

Sentencia T-446/07

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Criterio de procedibilidad de la tutela

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Ejercicio oportuno

ACCION DE TUTELA-Procedencia por no existir otro medio de defensa judicial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evolución jurisprudencial/**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**-Requisitos de procedibilidad/**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**-Criterios de procedibilidad excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Defecto procedimental/**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO**-Defecto Orgánico/**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO**-Defecto fáctico

DEFECTO FACTICO-Dimensiones

VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

ACCION POPULAR-Regulación/**ACCION POPULAR**-Protección del patrimonio público, el medio ambiente, sano, la moral administrativa, la seguridad y la salubridad públicas

ACCION POPULAR Y ACCION DE GRUPO-Objeto de la Ley 472 de 1998

ACCION POPULAR-Fundamento constitucional y regulación legal

La ley 472 de 1998 tuvo por objeto regular las acciones consagradas en el artículo 88 de la Constitución, estableciendo el procedimiento necesario para el ejercicio de las mismas, tales como su tramite, la procedencia y caducidad, la legitimación, la jurisdicción y competencia, la presentación, admisión, la notificación y traslado de la demanda, el periodo probatorio, la sentencia, los incentivos, etc.

ACCION POPULAR-Aplicación de la Ley 472 de 1998 en el tiempo

ACCION POPULAR-Carácter sustancial y procesal de las disposiciones que integran la Ley 472 de 1998

Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos sustanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva.

LEY PROCESAL Y LEY SUSTANCIAL-Efectos en el tiempo

Para la Corte, los efectos de la ley sustancial en el tiempo son diferentes a los efectos que produce una norma procesal. La norma de carácter procesal, entendida como aquella que se restringe a señalar meras ritualidades del proceso, sin trascendencia en los derechos sustantivos de las partes, es obligatoria y se aplica desde el momento de su vigencia, es decir, surte efectos inmediatos; mientras que la norma de carácter sustancial, es de obligatorio cumplimiento una vez entre en vigencia, pero no puede desconocer derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, así como que las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para imponer sanciones o condenas por hechos cometidos previamente a su entrada en vigencia.

LEY PROCESAL-Transito frente a situación jurídica en curso

Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.” (...) De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua.

LEY PREEXISTENTE EN MATERIA PENAL-Carácter sustancial que define delitos y penas

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Aplicación de la Ley preexistente a la realización de la conducta

La Corte detecta que la legislación colombiana y la tradición jurídica nacional han concluido que las “leyes preexistentes” a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal expresado en el aforismo latino

nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Pero la normas procesales y de jurisdicción y competencia, tienen efecto general inmediato.

LEY PROCESAL-Efecto general e inmediato

El artículo 40 por su parte, como se recuerda, prescribe el efecto general inmediato de la de las leyes procesales en los siguientes términos: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

LEY PROCESAL-No puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas antes

Como se observa en el aparte transcrito, la ley procesal nueva no puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de disposiciones materiales previas, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales. En el mismo orden de cosas, las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para juzgar actos que hayan acaecido previamente a su entrada en vigencia.

LEY SUSTANCIAL Y LEY PROCESAL-Diferencias

Para diferenciar claramente lo que es una norma sustancial de aquello que es una de tipo procesal, vale la pena señalar lo que ha dicho esta Corporación. La Corte Constitucional, siguiendo al Consejo de Estado, ha señalado que “una norma sustancial es cualquier regla de derecho positivo que otorga derechos e impone obligaciones a favor de los administrados”. En lo relativo a las normas de tipo procedimental, ha señalado la Corporación que éstas pueden ser clasificadas en dos clases: “1. Las que tienen contenido sustancial y 2. Las simplemente procesales, es decir, aquellas que se limitan a señalar ciertas ritualidades del proceso que no afectan en forma positiva ni negativa a los sujetos procesales.” En este orden de ideas, sólo se entenderán como estrictamente procesales aquellas que se restrinjan a señalar meras ritualidades del proceso, sin trascendencia en los derechos sustantivos de las partes”.

ACCION POPULAR-Carácter sustancial y procesal de la Ley 472 de 1998

En la sentencia de unificación, la Corte estudiando el caso concreto, encontró que al interior de la ley 472 de 1998, existen además de disposiciones de carácter procesal, algunas de índole sustancial, como lo es el artículo 40 que consagra la responsabilidad solidaria de los representantes de las entidades públicas con quienes concurran a las irregularidades provenientes de la

contratación. Dicha responsabilidad, señaló esta Corporación, sólo puede aplicarse a hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley, porque a pesar de encontrarse regulada en una ley que establece el procedimiento para ejercer la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, es de carácter sustancial.

ACCION POPULAR-Procedencia por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 472 de 1998 siempre y cuando la violación de derechos o intereses colectivos persista

La ley 472 de 1998 consagró la posibilidad de intentar una acción popular por hechos “que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos”, es decir, se refiere a las vulneraciones producidas por hechos anteriores a la vigencia de la citada ley pero que permanecen en el tiempo, y que en cumplimiento de lo previsto en la Constitución ameritan que una autoridad judicial disponga sobre la cesación de tal agravio a derechos o intereses colectivos.

ACCION POPULAR-Procedencia aún ante la existencia de otros medios judiciales

ACCION POPULAR-Carácter autónomo e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios

La acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue cual es la protección de derechos e intereses colectivos. Acciones populares que según la ley, son medios procesales para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los citados derechos. Así, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios.

ACCION DE TUTELA Y ACCION POPULAR-Mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos

Si bien las acciones populares protegen derechos e intereses colectivos los cuales, desde 1991 son de orden constitucional, y su trámite no se supedita a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es menos cierto que no son acciones configuradas para desplazar los otros medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para la solución de las diversas controversias jurídicas, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional y su orbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los jueces ordinarios. Es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos.

ACCION DE TUTELA Y ACCION POPULAR-Prevalencia

ACCION POPULAR-Procedencia frente a actos administrativos y contratos estatales cuando su existencia y ejecución implique un daño contingente, peligro o amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos

ACCION POPULAR-Determinación de la competencia para su trámite de acuerdo con la naturaleza de la persona natural o jurídica que haya vulnerado los derechos colectivos

La determinación objetiva del juez competente para el trámite de las acciones populares se encuentra dada por la naturaleza de la persona, natural o jurídica, que con su acción u omisión ha violado o amenace violar los derechos e intereses colectivos. Es decir, si se trata de actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas, la jurisdicción competente para conocer de la acción popular es la Contenciosa Administrativa; en los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

ACCION POPULAR-Competencia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa cuando el sujeto pasivo es una entidad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas

Para esta Corporación la conclusión a la cual llegó el Consejo de Estado es acertada, y el fuero de atracción hacia la jurisdicción contenciosa es claro, en lo que respecta a la acción en la que se involucran tanto entidades públicas como particulares.

ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA EN DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA-
Disposición legal

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES ESTATALES-
Restitución de acciones en caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad

En efecto, el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 226 de 1995, que regula la enajenación de la propiedad accionaria estatal, dispone que en caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, habrá lugar a obtener la restitución de las acciones.

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES ESTATALES-
Competencia del juez ordinario para decidir sobre los efectos de la nulidad de la compraventa de acciones frente a terceros adquirentes

COMPRAVENTA ACCIONARIA-Efectos de la nulidad de la compraventa accionaria

Acción de tutela instaurada por la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. AFIB- contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala de Conjuces de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Sala de Conjuces de la Sección Quinta de la misma Corporación, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. –AFIB- contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES.

La firma Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. –AFIB-, a través de apoderado especial, interpuso acción de tutela contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por considerar que dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, al tramitar y fallar la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia por la Sección Tercera - Subsección ‘A’ del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción popular instaurada por algunos ciudadanos contra la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL- y Fernando Londoño Hoyos. Para fundamentar su demanda expuso los siguientes

1. Hechos.

1.1. Comenta que el 8 de julio de 2002 se instauró ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acción popular en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL- y Fernando Londoño Hoyos, con ocasión de la venta realizada por ésta y otras sociedades a Londoño Hoyos de 145 millones de acciones pertenecientes al capital de la compañía Inversiones de Gases de Colombia - INVERCOLSA S.A.

1.2. Dice que los actores populares consideraron que los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa habían sido vulnerados en virtud de la compra hecha por Fernando Londoño Hoyos aduciendo la calidad de extrabajador de INVERCOLSA S.A., cuando su vinculación había sido de carácter civil. Asimismo, señalaron como transgresor de los derechos colectivos el actuar negligente de ECOPETROL en dicho negocio¹.

1.3. Señala que la sociedad Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. – AFIB-, intentó intervenir como litisconsorte de la parte demandada, toda vez que las acciones habían sido adquiridas por ella del señor Fernando Londoño Hoyos, a título de dación en pago el día 16 de diciembre de 1999, de tal manera que en caso de resultar desfavorable el fallo, el derecho de propiedad de AFIB devendría en una simple posesión. Igualmente, que la nulidad podría afectar el gravamen prendario constituido sobre tales acciones².

1.4. Indica que el 8 de abril de 2003, la Subsección ‘A’ de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia desestimando la acción popular. Asimismo, que en la providencia se negó la intervención de AFIB como litisconsorte porque *“en la acción popular se están debatiendo vulneración a derechos colectivos sin que se establezca el desconocimiento de contratos civiles pactados con anterioridad a la misma los cuales guardan relación con intereses patrimoniales particulares y concretos”*. Dice que la providencia fue apelada por la parte demandante y por el Ministerio Público.

1.5. Menciona que conoció de la impugnación la Sala Plena del Consejo de Estado³, quien a través de providencia de junio 20 de 2003, decretó la práctica

¹ Con fundamento en estas circunstancias, los actores populares solicitaron:

a.- Se ampararan los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa.

b.- Se declarara que en el proceso de venta de las acciones de Invercolsa S.A. que eran de propiedad de ECOPETROL y que fueron adquiridas por el señor Fernando Londoño Hoyos, se desconocieron los preceptos constitucionales y legales de democratización de las empresas del Estado.

c.- Se declarara que la venta de acciones citada, carece de efectos jurídicos.

d.- Se restituyeran las cosas al estado anterior de la venta.

e.- Se ordenará al Estado pagar los perjuicios derivados a la operación.

f.- Se ordenara pagar el incentivo a favor de los actores.

g.- Se condenara en costas a la parte demandada”.

² Indica la sociedad accionante que el motivo para solicitar la intervención fue apoyada en lo previsto por el artículo 15 de la ley 226 de 1995, según el cual: *“En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, habrá lugar a obtener la restitución de acciones. En todo caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentren en poder de terceros de buena fe”*.

³ Conoció de la Acción Popular en segunda instancia la Sala Plena del Consejo de Estado, por cuanto según dice la accionante: *“En auto del 26 de mayo de 2003, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión del Tribunal. (...) El 12 de junio de 2003, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de*

de pruebas de oficio y admitió la intervención de AFIB, como litisconsorte de la parte demandada, *“bajo el erróneo supuesto de que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca no había resuelto la solicitud”*. Dice que a pesar de haberse decretado las pruebas en segunda instancia, no se dio traslado de ellas a las partes para que pudiera ejercer su derecho de contradicción y defensa, como lo exigen las normas procesales y los principios generales sobre la materia.

1.6. Manifiesta que el 9 de diciembre de 2003, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió sentencia de segunda instancia declarando nula –y en consecuencia ineficaz- la compra realizada por Fernando Londoño Hoyos. Aclara que en la providencia se señala expresamente como único responsable por la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público a Londoño Hoyos.

1.7. Aduce que por haber conocido del proceso en segunda instancia la Sala Plena del Consejo de Estado, *“se eliminaron los posibles recursos que cabían contra la sentencia proferida, el de revisión y el de súplica, en cuanto ellos sólo son procedentes contra providencias dictadas por las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado, no por la Sala Plena”*.

1.8. Indica que en dicha sentencia a la Sociedad Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. –AFIB- se le ordenó restituir las acciones de INVERCOLSA S.A., por considerar que no era un tercero de buena fe y a restituir los dividendos percibidos durante el tiempo que tuvo las acciones. De la misma forma, se ordenó a INVERCOLSA S.A. cancelar todas las inscripciones realizadas con posterioridad a la venta de ECOPETROL a Fernando Londoño Hoyos, incluidas las prendas que en su momento constituyó este último a favor del BANCO DEL PACÍFICO DE PANAMÁ S.A. y que fueron cedidas posteriormente a AFIB, destinadas a garantizar el pago del crédito que en su momento dicho Banco le otorgó para pagar el precio de las acciones. Al respecto señala:

“Por inscripción hecha el 25 de marzo de 2004, en ejecución de la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2003, la sociedad INVERCOLSA S.A. canceló la inscripción de la compra sobre las 145.000.000 de acciones (título número 349) objeto del contrato cuya ineficacia o nulidad fue objeto de la acción popular y de la prenda constituida sobre las mismas a favor de AFIB, así como también las inscripciones atinentes a las 179.391.099 de acciones (título número 392) recibidas posteriormente por Fernando Londoño Hoyos a título de frutos y la prenda que sobre ellas otorgó a favor de AFIB, y finalmente aquellas inscripciones relativas a 12.428.845 de acciones (título número 569) y 16.581.173 de acciones (título número 580) recibidas

Estado decidió que por la importancia jurídica del asunto, la decisión fuese adoptada por la Sección Segunda en pleno. (...) A su vez, en auto de la misma fecha, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo decidió que el recurso fuese conocido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo”.

directamente por AFIB a título de frutos o dividendos en especie, despojando de esta manera a AFIB de todo derecho sobre tales acciones y sus frutos, incluso de los gravámenes prendarios que respaldaban el pago del crédito concedido en su momento a Fernando Londoño Hoyos para la compra de tales acciones”.

1.9. Señala que la restitución de acciones ordenada a AFIB no cabe dentro del alcance y objeto de la acción popular, pues *“en la demanda no se elevaron pretensiones reivindicatorias propias de la acción real de dominio contra un tercero poseedor que, como AFIB, adquirió las acciones por un acto jurídico distinto y posterior del anulado, ni se planteó discusión alguna en torno a la restitución de frutos o dividendos por parte de dicho tercero”.*

1.10. Menciona que por auto proferido el 1° de junio de 2004, el Consejo de Estado negó la solicitud de anulación del fallo presentada por AFIB, a pesar de los protuberantes errores cometidos en aquel.

1.11. Expone los hechos que dieron lugar al surgimiento de los derechos de AFIB, de la siguiente forma:

a.- El 8 de mayo de 1997, Fernando Londoño Hoyos adquirió 145 millones de acciones de INVERCOLSA representadas en el título N° 349, en la primera ronda de un proceso de democratización accionaria realizado con base en la ley 226 de 1995⁴, acciones que eran de propiedad de ECOPETROL y de otras sociedades.

b.- El proceso de venta fue dirigido por la Bolsa de Valores de Bogotá, en virtud de un contrato de mandato celebrado por ECOPETROL y las demás sociedades vendedoras de las acciones (Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company). La Bolsa y los comisionistas de bolsa participantes verificaron la legalidad del procedimiento y dieron la orden a INVERCOLSA de inscribir la venta a favor de Fernando Londoño Hoyos, así como las prendas referidas en el siguiente punto. Al emitir esa orden obraron como mandatarios de ECOPETROL, y se basaron en una certificación expedida por el representante legal de INVERCOLSA en la cual se decía que Fernando Londoño había trabajado para INVERCOLSA como presidente durante algún tiempo.

c.- El 8 de mayo de 1997, INVERCOLSA inscribió la venta y, de manera concomitante, la prenda de primer grado a favor de ECOPETROL, para garantizar la obligación de Fernando Londoño de mantener las acciones en su poder por un término de 2 años. Asimismo, inscribió una prenda de segundo grado a favor del BANCO DEL PACÍFICO DE PANAMÁ, constituida por

⁴ Esta ley desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política, en la cual se prevé que cuando el Estado venda su participación en empresas, debe hacerlo por un procedimiento dirigido a democratizar la participación, a efecto de lo cual debe ofrecerlas en primer lugar a los trabajadores y extrabajadores de la misma empresa y a otras entidades del sector solidario, y sólo si después de haber hecho esa primera ronda de ofertas quedan acciones para vender, puede transferirlas libremente a cualquier comprador.

Fernando Londoño para garantizar el préstamo que le hizo tal entidad bancaria y con el cual compró las acciones.

d.- La Asamblea de Accionistas de INVERCOLSA, el 31 de mayo de 1998, capitalizó la cuenta de revalorización patrimonial y, en virtud de ello, ordenó distribuir a los accionistas dividendos en especie. En desarrollo de esta decisión, se emitió a favor de Fernando Londoño Hoyos el título N° 392 que incorporó 179.391.999 acciones.

e.- De estos frutos dispuso Fernando Londoño parcialmente, mediante la constitución de un gravamen abierto y de primer grado a favor del mismo BANCO DEL PACÍFICO DE PANAMÁ, mediante documento de fecha 26 de mayo de 1998, la cual se inscribió en el libro de registro de accionistas bajo el folio número 39 el mismo día.

f.- El 29 de mayo de 1999, AFIB adquirió del mencionado Banco el crédito a cargo de Fernando Londoño Hoyos, junto con sus garantías, de tal manera que se transfirió la prenda sobre las acciones, y así se registró en los libros de INVERCOLSA.

g.- El 21 de septiembre de 1999, se registró la orden de inscripción de la demanda proferida dentro del proceso ordinario adelantado por ECOPETROL y las demás sociedades contra Fernando Londoño Hoyos y otros, que cursa en el Juzgado 28 Civil del Circuito, en el que se pretende la anulación del contrato de compraventa de acciones.

h.- Fernando Londoño Hoyos incumplió el pago en dinero del crédito de AFIB, lo que obligó la transferencia de la propiedad de las acciones objeto de los gravámenes prendarios, a título de dación en pago, a favor de aquella.

i.- El 6 de julio de 2000, en virtud de la capitalización de utilidades del año 1999, se entregaron a AFIB 12.428.845 acciones representadas en el título N° 569. En virtud de la capitalización de utilidades del año 2000 se distribuyeron como dividendos en especie a AFIB 16.581.173 acciones, representadas en el título N° 580, emitido el 30 de marzo de 2001.

j.- En el segundo semestre de 2003, la Superintendencia de Sociedades, dentro de una investigación adelantada a INVERCOLSA, entendió que en la medida en que la operación de dación en pago hecha por Fernando Londoño a favor de AFIB versaba sobre acciones en litigio, requería para su eficacia autorización previa del juez, como lo dispone el artículo 408 del Código de Comercio, por lo que ordenó a INVERCOLSA reversar dicha dación en pago.

k.- Como consecuencia, quedó sin vigencia la fórmula de pago del crédito de Fernando Londoño Hoyos a AFIB y revivieron las prendas tanto sobre las acciones originales adquiridas por aquél de ECOPETROL, como sobre sus frutos.

1.- Estos derechos de prenda respaldan el pago del crédito insoluto que en su momento le otorgó el BANCO DEL PACÍFICO DE PANAMÁ a Fernando Londoño Hoyos, para que cubriera el precio de las acciones a ECOPETROL y las demás sociedades compradoras.

2. Causas de violación de los derechos fundamentales invocados.

La firma actora fundamenta la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales en la configuración de vías de hecho por defecto procedimental, orgánico, fáctico y sustantivo, de la siguiente manera:

2.1. Vía de hecho por defecto procedimental.

2.1.1. “Oportunidad para alegar en la Segunda Instancia”.

La tutelante señala que el Consejo de Estado profirió sentencia *“sin dar el traslado a las partes que la ley ordena dentro del recurso de apelación, cuando en aquel, como sucedió en este caso, se decretan y practican pruebas”*, por lo que dicho traslado se imponía como mecanismo necesario para que las partes conocieran y controvirtieran las pruebas recaudadas en el trámite de segunda instancia.

Indica que el Código Contencioso Administrativo en su artículo 212⁵ regula el trámite correspondiente al traslado para alegar de conclusión a todas las partes, cuando se practican pruebas en la instancia. Asegura que esta norma es aplicable en el trámite de la acción popular por disponerlo así el artículo 44⁶ de la ley 472 de 1998, pero que sin embargo *“no fue tomada en cuenta por el Consejo de Estado, pues el traslado para alegar brilla por su ausencia”*.

Asimismo, dice que en el evento de considerarse que la disposición atrás referida no es aplicable directamente en la medida que dentro de la ley de las acciones populares no se reguló lo relativo al traslado para alegar después de la práctica de pruebas, *“el Consejo de Estado ha debido hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en aras de garantizar el derecho de defensa, ante el hecho evidente de que una norma de esta clase interpretada bajo ese punto de vista se opone a dicha prerrogativa fundamental, pues en Estado de Derecho alguno resulta de recibo que se falle con apoyo en pruebas desconocidas para los interesados”*.

⁵ Código Contencioso Administrativo, Art. 212: *“Apelación de las sentencias. (...) Ejecutoriada el auto admisorio del recurso o vencido el término probatorio, se ordenará correr traslado a las partes, por el término común de diez (10) días, para alegar de conclusión y se dispondrá que, vencido éste, se dé traslado del expediente al Ministerio Público por diez (10) días, para que emita su concepto. Vencido este término se enviará el expediente al ponente para que elabore el proyecto de sentencia. Este se debe registrar dentro del término de treinta (30) días y la sala o sección tendrá quince (15) días para fallar”*.

⁶ Ley 472 de 1998, art. 44: *“Aspectos no regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones”*.

En este orden, señala que al no habersele permitido conocer las pruebas practicadas en segunda instancia, exigió que presentara sus argumentos sin tener referencia alguna a ellas, pues además, el expediente no estuvo a su disposición, por lo que terminó siendo condenada por hechos que no pudo debatir dentro del proceso y cuya prueba no tuvo opción de replicar.

2.1.2. “Acción popular y la validez y eficacia de los contratos”.

Arguye la accionante que la procedencia de la acción popular no puede extenderse hasta desconocer el proceso que ha sido fijado por el legislador para ventilar controversias contractuales, las que, para salvaguardar las garantías fundamentales, deben ser tramitadas por los procedimientos ordinarios hasta el punto de que el juez de la acción popular debe declarar que ésta es improcedente para resolver ese tipo de conflictos.

Menciona que el trámite que rige la acción popular, si bien permite la defensa de los derechos colectivos, no garantiza los derechos de los contratantes. Que en un trámite breve y preferente como el de la acción popular, las partes sólo pueden defenderse del ataque por violar derechos colectivos, más no cuentan con garantías para salvaguardar su libertad contractual. Esto último, entre otras cosas, porque las oportunidades de defensa son distintas de aquellas que tendrían en el marco del debate del proceso ordinario.

En conclusión, asegura que el Consejo de Estado incurrió en vía de hecho por defecto procedimental, al aceptar, equivocadamente, la procedibilidad de la acción popular como mecanismo apto para pronunciarse sobre la validez de un contrato, pasando por alto los derechos fundamentales de los contratantes y los terceros, tales como el debido proceso, la libertad contractual y la personalidad jurídica.

2.1.3. “Improcedencia de la acción popular toda vez que los intereses ya estaban siendo defendidos por las partes en el contrato a través de la respectiva acción contractual”.

Asegura que en el evento de aceptarse que por medio de la acción popular si se pueden ventilar las discusiones relativas a la validez y eficacia de los contratos, *“esta acción resultaba improcedente por cuanto no hubo vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público”*.

Dice que en el asunto decidido por el Consejo de Estado los temas ya estaban siendo ventilados por otra vía procesal, de tal manera que la acción popular no era procedente, pues era evidente que carecía de propósito y que se convertía simplemente en un instrumento para que los actores se lucraran con la obtención del incentivo.

