesario, es decir, no obstante que la sentencia lo liga a los efectos de la cosa juzgada, la vinculación del tercero es espontánea o facultativa..." (SC194, 24 oct. 2000).

En armonía con esa ordenación, es menester concluir que la vulneración de tales reglas, de cara a quien interviene en esa calidad, es de naturaleza procesal y no puede considerarse como un defecto material de juzgamiento.

Más aún, en las censuras se insiste, con particular énfasis en el cargo tercero, en la conculcación de los

derechos del debido proceso y la defensa, circunstancia que ratifica que lo alegado, en puridad, es un vicio de linaje procesal.

3.2. Desde esa óptica, emerge el defecto técnico de la demanda, porque si el vicio es procesal (*in procedendo*), la misma no podía fundarse en la causal primera de casación que preveía el artículo 368 del anterior estatuto procesal civil, de tal manera que al hacerlo el recurrente incurrió en una mixtura de causales que es inadmisibile en esta vía extraordinaria, que por eso tiene un acendrado carácter dispositivo, conforme al cual, cabe presumir el acierto de los fallos recurridos, vale decir, que acertaron en la valoración de los hechos y la aplicación de las normas llamadas a gobernar el asunto.

En este tópico la demanda de casación requiere un riguroso examen técnico, ora al calificarse su admisibilidad, o ya en la sentencia respectiva, que se enraíza en los requisitos mismos que contempló el legislador al disponer que tal pieza debe contener los fundamentos de cada acusación de manera «*clara y precisa*» (art. 374 del CPC), de tal manera que si la acusación es confusa o desenfocada, la Corte no tiene que entrar al estudio de mérito de la mismas. Eso ocurre cuando el inconforme elige el sendero inadecuado para entablar su contienda, porque como se ha dicho:

En relación al tema, la Corte Suprema de Justicia, en gran variedad de decisiones, de manera constante, ha enfatizado que las diferentes causales de casación contempladas en el artículo 368 del C. de P.C., tienen su propia individualidad; de

ahí que el vicio que se quiera denunciar debe canalizarse a través de una cualquiera de esas sendas que, como persistentemente se ha delineado, no quedan al alcance del impugnante escoger a su propio gusto la que considere pertinente. El camino seleccionado debe corresponder a los aspectos fácticos, jurídicos, de procedimiento o de juicio, acaecidos en el pleito y que estructuran el desliz atribuido al fallador (CSJ SC 5 de mayo de 1992 y 27 de julio de 1992, G.J. t CCKLIX, p. 1454) (AC4161, 28 jul. 2015, rad. n.º 2011-00192-01. Doctrina reiterada en fallo SC15211-2017, rad. n.º 2011-00224-01).

En similar sentido ha reiterado la Sala:

En efecto, cada causal obedece a una específica e inconfundible razón que tuvo en cuenta el legislador para erigirla como motivo de quiebre del fallo, sobre la base de considerar que dichas razones, plasmadas en las causales de casación, se fundamentan en dos tipos de errores en que puede incurrir el juzgador. El primero, comúnmente denominado, vicio in judicando, acaece cuando el sentenciador distorsiona la voluntad hipotetizada en la ley; y el segundo, denominado vicio in procedendo, se estructura a partir de la rebeldía del juez en la aplicación de normas que regulan el proceso, para las partes y para él, incluida la fase de producción del fallo.

Se trata de errores de distinta naturaleza, pues el primero recae en las normas que son llamadas a definir la controversia y el segundo en las que disciplinan el proceso. No pueden ser confundidos, ni menos aducidos en un mismo cargo, en atención a la claridad y precisión que el precepto mencionado reclama. Así por ejemplo, es prototipo del vicio in judicando la causal primera de casación (violación de norma sustancial) y ejemplo del segundo la causal quinta, sobre nulidad del proceso. (AC7828 de 16 dic. 2014, rad. n.º 2009-00025-02, y AC8194-2016, rad. n.º 2012-00531-00).

Es innegable que los eventuales yerros procesales cometidos en una sentencia, tienen repercusión en los aspectos sustanciales objeto de controversia, pero eso no lo

convierte en un desatino relativo a la ley sustantiva, pues sigue siendo instrumental, y por eso su pendencia en casación tiene que encauzarse en uno de los motivos que obedezca a esa misma naturaleza.

3.3. El anotado defecto es más visible en el cargo tercero, por cuanto es allí que de manera explícita la censura se funda en la vulneración de las normas que regulan la intervención litisconsorcial.