Considera que no puede ser de recibo, para justificar un procedimiento paralelo, que la acción popular daba una solución mucho más expedita al caso, que no se lograba a través de la acción ordinaria. Al respecto señala:

“En otros términos, si las partes en el contrato, ECOPETROL y las sociedades Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company, ya estaban defendiendo sus intereses, mediante la acción de nulidad del contrato celebrado con el señor FERNANDO LONDOÑO HOYOS, ante el Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, a través de la cual elevaron pretensiones iguales e incluso en mayor número y alcance que las debatidas en la acción popular, no tenía sentido que se diera un procedimiento paralelo, al cual no concurrieron todas las personas que estaban vinculadas al proceso ordinario.

En efecto, como se ha reseñado, dentro del trámite de la acción popular no fueron citadas y no comparecieron las sociedades vendedoras South American Gulf Oil Company en liquidación y Explotaciones Cóndor S.A. en liquidación. Tampoco compareció la firma Comisionista de Bolsa Corredor y Albán S.A.”.

En ese orden, agrega que si la acción popular no estaba cumpliendo con los fines propuestos porque ya existía una acción previa, en la cual se estaban defendiendo apropiadamente los intereses de los vendedores, resulta claro que el Consejo de Estado se apartó completamente del procedimiento establecido por la ley.

2.1.4. Falta de legitimación para reivindicar las acciones.

La accionante, desde la perspectiva de lo que denominó su “*Situación sustancial*” y “*Situación procesal*”, desarrolló el tema relacionado con la falta de legitimación tanto por activa como por pasiva para que el juez de la acción popular decretara la reivindicación de las acciones.

2.1.4.1. En relación a su situación sustancial, manifiesta que el contrato de compraventa de acciones del cual se reclamó la nulidad, fue celebrado entre Fernando Londoño Hoyos, Ecopetrol, Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company. Por lo que “*de éste no fue parte la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. Ella no tiene ninguna relación directa con Ecopetrol, es una sucesora a título singular de Fernando Londoño Hoyos, en virtud de una dación en pago posterior*”. Señala además, que ostenta dos prendas que recibió por endoso del Banco del Pacífico de Panamá sobre las acciones que fueron objeto del contrato de compraventa aludido y sobre aquellas recibidas a título de frutos, así como que tiene el derecho de dominio sobre otras acciones que recibió directamente como frutos.

Que conforme a lo anterior, su interés en intervenir como litisconsorte en la acción popular radicaba en que *“si desaparecía el vínculo contractual y, por ende, el derecho real de dominio de su tradente, quedaba en principio sin piso aquel del cual era titular AFIB para el momento en que intervino, quedando en condición de una mera poseedora”*. Asimismo, aduce que como consecuencia de dicha nulidad decaía cualquier otro derecho real constituido sobre las acciones objeto del contrato anulado, como la prenda que en su momento otorgó Fernando Londoño Hoyos a su favor, por lo que entraba al escenario la aplicación de los artículos 946 y 1748 del Código Civil referentes a la acción reivindicatoria⁷, según los cuales la nulidad judicialmente pronunciada otorga acción reivindicatoria contra terceros poseedores para que sean condenados a restituir lo correspondiente.

En ese orden, asegura que intervino en el proceso para defender sus derechos de propiedad y de prenda sobre las 145 millones de acciones objeto del contrato cuya nulidad o ineficacia se pretendía, pues ese era el objeto de la acción popular, en modo alguno como sujeto pasivo de una acción reivindicatoria, ni mucho menos para defender su condición de acreedora prendaria sobre los frutos o de titular de derecho de dominio sobre aquellos percibidos directamente por ella.

Luego de hacer referencia al artículo 15 de la ley 226 de 1995⁸ (relativa a la enajenación de la propiedad accionaria estatal) y a la sentencia C-343 de 1996 de la Corte Constitucional, concluye que la legitimación por activa para obtener la reivindicación de las acciones, cuando quiera que se encuentren en poder de terceros distintos de las partes en el contrato anulado, corresponde al propietario de los bienes.

Explica que aún el supuesto de que se quisieran acumular las pretensiones de la nulidad del contrato de compraventa de acciones y la reivindicación contra el poseedor de las mismas, dicha acumulación no sería posible en este caso. Sobre este punto indicó:

“Ahora bien, aunque la pretensión reivindicatoria contra terceros puede acumularse en el mismo proceso a través del cual se adelanta la nulidad, ella sólo es factible cuando se reúnen los requisitos para tal acumulación.

⁷ Código Civil colombiano: “Art. 946: La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla. (...) Art. 1748: La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”.

⁸ Ley 226 de 1995, art. 15: “En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, ~~sólo~~ habrá lugar a la restitución de las acciones ~~cuando el órgano público vendedor así lo solicite~~. En todo caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentran en poder de terceros de buena fe. Cuando no haya lugar a la restitución sólo podrá haber lugar a las reparaciones pecuniarias correspondientes” (Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, Sent. C-343 de 1996).

En esta materia el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil señala que el demandante podrá acumular pretensiones contra varios demandados (inciso cuarto), siempre que el juez sea competente para conocer de todas y puedan tramitarse por el mismo procedimiento, y siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto o se hallen entre sí en relación de dependencia.

Precisamente, en materia civil la nulidad de un contrato y la pretensión reivindicatoria contra el poseedor se tramitan por los senderos del proceso ordinario, al no tener previsto un trámite especial, como lo establece el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, y son del conocimiento del mismo funcionario judicial, circunstancia que permitiría su acumulación.

Por el contrario, tales pretensiones no pueden acumularse cuando la nulidad se plantee por un trámite extraño al propio de la pretensión reivindicatoria contra terceros adquirentes, como ocurre en este caso, en el cual se tramitó la nulidad por los cauces de una acción popular, por quienes no podían recobrar la condición de propietarios en virtud del fallo constitutivo que la declarare.

En hipótesis como la que nos ocupa se requería entonces de un proceso separado que siguiera al de la declaratoria de nulidad, en la cual se discutiera con la amplitud probatoria que el caso ameritaba, la situación del tercero poseedor de los bienes, a través de l trámite señalado por la ley para el efecto”.

De manera que la legitimación por activa para obtener la reivindicación de las acciones, cuando quiera que se encuentren en poder de terceros distintos de las partes en el contrato anulado, corresponde al propietario de los bienes, pues “la ley no faculta al juez para que de oficio la declare, porque entre otras cosas, esto implicaría que el juez hiciera extensiva su sentencia a sujetos que no han ejercido el derecho de defensa al interior del proceso, tal como sucedió en este caso”. A su juicio, el legitimado para ejercer la acción reivindicatoria en contra de AFIB era ECOPETROL y las demás sociedades compradoras, que ni siquiera hicieron parte del proceso.

Especifica que el Consejo de Estado admitió su solicitud de intervención en la acción popular como litisconsorte, y que bajo este supuesto, siendo evidente que las pretensiones originales de los actores populares en lo único que podían afectarla era en tornar su derecho real de dominio en simple posesión o alcanzar la prenda constituida sobre acciones objeto del contrato anulado, no sobre sus frutos, la decisión del Consejo de Estado en torno a la nulidad sólo podía alcanzarla en lo relativo a su título, es decir, a la dación en pago que en su momento recibió de Fernando Londoño Hoyos vigente para el momento en que intervino, y en relación con la prenda sobre 145 millones de acciones que fueron objeto del contrato rescindido. Por el contrario, “no tenía sentido que

el fallo hubiere llegado hasta el punto de despojarla incluso de “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (...)”⁹, y de derechos reales adquiridos sobre frutos percibidos por el mismo Fernando Londoño Hoyos y directamente por AFIB, bajo el supuesto no alegado, debatido ni probado en el proceso, de que era poseedora de mala fe y que, por lo tanto, debía la restitución de las acciones y de los frutos (dividendos)”.

Afirma que no podía el Consejo de Estado, sin afectar los derechos fundamentales, ordenar la cancelación de la inscripción de la prenda que en su momento fue constituida por Fernando Londoño Hoyos para respaldar el pago del crédito cuyos recursos le sirvieron para pagar el crédito a ECOPETROL, pasando por alto que la inscripción de dicho gravamen se produjo mucho antes de la demanda presentada por ECOPETROL ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá. Que si ello era claro frente a las acciones objeto del contrato anulado, *“que no lo será frente a la prenda constituida sobre frutos por un contrato posterior y distinto al anulado”*.

2.1.4.2. De otro lado, y en relación con su situación procesal, AFIB señala que las normas que regulan la intervención litisconsorcial no pueden permitir que el juez que conoce de un determinado litigio este legitimado, frente a la intervención de terceros, para entrar a resolver asuntos que no se plantearon en la litis, y en relación con los que no se dio el debate judicial. Al respecto adujo:

“Así las cosas, al concurrir al proceso como litisconsorte AFIB propuso, frente a las pretensiones de la demanda, que se le respetaran sus derechos sobre las acciones objeto del contrato anulado, de tal manera que, a pesar de la nulidad, tales derechos permanecieran vigentes, como excepción al principio retroactivo de la misma. En sus escritos Afib no manifestó argumento alguno, ni solicitó pruebas, en torno a su condición como poseedora, ni a los derechos derivados sobre frutos generados por las acciones objeto del contrato anulado, en cuanto ello no era materia del proceso planteado con la demanda de los actores populares, ni podía serlo por no ser adecuado el trámite, ni contar con un juez competente para ello.

Sin embargo, el Consejo de Estado, aprovechando la participación de AFIB como litisconsorte, que el mismo Consejo provocó al aceptar dicha intervención bajo el falaz argumento de que no había sido decidido por el Tribunal Contencioso, cuando sí lo había sido negando tal postura, no sólo desestimó la aplicación de dicha excepción frente a la nulidad declarada, en cuanto a los efectos para terceros de buena fe, sino que fue más allá decidiendo aspectos no planteados en el proceso, como la posición del tercero en torno a la posesión sobre los bienes, y los derechos recibidos por dicho tercero sobre frutos”.

⁹ Artículo 762 del Código Civil.

De esta manera, señala que su situación como tercero frente a derechos recibidos sobre frutos por actos distintos al anulado, y su suerte como eventual poseedor, sujeto a una acción reivindicatoria ante la eventualidad de que se declare la nulidad, como en efecto ocurrió, no fueron extremos de la litis sometida al pronunciamiento del Consejo de Estado.

Así, concluye que resulta injustificado que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, partiendo de la intervención litisconsorcial, considere que sí tenía competencia para pronunciarse sobre aspectos propios de una acción reivindicatoria, pues dicha premisa ha debido conducir a la inferencia contraria.

2.2. Vía de hecho por defecto orgánico.

La accionante afirma que el Consejo de Estado era incompetente para pronunciarse acerca de la posición contractual en que se encontraba, pues la relación entre Fernando Londoño Hoyos y AFIB es entre particulares que no ejercen funciones públicas.

Asegura que ni el artículo 15 de ley 472 de 1998, ni la ley 226 de 1995, ni el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 128 a 134, contemplan que el Consejo de Estado sea competente para conocer de las acciones reivindicatorias en contra de particulares, de tal manera que *“el fallo proferido por el Consejo de Estado, particularmente en lo relativo al pronunciamiento frente a la buena o mala fe de AFIB, así como a la orden de restituir las acciones y sus frutos está viciado por el defecto orgánico, ya que el Consejo de Estado era absolutamente incompetente para pronunciarse acerca de esta materia”*.

Dice que el Consejo de Estado no podía pronunciarse sobre la acción real de reivindicación contra terceros derivada de la nulidad del acto de su antecesor, pues la declaratoria de nulidad se detiene exclusivamente en los pronunciamientos en torno a la validez del contrato celebrado entre las partes y en las restituciones mutuas consecuenciales.

Menciona que el juez puede declarar de oficio las restituciones mutuas entre los contratantes, no así la reivindicación que eventualmente recaiga sobre los terceros poseedores, pues ella requiere petición expresa de quien pretende derecho de dominio, ya acumulada en la demanda original, si el procedimiento lo permite, o mediante el trámite de un proceso separado.

Considera que *“esta falta de jurisdicción y la incompetencia para pronunciarse en torno a la devolución de las acciones objeto del contrato anulado, se hace mucho más evidente tratándose de los frutos percibidos y consumidos con posterioridad, frente a los cuales no es el juez administrativo el llamado a definir la situación del tercero sub-adquiriente, ni a juzgar su actitud de buena o mala fe, indispensables para que pueda darse una condena en su contra, pues esto escapa por completo al objeto de una acción popular*

dirigida a destruir un proceso celebrado en el contexto de un proceso de democratización de la propiedad accionaria del Estado”.

Finalmente, agrega que los particulares pueden ser sujetos pasivos de la acción popular, pero lógicamente bajo el supuesto de hecho de que violen o amenacen derechos colectivos, *“circunstancia que en el caso presente no se dio, pues el mismo Consejo de Estado declaró que el único responsable de dicha violación era Fernando Londoño Hoyos”.*

2.3. Vía de hecho por defecto fáctico.

Esgrime la firma accionante que el Consejo de Estado cometió serios y graves errores en el análisis de las pruebas, pues basó su decisión de despojarla de sus derechos de prenda y de condenarla a devolver las acciones y sus frutos, bajo el errado argumento de que no tuvo buena fe al momento en que Fernando Londoño Hoyos le transfirió las acciones en dación en pago, pues era sabedora de la existencia del litigio propuesto por Ecopetrol, en razón a que se encontraba inscrita la medida cautelar en el registro de accionistas de Invercolsa S.A. por parte del Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá. Asimismo, que como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico), le era oponible el conocimiento que necesariamente tuvo éste sobre la negociación proyectada y su falta de diligencia al momento de examinar los documentos, singularmente la Declaración de Renta de Fernando Londoño Hoyos, donde manifestaba no haber recibido salarios, lo mismo que el certificado que facilitó a éste el Presidente de Invercolsa, de donde se seguía que no estaba acreditada la calidad de extrabajador.

Asegura que el Consejo de Estado pasó por alto que las prendas constituidas a favor del Banco del Pacífico de Panamá y su transferencia a AFIB fueron registradas antes de que se inscribiera la medida cautelar decretada por el Juzgado 28 Civil del Circuito, *“circunstancia que no mereció de su parte la menor consideración”.*

De la misma manera, señala que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se equivocó al considerar negligente al Banco del Pacífico por no haber observado en la declaración de renta del año 1995 que Fernando Londoño no tenía ingresos laborales, cuando en el mismo fallo el Consejo de Estado hizo alusión a la sentencia laboral, en la cual se indica que todos sus ingresos derivados de su vinculación con Invercolsa fueron transferidos a una sociedad profesional de la cual formaba parte, de tal manera que mal podía declararlos como suyos. Sobre este particular agrega:

“Pasó por alto ese Tribunal también en este punto que no podía declararlos como suyos. Pasó por alto ese Tribunal también en este punto que no podía inferirse por un tercero, como el Banco del Pacífico, la ausencia de relación laboral de Fernando Londoño con Invercolsa, sólo con apoyo en la declaración de renta del año 1995, año en que se retiró de dicha sociedad, pues eso ello sólo podía ser

medianamente posible si se hubiera tenido acceso a las producidas durante todo el tiempo durante el cual aquel estuvo vinculado en dicha compañía. Finalmente, el Consejo de Estado dio por hecho, sin estar probado en el proceso, que el Banco del Pacífico había tenido acceso a dicha declaración de renta, de tal manera que pudiera endilgársele la falta de cuidado que trata de argumentar en el fallo por este aspecto”.

Critica la valoración probatoria que el Consejo de Estado hizo de la certificación emitida a Enrique Vargas Ramírez, Presidente de Invercolsa por la época en que se celebró el contrato de compraventa, al haber expedido una certificación que daba cuenta de que Fernando Londoño tenía la condición de extrabajador de Invercolsa, *“dando a entender que dicha certificación facilitó que aquel accediera al proceso de democratización, y en el mismo fallo, unas páginas más adelante, el Consejo de Estado planteó que dicha certificación permitía inferir que no era trabajador, pues sólo bajo este entendido podría justificarse que se le endilgue culpa al Banco del Pacífico al momento de examinar dicho documento”*. Así entonces, el Consejo de Estado le dio a un mismo documento dos alcances distintos dentro de la misma sentencia, lo que constituye *“un error grave en materia de valoración probatoria”*.

Manifiesta también, que la autoridad judicial accionada dejó de lado todo lo relativo a la actividad desplegada por la Bolsa de Valores y por el Comisionista de Bolsa, mandatario de Ecopetrol en el momento de la compraventa y el desembolso del crédito, que generaron la confianza necesaria para que cualquier tercero tomara decisiones como las que adoptó el Banco financiador. Al respecto señaló:

“(...) la Bolsa y el Comisionista avalaron la transparencia de la operación y su apego a las normas legales, circunstancia que incluso también justificó que el Consejo de Estado dispusiere investigar a dicho comisionista, como garante de la veracidad de las declaraciones de los comitentes.

Sobre el alcance de la función cumplida por el comisionista dijo el Consejo de Estado en el fallo:

“Idéntica consideración hace la Sala respecto de la comisionista de bolsa Corredor y Alban S.A., quien de conformidad con el artículo 20° del Decreto 2324 de 1996, era responsable por la veracidad de las declaraciones de sus comitentes...”

Así las cosas, si eran tales profesionales los que respondían por la veracidad de las declaraciones de los potenciales compradores de las acciones, dentro de ellas las relativas a su legitimación para adquirir las acciones, que en el caso de Fernando Londoño Hoyos estaba vinculada a su condición de extrabajador, carece totalmente de fundamento la conclusión que el Consejo de Estado adopta en el fallo, al endilgar culpa o falta de diligencia al Banco del Pacífico, antecesor

de Afib en los derechos prendarios sobre las acciones, con apoyo en elementos de juicio carentes de todo soporte y que fueron examinados de manera aislada y huérfana de todo criterio lógico”.

De esta manera concluye que es grave el error cometido por el Consejo de Estado al estructurar la hipótesis de la culpa tomando para el efecto simplemente la certificación del representante legal de Invercolsa, que para otros fines le da una interpretación distinta, y una declaración de renta, “sobre la cual ni siquiera hay constancia de que hubiere estado al alcance de Afib”.

2.4. Vía de hecho por defecto sustantivo.

Asegura la accionante que el Consejo de Estado aplicó indebidamente el artículo 15 de la ley 226 de 1995, y dejó de aplicar la normatividad relativa a los derechos del tenedor de un título valor, como lo es la acción de una sociedad anónima, y a la posesión, que era absolutamente pertinente en el caso concreto.

Recalca que en la acción popular no se estaba discutiendo la posesión de AFIB sobre las acciones y sus frutos, sino única y exclusivamente la validez del contrato de compraventa sobre las mismas, suscrito entre Fernando Londoño Hoyos y Ecopetrol.

Dice que el Consejo de Estado dejó de aplicar los artículos 762 y siguientes del Código Civil, que se ocupan de la posesión. Adujo al respecto lo siguiente:

“En efecto, para que una condena a la restitución y al pago de frutos pudiera pronunciarse era necesario que se hubiera analizado la situación del tercero como poseedor de las acciones, bajo los parámetros previstos en los artículos 762 y concordantes del Código Civil, el primero de los cuales define la posesión como: “La tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga o en su lugar y a nombre de él”.

En la sentencia dictada por el Consejo de Estado no existe referencia válida alguna al respecto, pues no podía haberla al no ser objeto del debate y al no haber sido materia de las pruebas pertinentes, por ausencia de pretensiones y de excepciones específicas y propias de la acción real de reivindicación. Sólo existen unas referencias discutibles en torno a los títulos en virtud de los cuales mi patrocinada recibió la posesión de las acciones, pero nada se anota en torno al hecho mismo de dicha posesión.

Así las cosas, al producir una condena en contra de un tercero poseedor sin motivación que la justificara, en torno a hechos no debatidos y en relación con los cuales no tuvo oportunidad de presentar excepciones o defensas, ni mucho menos pedir o controvertir las

pruebas arrimadas al proceso, el fallador desconoció todas las normas que regulan la situación del tercero poseedor, que no puedan ser las mismas que apoyan los efectos de la acción personal de nulidad contra las partes en el proceso”.

Asimismo, alega que el Consejo de Estado dejó de aplicar el artículo 569 del Código de Comercio, relativo a la prenda sobre títulos valores, norma según la cual: *“No podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieren podido oponer a tenedores anteriores”*. Dice que también pasó por alto el principio previsto en el artículo 835 del mismo código, que reza: *“se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que esta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo”*. Sobre este punto afirma:

“En efecto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, sin que existiere una prueba que desvirtuare la presunción de buena fe del tenedor prendario de las acciones y partiendo de conjeturas en torno a la conducta del Banco del Pacífico, ordenó la cancelación de la inscripción de sus gravámenes prendarios, a pesar de que dicha inscripción fue anterior a la de la demanda que en su momento instauró Ecopetrol y los demás compradores ante el Juzgado 28 Civil del Circuito.

Así las cosas, va en contravía del ordenamiento en esta materia aquella inferencia realizada por el fallador, según la cual AFIB debe responder por las pretendidas culpas cometidas por el Banco del Pacífico al momento de celebrar la operación de crédito, y específicamente ligadas al examen de documentos (declaración de renta y certificación de Invercolsa), pues es claro que a la luz del principio de la autonomía propio de los títulos valores tales posibles errores no afectan a un tenedor posterior del documento”.

De igual manera, la accionante menciona que el Consejo de Estado desconoció el principio de autonomía de los títulos valores consagrado en los artículos 619, 627 y 784 del Código de Comercio, teoría según la cual quien haya adquirido un derecho con apoyo en una apariencia de legalidad insalvable para cualquiera que hubiere estado en la misma situación, merece protección de la ley y no debe ser privado de dicho derecho. Sobre el particular aseguró:

“(…) el Banco del Pacífico primero y luego AFIB, adquirieron derechos prendarios sobre las acciones compradas por Fernando Londoño Hoyos con base en una situación de aparente legalidad, que era insalvable para aquellos, por lo menos con la diligencia mediana que se opone a la culpa grave.

En efecto, la adquisición de Fernando Londoño de las acciones y su facultad para constituir sobre ellas una prenda, estaba rodeada de una apariencia de legalidad que surgía de la intervención de un comisionista de bolsa y de la misma Bolsa, que a la luz de las disposiciones que regulan el proceso de democratización de la propiedad accionaria, respondían por la veracidad de las declaraciones hechas por los compradores, con base en los documentos que se le debían entregar, dentro de ellos el relativo a su legitimación para ser postores dentro del proceso, tal como lo establece el artículo 20 del decreto 2324 de 1996.

La operación se transó con la intervención de la bolsa y con la gestión de dicho comisionista, mandatarios de Ecopetrol para verificar la bondad y transparencia del proceso. El Banco en tal escenario se limitó a financiar la operación de compra, confiado en lo que resultaba de dicha apariencia, y recibió la prenda sobre las acciones, gravamen que debe ser respetado aún en el escenario de la nulidad, por corresponder a la expresada teoría de la creación de derechos a partir de la apariencia formal. Esto resulta igualmente claro frente a la prenda constituida posteriormente sobre frutos a favor del mismo Banco del Pacífico.

Por su parte, AFIB adquirió del Banco del Pacífico el crédito, con sus accesorios, dentro de ellas las prendas, sin que hasta ese momento existiere indicio alguno de las posibles irregularidades en la compra de los títulos. A este respecto, como antes se señaló, la inscripción de la demanda presentada por Ecopetrol se produjo con posterioridad a la enajenación de los derechos prendarios a favor de AFIB”.

Concluye entonces, que cuando Fernando Londoño Hoyos constituyó las prendas sobre las acciones a favor del Banco del Pacífico tenía plena capacidad para ello, en su condición de titular de derechos de dominio, primero sobre las acciones originales y luego sobre los frutos, y en dicho momento no existía indicio alguno de eventuales irregularidades que pudieran afectarlo.

3. Pretensiones.

En base al recuento fáctico y los anteriores argumentos, la sociedad accionante formuló las siguientes pretensiones:

“PRINCIPALES:

Primera. Se declare que el Consejo de Estado pretermitió el traslado para alegar en la segunda instancia.

Segunda. Se declare que al no haber dado oportunidad de conocer las pruebas practicadas se violó el derecho de defensa de mi patrocinada.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, se disponga que se subsane el vicio y se retrotraiga la actuación a dicho momento”.

PRIMERAS SUBSIDIARIAS.

Primera. Se declare que la acción popular no es procedente para dirimir controversias que versen sobre la validez de un contrato.

Segunda. Se declare que en consecuencia el Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho al haber decidido en el fondo la acción popular que fue objeto del recurso de apelación.

Tercera. Como consecuencia de lo anterior, se disponga dejar totalmente sin efectos el fallo proferido por el Consejo de Estado el día 9 de diciembre de 2003.

SEGUNDAS SUBSIDIARIAS.

Primera. Se declare que la acción popular no es procedente para condenar a un tercero poseedor, que no ha vulnerado los derechos colectivos, a realizar las restituciones propias de una acción reivindicatoria.

Segunda. Se declare que en consecuencia el Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho al pronunciarse en contra de dicho tercero, a pesar de no haber sido el autor de la pretendida violación contra los derechos colectivos.

Tercera. Como consecuencia de lo anterior, se disponga dejar sin efectos el fallo proferido por el Consejo de Estado el día 9 de diciembre de 2003, en lo que toca con las condenas realizadas en contra de la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. AFIB S.A., así como en aquella parte en la cual se ordenó la cancelación de la inscripción de los derechos de prenda que fueron constituidos en su favor por Fernando Londoño Hoyos, e igualmente los derechos de dominio sobre frutos percibidos directamente por AFIB.

TERCERAS SUBSIDIARIAS.

Primera. Se declare que en el fallo proferido por el Consejo de Estado el día 9 de diciembre de 2003, se cometieron vías de hecho, por desconocer su jurisdicción y competencia, por haber involucrado a un particular no demandado ni declarado contraventor de los intereses colectivos, en términos tales que el Consejo de Estado usurpó la competencia del juez ordinario.

Segunda. Como consecuencia de lo anterior, se disponga dejar sin efectos el fallo proferido por el Consejo de Estado el día 9 de diciembre de 2003, en lo que toca a las condenas realizadas en contra de la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. AFIB S.A., así como en aquella parte en la cual se ordenó la cancelación de la inscripción de los derechos de prenda constituidos en su favor por Fernando Londoño Hoyos, así como los derechos de dominio sobre frutos percibidos directamente por AFIB.

CUARTAS SUBSIDIARIAS.

Primera. Se declare que en el fallo proferido por el Consejo de Estado el día 9 de diciembre de 2003, se cometieron vías de hecho, por dejar de aplicar normas que eran fundamentales para la decisión del tema y por haber proferido su decisión en contravía de las pruebas recaudadas en el proceso.

Segunda. Se declare que, al no haber sido desvirtuada su presunción de buena fe, en aplicación de lo previsto en el artículo 15 de la ley 226 de 1995, se deben respetar y mantener los derechos reales adquiridos por Arrendadora Financiera Internacional AFIB S.A., a pesar de la nulidad declarada, tanto sobre las acciones originales, en número de 145.000.000 (título número 349), como sobre sus frutos, en número de 179.391.099 (título número 349), 12.428.845 (título número 569) y 16.581.173 (título número 580).

Tercera. Como consecuencia de lo anterior, se sustituyan aquellos apartes del fallo en los cuales se condena a AFIB a la restitución de las acciones y sus frutos, así como a aquellos en los cuales se ordena la cancelación de los registros de derecho de prenda en su favor, por una declaración en el sentido de que, en desarrollo de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 226 de 1995, se le debe respetar y mantener a AFIB su condición de titular de derechos reales de prenda sobre las acciones referidas en el numeral anterior.

Finalmente, en cualquier caso y frente a todas las pretensiones, tanto principales, como subsidiarias, solicito que se disponga que cualquier ejecución que de la sentencia objeto de la tutela se hubiere hecho deberá retrotraerse y ajustarse a los efectos derivados del fallo de amparo que se pronuncie, de tal manera que este se haga efectivo, comunicándolo así al Consejo de Estado, Sala Plena, para que proceda en consecuencia”.

4. Trámite Procesal.

La acción de tutela fue repartida el 27 de julio de 2004 (Acta individual de Reparto a folio 246 del expediente) a la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sin embargo, como los Consejeros

integrantes de la misma hicieron parte de la Sala Plena de dicha Corporación cuando se adoptó la sentencia de la acción popular que se cuestiona en esta oportunidad, se declararon impedidos (folios 243 a 258 del expediente). Frente a esta situación y ante la aceptación de los impedimentos por parte de los Consejeros de la misma Sección Cuarta, se procedió a sortear y posesionar a los respectivos conjueces para que tramitaran el asunto (folios 259 a 278 del expediente).

Admitida finalmente la acción de tutela el 23 de septiembre de 2004 (Auto a folio 279 del expediente), se procedió a comunicar al respecto a los Consejeros de Estado que integraron y participaron en la Sala Plena, llevada a cabo el 9 de diciembre de 2003, fecha en la que se profirió la sentencia objeto de tutela. De la misma forma se comunicó a Javier Armando Rincón Gama y Héctor Alfredo Suárez Mejía, demandantes en la acción popular, así como a Fernando Londoño Hoyos, Ecopetrol S.A., Invercolsa S.A., Banco del Pacífico de Colombia y Panamá, Explotaciones Cóndor S.A., South American Gulf Oil Company, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y a la firma Corredor y Albán S.A. (comunicaciones a folios 282 a 320 del expediente).

Oportunamente dieron contestación al traslado efectuado, el Consejero de Estado Camilo Arciniegas Andrade, Javier Armando Rincón y Héctor Alfredo Suárez, Ecopetrol S.A., Explotaciones Cóndor S.A.(en liquidación), South American Gulf Oil Company (en liquidación), Davivalores (antes Corredor y Albán) y la Procuraduría General de la Nación.

4.1. Respuesta del Consejero de Estado Camilo Arciniegas Andrade.

El Consejero de Estado Camilo Arciniegas Andrade, mediante memorial de septiembre 28 de 2004 (folios 322 a 331 del expediente), dio respuesta a la acción de tutela, oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Pese a aclarar que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, manifiesta que la sentencia de diciembre 9 de 2003 se ajustó en un todo al ordenamiento jurídico y, particularmente, a la ley 472 de 1998 en cuanto a la intervención de Afib y a los alcances y efectos que este precepto confiere a las acciones populares para defensa del patrimonio público. Para sustentar esa afirmación expuso, en resumen, los siguientes argumentos:

4.1.1. El supuesto defecto procedimental.

a.- Asegura que no se omitió en la segunda instancia el traslado para alegar, basta con tener presente que el artículo 37 de la ley 472/98 determina el trámite de la segunda instancia de las acciones populares, de forma que entre el auto admisorio del recurso y el fallo no media traslado para alegar. Dice que no puede perderse de vista que en el artículo 5° de la ley 472/98 se postularon como principios rectores de este trámite los de economía, celeridad y eficacia. Además, en el auto de junio 1° de 2004 Afib tuvo la oportunidad de conocer la

prueba documental allegada en segunda instancia, consistente en una certificación de Invercolsa de los actos jurídicos celebrados sobre las acciones adquiridas por Fernando Londoño Hoyos; prueba pedida por la propia Afib, allegada el 30 de julio de 2003 y suficientemente conocida por ésta cuando presentó sus argumentaciones el 21 de octubre siguiente, por lo tanto, asevera que la evidencia procesal refuta por sí sola las alegaciones del reclamante.

b.- En cuanto a que la acción popular es improcedente para plantear la nulidad o la ineficacia de contratos, dice que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 472/98, que pone en manos de los ciudadanos la acción popular para reclamar por irregularidades concernientes a contratos y que, *“para hacer viable esta acción”*, les da derecho a obtener copias de los documentos referidos a la contratación.

c.- Afirma que el contrato de compraventa de acciones celebrado por ECOPETROL con Fernando Londoño Hoyos es un contrato estatal, según lo dispuesto en los artículos 2, numeral 1, literal a) y 32 de la ley 80 de 1003, por ser un acto jurídico creador de obligaciones celebrado por una entidad estatal como lo son las empresas industriales y comerciales del Estado, categoría a que pertenece ECOPETROL. En consecuencia, las controversias derivadas de un contrato estatal como el de compraventa de acciones, están sustraídas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, por mandato del artículo 75, inciso primero, de la ley 80 de 1993.

d.- Respecto a lo alegado de que Afib, como poseedora de las acciones de Invercolsa –por haberlas adquirido a título de dación en pago de Fernando Londoño Hoyos- solamente podía ser condenada en un proceso reivindicatorio, después de que se hubiese declarado la nulidad de la adquisición que hizo éste último. Y que si el Consejo de Estado admitió a Afib como litisconsorte dentro del trámite de la acción popular, fue para condenarla a restituir las acciones, pese a que tal condena era improcedente porque en el proceso no se había planteado su situación como poseedora.

Aduce que este planteamiento está alejado del régimen constitucional y legal de las acciones populares, instituidas por el artículo 88 de la Constitución Política como instrumentos para la defensa judicial de los derechos colectivos, entre ellos los derechos a la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa. Señala que el artículo 9º de la ley 472 establece que las acciones populares proceden contra *“toda acción u omisión”* de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos colectivos, entre ellos el patrimonio público; el artículo 40 contempla las acciones populares contra las irregularidades en la contratación; y según el artículo 2º una de las finalidades de estas acciones es *“restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*, que se logra mediante las órdenes que según el artículo 34 debe dictar el juez para *“exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible”*. Así, pues, cuando quiera que haya lugar a la defensa del patrimonio

público, el Juez de la acción popular está en el deber de imponer las conductas necesarias para restituir a dicho patrimonio los bienes ilegítimamente enajenados.

Dice que Afib apoyándose en su condición de adquirente del objeto en litigio (acciones y dividendos), solicitó su reconocimiento en el proceso como litisconsorte del demandado Fernando Londoño Hoyos, y por auto de junio 20 de 2003 se admitió su intervención y se le reconoció dicha calidad. De esta suerte, resultaba forzoso aplicar al litisconsorte lo dispuesto en los artículos 52, 60 y 62 del Código de Procedimiento Civil.

Considera que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estaba en el deber de resolver “*sobre todos los extremos de la litis*” (art. 311 C.P.C.), y la sentencia que ordenase la restitución de las acciones y sus dividendos produciría efectos contra la adquirente y litisconsorte Afib. Que nadie puede pretender que interviene espontáneamente en el proceso con la reserva de que la sentencia le resulte favorable.

4.1.2. El supuesto defecto orgánico.

En cuanto a la afirmación de que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa carecen de competencia para “*conocer de las acciones reivindicatorias contra particulares*”, para el interviniente esta aseveración no resiste análisis.

A su juicio la acción popular tuvo por objeto declarar la ineficacia del contrato de venta de las acciones y, como consecuencia, la restitución de éstas al patrimonio público. Que mal puede pretenderse que la defensa del patrimonio público tenga que sufrir dos etapas: una, ante la jurisdicción contencioso administrativa, que comprendería el proceso originado en la acción popular, hasta la declaración de ineficacia o nulidad del contrato de compraventa; y otra siguiente ante la jurisdicción ordinaria para obtener la reivindicación del objeto ilícitamente enajenado. Dice que esta no es más que una interpretación astuta, reñida con el ordenamiento jurídico vigente. Considera que si el juez del contrato estatal es el juez contencioso administrativo (arts. 75 ley 80/93 y 15 ley 472/98); si la acción popular también está instituida para la defensa del patrimonio público frente a actos u omisiones de las autoridades o de particulares (art. 9 ley 472/98); y si procede para restituir las cosas a su estado anterior (art. 2 ibidem), es manifiesto que a través de esta acción puede obtenerse la restitución de los bienes estatales ilícitamente enajenados y que se encuentren en manos de particulares.

4.1.3. El supuesto defecto sustantivo.

Se agrupan bajo este rótulo los cargos de aplicación indebida de los artículos 15 de la ley 226 de 1995 y falta de aplicación del artículo 762 del Código Civil y del artículo 659 del Código de Comercio. Asegura que con este planteamiento, la reclamante pretende que el juez de tutela desplace al juez

natural de la acción popular y aplique en lugar de estas las normas sustantivas que considere oportunas por sobre las normas aplicadas por el juez natural. Al respecto manifestó:

“Esta argumentación no pasa de ser un sofisma. En efecto: Por extranjeros que fuesen el Banco del Pacífico y Afib, era de público conocimiento, por haberse difundido extensamente, que la venta de las acciones de Invercolsa a través de la Bolsa de Colombia se efectuaría en virtud de un proceso de privatización de bienes estatales reglado por la ley 226 de 1995, en cuya primera fase (a precio fijo, sin puja) solamente podrían presentar oferta de compra los trabajadores y extrabajadores de Invercolsa (art. 5º Decreto 2324 de 1996). También era sabido, o debía saberse, que las compras realizadas en contravención a esta regla serían sancionadas con ineficacia. Entonces, los financiadores de una adquisición semejante tenían, más que la carga, el deber de cerciorarse de la licitud de la oferta de compra, como quiera que las respectivas acciones vendrían a ser la prenda de su crédito. Y el hecho de que la operación se perfeccionase en la Bolsa no la sustraía al régimen imperativo de derecho público, a que estaba sometida la operación al tenor del artículo 60 de la Constitución, de la ley 226 de 1995 y del decreto 2324 del mismo año. Así, pues, ni el Banco del Pacífico, como acreedor con prenda sobre las acciones, ni Afib, como adquirente de ellas por dación en pago de manos de Fernando Londoño Hoyos, podrían tener un derecho mejor o más firme que el derecho ilícitamente adquirido por este último”.

4.2. Respuesta de la Empresa Colombiana de Petróleos, Explotaciones Cóndor S.A. en liquidación y South American Gulf Oil Co, en liquidación.

La Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol (folios 384 a 413 del expediente), Explotaciones Cóndor S.A. en liquidación y South American Gulf Oil Co, en liquidación (folios 348 a 377 del expediente), a través del mismo apoderado especial, presentaron sendos argumentos en contra de la prosperidad de la acción de tutela. Indican que la acción de tutela no es procedente en este caso por existir otros medios de defensa judicial para proteger los derechos de Afib y que tampoco puede prosperar como mecanismo transitorio en cuanto no está demostrado el perjuicio irremediable que se procura evitar.

Afirman que los derechos que se pretenden proteger son de estirpe legal y no constitucional, pues se busca el pronunciamiento del juez de tutela en un asunto sustancial en orden a proteger derechos reales y personales.

Argumentan que con la acción de tutela se intenta revivir términos y oportunidades precluidas. Esto por cuanto la actora no interpuso recurso de reposición contra la providencia que la admitió como litisconsorte, cuando el

proceso se encontraba para fallo, es decir, cuando ya se había cumplido la etapa de alegación en segunda instancia.

Consideran que no se patentizan las vías de hecho, pues lo que se aprecia son diferencias de criterio en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas pertinentes y a la valoración de la prueba, aspectos que son del resorte del juez en razón del principio de autonomía e independencia judicial.

Finalmente, hacen un examen respecto de los derechos fundamentales que la actora considera vulnerados para concluir que ninguno de ellos resultó violado durante el trámite de la acción popular que culminó con la sentencia atacada por la parte actora.

4.3. Respuesta de Javier Armando Rincón Gama y Héctor Alfredo Suárez Mejía.

Javier Armando Rincón Gama y Héctor Alfredo Suárez Mejía, quienes actuaron como actores populares en el proceso plurimencionado, se oponen a la prosperidad de la acción (folio 495 del expediente).

Manifiestan que la tutela no es procedente porque no existe vía de hecho que la justifique, toda vez que, las acciones populares son de origen constitucional y tienen como finalidad la protección de los derechos colectivos tal como se encuentra previsto en la ley 472 de 1998.

Dicen que al momento de ser recibidas las acciones por Afib en dación en pago estaba vigente una medida cautelar debidamente inscrita en el libro de registro de accionistas, *“en la que constaba que estas eran objeto de un litigio en el Juzgado 28 Civil del Circuito, dentro del cual ECOPEPETROL cuestionaba la legalidad de la adquisición de las acciones entregadas en dación en pago. A partir de este hecho es claro que no puede alegarse buena fe en la posesión de las acciones por parte de Afib”*.

4.4. Respuesta de Davivalores S.A.

La representante legal de la firma Davivalores S.A., antes Corredor y Albán S.A., da respuesta a la acción de tutela oponiéndose a la misma (folios 498 a 501 del expediente).

Indicó que Corredor y Albán no fue parte ni intervino en ninguna calidad durante el proceso de la acción popular. Sin embargo, considera que del escrito de la tutela no fluye una vía de hecho de la sentencia que puso fin a la acción popular. Pone de presente que el demandante lo que hace es controvertir las decisiones de fondo tomadas por el Consejo de Estado con base en lo que el apoderado de la actora estima que debe ser el actuar del juez en una acción popular, puntos que no pueden ser objeto de discusión en una acción de tutela porque se convertiría en una especie de recurso extraordinario no previsto por el ordenamiento.

4.5. Respuesta del Ministerio Público.

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado igualmente se opuso a la prosperidad de la acción de tutela (folios 476 a 492 del expediente), tras considerar que la Sala Plena del Consejo de Estado no incurrió en violación alguna de los derechos fundamentales en el trámite y decisión de la acción popular, en especial, por lo siguiente:

El artículo 37 de la ley 472 de 1998 no contempla ningún tipo de traslado para que las partes o le Ministerio Público presenten alegatos, luego no se puede afirmar que se haya desconocido la oportunidad para alegar en segunda instancia.

En cuanto a la improcedencia de la acción popular, indicó que existen razones de orden constitucional (art. 209) que justifican el uso de la acción popular en eventos en que se requiera la protección de los derechos colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa a causa de la celebración de contratos estatales.

Frente a la improcedencia de la acción popular por existir la acción contractual para defender intereses colectivos, consideró que las acciones populares tienen características esenciales como la de no ser incompatibles con otras acciones judiciales, lo que obedece a que aquellas buscan de manera directa la protección de los derechos colectivos, mientras que en las ordinarias la controversia se centra en la definición de derechos interpartes.

Consideró, frente al hecho de que el Consejo de Estado sometió a Afib como tercero ajeno a la relación contractual, que el artículo 15 de la ley 226 de 1995, invocado por el actor, es aplicable para el caso en que haya terceros de buena fe. Empero, el Consejo de Estado, en forma motivada, encontró que la referida sociedad actuó de mala fe, lo que afectó el derecho al patrimonio público por la enajenación nula e ineficaz de las acciones. Por ende, los derechos reales de Afib (dominio y prenda) en la medida en que se derivan de una situación irregular y lesiva de un interés colectivo, permitía al juzgador recobrar para el Estado la titularidad del derecho de dominio de las acciones, sin necesidad de incoar la acción reivindicatoria, en tanto estaba de por medio la protección de derechos colectivos y no subjetivos.

Por último, y en cuanto a que se cometieron serios y protuberantes errores en el análisis de las pruebas, consideró que en la sentencia del 09 de diciembre de 2003 se analizó de manera detallada y rigurosa la prueba recaudada, sin que sea pertinente afirmar que se haya incurrido en una vía de hecho por indebida valoración probatoria.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

1. Decisión de primera instancia.

La Sala de Conjuces de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia de octubre 27 de 2004, decidió denegar la tutela interpuesta.

Después de examinar su competencia, la Sección Cuarta, dio curso a la acción de tutela al considerar que no existe otro mecanismo de defensa judicial, concluyendo su procedencia respecto de providencias judiciales *“que vulneren de manera ostensible los derechos fundamentales del accionante”* cuando se incurre en una vía de hecho por los diversos defectos que ha desarrollado la Corte Constitucional.

Desestimó el cargo de omisión del traslado para alegar (artículo 212 del Código Contencioso Administrativo), porque en su sentir, no está previsto en el trámite de la apelación contra las sentencias decisorias de las acciones populares (art. 37 de la ley 472 de 1998), Afib fue admitida como litisconsorte de la parte demandada (art. 52 del C.P.C.) según auto de junio 20 de 2003, se decretó la certificación solicitada por ésta y allegada al expediente el 30 de julio de 2003 y mediante escrito radicado el 21 de octubre de 2003, su apoderado presentó sus argumentaciones en procura de la confirmación de la sentencia de primera instancia, las cuales se consideraron en la proferida por la Sala Plena.

Estimó procedente la acción popular en presencia de un contrato estatal cuya celebración o ejecución viole o amenace violar un derecho colectivo para la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa que autoriza el análisis de su validez y legalidad, destacando su prevalencia respecto de los procesos y acciones en curso *“siempre que esté de por medio la defensa de los derechos colectivos”* y desestimando las vías de hecho por tal razón.

Puntualizó la competencia del Consejo de Estado para pronunciarse respecto de la nulidad del contrato, *“sobre aspectos propios de una acción reivindicatoria”* (arts. 34 y 40 de la ley 472 de 1998) y la *“posición contractual de Afib, pues la acción popular, debido a su especial alcance, bien puede afectar derechos subjetivos si está de por medio la recuperación de derechos estatales como las acciones de capital público que encarnan finalmente derechos colectivos como el patrimonio público”*.

Acentuó *“la transformación”* de *“las nociones clásicas de legitimación por activa o por pasiva”*, en tanto, *“el sujeto activo de la acción popular es un sujeto colectivo”* y *“la parte pasiva o el sujeto pasivo de la acción es, finalmente, aquél sujeto que esté amenazando o haya violado el derecho colectivo, sea que se trate de la Administración del Estado, es decir, el Estado mismo (por acción u omisión) o un particular que en cualquier caso haya violado ese tipo de derecho o esté en posibilidad de violarlo”* (art. 9º ley 472 de 1998), advirtiendo *“que el Consejo de Estado le dio prelación a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y de la defensa del patrimonio público en cuanto ordenó la restitución de acciones a favor de una*

empresa estatal” y “como los derechos de Afib, además, no tienen el amparo de la buena fe, el Consejo de Estado favoreció esos derechos colectivos, lo que se acomoda perfectamente a la filosofía de la acción popular”.

Concluyó, la carencia de *“buena fe de Afib”* y la inaplicabilidad de los artículos 762 y subsiguientes del Código Civil y 569 del Código de Comercio, *“regulaciones basadas en la buena fe de terceros”*, por cuanto, cuando adquirió y celebró el 16 de diciembre de 1999 mediante dación en pago, las acciones se encontraban en litigio de conocimiento del Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, estaba *“inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de Invercolsa S.A.”*, se requería *“conforme lo dispone el artículo 408 del Código de Comercio, obtener previamente la autorización del Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, autorización que acuerdo (sic) con la información obtenida durante la visita, no se obtuvo”*, y *“Afib S.A. era sabedora de la existencia del litigio propuesto por ECOPETROL. No tuvo, entonces, buena fe en esa transacción. En estas condiciones, debe asumir las consecuencias de este fallo”* y *“como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico), le es oponible el conocimiento que necesariamente tuvo éste sobre la negociación proyectada”* por lo cual, no se estructura, por estos cargos, la vía de hecho, ni como defecto sustantivo ni como defecto fáctico.

2. Impugnación.

Dentro de la oportunidad procesal, Afib S.A. impugnó la decisión adoptada por la Sala de Conjuces de la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹⁰, dadas las siguientes razones:

a.- Desconoce que Afib S.A. no fue demandada como responsable del eventual daño al patrimonio público o a la moralidad administrativa, ni las sentencias la declararon infractora y, por ello, no existe relación causal alguna.

b.- Concede a la intervención litisconsorcial de Afib un alcance *“que no puede tener, al considerar que con fundamento en ella se pueden hacer declaraciones y condenas por fuera del objeto demandado y de sus expresas solicitudes”*, en cuanto, solicitó, frente a las pretensiones de nulidad, el respeto de su condición de *“acreedor prendario”*, más no *“pronunciamiento alguno en torno a los frutos o dividendos percibidos”*.

c.- El restablecimiento al *statu quo anti* cuando sea posible (artículo 2° de la ley 472 de 1998), no es admisible *“cuando quiera que existan derechos de terceros frente a los cuales no se haya enderezado en el proceso pretensión alguna”*, *“menos cuando afectan a quien no fue demandado y no tuvo la*

¹⁰ Concedida la impugnación, Ecopetrol S.A., Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company, presentaron el 17 de noviembre de 2004, un escrito objetándola y oponiéndose a su prosperidad (folios 606 a 627 del expediente). En el mismo sentido, Davivalores S.A. radicó el 12 de mayo de 2005 un escrito solicitando confirmar la decisión impugnada (folios 767 a 772 del expediente).

oportunidad de solicitar pruebas que le permitiesen contrarrestar la ligera conclusión judicial”.

d.- La *“sentencia del Consejo de Estado tomó caprichosamente algunos hechos aislados, de los cuales dedujo la culpa del Banco de Pacífico, y con base en ello determinó que no tenía derecho Afib a ser protegida como tercero de buena fe, para sujetarla a renglón seguido a las condenas que excedieron en mucho el límite de la facultad jurisdiccional”*, cuando Afib no fue demandada ni *“hizo solicitud de condena alguna, ni se debatió su posición como poseedor de frutos o dividendos, de tal manera que hubiere estado en posibilidad de solicitar y contradecir las pruebas relativas a estos aspectos”* y, por el contrario, *“el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en decisión no apelada en esta parte y por tanto, firme e inmodificable, había decidido no aceptarla como tal”*, es decir, *“el Consejo de Estado actuó contra decisión ejecutoriada, variando la condición jurídica de Afib dentro del proceso, con el único propósito, seguramente ya estudiado en tal momento, de sujetarla a las condenas que se dieron en la sentencia”*.

e.- El fallo de tutela soslaya una sentencia *“que desborda el alcance del artículo 15 de la ley 226 y que adicionalmente es groseramente contraevidente en lo que corresponde al análisis del comportamiento o la conducta asumida por el Banco del Pacífico”*, por cuanto, *“para decir si se protegían los derechos de prenda, adquiridos ante la inscripción de cualquier demanda, partió del supuesto de la culpa del Banco del Pacífico, la cual trasladó a mi patrocinada”* cuando la norma impone la protección del tercero de “buena fe” simple y no cualificada o exenta de culpa, siendo *“preciso entonces que existiere una prueba de su mala fe para que el Consejo de Estado hubiere tomado la decisión que adoptó frente a la solicitud de mi representada. Al no existir dicha prueba la sentencia en esta parte carece totalmente de soporte”*, que por virtud de la autonomía de los títulos valores no puede trasladarse a tenedores posteriores *“en cuanto no hay transmisión de vicios entre los distintos adquirientes de derechos vinculados a esta clase de documentos”*, más aún, por el principio de *“confianza”*.

Lo anterior por falta de apreciación de la Bolsa de Bogotá y del comisionista mandatario de ECOPETROL al instante de la adquisición de las acciones que consolidaba la buena fe de Afib en virtud de la confianza, utilizándose la prueba de la declaración de renta donde no constaban ingresos laborales y la certificación expedida por el Presidente de Invercolsa en dos sentidos diferentes y contradictorios, el primero para desvirtuar la buena fe del Banco del Pacífico al conceder el préstamo y recibir la prenda y, el segundo, para ordenar una investigación penal y, concluye que la sentencia del Consejo de Estado debió verificar una culpa imputable a Afib y no a sus antecesores para decidir la pérdida de sus derechos prendarios que adquirió antes del registro de demanda de ECOPETROL.

f.- La sentencia tutelada incurre en errores de análisis y ponderación de las pruebas al concluir una conducta culposa del Banco del Pacífico y trasladarla

a Afib, por cuanto, concluyó que la Bolsa de Bogotá y la Comisionista, eran responsables de la veracidad de las declaraciones y aceptó un encargo a pesar que su declaración de renta no evidenciaba el pago de salarios y, por tanto, al examinar la conducta del tercero, incluido el Banco, debió concluir su buena fe porque estaban exonerados de cualquier otra verificación y, por ello, al imputarle culpa al Banco del Pacífico se apoyó en *“un criterio subjetivo, caprichoso y arbitrario”* incurriendo en una vía de hecho por defecto fáctico.

g.- Falta de competencia del juez de la acción popular para juzgar controversias contractuales derivadas de contratos de prenda y de jurisdicción para imponer condenas a un particular ajeno a los hechos; omisión del traslado para alegar y de la posibilidad de conocer la prueba solicitada y decretada que no pudo conocer cuando de oficio mediante Auto de junio 20 de 2003 el Consejo de Estado aceptó su intervención procesal, porque para entonces *“no había sido practicada”* y además a partir de julio 30 de 2003 en que se incorporó al proceso, el expediente no se puso a disposición de las partes.

h.- Finalmente, invoca *“que una norma posterior a los hechos, como lo es la ley de acciones populares (ley 472 de 1998), fue aplicada por el Consejo de Estado de manera retroactiva para juzgar hechos, omisiones o violaciones cometidas antes de su vigencia, pues la venta de las acciones se llevó a cabo el 30 de abril de 1997 y los contratos de prenda también se perfeccionaron antes de dicha fecha, con lo cual se está desconociendo el principio de vigencia de la ley en el tiempo y, en consecuencia, igualmente afectando de manera grave el derecho de defensa de las partes”*.

3. Decisión de segunda instancia¹¹.

Debido a que los Consejeros de la Sección Quinta del Consejo de Estado se declararon impedidos para conocer en segunda instancia la acción de tutela (folios 648 a 655 del expediente), por haber hecho parte de la Sala Plena de la misma Corporación al momento de adoptarse la sentencia que se cuestiona, se

¹¹ Frente a la decisión de segunda instancia se presentaron por parte de los sujetos procesales varias solicitudes de nulidad, así (cuadernos 1, 2 y 4 adjuntos al expediente principal):

a.- Por parte de apoderado de Ecopetrol S.A., Explotaciones Cóndor S.A. y American Gulf Oil Company el día 10 de noviembre de 2005, alegando la existencia de “cosa juzgada” (haberse presentado con anterioridad una acción de tutela similar), “pretermir instancia”, “falta de notificación de terceros con interés legítimo en la acción de tutela”, “falta de competencia”, “violación del debido proceso”, “incongruencia de la sentencia” (falta de competencia). Frente a esta solicitud de nulidad la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante Auto de marzo 9 de 2006 encontró infundadas las causales de nulidad alegadas, decidiendo “No decretar la nulidad solicitada”.

b.- Por parte del Procurador Primero delegado ante el Consejo de Estado, el día 11 de noviembre de 2005, alegando la existencia de “falta de competencia” (los conjuces no fueron sorteados de la lista de la Sección Quinta), haberse presentado con anterioridad una acción de tutela similar y “falta de integración del contradictorio”. Frente a esta solicitud de nulidad la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante Auto de marzo 9 de 2006 encontró infundadas las causales de nulidad alegadas, decidiendo “rechazar de plano la petición de nulidad”.

c.- Por parte de trece de los magistrados del Consejo de Estado, el día 11 de noviembre de 2005, alegando la “falta de competencia” (por improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales) y “omisión de toda oportunidad probatoria” (al distorsionar el contenido objetivo de la sentencia SU-881/05 de la Corte Constitucional). Frente a esta solicitud de nulidad la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante Auto de marzo 9 de 2006 encontró infundadas las causales de nulidad alegadas, decidiendo “No decretar la nulidad solicitada”.

integró una Sala de Conjuces debidamente sorteados y posesionados al efecto (folios 672 a 716 y 761 a 707 del expediente).

La Sala de Conjuces de la Sección Quinta, mediante fallo de noviembre 3 de 2005 decidió revocar la sentencia de tutela proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 27 de octubre de 2004 y, en su lugar concedió la tutela del derecho fundamental al debido proceso de Afib S.A. impartándose algunas órdenes. La providencia dice así en su parte resolutive:

“PRIMERO: Revocar la Sentencia de Tutela proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 27 de octubre de 2004 y, en su lugar, CONCEDER la tutela al derecho fundamental al debido proceso de ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. –AFIB- S.A.-, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2003 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la totalidad de la actuación, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Inscríbase esta demanda en el Libro de Registro de Acciones de INVERCOLSA S.A. quien cancelará la inscripción de la Sentencia de 9 de diciembre de 2003 y las anotaciones efectuadas con base en ésta. Líbrese oficio.

CUARTO: Remítase copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, para los fines legales pertinentes.

(...)”

En sustento de su decisión y luego de hacer un extenso análisis respecto a la viabilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y el alcance del derecho fundamental al debido proceso, el *ad-quem* consideró que por la conducta procesal de AFIB una vez admitida su intervención en segunda instancia como litisconsorte de la parte demandada en el proceso de la acción popular, esto es, haber presentado sus consideraciones para que se tuvieran en cuenta al momento del fallo, aceptó tomar la actuación en el estado en que se encontraba, *“subsannando ostensibles e injustificadas falencias derivadas de no haber sido demandada, citada y vinculada”* al proceso, subsannando también *“toda omisión del traslado para alegar de conclusión (arts. 143 y 144 C. de P.C. en consonancia con los artículos 44, Ley 472 de 1998 y 267 C.C.A.)”*. No obstante lo anterior, expone que en garantía del derecho al debido proceso, era necesario haber corrido traslado para alegar de conclusión, para lo cual trae a colación tres providencias recientes de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del trámite de distintas acciones populares, donde luego de decretarse algunas pruebas de oficio se dispuso correr traslado a las partes en garantía del debido proceso.

Por otra parte, y como razón principal para conceder la acción de tutela, el *ad-quem* consideró que la ley 472 de 1998 no podía aplicarse para juzgar situaciones acontecidas con anterioridad al hecho que supuestamente ocasionó la violación a los derechos colectivos, tal como lo hizo el Consejo de Estado en el asunto debatido, en donde declaró nulo e ineficaz el contrato de enajenación de acciones inscrita en el libro de registro de accionistas el 8 de mayo de 1997 de Invercolsa (la adquisición de las acciones por parte de Fernando Londoño se realizó por subasta el 2 de mayo de 1997). En sustento de este argumento hizo referencia a extensos apartes de la sentencia SU-881 de 2005 (Actor: Mauricio Cárdenas Santamaría) proferida por la Corte Constitucional, concluyendo de la misma lo siguiente:

“a.- El derecho constitucional fundamental del debido proceso comporta la garantía de ser juzgado conforme a las leyes preexistentes. Así, se indica expresamente en la sentencia del juez constitucional:

“Es de precisar que cuando el artículo 29 constitucional señala que nadie podrá ser juzgado sino de conformidad a leyes preexistentes, tal preexistencia hace referencia a leyes vigentes preexistentes. Si una ley ha sido aprobada pero aún no ha entrado en vigencia no puede entenderse que la ley sea preexistente al hecho ocurrido entre la aprobación y la entrada en vigencia”.

b.- La ley 472 de 1998 vigente desde el 5 de agosto de 1999, no puede aplicarse retroactivamente a hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, en particular, para deducir responsabilidad, imponer sanciones o condenas por virtud de una conciliación.

c.- La aplicación de la ley 472 de 1998 a hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia, constituye una violación del derecho del debido proceso y una vía de hecho agravada cuando además se desconoce la declaratoria de exequibilidad de una norma consagratoria de la “ultraactividad” de la ley, como se expresa, así:

“(iv) A la luz de las consideraciones expuestas, la Corte entrará a demostrar cómo en la sentencia del Consejo de Estado cuestionada en la presente providencia se incurrió en una vía de hecho de carácter sustantivo, por la naturaleza de la norma que fue aplicada a pesar de ser manifiestamente inaplicable, teniendo en cuenta los criterios de aplicación de la ley en el tiempo, de los cual implica, a su vez, el desconocimiento del principio de legalidad”.

(...) “Es de anotar que el desconocimiento judicial de las disposiciones legislativas relativas a la aplicación de la ley en el tiempo se agrava una vez la Corte Constitucional ha declarado la exequibilidad de una norma que consagraba la ultraactividad – como sucedió en el caso del artículo 88 de la ley 472 de 1998”.

A juicio de la Sala, la ley 472 de 1998, solo es aplicable a partir de su vigencia, el 5 de agosto de 1999 y no para juzgar y decidir hechos anteriores a ésta.

La aplicación a circunstancias, situaciones o relaciones consumadas con anterioridad, resulta manifiesta y ostensiblemente retroactiva, violatoria del derecho constitucional fundamental del debido proceso y, por consiguiente, deviene en una vía de hecho y en un defecto orgánico insubsanable.

Considera la Sala, que los derechos colectivos y la moralidad pública por hechos precedentes a la vigencia de la ley 472 de 1998, encuentran protección en los mecanismos instituidos por el ordenamiento jurídico preexistente, sin ser admisible, en un Estado Social de Derecho, aplicar normas inexistentes para la época de su consumación y, en todo caso, posteriores a ésta, menos en tratándose de la responsabilidad y la imposición de condenas, porque viola el derecho constitucional fundamental del debido proceso y el principio de legalidad que implican que las situaciones, relaciones jurídicas, las conductas y sus consecuencias deben juzgarse conforme a las leyes vigentes”.

Finalmente, considera que en el caso específico, Ecopetrol S.A., Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company, con anterioridad a la iniciación de la acción popular (8 de julio de 2002), presentaron demanda ordinaria, “*actualmente en curso en el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, admitida por el auto de 19 de noviembre de 1997 y, en la cual se decretó y practicó la medida cautelar de inscripción de la demanda (oficio de 21 de septiembre de 1999) debidamente inscrita en el libro de registro de accionistas de Invercolsa*”, razón por la cual, no podía el juez popular abordar el estudio de la nulidad absoluta de un contrato “*cuando exista una demanda ordinaria y un proceso ante el juez natural en el cual se pretenda*”.

III. PRUEBAS.

Dado a que el expediente de la acción de tutela suma un total de 3907 folios, de los cuales su gran mayoría corresponden a documentos con importante carácter probatorio, la Sala sólo destacará los más relevantes:

1. Pruebas aportadas por las partes.

Del material probatorio allegado al expediente por las partes, la Corte señala los siguientes:

- Copia del fallo de abril 8 de 2003, proferido por la Sección Tercera Subsección -A- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (en primera

instancia) mediante el cual se deniegan las pretensiones de la acción popular interpuesta por Javier Rincón Gamma y Alfredo Suárez Mejía contra Ecopetrol S.A. y Fernando Londoño Hoyos (folios 52 a 79).

- Copia del fallo de diciembre 9 de 2003, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (en segunda instancia), mediante el cual se revoca la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción popular referida. En esta providencia se amparan los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y se imparten ciertas ordenes (folios 80 a 128).
- Copia de la solicitud de enero 22 de 2004, presentada por el apoderado de AFIB S.A., donde pide a la Sala Plena del Consejo de Estado declarar la nulidad del fallo de diciembre 9 de 2003 (folios 178 a 213).
- Copia del Auto de junio 1° de 2004, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante el cual resuelve ‘no decretar’ la solicitud de nulidad de la sentencia de diciembre 9 de 2003 (folios 214 a 226).

2. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional y documentos varios allegados a la Corporación.

La Magistrada Ponente, mediante auto del día nueve (09) de noviembre de dos mil seis (2006), y con el fin de que la Sala adopte una decisión informada en el asunto de la referencia, decretó la práctica de las siguientes pruebas:

“PRIMERO.- Ordenar que a través de la Secretaría General de esta corporación se oficie a la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que remita, con destino al asunto de la referencia y dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción del oficio que así lo indique, copia del expediente que contiene la actuación surtida dentro del trámite de la Acción Popular instaurada por los señores Javier Rincón Gama y Héctor Alfredo Suárez Mejía contra la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL- y Fernando Londoño Hoyos (Exp: 2002-2187).

SEGUNDO.- Ordenar que a través de la Secretaría General de esta corporación se oficie al Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Bogotá para que informe, con destino al asunto de la referencia y dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción del oficio que así lo indique, sobre el trámite surtido y estado actual del proceso civil ordinario adelantado en ese Despacho, con (Rad: 11001310303028199709465), promovido por ECOPETROL y otros contra Fernando Londoño Hoyos y otros”.

Tanto la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como el Juzgado 28 Civil del Circuito, en cumplimiento a lo dispuesto en el Auto mencionado, allegaron a esta Corporación las copias y el informe requeridos (folio 493 del cuaderno de revisión). Dentro de las copias del expediente de la acción popular se destacan los siguientes documentos:

- Copia del Decreto 2324 de diciembre 20 de 1996, “Por el cual se aprueba la enajenación y el programa de venta de las acciones que la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol-, Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Co. poseen en Inversiones de Gases de Colombia S.A. – Invercolsa” (folios 91 a 97 del cuaderno de pruebas).
- Copia del Alegato de conclusión presentado por el apoderado de Fernando Londoño Hoyos dentro de la acción popular (216 a 232 del cuaderno de pruebas).
- Copia del Alegato de conclusión presentado por el apoderado de Ecopetrol S.A. dentro de la acción popular (241 a 263 del cuaderno de pruebas).
- Copia de los escritos presentados el 4 de junio de 2003 ante el Consejo de Estado, por Ecopetrol S.A. y Fernando Londoño Hoyos, describiendo el traslado de los recursos de apelación (folios 367 a 394 del cuaderno de pruebas).
- Copia del concepto N° 77 de 2003, rendido por la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado (folios 397 a 420 del cuaderno de pruebas).
- Copia de la solicitud de intervención al proceso de acción popular como tercero litisconsorte de la parte demandada, presentada ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por parte de Afib S.A., el día 14 de marzo de 2003 (folios 265 a 268 del cuaderno de pruebas).
- Copia del auto de mayo 26 de 2003, por medio del cual la Sección Segunda del Consejo de Estado admite el recurso de apelación contra la sentencia de abril 8 de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción popular (folio 364 del cuaderno de pruebas).
- Copia de Auto de junio 20 de 2003 proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante el cual se decretaron pruebas de oficio y se vinculó al proceso a AFIB como litisconsorte de la parte demandada (folios 426 a 430 del cuaderno de copias).
- Copia del memorial radicado el 24 de octubre de 2003, por parte de Afib, en el cual solicita al Consejo de Estado confirmar la sentencia de primera instancia (folios 516 a 523 del cuaderno de pruebas).

- Copia del Instructivo Operativo para la venta de acciones de Invercolsa S.A. (folios 237 a 246 del cuaderno de revisión).
- Copia del Contrato para la Coordinación de la enajenación de las acciones de Invercolsa S.A., entre Ecopetrol S.A. y la Bolsa de Bogotá, Medellín y Occidente (folio 247 a 253 del cuaderno de revisión).
- Copia autenticada de los folios correspondientes a los registros efectuados en el libro de Registro de Accionistas de Invercolsa S.A., donde aparecen las fechas y las respectivas observaciones de cada registro realizado sobre las acciones adquiridas por Fernando Londoño Hoyos (folios 313 a 314 del cuaderno de revisión).
- Copia del Acta de la Sesión de la Junta Directiva del Banco del Pacífico de Panamá S.A. y Convenio de Cesión de Crédito, de mayo 25 de 1999, mediante los cuales el Banco cedió a favor de AFIB S.A. el crédito y las garantías, relativas al préstamo efectuado a Fernando Londoño Hoyos (folios 56 a 58 del cuaderno de revisión).

Durante el trámite de esta acción, el apoderado de Ecopetrol S.A. y el Procurador General de la Nación, remitieron a esta Corporación copia de la sentencia de febrero 8 de 2007, proferida por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá (Rad. 97-9465), dentro del proceso ordinario de Ecopetrol S.A., South American Gulf Oil Company y Explotaciones Cóndor S.A. contra Fernando Londoño Hoyos y las sociedades Corredor y Albán S.A., Comisionista de Bolsa e Invercolsa S.A. (folios 543 a 599 del cuaderno de revisión).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Procedibilidad de la presente acción de tutela por haberse interpuesto en oportunidad y ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial.

2.1. De conformidad con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela¹², de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Con tal exigencia se pretende evitar que este

¹² Cfr. Sentencia T-575 de 2002.

mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que establezca la ley. Así pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.

En esta ocasión, la Corte aclara que independientemente de la prolongación en el tiempo para decidirse este asunto en las instancias, la acción de tutela fue interpuesta en oportunidad.

En efecto, al examinarse el expediente contentivo de este proceso se tiene que la acción de tutela fue interpuesta el 07 de julio de 2004 (acta individual de reparto a folio 241) contra la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 09 de diciembre de 2003 (sin contarse desde la fecha de su notificación), por lo que tan sólo transcurrieron 07 meses entre una actuación y la otra¹³.

2.2. Por otra parte, respecto a la procedencia de la acción ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa, debe señalarse que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la tutela *“sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (...)”* dado su carácter residual. En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado al respecto, señalando enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales adecuados y efectivos para la protección de los derechos fundamentales, que se alegan comprometidos. Al respecto, en la sentencia T-252 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se lee:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales. Esa caracterización implica que si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias¹⁴. El artículo 86 de la

¹³ La Corte ha negado en otros casos el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados por haberse interpuesto la tutela un año y once meses después de proferido un acto administrativo al que se le imputaba la vulneración (Sentencias T-344-00 y T-575-02); un año después de proferida una sentencia de segunda instancia que se señalaba como constitutiva de vía de hecho (Sentencia T-1169-01); dos años después de acaecidos los actos patronales que se señalaban como lesivos de derechos fundamentales de varios trabajadores (Sentencia T-105-02); dos años después del inicio de la cesación del pago de las mesadas pensionales a que el actor decía tener derecho (Sentencia T-843-02); un año y siete meses después del fallo de segunda instancia proferido en un proceso laboral (Sentencia T-315-05), etc.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-469 de mayo 2 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-585 de

Constitución Política es claro al señalar que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias”.

En esta oportunidad la sociedad accionada pone de presente que contra la providencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, que controvierte a través de la presente acción de tutela, no procede ningún recurso ordinario ni extraordinario, pues la decisión fue tomada por la Sala Plena de la mencionada Corporación. Asimismo, señala que al solicitar la nulidad de la sentencia por los defectos que expone en la tutela, esta fue negada por el Consejo de Estado.

Pues bien, para la Corte resulta claro que contra la providencia de diciembre 09 de 2003 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, que se controvierte mediante la demanda de amparo constitucional de la referencia, no procede recurso alguno como bien lo advirtió la firma accionante, por lo que la misma resulta procedente por este aspecto.

Ciertamente, la sentencia cuestionada fue proferida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, razón por la cual la decisión no es susceptible de impugnación. Además, al haber sido dictada la providencia por la Sala Plena de dicha Corporación, no procedían ni el recurso de revisión ni el de súplica¹⁵ (existente para la época), dado que estos sólo son viables contra las decisiones adoptadas por las secciones y subsecciones del Consejo de Estado (Arts. 185 y 194 del C.C.A.)¹⁶. Adicionalmente, la accionante presentó solicitud de nulidad de la sentencia alegando similares argumentos a los ahora

julio 29 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

¹⁵ Antes de la Ley 954 de abril 27 de 2005, que derogó el artículo 194, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, del Código Contencioso Administrativo, se contemplaba el recurso extraordinario de súplica, en virtud del cual era procedente la revisión de las sentencias proferidas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, por la presunta violación directa de normas sustanciales a causa de la aplicación indebida, la falta de aplicación o la interpretación errónea de las mismas.

¹⁶ Es pertinente traer a colación sobre este punto, la posición que sobre los recursos extraordinarios en materia de acciones populares tiene el Consejo de Estado, así: “Si bien el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 (194 del C.C.A.), establece que el recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, a juicio de la Sala, contra las sentencias proferidas en materia de acciones de populares dicho recurso no procede. La falta de consagración del recurso extraordinario de súplica en la Ley 472 de 1998, implica per se su improcedencia en el trámite de la acción popular; en el mismo sólo pueden interponerse los recursos expresamente consagrados por dicha disposición. Es decir, que dada la naturaleza del recurso que se ha impetrado, que es “extraordinario”, éste solo puede tener cabida en la medida en que la ley lo consagre, precisamente, por su propia naturaleza”. (Exps. AP-3001, AP-306 y AP-9357. Sección Tercera- Consejero Ponente: Alier E. Hernández E. Junio 24 de 2004. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-09257-01 (AP.: Recurso Extraordinario de Súplica).

expuestos en tutela (folios 178 a 213 del expediente), sin embargo esta fue negada mediante Auto de junio 1° de 2004 por la Sala Plena del Consejo de Estado (folios 214 a 226 del expediente).

Así entonces, ante la interposición de la acción de tutela en oportunidad y ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual se pueda controvertir la actuación que se aduce transgresora de los derechos fundamentales de la firma accionante -Afib S.A.¹⁷-, se impone abordar el estudio de fondo del asunto planteado ante esta Corporación¹⁸.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales – causales de procedibilidad.

3.1. Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha considerado que, en principio, contra las decisiones judiciales no procede la acción de tutela y que de éstas se predica su obligatoriedad incondicional, como quiera que cuando el órgano judicial aplica la voluntad abstracta de la ley a un caso concreto se supone que lo hace con sujeción estricta a la Constitución Política, porque a los jueces y a los tribunales les compete acatar la Carta, y lograr su aplicación en los hechos, las relaciones sociales y las acciones de los poderes públicos¹⁹.

Desde esta perspectiva, la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contra vía de los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en firme, vale recordar que mediante sentencia C-543 de 1992 esta Corte declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, normas éstas que regulaban su ejercicio contra sentencias judiciales, por considerar que desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, al tiempo que dispuso que “(...)

¹⁷ Conforme a la jurisprudencia de ésta Corporación, las personas naturales y jurídicas extranjeras están legitimados para interponer acción de tutela: Sentencias T-172 de 1993, T-141 de 1996, T-380 de 1998, entre otras. Aclárese que Afib S.A. como persona jurídica, es titular de derechos fundamentales. No debe olvidarse que desde los inicios de esta Corporación, acorde con el querer del Constituyente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las personas jurídicas son titulares de algunos derechos fundamentales de acuerdo con su naturaleza, como son los relativos a la igualdad, debido proceso, buen nombre, etc., teniendo en cuenta que la propia asamblea constituyente no hizo ninguna distinción en la expresión del artículo 86 de la Carta cuando señaló que “*toda persona*” podía ser titular de la acción de tutela, como sí ocurre claramente en otras Constituciones, si se verifican previsiones de derecho comparado.

¹⁸ La Corte pone de presente que a folios 428 a 475 del expediente reposan copias de las sentencias de tutela proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fecha mayo 6 de 2004 y junio 18 del mismo año respectivamente, que resuelven la acción de tutela interpuesta por Afib S.A. contra Invercolsa S.A., Procuraduría General de la Nación, Superintendencia de Sociedades y Ecopetrol S.A. Valga aclarar que en dicho proceso, tanto las partes, los hechos y las pretensiones son distintas a la presente acción de tutela, por lo que puede afirmarse que Afib S.A. en esta oportunidad no incurre en temeridad. Igualmente, este aspecto fue claramente dilucidado en el auto de marzo 9 de 2006, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, al resolver la solicitud de nulidad del fallo de tutela por ella proferido (cfr. folios 1113 a 1117 del cuaderno de pruebas).

¹⁹ Ver, entre otras, la sentencia C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (..)”.

Ahora bien, en sentencia C-590 de 2005, esta Corporación, al resolver sobre la conformidad con la Carta Política de una disposición que limitaba la protección de los derechos fundamentales de los asociados en el ámbito del recurso de casación²⁰, reiteró la jurisprudencia de esta Corte en materia de procedencia de la acción de tutela cualquiera fuere la autoridad que vulnere o amenace los derechos fundamentales, a la vez que recordó que la doctrina constitucional en la materia “*no sólo se encuentra respaldada en el artículo 86 de la Carta sino también en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución por vía del artículo 93 de la Carta*”²¹, en cuanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a los Estados partes de la comunidad internacional a establecer un recurso sencillo, efectivo y breve de protección cierta de los derechos fundamentales de los asociados siempre que se los amenace o desconozca.

Se refirió esta Corte, en la sentencia de constitucionalidad en comento, a los distintos cuestionamientos que se formulan contra la acción de tutela contra decisiones judiciales en firme y pudo concluir i) que no es de recibo argumentar que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se resolvió restringir la protección constitucional al ámbito de las actuaciones administrativas, porque esta propuesta, luego de haber sido debatida “*resultó amplia y expresamente derrotada por la mayoría con el argumento, claramente expuesto en el debate, según el cual impedir la tutela contra decisiones judiciales podría crear un ámbito de impunidad constitucional y reduciría la eficacia de los derechos fundamentales a su simple consagración escrita*”²²; y ii) que no es dable admitir que la acción de tutela contraría la naturaleza de la protección de los derechos fundamentales, en cuanto desconoce las decisiones de las autoridades judiciales instituidas para protegerlos, “*porque la doctrina constitucional comparada parece coincidir de manera unánime en que la tutela -amparo o acción de constitucionalidad- contra las sentencias es un corolario lógico del modelo de control mixto de constitucionalidad (..) necesario para garantizar, simultáneamente, la*

²⁰ Sentencia C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad esta Corte declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, como quiera que “*la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados*”.

²¹ Al respecto Cfr. entre otros, los autos 220A/02, 149A/03, 010/04 y la sentencia SU-1158/03.

²² En este aparte se hace referencia a la propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y María Teresa Garcés Lloreda. Gaceta Constitucional No. 142 p.182 en la cual se propone restringir el ámbito de aplicación de la tutela y los debates consecuentes hasta la votación definitiva del texto del hoy artículo 86 de la Constitución. Dicha propuesta fue votada y negada por la Asamblea.

primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales”. Indica la decisión:

“Los desacuerdos en la doctrina y la jurisprudencia más especializada se producen más bien en torno al alcance de esta figura y al tipo y grado de eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito judicial. No obstante, a estas alturas de la evolución de la doctrina constitucional, parece que nadie niega la importancia de que exista un último control de constitucionalidad de aquellas sentencias que hubieren podido vulnerar los derechos fundamentales de las partes y, en particular, el derecho de acceso a la administración de justicia.

No puede perderse de vista que la más importante transformación del derecho constitucional en la segunda mitad del siglo XX fue la consagración de la Constitución como una verdadera norma jurídica. En otras palabras, en el nuevo Estado constitucional, las constituciones -y en particular los derechos fundamentales- dejaron de ser normas formalmente prevalentes pero jurídicamente irrelevantes para convertirse en las normas jurídicas de mayor eficacia o poder vinculante dentro del ordenamiento. Para lograr esta transformación, los distintos sistemas jurídicos incorporaron al texto constitucional poderosos sistemas de garantía tendientes a asegurar la sujeción de todos los órganos del Estado a las disposiciones constitucionales y, muy en particular, a los derechos fundamentales.

En este novedoso y potente sistema de protección de la Constitución, la tutela contra sentencias juega un papel fundamental: el control de constitucionalidad de las sentencias sirve para desplegar con fuerza la eficacia normativa de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de aplicación del derecho. En otras palabras, de lo que se trata es de asegurar el llamado “efecto irradiación” de los derechos fundamentales en jurisdicciones acostumbradas a seguir fielmente los mandatos del derecho legislado sin atender a las normas constitucionales que podrían resultar relevantes para resolver la respectiva cuestión.

Entonces, la acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho.”

También destacó la Corte, en la oportunidad a que se hace referencia, la acción de tutela como mecanismo de unificación de la jurisprudencia constitucional, diseñado por el constituyente con el propósito de que un órgano único determine el alcance de los derechos fundamentales asegurando de esta manera unidad y seguridad en la aplicación e interpretación “*del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales por parte de todos los jueces de la República -con independencia de la causa que se encuentren juzgando-*”.

Ahora bien no sobra recordar que la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contrariedad con los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

En ese orden de ideas, considerando que esta posibilidad tiene un alcance excepcional y restrictivo, la Corte Constitucional ha venido construyendo a partir de la Sentencia C-543 de 1992 una nutrida doctrina en torno al catálogo de requisitos que se deben cumplir para que ésta resulte procedente; doctrina cuyos primeros desarrollos aparecen contenidos en las Sentencias T-079 de 1993 y T-231 de 1994 y que luego se ha enriquecido en múltiples decisiones posteriores.

Según la doctrina constitucional²³, para que pueda proceder una tutela contra una sentencia judicial resulta necesario que se cumplan a cabalidad todos y cada uno de los siguientes requisitos de procedibilidad: (1) La cuestión que se pretende discutir a través de la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional. (2) Sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. (3) La acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial. (4) La tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez. (5) En la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u omisión judicial que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación. (6) El juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. (7) La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del Juez al que esté adscrito el Fiscal. Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que

²³ Ver entre muchas otras las sentencia T-336 de 2004 M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández, SU-189 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y SU-901/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño

corresponda. (8) No procede la acción de tutela contra sentencias de tutela. (9) La acción de tutela contra sentencias solo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez como una vía de hecho. (10) Que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un término razonable al de su ocurrencia.

La sistematización de los criterios o causales a partir de los cuales es posible justificar el advenimiento de una tutela contra una decisión judicial, ha generado que la Corte advierta dentro de ellos la obligación del operador de respetar los precedentes y de guardar respeto y armonía entre su discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales previstos en la Constitución²⁴. En este punto es necesario prevenir que la Corporación ha definido e identificado dentro del ejercicio jurisdiccional, la obligación de argumentar suficientemente cada una de sus decisiones y también de ponderar con claridad los derechos fundamentales que se encuentren en disputa. El principio de eficacia de los derechos fundamentales y el valor normativo de la Constitución obligan al juez a acatar, emplear e interpretar explícitamente las normas legales aplicables a un caso concreto, pero también a justificar y ponderar las pugnas que se llegaren a presentar frente a la Carta Política²⁵ y los derechos fundamentales²⁶.

Pues bien, conforme a los anteriores presupuestos y como recapitulación de las diferentes decisiones adoptadas, la Corte ha identificado y congregado a los *criterios* en seis apartados que ha definido de la siguiente manera²⁷:

*i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido*²⁸.

²⁴ Sentencia T-1031 de 2001, argumento jurídico número 6.

²⁵ Al respecto, en la sentencia T-461 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, Sala Séptima de Revisión, en un caso en el que se estudió la tutela contra la pérdida de investidura del señor Jose Jattin Safar, la Corte estimó lo siguiente: “(...) resulta claro que la tutela contra providencias judiciales no procede por incurrir el funcionario en vía de hecho (en el sentido administrativo del concepto), sino por violación de la Constitución. En sentencia T-441 de 2003 la Corte recogió y sistematizó estos argumentos fijando parámetros para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, que respondieran a claros criterios constitucionales. Así, se indicó que la tutela procede contra decisiones judiciales cuando se presenta violación directa o indirecta de la Constitución. Es decir, frente a providencias judiciales inconstitucionales.(...)”.

²⁶ Sobre el papel actual que juega el juez en un Estado Social de Derecho véanse las sentencias C-037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-366 de 2000 y SU-846 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁷ Ahora, en relación con los citados supuestos fácticos de procedencia, esta Corporación ha precisado que los conceptos de que se vale la Corte para caracterizarlos “carecen de fronteras definitivamente enunciadas en su jurisprudencia, pues muchos de los defectos presentes en las decisiones judiciales ‘son un híbrido’ resultante de la concurrencia de varias hipótesis y en ciertas oportunidades ‘resulta difícil definir fronteras entre unos y otros’” (Sentencia T-1044 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil). De igual modo, ha sostenido que sobre un asunto específico puede incluso presentarse la concurrencia de varios de los criterios de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra sentencias judiciales (Sentencia T-658 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

²⁸ Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las sentencias T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02, entre otras (cita original de la jurisprudencia

ii) *Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido*²⁹.

iii) *Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia*³⁰.

iv) *Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos*³¹.

v) *Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.*

vi) *Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto*^{32, 33}.

Debido a los temas específicos de la presente acción, la Corte precisará brevemente los siguientes defectos.

3.2. El defecto procedimental.

Si bien existe un sistema de normas que establece las formalidades y etapas a seguir en los diferentes asuntos litigiosos que deben ser respetadas por los jueces o particulares que administren justicia, no todo desconocimiento de éstas permite la procedencia de la tutela. Sólo cuando quien administre justicia haya actuado completamente por fuera del procedimiento establecido se configura una vía de hecho de carácter procedimental.

trascrita).

²⁹ Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260/99, T-488/99, T-814/99, T-408/02, T-550/02, T-054/03 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

³⁰ Al respecto, las sentencias SU-014/01, T-407/01, T-759/01, T-1180/01, T-349/02, T-852/02, T-705/02 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

³¹ Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

³² Sentencias T – 522 de 2001 y T – 462 de 2003 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

³³ Véanse entre otras, sentencias T-441 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; T-200 y T-684 de 2004 y T-658 y T-939 de 2005 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

En las diferentes sentencias que han resuelto acciones de tutela contra decisiones judiciales por ser actuaciones que se han constituido en vías de hecho, se ha señalado que esta figura por error o defecto procedimental se constituyen en aquella actuación que se origina en *“una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo.”*³⁴

Ciertamente, debe señalarse que en materia jurídica cualquier actuación ha de prevalecer lo sustancial o material respecto de lo formal o meramente procedimental. No obstante, para efectos de que de las actuaciones judiciales generen una seguridad jurídica, las actuaciones judiciales deberán siempre atenerse a un procedimiento previamente dispuesto por el legislador, con el cual se garantizará no solo la homogeneidad de las actuaciones en los diferentes casos que se presenten bajo supuestos fácticos similares, sino que además, se disiparán las dudas que puedan presentarse, descontando así cualquier actuación amañada o subjetiva de la autoridad judicial que atente contra el derecho sustancial y que en consecuencia desconozca y vulnere derechos fundamentales de las partes.

Así, el procedimiento judicial previamente establecido, propio a diferentes actuaciones, da seguridad jurídica a las providencias que se dicten en el trámite de cualquier actuación judicial, garantizando no sólo, la transparencia de las autoridades en su comportamiento como operadores del derecho, sino que también da tranquilidad a las partes que pueden con certeza defender sus derechos e intereses.

Por otra parte, toda vez que el conjunto de normas procesales no se pueden tener como fin en sí mismo, sino como medio para la efectiva garantía del derecho de defensa de las partes, para que se incurra en vía de hecho por defecto procedimental, además del desconocimiento de la norma o la insostenible interpretación de ésta, se requiere que el ejercicio del derecho de defensa se haya visto efectivamente obstaculizado por éste.

3.3. El defecto orgánico.

Este criterio de procedibilidad se configura cuando la autoridad que dictó la providencia carecía, en forma absoluta, de competencia para conocer de un asunto. Así entonces, es necesario precisar que cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, sus decisiones son susceptibles de ser excepcionalmente atacadas en sede de tutela, pues no constituyen más que una violación al debido proceso.

Ésta Corporación puntualmente sobre el tema ha dicho:

³⁴ Sentencia SU-1132 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Entre otras es posible consultar las sentencias T-008, T-567 de 1998, T-784 de 2000, T-408 y T-819 de 2002 entre otras.

*“existe vía de hecho por defecto orgánico, cuando se configura falta de competencia del juez que conoce del caso. La competencia, que ha sido definida como el grado o la medida de la jurisdicción, tiene por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. Este principio representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen (C.P., art. 121). Cualquier extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez constituye un atentado contra el Estado de Derecho, deslegitima la justicia y produce desconfianza de los ciudadanos en las autoridades públicas”.*³⁵

Ante tal situación, el ordenamiento jurídico consagra un mecanismo de control idóneo para corregir tales actuaciones irregulares de las autoridades judiciales, como es el caso de la acción de tutela. Cabe anotar, que esta acción sólo puede afectar la firmeza de las providencias judiciales si éstas son verdaderas vías de hecho, es decir, cuando contienen errores burdos que, en el fondo, impliquen que no sean sino meras apariencias de decisiones judiciales.

3.4. El defecto fáctico.

El defecto fáctico es una de las anomalías superlativas y excepcionales que justifican la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Éste tiene como ámbito especial de acción, la definición de aquellos episodios de tipo probatorio que menoscaban gravemente el derecho fundamental al debido proceso. En sentencia proferida por la Sala Novena de Revisión, se definió esta irregularidad, a propósito de la revisión efectuada sobre un proceso penal en el que se dictó la preclusión de la investigación sin la práctica de una prueba, en protección del interés superior de un menor que estaba presente en tal proceso como víctima. En ese entonces la Corte advirtió:

“En un Estado Social de Derecho la administración de justicia penal tiene como finalidad última la protección de los derechos fundamentales, y de otros bienes constitucionalmente garantizados mediante la investigación y sanción de los atentados graves que se ocasionen contra el disfrute pleno de éstos; y asimismo, el resarcimiento pleno e integral a las víctimas de los perjuicios causados por el delito.

(...)

“El vicio por defecto fáctico se configura cuando no existe el sustento probatorio necesario para adoptar la decisión, por la falta de

³⁵ Sentencia T-1057 de 2002. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

apreciación del material probatorio anexado al expediente o, simplemente, por un error grave en su valoración.

“En consecuencia, el comportamiento del juez que incurre en un defecto fáctico da lugar a una violación del derecho al debido proceso, a la igualdad de las partes ante la ley procesal, al acceso a la administración de justicia, así como a obtener un trato imparcial de quien dirige el proceso, es decir, el funcionario distorsiona la verdad para darle un alcance a los hechos que en realidad no tienen, por lo que no dicta una decisión en derecho, sino lo quebranta.³⁶ Por ello, cuando estos supuestos converjan, la acción de tutela resulta idónea, porque, además, tal error incidió de manera determinante en el sentido de la decisión final”.³⁷

Se produce un *defecto fáctico* en una providencia, cuando de la actividad probatoria ejercida por el juez se desprende, - en una dimensión negativa -, que se omitió³⁸ la *“valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”*³⁹. En esta situación se incurre cuando se produce *“la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”*⁴⁰. En una dimensión positiva, el defecto fáctico tiene lugar, cuando *“la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no se puede apreciar, sin desconocer la Constitución”*⁴¹. Ello ocurre generalmente cuando el juez *“aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.)”*⁴² o cuando *“da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión”*⁴³. En estos casos, sin embargo, sólo es factible fundar una acción de tutela por vía de hecho cuando se *“observa que de una manera manifiesta, aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la*

³⁶ Sobre este punto ver Sentencia T-329 de 1996. (cita original de la jurisprudencia transcrita).

³⁷ Sentencia T-554 de 2003, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁹ Cfr., por ejemplo, la sentencia T-442 de 1994.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-159 de 2002.

⁴¹ *Ibídem*.

⁴² En la sentencia SU-159 de 2002, se precisó que en tales casos, *“aún en el evento en el que en el conjunto de pruebas sobre las que se apoya un proceso penal se detecte la existencia de una ilícitamente obtenida, los efectos de esta irregularidad son limitados. Para la Corte, “el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como vía de hecho”. Así, “sólo en aquellos casos en los que la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción”. De tal manera que la incidencia de la prueba viciada debe ser determinante de lo resuelto en la providencia cuestionada.”*

⁴³ Sentencia T-102 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia*⁴⁴.

3.5. El defecto sustancial o material.

Respecto a este defecto la Corte en varias decisiones⁴⁵ ha señalado que se presenta, entre otras razones, cuando i) la decisión impugnada se funda en una disposición indiscutiblemente no aplicable al caso, *“es decir, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente”*⁴⁶. Y también puede fundarse en la *“aplicación indebida”* por el funcionario judicial de la preceptiva concerniente⁴⁷, ii) cuando la aplicación o interpretación que se hace de la norma en el asunto concreto desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance⁴⁸, *“iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada, o v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”*⁴⁹.

Puede, entonces, señalarse que la función otorgada a los funcionarios judiciales en su labor de administrar justicia y concretamente de aplicación e interpretación de las normas jurídicas que encuentra su soporte en el principio de autonomía e independencia judicial no es absoluta por cuanto se encuentra sujeta a los valores, principios y derechos previstos en la Constitución. Por ello, *“pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, para determinar su forma de aplicación y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, en esta labor no le es dable apartarse de las disposiciones de la Constitución o la ley, ya que la justicia se administra con sujeción a los contenidos, postulados y principios constitucionales que son de forzosa aplicación...”*⁵⁰.

4. Presentación del caso y planteamiento de los problemas jurídicos.

4.1. La firma Arrendadora Financiera Internacional Bolivaria S.A. -AFIB- interpuso acción de tutela contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por considerar que dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, al tramitar y fallar mediante sentencia de diciembre 09 de 2003, la impugnación al fallo proferido en primera instancia por la Sección Tercera -

⁴⁴ Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵ Sentencias T-909 de 2006, T-955 de 2006, T-966 de 2006, T-1044 de 2006 y T-1068 de 2006.

⁴⁶ Apartes citados en la sentencia T-1068 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁷ Sentencia T-1044 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁸ Sentencias T-1044 y T-1068 de 2006. Consúltese también la sentencia T-275 de 2005, sobre desconocimiento de *ratio decidendi* con efectos *erga omnes*.

⁴⁹ Sentencia T-1068 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁰ Sentencia T-284 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Subsección 'A' del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción popular instaurada por algunos ciudadanos contra la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPELROL- y Fernando Londoño Hoyos.

La actora invocó la supuesta configuración en el presente caso de varias vías de hecho por haberse incurrido -en su criterio- durante el trámite de segunda instancia y en la sentencia dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro de dicha acción popular, en los defectos que la misma agrupa de la siguiente manera:

i) *Defecto procedimental*. Por cuanto se pretermitió la oportunidad para alegar, no pudiendo conocer las pruebas practicadas y controvertir las mismas; igualmente, que la acción popular es improcedente para conocer sobre la validez o no de un contrato, más aún cuando la jurisdicción ordinaria ya estaba tramitando un proceso en el que se solicitaba la nulidad del contrato de compraventa de las acciones; asimismo, que no estaba legitimada por pasiva ni por activa, para que el Consejo de Estado decretara la “reivindicación” de las acciones, decisión ajena a las pretensiones y a la naturaleza de la acción popular.

ii) *Defecto orgánico*. En la medida de que el Consejo de Estado no tiene competencia para conocer de las acciones reivindicatorias contra particulares que no ejercen funciones públicas y ordenar la devolución de las acciones objeto del contrato anulado, como tampoco pronunciarse respecto a la buena o mala fe de un tercero, que no fue declarado responsable de la violación de los derechos colectivos dentro de la acción popular.

iii) *Defecto fáctico*. En razón a que el Consejo de Estado concluyó la mala fe de Afib basado en erradas apreciaciones probatorias, pues al momento de la transferencia de las acciones por parte de Fernando Londoño en dación en pago, no existía inscripción de medida cautelar alguna en el libro de registro de accionistas de Invercolsa y que fuera ordenada por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, por lo que al momento de la transferencia no conocía de la existencia del litigio. Asimismo, que el Consejo de Estado se equivocó al considerar negligente al Banco del Pacífico por no haber observado en la declaración de renta del año 1995 que Fernando Londoño no tenía ingresos laborales y que por tanto no había sido trabajador de Invercolsa, cuando en el mismo fallo el Consejo de Estado hizo alusión a la sentencia laboral, en la cual se indica que todos sus ingresos derivados de su vinculación con Invercolsa fueron transferidos a una sociedad profesional de la cual formaba parte, de tal manera que mal podía declararlos como suyos. Igualmente, que el Consejo de Estado le dio a un mismo documento dos alcances distintos dentro de la misma sentencia, refiriéndose a la certificación emitida a Enrique Vargas Ramírez, Presidente de Invercolsa por la época en que se celebró el contrato de compraventa. Por último, que se dejó de lado todo lo relativo a la actividad desplegada por la Bolsa de Valores y por el Comisionista de Bolsa, mandatario de Ecopetrol en el momento de la compraventa y el desembolso del crédito, que generaron la confianza necesaria para que cualquier tercero

tomara decisiones como las que adoptó el Banco financiador, más aún cuando según la reglamentación, el comisionista de bolsa era responsable por la veracidad de las declaraciones de Londoño Hoyos.

iv) *Defecto sustantivo*. Debido que se aplicó indebidamente el artículo 15 de la ley 226 de 1995 y se dejó de aplicar la normatividad relativa a los derechos del tenedor y poseedor de un título valor, tales como los artículos 762 del Código Civil, 569, 835 (respecto a la presunción de buena fe), 619, 627 y 784 (sobre el principio de autonomía de los títulos valores) del Código de Comercio, artículos que debían aplicarse dada su condición de poseedor de buena fe de las acciones y a la apariencia insalvable de legalidad al momento de adquirir las mismas.

El *a-quo* decidió negar el amparo constitucional solicitado, por cuanto consideró que la accionada no incurrió en ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales de Afib. Así, desestimó el cargo de omisión del traslado para alegar porque en su sentir, no está previsto en el trámite de la apelación contra las sentencias decisorias de las acciones populares. Igualmente, estimó procedente la acción popular en presencia de un contrato estatal cuya celebración o ejecución viole o amenace violar un derecho colectivo para la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa que autoriza el análisis de su validez y legalidad. Que las órdenes impartidas respecto a la restitución de las acciones fueron adecuadas, sobre todo cuando Afib actuó de mala fe dado que adquirió las acciones cuando se encontraban en litigio y se requería autorización del juez.

El *ad-quem* decidió revocar la decisión de primera instancia, concediendo la tutela del derecho fundamental al debido proceso y dejando sin efecto la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado en la acción popular. Inicialmente consideró que por la conducta procesal de Afib una vez admitida su intervención en segunda instancia como litisconsorte de la parte demandada en el proceso de la acción popular, esto es, haber presentado sus consideraciones para que se tuvieran en cuenta al momento del fallo, aceptó tomar la actuación en el estado en que se encontraba, “*subsannando ostensibles e injustificadas falencias derivadas de no haber sido demandada, citada y vinculada*” al proceso, subsannando también “*toda omisión del traslado para alegar de conclusión (arts. 143 y 144 C. de P.C. en consonancia con los artículos 44, Ley 472 de 1998 y 267 C.C.A.)*”. No obstante lo anterior, concede la tutela por cuanto la ley 472 de 1998 no podía aplicarse para juzgar situaciones acontecidas con anterioridad al hecho que supuestamente ocasionó la violación a los derechos colectivos, tal como lo hizo el Consejo de Estado en el asunto debatido, en donde declaró nulo e ineficaz el contrato de enajenación de acciones inscrita en el libro de registro de accionistas el 8 de mayo de 1997 de Invercolsa. En sustento de este argumento hizo referencia a extensos apartes de la sentencia SU-881 de 2005 proferida por la Corte Constitucional. Adicionalmente, considera que Ecopetrol S.A., Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company, con anterioridad a la iniciación de la acción popular presentaron

demanda ordinaria, razón por la cual no podía el juez popular abordar el estudio de la nulidad absoluta de un contrato “*cuando exista una demanda ordinaria y un proceso ante el juez natural en el cual se pretenda*”.

4.2. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, corresponde entonces a la Corte establecer, si en el caso concreto la Sala Plena del Consejo de Estado incurrió en la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de Afib S.A., al tramitar y fallar la acción popular instaurada por algunos ciudadanos contra Ecopetrol y Fernando Londoño Hoyos, por haber incurrido supuestamente en las vías de hecho por defecto procedimental, orgánico, fáctico y sustantivo alegadas. Asimismo, dada la decisión del *ad-quem*, que consideró que la ley 472 de 1998 no podía ser aplicada al caso concreto por ser posterior a la fecha de los hechos que configuraron la violación a los derechos colectivos, la Corte determinará si dicha ley debía o no ser aplicada.

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Corte considera necesario por razones metodológicas, analizar en primer lugar la sentencia de tutela proferida en segunda instancia, que encontró como motivo para tutelar la indebida aplicación de la ley 472 de 1998 a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

De encontrarse que la decisión de tutela proferida en segunda instancia ha de revocarse, la Corte abordará a continuación los siguientes puntos, en orden a establecer, si se han vulnerado derechos fundamentales a la sociedad AFIB S.A., en el siguiente orden: (i) recuento de las actuaciones relevantes durante el curso de la acción popular; (ii) procedencia de la acción popular; (iii) la acción popular y los contratos de la administración; (iv) la acción popular y los efectos de la invalidación de contratos con la administración y la vinculación de terceros a la acción popular.

5. La aplicación de la ley 472 de 1998 a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

5.1. Dado a que el *ad-quem* decidió revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar tutelar el derecho fundamental al debido proceso fundamentalmente por considerar que la ley 472 de 1998 no era aplicable a situaciones acontecidas con anterioridad a su vigencia, basándose en la sentencia SU-881 de 2005 proferida por la Corte Constitucional, esta Corporación ve necesario pronunciarse sobre dicho asunto para establecer si el mismo es soporte para tutelar los derechos fundamentales del actor.

Para explicar este punto se hace preciso reseñar sumariamente los antecedentes legales de esta acción.

Desde mucho antes de la Constitución de 1991, las acciones populares existían en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo consagración en los artículos 1005 y 2359 del Código Civil, según los cuales:

“Art. 1005. Acciones Populares o Municipales. La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

(...)

Art. 2359. Titular de la acción por daño contingente. Por regla general se concede acción a todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar acción”.

A partir de la anterior regulación, que constituye el antecedente más remoto de la acción popular, se expidieron diversas disposiciones en las que se amplía la posibilidad de ejercer dicha acción⁵¹. De esta manera, en la ley 9 de 1989, se

⁵¹“Las acciones populares y de grupo (o de clase) tienen antecedentes jurídicos valiosos en Colombia. El Código Civil consagra algunas formas de acción popular desde el siglo pasado (arts. 1005 y 2359), de igual forma existen en el Decreto 3466 de 1982 para protección de los consumidores, en la ley 9ª de 1989 para defensa del espacio público y en el Decreto 2303 de 1989 en materia agraria; la ley 45 de 1990 y el Decreto 653 de 1993 consagran igualmente acciones de clase o de grupo aunque no reciben tal denominación y su objetivo es proteger a las personas que sean perjudicadas por el ejercicio de prácticas contrarias a la libre competencia en el sector financiero y asegurador.

Todas esas normas se encuentran dispersas, pero lo más grave es que han permanecido ignoradas, salvo algunas excepciones, durante todos estos años. Graves críticas se han hecho a nuestras tradicionales acciones populares, en especial la limitación de los derechos que protege...” Exposición de motivos al Proyecto de ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo en Gaceta del Congreso No. 277, martes 5 de septiembre de 1995, p. 11 y ss.

“Las acciones populares han sido reconocidas por nuestra legislación desde hace varios años. En efecto, el Código Civil consagra algunas genéricas como las de los artículos 91, a favor del concebido y no nacido; 992, para evitar el peligro de un árbol mal arraigado; 994, contra las obras que corrompan el aire y lo hagan dañoso; 2355, para solicitar la remoción de una cosa que se encuentre en la parte superior de un edificio, y dos acciones que operan en el campo de la responsabilidad extracontractual, y se conocen más, sin que ello signifique su ejercicio de manera intensiva: la acción popular a favor de los bienes de uso público y de los usuarios, contemplada en el artículo 1005 del Código Civil, y la acción popular de daño contingente, regulada por el artículo 2359 del mismo ordenamiento.

Adicionalmente se encuentran acciones como la del consumidor, consagrada en el artículo 36 del Decreto Extraordinario 3466 de 1982, conocido como ‘Estatuto del Consumidor’, cuyo objeto es el cobro de perjuicios e indemnizaciones originadas en la violación a las disposiciones legales que favorecen y protegen al consumidor.

(...)

Por su parte la acción popular de protección del espacio público y el medio ambiente, consagrada en el artículo 8º de la denominada Ley de Reforma Urbana (Ley 9ª de 1989) pretende que los elementos

señaló:

“Art. 8°. Los elementos constitutivos del Espacio Público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieron el interés público o la seguridad de los usuarios.

En cumplimiento de las órdenes que expida el Juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de “fraude a resolución judicial”.

La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el numeral 8° del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil”.

Por su parte el Decreto 2303 de 1989, dispuso:

“Art. 118. Acción. El ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio que hacen parte de aquél, podrán ser definidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359, del Código Civil, especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la ley 23 de 1993.

Esta acción podrá ejercerse en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos”.

Posteriormente, el Decreto 2400 de 1989, indicó:

constitutivos de uno y otro bien tengan para su defensa el mecanismo consagrado en el artículo 1005 del Código Civil.

Finalmente, aparecen las que podrían llamarse acciones populares de carácter agrario, contempladas en el Decreto 2303 de 1989, por medio del cual se organiza la jurisdicción agraria. La primera es una acción popular respecto de la preservación del ambiente rural y el manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, y la segunda está constituida para la defensa de los bienes de uso público de que trata el artículo 1005 del Código Civil, que estén ubicados en zonas rurales (artículos 118 y 139 del Decreto 2303 de 1989).” Exposición de motivos Proyecto de ley No. 005 de 1995 Cámara presentado por la Representante a la Cámara Vivianne Morales Hoyos en Gaceta del Congreso, No. 207, jueves 27 de julio de 1995, p. 14 y 15).

Art. 6°. La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil, podrá ser ejercitada por los usuarios para la defensa del espacio público y del medio ambiente.

Para determinar el juez competente, se tendrán en cuenta el carácter público o privado de la persona demandada”.

Al adquirir la figura de la acción popular gran importancia entre los colombianos, la Asamblea Nacional Constituyente decidió elevarla a disposición constitucional, consagrándola en el artículo 88 de la Constitución Política de la siguiente manera:

“Art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

Conforme a lo establecido por el artículo 88 superior, el Congreso de la República expidió la ley 472 de 1998, reglamentando las acciones populares y de grupo:

Art. 1° Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personal.

De acuerdo a las disposiciones mencionadas, la acción popular tuvo sus orígenes en el Código Civil, con regulaciones adicionales, que finalmente la convirtieron en un mecanismo constitucional para la defensa de los derechos e intereses colectivos, tales como el patrimonio público, el medio ambiente sano, la moralidad administrativa, la seguridad y la salubridad públicas, entre

otros.

Como ya se mencionó, la ley 472 de 1998 tuvo por objeto regular las acciones consagradas en el artículo 88 de la Constitución, estableciendo el procedimiento necesario para el ejercicio de las mismas, tales como su trámite, la procedencia y caducidad, la legitimación, la jurisdicción y competencia, la presentación, admisión, la notificación y traslado de la demanda, el periodo probatorio, la sentencia, los incentivos, etc.

Así entonces, las acciones populares tienen actualmente un fundamento constitucional y una regulación legal que establece el trámite necesario para interponer las mismas.

5.2. Ahora bien, para determinar la aplicación de la ley 472 de 1998 en el tiempo, es pertinente abordar la perspectiva del carácter sustancial o procesal de las disposiciones que la integran, para lo cual se hace necesario diferenciar estos dos conceptos. Esta Corporación en sentencia C-619 de 2001 al respecto distinguió:

“Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos sustanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva”. (Se subraya).

Del mismo modo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en auto de agosto 4 de 1999 (expediente Q-063) señaló:

“La Sala, acogiendo la doctrina nacional elaborada de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia, entiende por normas sustanciales, ‘aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas jurídicas implicadas en tal situación’. Por consiguiente, no tienen categoría sustancial los preceptos legales que se limitan a definir fenómenos jurídicos o a describir los elementos integrantes de éstos, o hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones ordinarias o reguladoras de la actividad in procedendo”. (Se subraya).

Para la Corte, los efectos de la ley sustancial en el tiempo son diferentes a los efectos que produce una norma procesal. La norma de carácter procesal, entendida como aquella que se restringe a señalar meras ritualidades del proceso, sin trascendencia en los derechos sustantivos de las partes, es obligatoria y se aplica desde el momento de su vigencia, es decir, surte efectos inmediatos; mientras que la norma de carácter sustancial, es de obligatorio cumplimiento una vez entre en vigencia, pero no puede desconocer derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, así como que las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para imponer sanciones o condenas por hechos cometidos previamente a su entrada en vigencia.

En relación con las normas procesales, sostuvo esta Corporación en la ya mencionada sentencia C-619 de 2001, cuyos apartes pertinentes se transcribirán *in extenso*:

“5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, antes mencionado, prescribe lo siguiente:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

(...)

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua.

(...)

7. En relación con el tema que ocupa la atención de la Corte, merece comentario especial la expresión contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual “nadie podrá ser juzgado sino

conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” y el alcance que dicha expresión tiene en relación con los efectos de la leyes procesales en el tiempo. Al respecto, es de importancia definir si dicha expresión puede tener el significado de impedir el efecto general inmediato de las normas procesales, bajo la consideración según la cual tal efecto implicaría que la persona procesada viniera a serlo conforme a leyes que no son “preexistentes al acto que se le imputa.”

En relación con lo anterior, la Corte detecta que la legislación colombiana y la tradición jurídica nacional han concluido que las “leyes preexistentes” a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter substancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal expresado en el aforismo latino nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Pero la normas procesales y de jurisdicción y competencia, tienen efecto general inmediato. En este sentido, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, recoge la interpretación expuesta cuando indica:

“La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, la cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.”

El artículo 40 por su parte, como se recuerda, prescribe el efecto general inmediato de la de las leyes procesales en los siguientes términos:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

8. Ahora bien, a manera de resumen de lo dicho hasta ahora puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución solo impone como límites el respeto de los derechos adquiridos, y el principio de favorabilidad y de legalidad penal. Por fuera de ellos, opera la libertad de configuración legislativa. Con base en ello, el legislador ha desarrollado una reglamentación general sobre el efecto de las leyes en el tiempo, contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en principio las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso. Tal es el caso de las leyes procesales, pues ellas regulan

actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

La anterior posición de la Corte fue reiterada en la sentencia SU-881 de 2005, a propósito de la revisión de una acción de tutela propuesta contra una decisión proferida por el Consejo de Estado dentro de una acción popular, en la que se refirió a la aplicación de las normas de carácter procesal en el tiempo, en la que indicó lo siguiente:

“En lo relativo a la aplicación de la ley procedimental se observa, prima facie, el principio del efecto general inmediato. Así las cosas, todos los actos que se juzguen a partir de la vigencia de la ley procesal deberán regirse por la ley nueva, a menos que se trate de una ley procesal sustantiva, caso en el cual debe respetarse el criterio de aplicación de la norma más favorable⁵².

Puede suceder que una ley que es nominalmente procedimental contenga artículos de carácter no procesal, sino sustantivo. En este caso, a las normas procedimentales se les aplicará el efecto general inmediato, incluso sobre actos previos a la expedición de la ley. No obstante, las normas sustanciales contenidas en la ley procedimental no podrán cobijar hechos previos a su vigencia, así éstos sean juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley procedimental. La posibilidad de consagración de normas materialmente sustanciales dentro de leyes nominalmente procedimentales ha sido analizada por esta Corporación en los siguientes términos:

“6. Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos sustanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva. Para no contrariar la Constitución, la ley procesal nueva debe respetar los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de este tipo de disposiciones materiales, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales.”⁵³

⁵² Ver Sentencia C-251/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁵³ Ver Sentencia C-619/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Como se observa en el aparte transcrito, la ley procesal nueva no puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de disposiciones materiales previas, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales. En el mismo orden de cosas, las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para juzgar actos que hayan acaecido previamente a su entrada en vigencia.

Para diferenciar claramente lo que es una norma sustancial de aquello que es una de tipo procesal, vale la pena señalar lo que ha dicho esta Corporación. La Corte Constitucional, siguiendo al Consejo de Estado, ha señalado que “una norma sustancial es cualquier regla de derecho positivo que otorga derechos e impone obligaciones a favor de los administrados”⁵⁴. En lo relativo a las normas de tipo procedimental, ha señalado la Corporación que éstas pueden ser clasificadas en dos clases: “1. Las que tienen contenido sustancial y 2. Las simplemente procesales, es decir, aquellas que se limitan a señalar ciertas ritualidades del proceso que no afectan en forma positiva ni negativa a los sujetos procesales.”⁵⁵ En este orden de ideas, sólo se entenderán como estrictamente procesales aquellas que se restrinjan a señalar meras ritualidades del proceso, sin trascendencia en los derechos sustantivos de las partes”.

En la anterior sentencia de unificación, la Corte estudiando el caso concreto, encontró que al interior de la ley 472 de 1998, existen además de disposiciones de carácter procesal, algunas de índole sustancial, como lo es el artículo 40 que consagra la responsabilidad solidaria de los representantes de las entidades públicas con quienes concurren a las irregularidades provenientes de la contratación. Dicha responsabilidad, señaló esta Corporación, sólo puede aplicarse a hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley, porque a pesar de encontrarse regulada en una ley que establece el procedimiento para ejercer la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, es de carácter sustancial.

5.3. Cabe recordar, que la Ley 472 de 1998, artículo 9, dispuso que “*Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.*”.

La Corte, en la sentencia C-036 de 1998, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo noveno de la citada ley, declaró infundadas las objeciones presentadas sobre dicha disposición por el Gobierno, quien alegó que dicha norma restringía las acciones populares a las violaciones de los derechos colectivos que hayan acontecido en el pasado o que puedan

⁵⁴ Ver Sentencia T-1169/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁵⁵ Ver Sentencia C-252/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz

sobrevenir en el futuro, dejando de lado las lesiones que se desarrollen en el presente, en la sentencia C- 036 de 1998, consideró:

“Según el Gobierno el artículo 9 del proyecto viola el artículo 88 de la C.P., por cuanto restringe las acciones populares a las violaciones de los derechos colectivos que hayan acontecido en el pasado o que puedan sobrevenir en el futuro, dejando por fuera las lesiones que se desarrollen en el presente. A juicio de la Corte, el artículo del proyecto comprende el universo de las posibles vulneraciones. Los agentes de las violaciones que en un momento se encuentren en curso - que por tanto no se limiten a amenazas -, quedan indefectiblemente cubiertos por la norma que se refiere indistintamente a los “que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”. Esta interpretación, igualmente, encuentra fundamento dentro del articulado del proyecto. El artículo 2 dispone sobre este punto lo siguiente: “Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos (...)”.

Es claro entonces, que la misma Ley 472 de 1998 consagró la posibilidad de intentar una acción popular por hechos *“que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos”*, es decir, se refiere a las vulneraciones producidas por hechos anteriores a la vigencia de la citada ley pero que permanecen en el tiempo, y que en cumplimiento de lo previsto en la Constitución ameritan que una autoridad judicial disponga sobre la cesación de tal agravio a derechos o intereses colectivos.

En efecto, no se puede afirmar entonces, que con la aplicación de las disposiciones de la Ley 472 de 1998, en cuanto al trámite de las acciones populares, se desconozcan derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, o que se trate de derechos sustanciales a los que no se les puede aplicar dicha normatividad. Tampoco se trata de la aplicación retroactiva de normas para imponer sanciones o establecer obligaciones, como el caso de la solidaridad, sino simplemente de aplicar la ley para hacer cesar vulneraciones que estaban en curso a la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998.

Así entonces, es posible interponer acciones populares por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la ley 472 de 1998, dando aplicación al régimen procesal de la misma, siempre y cuando con ellos se hubieren vulnerado derechos o intereses colectivos y dicha vulneración persista.

Además, la misma ley 472 de 1998 en su artículo 45, respecto a su aplicación, claramente dispuso: *“Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley”*. Esta disposición fue objeto de control constitucional, siendo declarada exequible por esta Corporación en la

sentencia C-215 de 1999, en la que se consideró lo siguiente:

“Para la Corte no existe contradicción entre el artículo 45 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 88 superior, habida cuenta que como lo señala expresamente el precepto legal materia de examen, no obstante la regulación de la Ley 472, continuarán vigentes las acciones populares previstas en la legislación nacional con anterioridad a su expedición, pero “su trámite y procedimiento se sujetarán a lo dispuesto en esta ley”, con lo cual se adecuan a las nuevas directrices y propósitos consagrados por el constituyente del 91 al elevarlos al rango superior.

(...)

De igual forma, es preciso manifestar que las acciones populares previstas en distintas legislaciones para la protección de los derechos colectivos, en la medida en que no violan el artículo 88 de la Constitución, ni se oponen a la ley 472 de 1998, encuadran dentro del ordenamiento jurídico y se convierten en mecanismos específicos aplicables a situaciones especiales que hacen efectiva la garantía del artículo 2o. de la Carta Fundamental. Por consiguiente, no prospera el cargo de inconstitucionalidad formulado en contra de esta disposición”.

Lo anterior es claro en la medida en que los derechos e intereses colectivos existían y fueron reconocidos con carácter constitucional con la promulgación de la Constitución de 1991, pero no podían ser ejercidos mediante una vía especial, por lo que se acudía entonces al trámite de un proceso ordinario, por la ausencia de las normas procesales correspondientes⁵⁶. De tal manera que al empezar a regir la ley 472 de 1998, los derechos e intereses sustanciales (los colectivos) ya existían, y en estas condiciones, las acciones populares por

⁵⁶ Al respecto resulta ilustrativo el auto proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, (MP: Alier Hernández Enríquez. Auto proferido el 19 de agosto de 1999 dentro del expediente AP - 001. Actor: Efrain Olarte Olarte), que expresó: “Tal y como se viene exponiendo, la ley 472 recogió en un solo procedimiento la totalidad de las acciones populares (las antiguas y las nuevas) pero, el procedimiento aplicable antes de entrar a regir la precitada ley 472 era el siguiente:

a. La atribución a la jurisdicción civil ordinaria, del conocimiento íntegro de este tipo de procesos (art. 16, Numeral 1 y 11 del C. P. C.).

b. El procedimiento abreviado para su definición (art. 15 , ley 446 de 1.998, modificatorio del numeral 7º del art. 435 del C. P. C.)

De estas normas se concluye que, sin duda, el actor debió presentar su demanda ante la jurisdicción civil, pues, para la época, aún sin vigencia la ley 472, no existía atribución legal de competencia, en estos casos, a la jurisdicción contencioso administrativa.

Muestra de ello es que el C. P. C., inicialmente, señaló el procedimiento verbal sumario como el propio a seguir en estos casos y, luego, la ley 446 determinó que sería el procedimiento abreviado.

Ninguno de tales procedimientos es aplicable a las acciones y procesos de que conoce la jurisdicción contencioso administrativa, argumento que refuerza la tesis que se viene planteando.

Pero, como a la fecha de resolver este recurso ya esta vigente la ley 472 de 1998, de conformidad con su art. 15, corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de la presente demanda, en razón de ser entablada con ocasión de actos, acciones u omisiones de entidades públicas.

Por lo anterior, si bien cuando el Tribunal se pronunció no había carencia de jurisdicción para conocer de la demanda, hoy al estar vigente la referida ley 472 y en aplicación de los principios constitucionales de acceso a la administración de justicia y de prevalencia del derecho sustancial, se ordenará que el a-quo asuma dicho conocimiento.”

infracciones a los derechos colectivos reconocidos por la Carta Política, ocurridas con anterioridad a la fecha en que empezaron a regir esas reglas procesales, se pueden entablar con sujeción a la ley 472 de 1998, más aún cuando esta ley derogó todas las normas anteriores de procedimiento al respecto.

5.4. Ahora bien, como el *ad-quem* decidió revocar la decisión de primera instancia fundamentalmente por considerar que la ley 472 de 1998 no era aplicable a situaciones acontecidas con anterioridad a su vigencia, basándose en la sentencia SU-881 de 2005 proferida por la Corte Constitucional, es necesario establecer en el asunto *sub judice* cuales fueron las normas de la ley 472 de 1998, aplicadas en la sentencia de diciembre 09 de 2003 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado. En dicha providencia el máximo tribunal de lo contencioso administrativo únicamente hizo referencia a los artículos de la ley 472 en el numeral 6.1. de las ‘consideraciones’, que denomina “la jurisdicción”. En este capítulo se hace un recuento de lo que fue la evolución de la acción popular y su procedencia frente a los contratos estatales. Sin embargo, se hace necesario citar cada una de las normas de la ley 472 de 1998, sobre las cuales se hizo referencia en la sentencia cuestionada:

a.- Artículo 2 de la ley 472 de 1998, que dispone:

“ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

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

b.- Artículo 9° de la ley 472 de 1998, que señala:

“ARTICULO 9o. PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES POPULARES. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”.

c.- Artículo 12 de la ley 472 de 1998, que establece:

“ARTICULO 12. TITULARES DE LAS ACCIONES. Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.

2. *Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.*

3. *Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.*

4. *El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.*

5. *Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses”.*

d.- Artículo 14 de la ley 472 de 1998, que dispone:

“ARTICULO 14. PERSONAS CONTRA QUIENES SE DIRIGE LA ACCION. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos”.

e.- Artículo 15 de la ley 472 de 1998, que señala:

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

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

f.- Artículo 40 de la ley 472 de 1998, que establece:

“ARTICULO 40. INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES SOBRE MORAL ADMINISTRATIVA. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la

moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

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

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

Este último artículo es mencionado para establecer que las irregularidades en la contratación estatal son susceptibles de control a través de la acción popular, como medio de defensa a la moralidad administrativa. Aclárese que la Sala Plena del Consejo de Estado no aplicó esta disposición para amparar los derechos colectivos invocados, simplemente hizo mención a ella, para ratificar la tesis sostenida por dicha Corporación, de que la acción popular es procedente en materia de contratación.

En la sentencia de diciembre 09 de 2003, se hace referencia únicamente al aparte subrayado. Esta aclaración, por cuanto, la Corte determinó que la responsabilidad solidaria establecida en el artículo anterior no se puede aplicar a situaciones ocurridas antes de la vigencia de la ley 472 de 1998 por ser una norma de carácter sustancial. Valga recordar que en el proceso de la acción popular dicha clase de responsabilidad no fue aplicada, y además, ni siquiera se hizo mención de ella dentro de la sentencia cuestionada.

De la simple lectura de las disposiciones de la ley 472 de 1998 y citadas en la sentencia atacada, se puede concluir claramente que todas son normas procesales, que tienen que aplicarse de manera inmediata a partir del momento en que entran en vigencia.

Se tiene entonces, como ya se señaló en páginas precedentes, que todas las acciones populares, incluidas las que se encuentran reguladas en el Código Civil y en las normas especiales, presentadas después de agosto 5 de 1999 tienen que regirse y someterse al trámite previsto en la ley 472 de 1998, como lo hizo la Sala Plena del Consejo de Estado en la acción popular presentada por algunos ciudadanos contra Ecopetrol y Fernando Londoño Hoyos. Esto demuestra claramente que en el caso en cuestión no se aplicaron retroactivamente normas de carácter sustancial.

Asimismo, dado que la violación de los derechos colectivos se venía sucediendo en el tiempo, esto es, persistía al momento de la vigencia de la ley de acciones populares, la misma debía ser aplicada.

5.5. En el mismo sentido, se tiene que el *ad-quem* aplicó indebidamente la sentencia SU-881 de 2005 al caso concreto, por cuanto esta Corporación se pronunció en el mencionado fallo de unificación, sobre la aplicación de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 40 de la ley 472 de 1998, pero no sobre todos los artículos de dicha ley. Prueba de lo anterior, es que la sentencia SU-881 de 2005, establece en su parte resolutive:

“Segundo.- En consecuencia, dejar sin efectos exclusivamente el numeral sexto de la sentencia AP-300 proferida el 31 de mayo de 2002 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, al decidir sobre la acción popular, en virtud de la cual se declara responsable solidario por el valor no recuperado de lo pagado en exceso, a Mauricio Cárdenas Santamaría en su calidad de ex ministro de Transporte. En lo demás, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, queda en firme”.
(Negrilla del texto original).

Anteriormente, se había dicho en la misma sentencia que:

“En virtud de que el objeto de la presente tutela era única y exclusivamente la validez a la luz del debido proceso del numeral 6º de la Sentencia del 31 de mayo de 2002 del Consejo de Estado, Sección Cuarta, proferida en el proceso de acción popular, todos los demás aspectos de la sentencia mantiene la plenitud de sus efectos”.

La Corte sostuvo que la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 40 de la ley 472 de 1998 no se puede aplicar a hechos ocurridos previamente a la vigencia de la ley anterior, porque dicha responsabilidad tiene carácter sustancial, pero en ninguna parte la esta Corporación indicó que las normas procesales de la ley 472 de 1998, como lo son las mencionadas en la sentencia de diciembre 9 de 2003, no se puedan aplicar o no puedan regular el trámite para la interposición de las acciones populares.

En conclusión, el *ad-quem* erradamente le otorgó carácter sustancial a todas las normas de la ley 472 de 1998 y extendió la interpretación que hizo la Corte acerca de la responsabilidad solidaria, a todas las disposiciones de la mencionada ley. Por lo tanto, ha de revocarse la decisión tomada por el juez de tutela en segunda instancia.

6. Actuaciones relevantes durante el curso de la acción popular y apartes pertinentes de la sentencia de diciembre 09 de 2003 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado.

6.1. A efectos de una mayor ilustración en el asunto a tratar, se hace necesario efectuar un breve recuento de las actuaciones relevantes durante el curso de la acción popular, partiendo desde la demanda y su admisión hasta el auto que resuelve la solicitud de nulidad de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Dichas actuaciones fueron las siguientes:

a.- La acción popular se inició ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de julio de 2002 en virtud de la demanda presentada por algunos ciudadanos contra Ecopetrol S.A. y Fernando Londoño Hoyos⁵⁷, siendo admitida mediante auto de julio 15 de 2002⁵⁸ y contestada por la Empresa Colombiana de Petróleos el 1° de agosto de 2002⁵⁹.

b.- Para el día 14 de noviembre de 2002 se programó la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se dio por fallida ante la inasistencia de la parte demandada, específicamente, Fernando Londoño Hoyos⁶⁰.

c.- Mediante auto de diciembre 5 de 2002 se abrió el proceso a pruebas⁶¹.

d.- Por medio de auto de febrero 18 de 2003, se corrió traslado a las partes por cinco días para alegar de conclusión.

e.- Decretadas y practicadas las pruebas en primera instancia, mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2003⁶², la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A., por considerar que los *“efectos de la sentencia, en caso de que acogieran las pretensiones de la parte demandante, afectarían de manera grave los intereses de mi patrocinada, al privarla, sin formula de juicio pleno, de la utilidad sobre las acciones adquiridas de la forma dicha”*, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que fuera aceptada su intervención en el proceso *“como tercero litisconsorte de la parte demandada”*. Además, solicitó la práctica de una prueba, consistente en que Invercolsa S.A. certifique los actos jurídicos recaídos sobre las acciones que Fernando Londoño adquirió en Invercolsa y las demás tradiciones que se hayan efectuado, con posterioridad sobre las mismas.

f.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo de abril 8 de 2003, negó las pretensiones de la demanda. En la parte motiva de la sentencia, respecto de la solicitud de intervención como litisconsorte por parte de Afib. El Tribunal señaló: *“La Sala habrá de negar la intervención de lis consorte*

⁵⁷ Folio 314 del cuaderno de pruebas. Folios 1 a 7 del cuaderno N° 1 A.P.

⁵⁸ Folios 11 y 12 del cuaderno N° 1 A.P.

⁵⁹ Folios 26 a 57 del cuaderno N° 1 A.P.

⁶⁰ Referida a folio 317 del cuaderno de pruebas.

⁶¹ Referida a folio 317 del cuaderno de pruebas.

⁶² Folios 265 a 268 del cuaderno de pruebas.

(sic) toda vez, que en la acción popular se está debatiendo vulneración a derechos colectivos sin que se establezca el desconocimiento de contratos civiles pactados con anterioridad a la misma los cuales guardan relación con intereses patrimoniales particulares y concretos. Por lo anterior se negará la intervención solicitada”⁶³.

g.- Apelada la sentencia de primera instancia por parte de los actores populares y el Agente del Ministerio Público y concedida por el Tribunal Administrativo, mediante auto de mayo 26 de 2003, la Sección Segunda Subsección ‘A’ del Consejo de Estado, admitió el recurso de apelación⁶⁴.

h.- Ecopetrol S.A. describió el traslado de los recursos de apelación según memorial de junio 04 de 2003; el mismo día lo hizo Fernando Londoño Hoyos, y el 11 de junio de 2003 emitió concepto la Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado⁶⁵.

i.- Por auto de junio 12 de 2003, atendiendo la solicitud del Procurador General de la Nación, se decidió llevar el asunto a Sala Plena y por Auto de junio 20 de 2003, considerando que la Sala Plena en sesión de junio 17 de 2003 decidió avocar el conocimiento del asunto, se remitió el mismo⁶⁶.

j.- Mediante auto de junio 20 de 2003, el Consejo de Estado decretó la practica de pruebas y admitió la solicitud de intervención litisconsorcial de Afib S.A.⁶⁷, por cuanto *“En el momento procesal que cursa, observa el despacho que no fue resuelta la petición presentada por sociedad Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. Afib, a pesar de que en este proceso se pide declarar que la venta de acciones de Invercolsa a Fernando Londoño Hoyos carece de efectos jurídicos, acciones que a su vez, éste entregó a título de dación en pago, como queda dicho, a la mencionada sociedad”*.

k.- El 24 de octubre de 2003, Afib S.A. radicó ante el Consejo de Estado un memorial, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, destacando que la acción popular no es la vía apropiada para cuestionar los actos contractuales o la legalidad de los actos jurídicos, asimismo, que su derecho de defensa no se encuentra satisfecho en el trámite dado a la acción popular, razón por la cual solicitó que *“al resolver el recurso de apelación de la referencia, tenga en cuenta los siguientes argumentos, sometidos a su consideración en este momento en la medida de que no se surtió un traslado para presentarlos en una oportunidad específica”⁶⁸.*

⁶³ Folios 52 a 79 del expediente.

⁶⁴ Folio 364 del cuaderno de pruebas.

⁶⁵ Folios 367 a 420 del cuaderno de pruebas.

⁶⁶ Folios 423 a 425 del cuaderno de pruebas.

⁶⁷ Folios 426 a 430 del cuaderno de pruebas. Esta providencia fue notificada por Estado el día 1° de julio de 2003, según sello de la Secretaría General del Consejo de Estado a folio 430.

⁶⁸ Folios 516 a 523 del cuaderno de pruebas.

l.- Mediante sentencia de diciembre 09 de 2003, la Sala Plena del Consejo de Estado⁶⁹, resolvió el recurso de apelación dentro de la acción popular, declarando responsable de la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público a Fernando Londoño Hoyos, impartiendo diversas ordenes, entre ellas la de que Afib restituyera a Ecopetrol las acciones que recibió de Londoño Hoyos en dación en pago, junto a sus dividendos⁷⁰.

m.- A través de solicitud de enero 22 de 2004, Afib S.A. pidió a la Sala Plena del Consejo de Estado declarar la nulidad del fallo de diciembre 09 de 2003, en virtud a la falta de competencia y jurisdicción de dicha Corporación, a la falta de motivación y congruencia de la decisión y la pretermisión del traslado para alegar de conclusión⁷¹.

n.- La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante Auto de junio 1° de 2004, desestimando las causales de nulidad alegadas contra la sentencia de diciembre 9 de 2003, resolvió no decretar la nulidad solicitada⁷².

6.2. Una vez reseñado el tramite procesal surtido en la acción popular aludida, es conveniente extractar igualmente los apartes pertinentes de la sentencia de diciembre 09 de 2003, donde se concluyó la afectación de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa por parte de Fernando Londoño Hoyos, y las razones por las cuales la Sala Plena del Consejo de Estado hizo recaer en Afib algunas de las ordenes impartidas.

La sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado se fundamentó en las consideraciones que a continuación pasan a transcribirse *in extenso*:

En cuanto a su presentación, señaló:

“La Acción Popular que ha venido a conocimiento de la Sala se encamina a la protección de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa, mediante la declaración de que no produce efectos jurídicos la compra que hizo Fernando Londoño Hoyos de 145 millones de acciones de INVERCOLSA pertenecientes a ECOPETROL, el 2 de mayo de 1997”.

Respecto a la jurisdicción y la procedencia de la Acción Popular para plantear la ineficacia de contratos de entidades públicas, consideró:

⁶⁹ En esta providencia la Consejera Ligia López Díaz, salvó el voto; los Consejeros Alberto Arango Mantilla y Germán Rodríguez Villamizar, salvaron parcialmente el voto; los Consejeros María Nohemí Hernández Pinzón, María Inés Ortiz Barbosa, Dario Quiñónez Pinilla y Ramiro Saavedra Becerra, aclararon el voto; los Consejeros Germán Ayala Mantilla, María Elena Giraldo Gómez, Alier Eduardo Hernández Enríquez y Ana Margarita Olaya F., no suscribieron la sentencia por encontrarse ausentes con excusa.

⁷⁰ Folios 80 a 128 del expediente.

⁷¹ Folios 178 a 213 del expediente.

⁷² Folios 214 a 226 del expediente.

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

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

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

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

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

A su vez, el artículo 4° establece que las acciones populares proceden contra «toda acción u omisión de la autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos»; y el artículo 14 dispone que la acción popular se dirigirá contra el particular o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo.

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

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

Por lo que hace relación a los contratos de las entidades públicas, en el artículo 40 de la Ley 472 se mencionó expresamente que las

*irregularidades en la contratación dan motivo a la Acción Popular como medio de defensa de la moralidad administrativa. Su tenor es como sigue: (...)*⁷³

*Síguese de esta norma que la actividad de las entidades estatales en materia de contratación es susceptible de control a través de la Acción Popular. Con tanta más razón si se atiende a que el Estado dispone de una alta proporción de sus bienes y recursos a través de los cauces de la actividad contractual. El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de examinar la procedencia de la Acción Popular frente a contratos estatales. Así, en sentencia de 31 de octubre de 2002⁷⁴, la Sección Tercera consignó las siguientes consideraciones, que la Sala hace suyas: (...)*⁷⁵

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

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

⁷³ El artículo 40 de la ley 472 transcrito en la sentencia es el siguiente: “Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos”.

⁷⁴ Expediente AP-059.

⁷⁵ La cita es la siguiente: “II. La acción popular frente a los contratos estatales: 1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. 2.- El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem). (...) 3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo”.

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

Analizando los efectos de la conducta de Fernando Londoño Hoyos en la compra de las acciones, señaló:

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

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

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

«ARTÍCULO 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. (...).”

En cuanto a la situación de la Arrendadora Financiera Bolivariana Internacional S.A. Afib, adujo:

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

«...En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, sólo habrá lugar a la restitución de las acciones cuando el órgano público vendedor así lo solicite. En todo

caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentran en poder de terceros de buena fe. Cuando no haya lugar a la restitución sólo podrá haber lugar a las reparaciones pecuniarias correspondientes...»⁷⁶ (Resaltado original).

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

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

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

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

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

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

La decisión judicial que afectaba las acciones con la medida cautelar se hallaba inscrita en el registro de accionistas y los estatutos sociales preveían claramente que resultaba ilegal e irregular la enajenación de acciones en litigio sin previa autorización del juez. No está demostrado

⁷⁶ El aparte subrayado fue declarado inexecutable mediante sentencia C-346 de 1996

en este proceso que AFIB S.A. hubiera realizado diligencia alguna tendiente a establecer cuál era el estado real de las acciones que adquiriría.

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

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

(...)

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

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

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

En su parte resolutive, la sentencia dispuso:

“Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección «A» el 8 de abril de 2003. En su lugar, se ordena:

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

2° Por haber contrariado normas de derecho público y tener, por tanto,

objeto ilícito, es absolutamente nula y, en consecuencia, ineficaz, la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA S.A., inscrita en el Libro de Registro de Acciones el 8 de mayo de 1997.

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

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

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

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

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

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

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

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

parte motiva.

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

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

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase”.

6.3. Una vez reseñado el trámite procesal seguido en la acción popular y transcritos los apartes pertinentes de la sentencia de diciembre 09 de 2003 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Corte continuará, en el orden ya señalado, con el examen de las supuestas vías de hecho cuyos específicos defectos el actor reprocha como vulneradores de sus derechos fundamentales.

7. Procedencia de la acción popular. La acción popular no es subsidiaria.

Aduce el accionante, como un defecto procedimental, que la acción popular no era procedente en la medida de que *“las partes en el contrato, ECOPETROL y las sociedades Explotaciones Cóndor S.A. y South American Gulf Oil Company, ya estaban defendiendo sus intereses, mediante la acción de nulidad del contrato celebrado con el señor FERNANDO LONDOÑO HOYOS, ante el Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá, a través de la cual elevaron pretensiones iguales e incluso en mayor número y alcance que las debatidas en la acción popular”.*

Al respecto de esta acusación, considera la Corte, que ni la Constitución⁷⁷ ni la ley⁷⁸ supeditan el ejercicio de la acción popular a la existencia de otro u otros mecanismos de defensa judicial como pasa a explicarse.

En efecto, la acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue cual es la protección de derechos e intereses colectivos. Acciones populares que según la ley, son medios procesales para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los citados derechos. Así, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios.

⁷⁷ C.P., artículo 88

⁷⁸ Ley 472 de 1998

Sin embargo, si bien las acciones populares protegen derechos e intereses colectivos los cuales, desde 1991 son de orden constitucional, y su trámite no se supedita a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es menos cierto que no son acciones configuradas para desplazar los otros medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para la solución de las diversas controversias jurídicas, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional y su orbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los jueces ordinarios⁷⁹. Es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en diversas providencias⁸⁰, al considerar que *“la acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades del caso. Se trata pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos también distintos”*⁸¹.

Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de octubre 05 de 2005⁸², al respecto consideró:

El artículo 1 de la Ley 472 de 1998 al señalar el objeto de la ley prescribe que “estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos”; a tiempo que el artículo 2 define las acciones populares como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” y agrega que ellas se “ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”; en tanto que el artículo 9 reitera que las acciones

⁷⁹ Sentencia SU-067 de 1993, M.P. Fabio Morón y Ciro Angarita.

⁸⁰ “El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudir al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.

A diferencia de la concepción tradicional de la protección judicial, basada en el derecho subjetivo, en la acción popular como quiera que no resultan vulnerados derechos o intereses particulares, sino los denominados “difusos” o colectivos, el análisis se debe centrar en el estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad.

El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos (...), de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular”⁸⁰ (énfasis no original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de mayo de 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300), Actor: Contraloría General de la Republica, Demandado: La Nación-Ministerio de Transporte y la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y Cel Caribe S.A. Dragacol S.A., C.P. Ligia López Díaz. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. AP-166, Sentencia del 17 de junio de 2001, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁸¹ Sección Tercera - sentencia de junio 17 de 2001 (Exp: AP-166, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

⁸² Consejo de Estado – Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra - Rad: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Amadeo Tamayo Moron.

populares “proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”; por fin, el artículo 34 al ocuparse de la sentencia prevé la posibilidad de condenar al pago de perjuicios “cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo” en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. Estas disposiciones conjuntamente tomadas permiten inferir sin mayor dificultad el carácter autónomo de estas acciones constitucionales. Carácter principal- y no residual como equivocadamente asevera el demandado- que tiene por propósito la plena garantía de los derechos objeto de su tutela. Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias pertinentes.

En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados”. (Resalta la Sala).

Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad⁸³ y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias⁸⁴ pertinentes para la protección de derechos subjetivos. Planteamiento distinto perdería de vista la esencia de las acciones populares como medio de defensa de los derechos colectivos antes que instrumento para definir controversias particulares⁸⁵.

Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativa) en modo alguno tornan improcedente su interposición. Ciertamente, en los antecedentes históricos del artículo 88 superior se puso de relieve que:

⁸³ Sobre el origen de los derechos colectivos Vid. Pisciotti Cubillos, Doménico. Los Derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

⁸⁴ “Su finalidad es pública; no persiguen intereses subjetivos o pecuniarios, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos” (Rodas, Julio César. Marco Constitucional de los derechos colectivos, en Acciones Populares: documentos para debate, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 175).

⁸⁵ Sentencia C-215 de 1999: “Estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial”.

“Con la instauración a nivel constitucional de las acciones populares se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad, como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas leales y justas.

El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso a acciones individuales de estirpe tradicional. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de ‘difusos’ como también los propios del actor”⁸⁶(Subraya y negrea la Sala).

En efecto, el trámite de la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º)- un carácter subsidiario; *a contrario sensu*, pueden tener un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias, cuando se trata de prevenir la vulneración de derechos colectivos (Ley 472 de 1998, artículo 6) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados, como se ha venido señalando.

Así las cosas, en el asunto *sub judice* no puede argüirse la improcedencia categórica y absoluta de la acción popular por tramitarse una demanda ordinaria ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, pues en dicho proceso se discutirán, antes que derechos e intereses colectivos, otros de carácter particular y subjetivo, que deben ventilarse y decidirse de manera definitiva ante tal juez natural.

Por lo mismo, no podría tampoco hablarse de una prejudicialidad, pues conforme a lo anterior, y tal como acertadamente lo advirtió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de primera instancia dentro de la acción popular (de abril 8 de 2003)⁸⁷, dicha excepción alegada por Ecopetrol no era procedente:

“La Sala habrá de negar la excepción de prejudicialidad, planteada por la parte demandada, con base en los siguientes argumentos:

⁸⁶ Asamblea Nacional Constituyente. Informe de ponencia. op. cit. p. 25.

⁸⁷ Folios 327 a 329 del expediente.

a.- La acción popular establecida en nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 88 de la Constitución Nacional y desarrollada mediante la ley 472 de 1998, determina como fin esencial del ejercicio de la misma, la protección de los derechos e intereses colectivos; lo cual pretende fomentar un sentimiento de colectividad frente a una serie de derechos definidos por el legislador como tales, entre los cuales, se encuentra la moralidad administrativa y el patrimonio público, materia de debate en el presente proceso.

b.- Hay que escindir entre los intereses individuales, económicos y patrimoniales de las partes (Ecopetrol) y el interés colectivo de la sociedad, el primero de los cuales es protegido por medio de las acciones ordinarias, tal y como lo esta realizando la demandada, ya que las acciones populares no pueden ejercerse para perseguir la reparación individual o colectiva de los factibles daños que pueda causar la acción o la omisión de la Entidad o del particular.

En este orden de ideas, uno es el interés particular y concreto que le asiste a la demandada, que está siendo debatido por medio de las acciones ordinarias y otro muy diferente es el interés colectivo que le asiste a la colectividad para esperar del Estado la protección contra la vulneración o amenaza de un derecho, como en el caso presente, objeto este último de la acción popular.

(...)

Por lo expresado, en criterio de la Sala, no existe prejudicialidad en relación con el proceso ordinario de mayor cuantía que adelanta Ecopetrol en contra del doctor Fernando Londoño, por cuanto en dicho litigio están inmersos intereses individuales y pecuniarios, en cuanto que en la presente acción popular se debate la violación a derechos colectivos establecidos por el legislador”.

Conforme a lo expuesto, independientemente de si se adelantaba o no una acción ante la jurisdicción ordinaria, en busca de la nulidad del contrato de compraventa de las acciones de Invercolsa S.A., el Consejo de Estado podía conocer de la acción popular.

8. La acción popular y los contratos de la administración.

Pasa ahora la Corte a referirse a la supuesta improcedencia de las acciones populares para decidir controversias sobre la validez o no de un contrato, punto alegado por el actor como un defecto procedimental. La accionante alega que la acción popular fue instituida para proteger los derechos e intereses colectivos, pero no puede extenderse hasta desconocer el proceso que ha sido fijado por el legislador para ventilar determinadas controversias. Por lo tanto, resulta improcedente para plantear la nulidad o la ineficacia de contratos, las cuales deben decidirse bien sea por medio de la acción relativa a

controversias contractuales (art. 87 C.C.A.), o bien de la acción ordinaria declarativa, pero en ningún caso a través de la acción popular.

Inicia la Corte por considerar, que una interpretación sistemática efectuada al artículo 40 de la ley 472 de 1998, que prevé la responsabilidad solidaria entre el representante legal de la entidad contratante y el contratista por sobrecostos u otras irregularidades cometidas en la contratación, deja claro que la acción popular resulta procedente en materia de contratos estatales. Dice la norma:

“ARTICULO 40. INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES SOBRE MORAL ADMINISTRATIVA. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

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

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

En efecto, de conformidad con la ley, es posible vulnerar los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa en la celebración de contratos, en caso de presentarse sobrecostos u otras irregularidades. Le corresponderá al juez, en cada caso concreto, definir si en una determinada contratación existen sobrecostos e irregularidades que configuren vulneración a derechos o intereses colectivos.

En relación con el punto, la tendencia jurisprudencial predominante en el Consejo de Estado, ha entendido que es posible examinar la legalidad de los contratos en orden a determinar si amenazan algún derecho colectivo, de modo que la acción popular en estos eventos se ha encontrado procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario. Dicha posición ha sido la que esa Corporación ha venido reafirmando de tiempo atrás⁸⁸.

⁸⁸ Es el criterio de algunas providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que “...la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño

En efecto, el Consejo de Estado, encontró una irregularidad en la adquisición por parte de Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 acciones de Invercolsa S.A., las que en parte eran de propiedad de ECOPETROL⁸⁹, transacción que se inscribió en el Libro de Registro de Accionistas el 8 de mayo de 1997, actuación que se consideró como vulneradora de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Al respecto de la vulneración y de su causante, al decidir la acción popular consideró el Consejo de Estado que, *la conducta en examen constituye una irregularidad en la contratación, que lesiona la moralidad administrativa, al tenor del artículo 40 de la Ley 472. Fernando Londoño Hoyos fue su protagonista al aparentar una calidad que no poseía y beneficiarse del precio fijo reservado a los destinatarios preferenciales de la primera fase de la venta.*

Consideró además el Consejo de Estado, en la misma decisión, que la venta de las acciones al precio fijo también lesionó el patrimonio público, pues de no

contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva”.

La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sentencia de 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. AP 1136 y Sentencia de 21 de marzo de 2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que “[a] partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios” (Hernández Enríquez, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003), vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: “*el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra*” (Hernández, Alier, Las acciones...op. cit.).

La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro.

⁸⁹ Para la época de la demanda, julio ocho de dos mil dos, ECOPETROL era una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

haber comprado Fernando Londoño Hoyos las acciones, *éstas habrían sido ofrecidas en martillo, donde razonablemente se habría obtenido un precio superior a causa de las pujas y competencia entre oferentes.*

Violación de derechos colectivos que se tradujo en la invalidación de la citada negociación, que para el juez constitucional de los derechos colectivos, conllevaba como efecto instrumental la devolución de las acciones objeto de la compra anulada, en razón de lo establecido especialmente para estos casos en el artículo 15 de la Ley 226 de 1995, anteriormente citado. Invalidez sobre la cual, ninguna de las personas naturales o jurídicas afectadas ha solicitado amparo por encontrar vulnerados sus derechos fundamentales, pues cabe recordar que esta acción de tutela fue instaurada solo por quien aduce ser tercero adquirente de buena fe de las acciones en comento.

Es claro entonces, que las acciones populares son procedentes para determinar la vulneración de derechos colectivos en la celebración de contratos por parte de la administración pública, máxime si se trata de contratos celebrados en un contexto de privatización y democratización de la propiedad accionaria, al tenor del artículo 60 de la Constitución.

Sin embargo cabe recordar, que si bien la acción popular puede adelantarse independientemente de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, para la protección de los derechos e intereses colectivos, tampoco se trata de acciones configuradas para desplazar los medios de defensa judicial ordinarios, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional son diferentes a aquellos que corresponden al juez ordinario⁹⁰; es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos.

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”*⁹¹. 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. Posteriormente se aludirá al punto de la relación entre, de un lado, los remedios judiciales apropiados para proteger

⁹⁰ Sentencia SU-067 de 1993, M.P. Fabio Morón y Ciro Angarita.

⁹¹ Ver sentencia C-088 de 2000

efectivamente tales intereses y derechos y, de otro, los procesos judiciales ordinarios que puedan versar sobre materias consecuentemente tocadas por el juez de la acción popular.

9. La acción popular y los efectos de la invalidación de contratos de la administración. La vinculación de terceros a la acción popular.

9.1.1. La sociedad accionante alega como defecto orgánico, que el Consejo de Estado no tenía competencia para conocer de acciones reivindicatorias en contra de particulares. Aduce que la declaratoria de nulidad del acto de un antecesor se extiende solo a ése acto y a las restituciones mutuas consecuenciales, pero no podía extenderse, por la vía de la acción popular, a la acción real de reivindicación contra terceros.

9.1.2. En el capítulo de defectos procedimentales alega también, en relación con la situación sustancial de la sociedad AFIB, que el Consejo de Estado la sometió, como tercera ajena a la relación contractual que dio origen a la acción popular, a un procedimiento que le era absolutamente inaplicable, dado que ella es un particular que no tiene ninguna relación directa con ECOPETROL. Alegó, que el Consejo de Estado, sin competencia, resolvió asuntos vinculados a Afib como poseedora y a la titularidad que ostentaba sobre derechos reales de prenda, y se le vinculó con el propósito de proferir condenas ajenas al debate planteado.

9.1.3. Como defecto sustantivo alega el accionante, que en la acción popular no se estaba discutiendo la posesión de Afib sobre las acciones y sus frutos, sino la validez del contrato de venta sobre las mismas. En la sentencia del Consejo de Estado no existe referencia válida alguna al respecto, al no existir pretensiones y debate probatorio propio.

9.1.4. Adujo que se produjo una condena contra un tercero sin motivación alguna que la justificara, en torno a hechos no debatidos y en relación con los cuales no tuvo la oportunidad de presentar excepciones ni defensas.

9.1.5. También alega el accionante, en el capítulo de los defectos procedimentales, y en relación con la situación procesal de Afib, que si bien intervino como litisconsorte de la parte demandada en la acción popular, no podía resolverse su situación desbordando el objeto del proceso. Es decir, so pretexto de la intervención litisconsorcial, no se podía entrar a resolver asuntos que no están planteados en el proceso y en relación con los cuales no se dio el debate judicial. En el proceso de la acción popular no se discutía su situación como poseedor, ni mucho menos su derecho como detentadora de frutos, ni temas relacionados con las acciones sobre las cuales recibió derechos de prenda o derechos de dominio.

9.1.5. Aduce, que aún dejando de lado los protuberantes errores sustantivos y fácticos cometidos por el Consejo de Estado, la sentencia se profirió sin dar el traslado a las partes que la ley ordena dentro del recurso de apelación, cuando

en esta instancia, como sucedió en el caso, se decretan y practican pruebas. Así, no habérsele permitido conocer las pruebas practicadas en segunda instancia, exigió que Afib presentara sus argumentos sin tener referencia alguna de ellas pues el expediente no estuvo a su disposición, con lo cual se le causó una vulneración adicional.

9.1.6. Finalmente indica, que existe un defecto fáctico en la sentencia, en cuanto que el Consejo de Estado pasó por alto que las prendas constituidas a favor del Banco del Pacífico de Panamá y su transferencia a Afib fueron registradas antes de que se inscribiera la medida cautelar decretada por el Juzgado 28 Civil del Circuito, circunstancia que no mereció por su parte la menor consideración.

Aduce que el Consejo de Estado pasó por alto todos los principios y normas en materia de valoración probatoria. En efecto, le dio a un mismo documento dos alcances distintos dentro de la sentencia; en una hipótesis para endilgarle al representante de Invercolsa la eventual comisión de un ilícito al expedir una certificación no cierta en el sentido que Fernando Londoño Hoyos había sido trabajador de la compañía; en otra, para derivar de allí una pretendida culpa del Banco del Pacífico como financiador de la operación, pues con base en ella éste banco debía percatarse de que Londoño no tenía la calidad de trabajador. De otro lado, se pasó por alto toda la actividad desplegada por la Bolsa y el Comisionista de Bolsa mandatario de ECOPETROL en el momento de la compraventa y el desembolso del crédito, que generaron la confianza necesaria para que cualquier tercero tomara decisiones como las que adoptó el banco financiador.

Alega que, como lo consideró el Consejo de Estado, la Bolsa y el Comisionista avalaron la transparencia de la operación y su apego a las normas legales, y eran estos profesionales los que respondía por la veracidad de las declaraciones de los potenciales compradores de las acciones. Por tanto, carece de fundamento la decisión del Consejo de Estado de endilgar culpa al Banco del Pacífico, antecesor de Afib, en los derechos prendarios sobre las acciones, con apoyo en elementos de juicio carentes de todo soporte y que fueron analizados de manera aislada y huérfana de todo criterio lógico.

Por todo lo anterior, aduce que el fallo del Consejo de Estado, en lo que toca a Afib, puede calificarse como groseramente contraevidente, dictado más bajo la influencia del entorno político y social del momento que bajo los dictados de las normas aplicables al caso.

9. 2. En relación con la competencia del Consejo de Estado para conocer de acciones populares, la Corte advierte que de conformidad con lo previsto en la Ley 472 de 1998, art. 15 *“La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes*

sobre la materia. En los demás casos conocerá la jurisdicción civil ordinaria.”.

Igualmente, para la Corte es claro que los particulares son también sujetos pasivos de las acciones populares en los términos del artículo 9° de la ley 472 de 1998, según el cual *“las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”.*

En efecto, la determinación objetiva del juez competente para el trámite de las acciones populares se encuentra dada por la naturaleza de la persona, natural o jurídica, que con su acción u omisión ha violado o amenace violar los derechos e intereses colectivos. Es decir, si se trata de actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas, la jurisdicción competente para conocer de la acción popular es la Contenciosa Administrativa; en los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

En este caso, la acción popular se dirigió contra ECOPETROL, que para la época de la demanda, julio ocho de dos mil dos, era una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía⁹². Así, es claro que la jurisdicción competente para conocer de la acción popular que origina esta tutela, era la de lo Contencioso Administrativo, como acertadamente lo concluyó el Consejo de Estado.

Ahora bien, en cuanto a si la jurisdicción contencioso administrativa tenía competencia para conocer de la acción popular, en la medida de que la acción se dirigió también contra un particular, Fernando Londoño Hoyos, contra quién se adujo por los demandantes haber vulnerado derechos colectivos, la Corte trae a colación el aparte en virtud del cual la Sala Plena del Consejo de Estado, en la sentencia de diciembre 09 de 2003, consideró que era competente:

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

Además, la relación jurídica entre la entidad estatal que enajena su participación societaria y los adquirentes preferenciales (trabajadores

⁹² Decreto 062 de 1970 y Decreto 1209 de 1994

o extrabajadores etc.) se forma en virtud de un privilegio de origen constitucional, y queda sometida al derecho público”.

Para esta Corporación la conclusión a la cual llegó el Consejo de Estado es acertada, y el fuero de atracción hacia la jurisdicción contenciosa es claro⁹³, en lo que respecta a la acción en la que se involucran tanto entidades públicas como particulares. Sobre este punto resulta ilustrativo y pertinente citar lo que la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de este aspecto ha considerado en otra providencia:

“Del artículo 9 de la Ley 472 de 1998, referente a la procedencia de la acción popular, se deduce que la demanda puede dirigirse contra una autoridad pública, contra un particular, o incluso contra ambos.

Ahora bien, el artículo 15 de la referida Ley dispone:

“Jurisdicción: La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.

En los demás casos conocerá la jurisdicción ordinaria civil.”

Luego, una acción popular dirigida contra un particular será de competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que la dirigida contra una autoridad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, lo será de la Contencioso Administrativa.

La regla anterior tiene una excepción en los eventos en que una acción se dirija, al tiempo, en contra de una autoridad pública y de un particular; en tal caso, la competencia para conocer de la misma reside en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que ésta prevalece sobre la de la Jurisdicción Ordinaria en virtud del fuero de atracción.

Al pronunciarse sobre la aplicación de la teoría del fuero de atracción en materia de acciones populares, esta Corporación ha dicho:

(...)

Ha sostenido esta Corporación que cuando la parte demandada es plural y con respecto de uno de los demandados no cabe duda que la

⁹³ Téngase en cuenta que el hecho de que el contrato de compraventa de acciones haya sido celebrado por una entidad estatal no significa que la ley 80 de 1993 se aplique al mismo o que de allí se derive la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, pues como lo establece la ley 226 de 1995 (posterior y especial), “La Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria” (inciso final Art. 2°).

jurisdicción contencioso administrativa es la competente, en virtud del llamado fuero de atracción queda prorrogada la competencia para conocer de la acción con respecto a otro u otros demandados que en principio fueran justiciables ante la jurisdicción ordinaria. Así se ha pronunciado al respecto el fuero de atracción de esta jurisdicción se fundamenta en la acumulación de acciones, por pasiva, contra quienes son señalados como responsables solidarios de las obligaciones que se pretenden. También ha aceptado la jurisprudencia la aplicación de esta figura cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes (necesarios) pasivos, y alguno o algunos deban ser juzgados ante esta jurisdicción. Conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia, tratándose de una acción popular, el aludido fuero opera cuando se acumulan acciones contra entidades públicas o personas privadas que cumplen funciones públicas, por un lado, y particulares por otro, señalados como responsables solidarios del hecho u omisión que amenace o vulnere derechos colectivos, o cuando su comparecencia conjunta es forzosa para que se produzca sentencia, porque ésta podría afectarlos de manera uniforme’’⁹⁴

Así entonces, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo era la competente para conocer de la acción popular objeto de esta tutela.

9.3. Siendo competente el Consejo de Estado para pronunciarse sobre la vulneración de derechos colectivos en la adquisición de acciones de Invercolsa por parte de Fernando Londoño Hoyos, una vez que éste concluyó que sí se habían violado los derechos colectivos, dispuso la invalidación del contrato mediante el cual se materializó dicha violación en razón a las irregularidades encontradas en su celebración; y, para el juez constitucional conllevó como efecto instrumental y en el marco de la acción popular, la devolución de las acciones objeto de la compra anulada.

En efecto, el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 226 de 1995, que regula la enajenación de la propiedad accionaria estatal, dispone que *en caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, habrá lugar a obtener la restitución de las acciones.*

De tal forma que el Consejo de Estado aplicó el remedio judicial específicamente establecido en la ley especial que rige la enajenación de acciones estatales en contextos de privatización y democratización de la propiedad accionaria.

Dicha ley también regula la hipótesis en la cual las acciones ya hayan sido transferidas a un tercero. Dicha regulación no impide que se lleve a cabo la

⁹⁴ Consejo de Estado- Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Mayo 19 de 2005. Rad: 25000-23-27-000-2002-90106-01(AP). Actor: Nancy Mariela Palacio Rubio.

restitución de las acciones, sino que exige la previa valoración de si éstas se encuentran bajo el dominio de terceros de buena fe.

En este caso, el Consejo de Estado analizó el punto expresamente, decretó las pruebas que interesaban al tercero interviniente así como otras pruebas y concluyó que no podía calificar a AFIB como tercero de buena fe. Dijo el Consejo de Estado en la sentencia de 9 de diciembre de 2003:

“Al momento de realizarse la dación en pago por parte de Fernando Londoño Hoyos a AFIB, se reitera, se encontraba inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de INVERCOLSA S.A., es decir, que las acciones que pretendía enajenar se encontraban en litigio y, consecuencia, ni él podía transferirlas ni el acreedor adquirirlas sin la autorización de la Junta Directiva⁹⁵ y del juez.

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

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

Encuentra la Corte, que éste análisis se enmarca, tanto en lo fáctico como en lo sustancial, en el ámbito propio del juez de la acción popular. Sin embargo, como el juez de los derechos colectivos no puede desplazar los otros mecanismos de defensa judicial, la determinación de la devolución de acciones que se encuentran en manos de terceros no puede tenerse por definitiva sino como una medida específica consecencial de la acción popular, pues no es un tema propio de la causa petendi que originó la acción popular. En efecto, le corresponde al juez del contrato resolver de manera definitiva sobre los asuntos propios de su competencia, como lo serían aquellos que involucran a las personas que por no haber sido parte del contrato original su actuación posterior no fue considerada la causa de la vulneración del derecho colectivo.

⁹⁵ El artículo 404 del Código de Comercio dispone: “Los administradores de la sociedad no podrán por si ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitantes. (...)”.

En efecto, será 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, y también resolver, con fundamento en las normas respectivas aplicables al caso concreto y respetando los principios del debido proceso y del derecho de defensa, la situación de los terceros que posteriormente adquirieron derechos reales sobre las citadas acciones, bien de prenda o de propiedad, pues frente a ellos no se ha endilgado por el Consejo de Estado vulneración alguna a derecho o interés colectivo, y no fueron tampoco los demandados en la acción popular.

9.4. Ahora bien. La sociedad AFIB alega además, un defecto procedimental, aduciendo que en la acción popular no se podía entrar a resolver su derecho como detentadora de frutos, ni temas relacionados con las acciones sobre las cuales recibió derechos de prenda o derechos de dominio.

Al respecto considera la Corte, que en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, el Consejo de Estado dispuso “... *cancelar también las inscripciones realizadas con fundamento en ésta, especialmente la prenda a favor del Banco del Pacífico Colombia y del Banco del Pacífico Panamá...*”. En efecto, no aparece en la parte resolutive de dicha providencia, orden de cancelación de registro alguno relacionado con cualquier prenda a favor de AFIB, así como tampoco se encuentra motivación alguna instrumental o consecencial al respecto de éstos derechos reales; por lo que, al no ser un punto decidido y por ende cobijado por la sentencia de la acción popular, no puede concluirse que en este aspecto hubo vulneración a los derechos fundamentales de la sociedad accionante.

Además, se dispuso en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, “*Condénase a Fernando Londoño Hoyos y a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. a restituir a ECOPETROL los dividendos percibidos de INVERCOLSA mientras tuvieron las acciones en su poder.*”.

Respecto de los dividendos, como fundamento para tal condena tan solo se dijo en la sentencia de la acción popular, que *el perjuicio es más tangible teniendo en cuenta que las acciones causaron dividendos que no debieron percibir sus adquirentes irregulares.* Al respecto de ésta afirmación, no aparece en la sentencia justificación alguna para disponer su restitución en contra de la sociedad AFIB.

Resalta la Sala, respecto de la condena a AFIB a devolver todos los dividendos, tres aspectos. Primero, se trata de una condena a un tercero que no esta contemplada por la ley aplicable como consecuencia instrumental necesaria de la invalidación del contrato original de compraventa de acciones. Segundo, no hay en la providencia del Consejo de Estado motivación específica atinente a la justificación de una condena respecto de AFIB. Y, tercero, una cosa es la valoración de si AFIB es tercero de buena fe para efectos de definir si las acciones en su poder deben o no ser restituidas a sus

propietarios, principalmente ECOPETROL, y otra bien distinta si los dividendos que no se hubieren materializado en acciones también deben ser devueltos como medida instrumental encaminada a garantizar de manera efectiva el derecho colectivo desconocido.

Cabe recordar, que el ejercicio jurisdiccional impone la obligación de argumentar cada una de sus decisiones, por lo que, *cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, es decir, profiere decisión sin fundamentos jurídicos ni fácticos*, procede la tutela contra dicha decisión judicial. Como se advirtió, en este caso el Consejo de Estado no plasmó motivos específicos atinentes a la condena a AFIB.

Como corolario de lo anterior, debe dejarse sin efectos la condena que en tal sentido profirió el Consejo de Estado, en el numeral tercero de la sentencia de diciembre nueve de dos mil tres, en contra de AFIB.

En conclusión, se revocará la sentencia de fecha noviembre tres de dos mil cinco, proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la acción de tutela de la referencia, por los motivos expresados en esta providencia. En consecuencia, para amparar el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad accionante, se dejará sin efectos lo dispuesto en el numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia de diciembre 09 de 2003, en cuanto se condena a la sociedad AFIB a restituir a ECOPETROL los dividendos percibidos de INVERCOLSA mientras tuvo las acciones en su poder⁹⁶.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante auto de noviembre 09 de 2006 en el proceso de la referencia.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de noviembre 03 de 2005, proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la acción de tutela de la referencia, por las razones expuestas en esta providencia.

⁹⁶ El numeral cuyo aparte a favor de AFIB se deja sin efectos señala:

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

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

Tercero.- En consecuencia, para amparar el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad accionante, **DEJAR SIN EFECTOS** lo previsto en el numeral 5° de la sentencia de diciembre 09 de 2003, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, dentro de la acción popular aludida, en lo que respecta a la condena impuesta en contra de la Sociedad Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
AUSENTE EN COMISION

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General