Con todo, el problema también se deja traslucir, aunque con menor intensidad, en los apartados cuarto y quinto de la demanda de casación, pese a que el censor se esforzó en precisar que en estos dejaba atrás las discusiones por la intervención litisconsorcial. Cabalmente, aclaró al irrumpir en los reproches cuatro y cinco, que en los tres primeros cuestionó el sentido que el fallador dio a la comentada participación, y que dejando a salvo su posición en esos eventos, en el cargo cuarto se refería a los supuestos del Tribunal para «condenar indebidamente a Afib S.A como si fuera parte demandada e integrara el litisconsorcio» (folio 86 del legajo de casación); y en el quinto también se refería «a los supuestos en que el tribunal apoyó su decisión de condenar indebidamente a Afib S. A., en la forma que he puesto de presente, cometiendo errores de hecho...» (folios 103 y s. id.).

Empero, en conjunto con los tópicos sustantivos que consideró vulnerados, también mostró aspectos referidos a vicios procesales, como los extraídos de la sentencia T-446

de 2007 de la Corte Constitucional, de cuyos apartes destacó la vulneración de los derechos del debido proceso y la defensa en la acción popular decidida por el Consejo de Estado (folios 94 y s.); al mismo tiempo que lo indebido a las codenas a Afib S. A. por su sola intervención litisconsorcial (folios 113 y ss.).

De tal suerte, aunque el contradictor invocó cuestiones sustanciales en los cargos cuarto y quinto, dejó en evidencia su descontento por las prestaciones que se ordenaron a la sociedad interviniente, a propósito de la calidad con la que actuó en el litigio.

4. Pero aparte de lo anotado, las impugnaciones aludidas también revelan otros defectos que desdican de la técnica de casación. En el cargo tercero hay mezcla de las vías dispuestas para denunciar la violación de las normas sustanciales, porque se invocó la infracción directa, esto es, con prescindencia del análisis probatorio del juzgador, a pesar de lo cual la recurrente descendió a la discusión en materia fáctica.

Efectivamente, donde se exhortó que el fallador desacertó en cuanto a la aplicación del inciso cuarto del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que ese funcionario ha de considerar cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial litigado, ocurrido después de haber propuesto la demanda, agregó que de todas maneras no puede *«modificar las pretensiones que haya aducido en su momento el demandante ni trocar la*

intervención litisconsorcial... en una forma indebida de integrar el contradictorio como si en este proceso la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana Afib S.A. hubiera acudido para este proceso» (folio 76 ib.).

Recuérdase que los temas de la valoración probatoria, incluyendo la interpretación de la demanda, deben encausarse por la senda indirecta, la cual está vedada cuando el ataque se encarriló por la directa.

5. Pero los cargos también adolecen de falta de completitud, de hacer memoria que el sentenciador emplazado condenó a la sociedad en mención, bajo el supuesto de los efectos de la ineficacia reconocida respecto de la adquisición de las acciones, es decir, asumiendo el fallador que a pesar de ser aquella un tercero, sus derechos derivados de esa negociación inicial quedaban cobijados por dicha ineficacia.

En ese horizonte, a los cargos les faltó argumentar cómo es que entonces deben atribuirse esos efectos, y de qué manera se produjo la eventual vulneración que, en concreto pudo darse, por la aplicación de los mismos, a la sociedad.

Recuérdese que las acusaciones en casación deben ser completas, pues al dejarse un punto sin atacar, la sentencia cuestionada se mantiene soportada en esta base, lo que hace inocuo el estudio de la casación, como sucede precisamente en el caso.

También puede verse que para el Tribunal la cancelación del derecho de prenda tenía raíz, además de los efectos de la ineficacia reconocida a la compra que efectuó Fernando Londoño, en dos reflexiones adicionales: a) la cosa juzgada con efectos *erga omnes* de la sentencia proferida por el Consejo de Estado en la acción popular, con puntal en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil; y b) la carencia de facultad del adquirente inicial de las acciones, para darlas en prenda, por cuanto en aplicación de la ineficacia se entiende que no tuvo ningún derecho, con estribo en el precepto 2412 del Código Civil, que prohíbe la prenda sobre un bien que no es propio.

Y con independencia de lo que pueda estimarse alrededor de esos argumentos, lo cierto es que no fueron cuestionados; por supuesto que para entender una reprimenda contra ellos, no era suficiente implorar la buena fe de la sociedad Afib S.A. en la adquisición de la prenda, porque esta última no fue la base del fallo, pero si esos raciocinios expuestos por el sentenciador con prescindencia de la situación subjetiva, de donde aflora que dándose por establecida esta última, tales razonamientos seguirían prestando sustento al fallo.

De ahí que los cargos sean incompletos, en desmedro del principio de integralidad, que impone la carga, a quien intenta esta vía extraordinaria, de efectuar una verdadera labor de confrontación paralela y simétrica frente a las motivaciones de la sentencia, con razones de controversia que sean apropiadas, de tal manera que conlleve al

derribamiento de todos los soportes de la decisión, desde luego que si se deja ileso alguno de estos, o varios, que mantenga erguida la misma, al final la arremetida resulta infructuosa.

Dentro de esas concepciones, los cargos no pueden abrirse paso.

6. En conclusión, visto que no es factible casar la sentencia, de acuerdo con el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, no se condenará en costas al recurrente Fernando Londoño Hoyos, dado que se hizo una rectificación.

Pero se impondrán dichas cargas a la firma Afib S.A., por la falta de prosperidad de su recurso, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda de casación fue replicada.

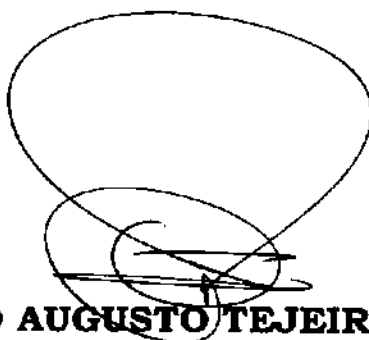
DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol-, South American Gulf Oil Company y Explotaciones Cóndor S.A. contra Fernando Londoño Hoyos, Corredor y Albán S.A. Comisionista de Bolsa, hoy Davivalores, e Inversiones Gases de Colombia S.A. -Invercolsa-.

Condenar en costas del recurso de casación a Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. - Afib S.A. y a favor de los demandantes. Para su valoración el magistrado ponente fija como agencias en derecho la suma de \$7.000.000.

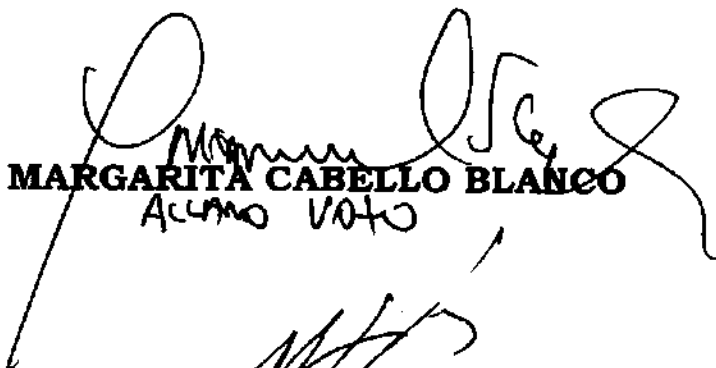
Oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese.



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Presidente de la Sala



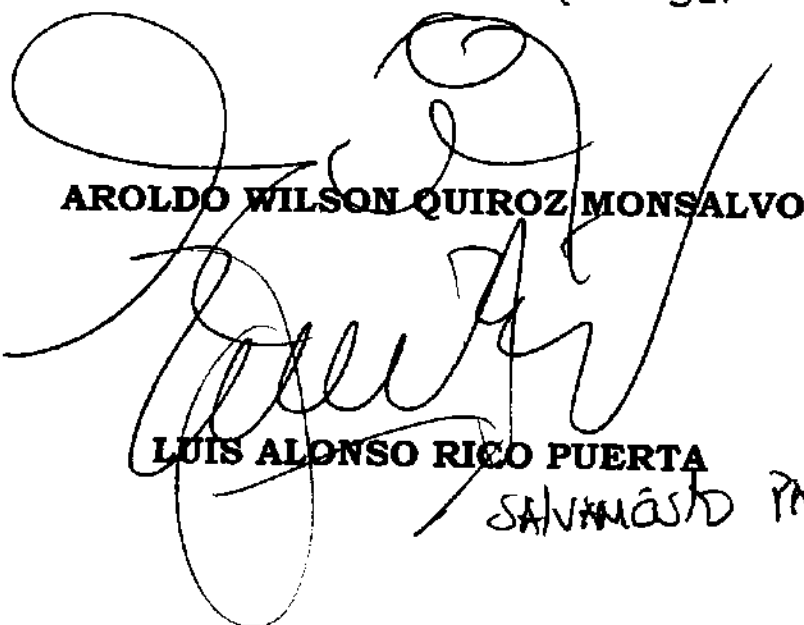
MARGARITA CABELLO BLANCO

Acuerdo voto



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

con salvamento parcial



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

salvamento parcial y aclaración

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Salvo voto.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO
MAGISTRADA MARGARITA CABELLO BLANCO

Radicación n° 11001-31-03-028-1997-09465 -01

Tal como lo afirmé durante la discusión del que finalmente llegó a ser el fallo adoptado por la mayoría, con el respeto que ésta me merece debo ahora consignar la aclaración de mi voto sobre la sentencia de este caso, poniendo de presente que mi discrepancia estriba en que, comoquiera que el Consejo de Estado decidió en sede de acción popular la totalidad de las cuestiones esenciales atinentes a esta causa litigiosa, y tal decisión surte los efectos de la cosa juzgada *erga omnes*, las explicaciones adicionales que la Sala ofrece si bien intentan corresponder a argumentos de refuerzo, no pueden aportar más a aquel pronunciamiento, pues la acción estatal de decidir jurisdiccionalmente un caso se encuentra ya agotada. Tan cierto es lo anterior que la Sala no hubiera podido llegar a una conclusión distinta, sin irrespetar los efectos de la *res judicata*.

Lo anterior, al margen de si esa alta corporación contencioso administrativa rebasó los límites de la acción

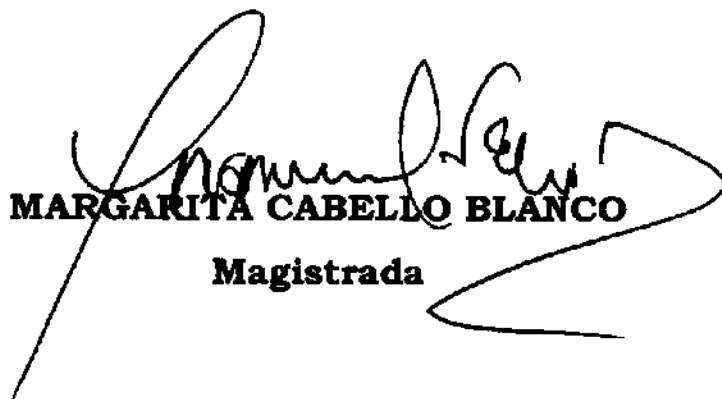
popular, que es cuestión que tampoco corresponde dilucidar a la Corte Suprema en casación. Y también, dejando de lado la afirmación de la Corte Constitucional en relación a que el juez ordinario fuese el que esclareciera aspectos tocados en este proceso que, repito, ya habían sido definidos por el Consejo de Estado.

En efecto, como se recordará, los demandantes Ecopetrol, South American Gulf Oil Company y Explotaciones Cóndor S.A, en lo esencial, buscan la declaratoria de la ineficacia o nulidad de la adquisición de acciones por Fernando Londoño en Invercolsa y consecuentemente, su restitución junto con sus frutos y accesorios sin repetición de lo que aquel pagó por ellas. Y el Consejo de Estado en su fallo del nueve de diciembre de 2003, al amparar derechos colectivos, declaró nula e ineficaz la anotada adquisición, condenó a Fernando Londoño y a la litisconsorte de esta causa -Afib- a restituir los dividendos percibidos, sin que Londoño tuviese derecho a repetición contra Ecopetrol por la cantidad que pagó como precio de las acciones.

En consecuencia, si el cargo primero de Londoño apunta a discernir sobre distinciones acerca de la ineficacia y la nulidad, y si el segundo se dirige a buscar tener derecho a la repetición de lo pagado por las acciones, es lo cierto que tales asuntos fueron claramente abordados y fallados por el Consejo de Estado en la aludida sentencia. Lo mismo debe decirse de las diferentes acusaciones que Afib presenta contra el fallo, pues todas ellas, bien por la vía de vicios *in*

procedendo o ya por la de errores en el juicio, se dirigen a desconocer las declaraciones que en la sentencia del Tribunal se hicieron, acordes con la del Consejo de Estado.

En los anteriores términos consignó mi aclaración de voto a esta decisión.



MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada