

ACTO ADMINISTRATIVO – Causales de nulidad previstas en la Ley 1437 de 2011 / DEMANDA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL O PARTICULAR – Alcance del concepto de violación del artículo 162-4 de la Ley 1437 de 2011 / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – El rigorismo en plantear el concepto de violación es más flexible que en el de nulidad y restablecimiento del derecho

[...] finalmente las llamadas causales de nulidad del acto administrativo, previstas en el artículo 137 de la Ley 1437, a partir, sin duda, de los elementos de existencia y validez del acto administrativo: **(i)** órgano competente; **(ii)** formas y procedimiento; **(iii)** motivo y motivación; **(iv)** finalidad, y **(v)** objeto o contenido. Vistos desde el punto de vista negativo, esos elementos configuran, en mayor o menor grado, las causales de nulidad del acto administrativo y del reglamento: la incompetencia del funcionario o del órgano; la expedición irregular —que incluye la falta de motivación y las violaciones del derecho de defensa—, la falsa motivación, la desviación de poder y la violación de la ley, que, a su vez, ocurre por inaplicación, indebida aplicación e interpretación errónea de la norma de sujeción. En esa dinámica, lo ideal sería que en la demanda se invoque la causal de nulidad y se planteen argumentos serios, suficientes y pertinentes que la demuestren. Esto es, habría que formular una acusación que técnicamente aluda a los elementos del acto administrativo y conceptualmente a las causales de nulidad. Justamente a eso se refiere el artículo 162-4 de la Ley 1437, cuando dice que el actor debe exponer el concepto de violación que sustente la pretensión de nulidad, ora frente a un acto administrativo particular, ora frente a uno general o a un reglamento. Esa exigencia suele ser más fuerte para la demanda de nulidad y restablecimiento, cuya presentación es por conducto de apoderado judicial, que se supone tiene el conocimiento y capacidad necesarios para presentarla de manera debida. En cambio, la exigencia es más flexible en las acciones de simple nulidad porque las puede presentar «cualquier persona», en los términos del artículo 137 *ibídem* (en igual sentido el artículo 135 del CPACA). Y por tratarse de una acción pública, que no exige mayores rigorismos, el juez administrativo puede hacer uso de la facultad de interpretar la demanda para determinar si los argumentos ofrecidos cumplen con los requisitos de suficiencia, claridad y pertinencia, y, en todo caso, debe privilegiar el derecho de tutela judicial efectiva para examinar la legalidad del acto acusado, a partir del entendimiento de los argumentos que sustentan la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 135 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 137 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 162-4

ACTO ADMINISTRATIVO – Finalidad y clasificación / ACTO ADMINISTRATIVO REGLAMENTARIO – Con su aplicación no se agota su vigencia / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA – Por regla general tiene la competencia para la expedición de los reglamentos / POTESTAD REGLAMENTARIA- Permite dictar normas sobre aspectos procedimentales o sustanciales más puntuales que la ley / PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA – El reglamento es más necesario cuando la regulación de la ley ha sido general y amplia

La administración, en cualquiera de sus niveles (nacional, departamental o local), expide actos jurídicos, tendientes a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y legales, en ejercicio de la función pública administrativa. (...) Y ese tipo de decisiones, que son actos jurídicos, se adoptan mediante los actos administrativos, que, a su vez, se dividen en dos grandes clases, por lo menos: los actos normativos y los actos administrativos particulares. Los actos normativos

(reglamentos) son los llamados también actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto. Los reglamentos, al igual que la ley, mandan, prohíben, permiten o sancionan. Esto es, el reglamento es fuente de derecho. Son tradicionalmente una fuente de derecho administrativo. Los actos de contenido particular y concreto, en cambio, son propiamente los actos administrativos, que materializan o particularizan el acto normativo (reglamento) y la propia ley en una situación específica. De ahí que el reglamento no puede ser tratado de la misma manera que el acto administrativo particular. Fuera de la distinción que surge de los destinatarios de tales actos jurídicos, hay que decir que el reglamento se integra al ordenamiento jurídico y su aplicación no agota la vigencia, a diferencia del acto administrativo cuya vigencia se agota con la ejecución. (...) El reglamento, en sentido material, es una ley, pero no en sentido formal. Sí, el propósito del reglamento es asegurar el cumplimiento de las leyes y es visto como una norma sucedánea y subordinada a la que produce el Congreso de la República, pero su expedición está a cargo del poder ejecutivo, más que del Presidente de la República. (...) En efecto, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución señala que la potestad reglamentaria la ejerce el Presidente de la República, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes para asegurar la cumplida ejecución de la ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11

ACTO ADMINISTRATIVO – Sus elementos son regulados excepto el contenido u objeto del acto que es discrecional / MOTIVOS Y FINALIDAD PARA EXPEDIR UN ACTO ADMINISTRATIVO – No es discrecional sino reglada para el funcionario que lo expide / ACTO ADMINISTRATIVO DISCRECIONAL – Se presenta cuando existe libertad de configuración del objeto del acto / ACTO ADMINISTRATIVO REGLADO – El funcionario no tiene libertad de configuración del objeto

En la segunda cuestión preliminar se explicó que son cinco los elementos del acto administrativo y del reglamento: **(i)** el órgano competente; **(ii)** las formas y procedimiento; **(iii)** el motivo y motivación; **(iv)** la finalidad, y **(v)** el objeto o contenido. Casi todos los elementos del acto administrativo o reglamento son reglados, no así, en muchos casos, el contenido u objeto del acto, que suele tener un componente de discrecionalidad, esto es, de libre configuración por parte del funcionario u órgano que los dicta. En efecto, el elemento relacionado con la competencia formal de los órganos que expiden los actos administrativos es un elemento de tipo reglado. La ley o los reglamentos deben atribuir la competencia a los órganos públicos y no es posible pensar que, a mera discreción, un agente de la administración asuma el conocimiento y decisión de los variados negocios que resuelve el Estado. La forma y el procedimiento también es un elemento reglado. Las leyes y los reglamentos suelen indicar claramente los trámites y el sendero obligado que deben seguirse para expedir un acto administrativo. (...) El elemento relacionado con los motivos que tiene la administración para dictar el acto administrativo o reglamento, esto es, la situación fáctica que debe estudiar la administración para adoptar la decisión administrativa, tampoco es propiamente un asunto discrecional. (...) La finalidad del acto administrativo sí que resulta ser reglada. Es la ley la que traza de antemano el objetivo de la competencia. No es libre el funcionario de decidir *motu proprio* hacia dónde dirige la finalidad del acto. Si eso pasara, ocurriría un auténtico caso de desviación de poder. En cambio, el contenido del acto, esto es, la parte resolutive, es el elemento que, en un momento dado, sí puede ser clasificado como discrecional o reglado. Si hay libertad de configuración del objeto del acto, el acto es discrecional. Eso ocurre, por ejemplo, en los casos de nombramiento libre de agentes del Estado. Y ocurre,

en general, cuando la administración tiene varias opciones de decisión y cualquiera de ellas es válida. Si no hay libertad de configuración del objeto, el acto administrativo es reglado. El agente solo tiene una opción válida ante una determinada situación fáctica.

CONTROLES SOBRE LAS ACTUACIONES DE LAS AUTORIDADES PUBLICAS Y DE LOS PARTICULARES – Son tres: social, político y jurídico / CONTROL SOCIAL DE LAS AUTORIDADES PARTICULARES – Lo ejerce cualquier ciudadano u organización creada para ese propósito / CONTROL POLITICO DE LAS AUTORIDADES Y PARTICULARES – Corresponde a la fiscalización ejercida sobre el ejecutivo y radica en el Congreso de la República y demás órganos de elección popular / CONTROL JURIDICO DE LAS AUTORIDADES Y PARTICULARES – Lo ejercen ente otros los tribunales, superintendencias, procuradurías y contralorías y el parámetro de comparación es el orden jurídico

Son, por lo menos, tres las clases de control que existen en cualquier Estado de derecho para vigilar la conducta y actuaciones de las autoridades públicas e incluso de los particulares: el control social, el político y el jurídico. El llamado control social (que no es un control institucionalizado, pues no hay instituto oficial alguno para ejercerlo) lo ejerce cualquier ciudadano o cualquier organización o estamento creado para ese propósito. El control social emana directamente del ejercicio de los llamados derechos de libertad, uno de ellos está consagrado el artículo 20 de la Constitución: el derecho de libre opinión, de libre pensamiento, de libertad de información. (...) El control político, por su parte, corresponde a la fiscalización ejercida sobre el ejecutivo y de parte de los partidos políticos que ostentan curules en los órganos de representación popular. Y ese control está radicado en el Congreso de la República y demás órganos de elección popular (las asambleas y concejos), que son los encargados de ejercerlo, en general, frente al poder ejecutivo, a través del expediente de la moción de censura y debates de control político (véase el artículo 114 de la Constitución). La finalidad del control político no es otra que la de cuestionar las ejecutorias del poder gubernamental, ora para modificarlas, ora para imponer otras políticas que resulten acordes con el ideal del bienestar común que tiene el partido político que ejerce el control.(...) Y el control jurídico, por su parte, responde básicamente al imperio de la ley. Gobernantes y gobernados están sujetos a controles de tipo jurídico. Justamente por eso el control jurídico siempre está institucionalizado, pues siempre hay un órgano competente a cargo: tribunales, superintendencias, procuradurías, contralorías, oficinas, inspecciones, fiscalías, etcétera. Además, el control jurídico se encuentra totalmente procesalizado, pues hay reglas procesales que establecen las formas propias para desencadenar ese control. Y el cartabón o parámetro de comparación no es la moral social simplemente ni el ideal político. No. El parámetro de comparación es la norma jurídica, la Constitución o la ley: el orden jurídico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 20 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 114

POTESTAD DISCRECIONAL PARA EXPEDIR ACTOS ADMINISTRATIVOS – Debe sujeción al ordenamiento jurídico que suele definir los elementos para ejercerla / JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – No puede sustituir a la administración en la decisión de adoptar una decisión discrecional / ADMINISTRACIÓN PUBLICA- Su autonomía debe ser respetada por el juez / CONTROL JUDICIAL SOBRE ACTOS REGLAMENTARIOS – No cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo

Frente al componente discrecional de los actos demandados, en este caso, a este tribunal le compete decidir si el contenido y el fin de la decisión está fundado en las normas que habilitan al Gobierno Nacional para adoptar la decisión de enajenar el activo que le pertenece, esto es, se trata de definir si la decisión administrativa y el fin perseguido es acorde con el interés público en el marco del orden jurídico ya establecido. Y esa forma de control parte por aceptar que aún el ejercicio de la potestad discrecional debe sujeción al ordenamiento jurídico, que es el que finalmente suele definir los elementos básicos que permiten ejercerla. Además, es pertinente el estudio de los hechos determinantes (esto es, el examen de la realidad del supuesto fáctico que permite la decisión) y la razonabilidad del contenido de la decisión. De modo que si el componente discrecional del acto por juzgar pretende cumplir la finalidad de la norma que lo autoriza, si los hechos determinantes están bien acreditados y el contenido del acto es razonable, la decisión discrecional que haya tomado la administración sale adelante. No le es permitido al juez sustituir a la administración, en esas condiciones, para adoptar o suponer que era necesario tomar la decisión que el juez cree ahora más acertada (lo que García de Enterría llama «libre estimación alternativa por los jueces»), pues eso terminaría por aniquilar o anular la potestad discrecional propia del gobierno. El juez está obligado a respetar el ámbito de autonomía en el que en muchos casos se debe mover la administración. (...) Y en cuanto al control del componente reglamentario de los decretos demandados, la Sala debe decir que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica abstracta y general creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley a los casos mediante la estipulación de trámites, procedimientos, plazos y todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deban cumplir.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 60

PRINCIPIO DE PROMOCION DE LA PROPIEDAD – Está previsto en el artículo 60 de la Constitución Política / DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA EN LA VENTA DE ENTIDADES PUBLICAS – Consiste en otorgarle acceso preferente a los trabajadores y organizaciones solidarias / CONGRESO DE LA REPUBLICA – Es el primer destinatario del artículo 60 de la Carta para garantizar la democratización de la propiedad accionaria

En términos similares, el Consejo de Estado ha señalado que el propósito del artículo 60 de la Constitución Política es dar fuerza a fines específicos del Estado social de derecho, tales como la función social de la propiedad, el impulso de la propiedad asociativa, la promoción del acceso a la propiedad y el estímulo de los trabajadores para que participen en la gestión de las empresas. Por igual, el Consejo de Estado ha explicado que el artículo 60 de la Constitución Política elevó a la categoría de principio la promoción de la propiedad (inciso 1º) y, para darle una aplicación efectiva, introdujo la regla de democratización, consistente en otorgarle acceso preferente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias en los procesos de enajenación de activos accionarios. (...) Es decir, que, conforme con el artículo 60 de la Constitución Política, el Estado puede desprenderse libremente de su participación en una empresa, siempre que adopte medidas para que esa participación se ofrezca de manera preferente a los trabajadores y organizaciones solidarias, en los términos que fije la ley. Justamente la Ley 226

desarrolló el artículo 60 de la Carta Política y estableció las condiciones y las reglas para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, tal y como se explicará detalladamente más adelante. No debe olvidarse que el primer destinatario del artículo 60 de la Constitución Política no es propiamente el Gobierno Nacional, sino el Congreso de la República que, mediante leyes, como la Ley 226, permite garantizar el principio previsto en ese artículo. De modo que es la ley, cuyo control está a cargo de la Corte Constitucional, la que tiene el mayor rango de acción para establecer las condiciones en que debe cumplirse la democratización accionaria del Estado. Luego el Gobierno Nacional, en lo de su competencia, es el encargado de adoptar la decisión específica, mediante los instrumentos jurídicos propios del derecho administrativo e incluso del derecho privado, según sea el caso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 60 / LEY 226 DE 1995

GOBIERNO NACIONAL – Sí estaba facultado para decidir enajenar la participación accionaria en ISAGEN / CONPES – Recomendó una estrategia para identificar los activos que podían ser objeto de enajenación y la destinación de esos recursos para proyectos de infraestructura / ENAJENACION DE LA PARTICIPACION ACCIONARIA DE LA NACION EN ISAGEN – No es nulo el Decreto que la aprobó por obedecer a una política económica de financiación del Gobierno Nacional / ACCIONES DE ISAGEN – Su venta por la Nación proviene de la facultad del Estado para decidir sobre la forma en que obtiene recursos para proyectos de infraestructura / CONTROL JURIDICO SOBRE LA DISCRECIONALIDAD EN LA VENTA DE ACCIONES DE ISAGEN – No tiene más límites que la Constitución, la Ley 226 de 1995 y la razonabilidad de la decisión

En el sub judice, la Sala advierte que el Gobierno Nacional sí estaba facultado para adoptar la decisión de enajenar su participación accionaria en Isagén — decisión que finalmente fue adoptada por el artículo 1 del Decreto 1609—, como pasa a explicarse a continuación.(...) el Conpes 3281 recomendó adelantar una estrategia coordinada entre las diferentes entidades estatales para identificar los activos de la Nación que podrían ser objeto de aprovechamiento o enajenación. El artículo primero del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 (acto acusado) se enmarca dentro de este objetivo, en cuanto demuestra la decisión del Gobierno Nacional de enajenar el activo radicado en Isagén. Las anteriores recomendaciones fueron reiteradas en el documento Conpes 3760 del 20 de agosto de 2013, en cuanto se refirió a la posibilidad de destinar recursos obtenidos de la enajenación de activos a la financiación de proyectos de infraestructura bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales. (...) En la misma dirección, el artículo 260 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010–2014, había establecido, antes de la expedición del Decreto 1609, que *«El Gobierno Nacional definirá los instrumentos necesarios para garantizar la adecuada administración, representación y tenencia de la participación accionaria de las entidades estatales del orden nacional»*. (...) Lo anterior le permite a la Sala concluir que no es nulo el artículo 1 del Decreto 1609, que aprobó el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén, por cuanto la decisión adoptada hace parte de una política económica de financiación que le permite al Estado decidir discrecionalmente qué activos optimiza o cuáles otros enajena, en el ámbito de las competencias del Gobierno Nacional. El Gobierno Nacional decidió discrecionalmente desprenderse de las acciones de Isagén y la Sala advierte que el ejercicio de esa facultad es legítimo y válido a la luz de los mandatos generales que habilitan al Estado para decidir la

forma en que obtiene recursos para financiar proyectos de infraestructura, en el marco de una determinada política económica. La Sala insiste en que no le corresponde examinar el alcance ni la conveniencia de esa política económica, sino que basta establecer que la decisión esté conforme con los mandatos generales que habilitan al Estado a vender uno u otro activo. El problema jurídico consistente en determinar si el Gobierno Nacional estaba o no facultado para decidir sobre la enajenación de esa participación accionaria, tiene una respuesta afirmativa, según lo que se deja expuesto. El control jurídico normativo sobre este aspecto discrecional no puede tener más límites que el de la Constitución, la Ley 226 y la razonabilidad, medida en una relación de proporcionalidad de medio a fin. Ningún elemento hay en el expediente del que se pueda deducir que el Gobierno ha usado esta competencia de forma irracional o desproporcionada. De hecho, los actores no aportaron prueba contundente en tal sentido. Se insiste: el control fiscal o el control político o aún el control social sobre esa decisión no es del resorte de la acción de nulidad simple ni de la acción de nulidad por inconstitucionalidad incluso, pues son acciones para ventilar la conformidad de decisiones administrativas con normas preexistentes contenidas en la Constitución y la ley.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1609 DE 2013 – ARTICULO 1 / CONPES 3281 DE 2004 / CONPES 3760 DE 2013 / LEY 1450 DE 2011 – ARTICULO 260

DERECHO DE PREFERENCIA EN LA ENAJENACION DE LA PARTICIPACION ESTATAL EN ISAGEN – Las condiciones fijadas en el Decreto 1609 de 2013 no lo desconocen frente a las personas naturales / GOBIERNO NACIONAL FRENTE A ENAJENACION DE PARTICIPACION ACCIONARIA ESTATAL – Medidas administrativas que puede establecer

La Sala considera que tales condiciones, fijadas frente a las personas naturales destinatarias de condiciones especiales, no desconocen el derecho de preferencia. Todo lo contrario, esas condiciones son medidas estrictamente administrativas que adoptó el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria, para evitar conductas que resulten contrarias a los principios generales de la Ley 226, en especial, los principios de democratización y preferencia. En el mismo sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el precedente que en esta oportunidad se reitera, ha señalado que en los procesos de enajenación de la participación accionaria de la Nación, el Gobierno Nacional puede establecer medidas puramente administrativas, que sean razonables, pertinentes y justificadas, con los siguientes propósitos: Evitar posibles abusos de los beneficiarios de las condiciones especiales, como la participación de testaferros, la participación con fines especulativos o para enriquecerse sin justa causa a costa del patrimonio estatal. Evitar la concentración de la propiedad accionaria que vende el Estado. Procurar que la adquisición de las acciones corresponda a la capacidad adquisitiva de los aceptantes. Impedir la concentración oligopólica del capital. Dirigir el proceso de desconcentración hacia destinatarios preferentes con el objeto de redistribuir la propiedad accionaria en venta.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1609 DE 2013 – ARTICULO 8 / LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 11

CONGRESO DE LA REPUBLICA – Es el llamado a establecer las restricciones para adquirir acciones en los procesos de enajenación / MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DEL GOBIERNO NACIONAL EN PROCESOS DE ENAJENACION – No pueden desconocer la Ley 226 de 1995 ni los principios de democratización y preferencia / PRINCIPIOS DE DEMOCRATIZACION Y PREFERENCIA EN LA VENTA DE ACCIONES DE

ISAGEN – No se desconocieron ya que en la primera etapa todas las acciones se ofrecieron a los destinatarios de condiciones especiales / DESTINATARIOS DE CONDICIONES ESPECIALES – Fueron a quienes de manera preferente se le ofrecieron las acciones de ISAGEN

La Sala considera que, en principio, el legislador es el llamado a establecer las restricciones para adquirir acciones en los procesos de enajenación. Precisamente así lo hizo el Congreso en el artículo 14 de la Ley 226, cuando dispuso que se puede limitar la negociabilidad temporal de las acciones, hasta por dos años a partir de la enajenación, y el número máximo de acciones que pueden adquirir los empleados que pertenecen al nivel directivo. Según ese mismo artículo, al Gobierno Nacional, por su parte, le corresponde, en el marco de la Ley 226, adoptar las medidas administrativas en cada proceso de enajenación para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esa ley. De cualquier forma, a juicio de la Sala, las medidas adoptadas para garantizar los principios generales de la ley no pueden desconocer las finalidades del artículo 60 de la Constitución Política y de la Ley 226, en especial, el principio de democratización y el derecho de preferencia. Esto es, el Gobierno Nacional está plenamente habilitado para fijar limitaciones en el proceso de enajenación, siempre y cuando sean razonables, pertinentes y justificadas. (...) En el sub lite, la Sala considera que los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1609 no desconocen los principios de democratización y preferencia. Las medidas adoptadas en esa norma son condiciones válidas y razonables para garantizar que se materialicen los principios generales de la Ley 226, al punto que en la primera etapa todas las acciones se ofrecieron de manera preferente a los destinatarios de las condiciones especiales. Adicionalmente, esas medidas, que son propias del reglamento, esto es, propiamente administrativas, cumplen con los propósitos antes mencionados: evitar abusos de los destinatarios de las condiciones especiales, evitar la concentración de la propiedad y garantizar que esos destinatarios adquieran acciones de acuerdo con su capacidad adquisitiva. Y todo eso lo autoriza la Ley 226. (...) No hay exceso de potestad reglamentaria por este aspecto. El Gobierno Nacional estableció limitaciones que resultan conforme con la ley que lo autoriza establecer ese tipo de medidas, en especial el artículo 14 de la Ley 226. (...) Lo dicho también descarta el cargo de nulidad de los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1909, referido a la desviación de poder, que propuso el señor Toro Escobar. En efecto, el Gobierno Nacional cumplió con el mandato de preferencia, al ofrecer la totalidad del paquete accionario en la primera etapa a los destinatarios de las condiciones especiales y disponer limitaciones que precisamente tenían por objeto hacer efectivo ese derecho de preferencia, mas no beneficiar los intereses de un «*tercero estratégico*» en la segunda etapa, como lo insinúa en la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 11 / LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 14

PROTECCION DEL PATRIMONIO PÚBLICO – Maneras en que se garantiza conforme a la Ley 226 de 1995 / ESTUDIO TECNICO PARA ENAJENACION ACCIONARIA ESTATAL – No se refiere a la conveniencia de su enajenación sino a la valoración de la entidad y de las acciones / PRECIO DE VENTA DE LAS ACCIONES DE ISAGEN – Existe un estudio de conveniencia en cuanto a los precios fijados por el Gobierno Nacional

Según las normas previamente transcritas, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: **I)** con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la

venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(...) Estas normas, a juicio de la Sala, no exigen propiamente que haya un estudio *ad hoc* que determine si es conveniente y oportuno vender una determinada participación accionaria y no otra, como lo entiende el señor Daza Gamba. Lo que esas normas exigen es que la enajenación accionaria se realice con base en estudios técnicos que comprendan la valoración de la entidad, de las acciones y todas las condiciones del mercado, tal como lo señala el artículo 7 de la Ley 226. Y esos estudios sí existieron y fueron los estudios que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta para decidir la venta y el precio de la acción. En efecto, tal y como lo expuso la parte demandada, el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén se realizó a partir del avalúo técnico-financiero elaborado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinanzas Banca de Inversión. (...) Por todo lo anterior, si la Sala se preguntara si existe o no un estudio de conveniencia para vender Isagén a los precios que el Gobierno Nacional fijó y mediante la programación que diseñó en el Decreto 1609, la respuesta es afirmativa, y en franca contradicción con lo que afirma el actor Daza Gamba. Pero si la Sala hace el esfuerzo por entender que lo que el actor habría querido es un estudio de conveniencia que demostrara que el Gobierno Nacional bien podía escoger otros activos y no los radicados en Isagén, pues ese estudio no lo exige la ley ni es pertinente. En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinanzas.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 4 / LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 7

ISAGEN – La continuidad en el servicio público que presta se ve garantizado con las medidas adoptadas en el Decreto 1609 de 2013 / SERVICIO PUBLICO PRESTADO POR ISAGEN – No se ve afectado por la enajenación de la participación que tiene la Nación / SERVICIOS PUBLICOS – Pueden ser prestados por particulares bajo la regulación, control y vigilancia del Estado

El reglamento, además, detalla, en extenso, las condiciones técnicas, financieras, regulatorias y jurídicas que debe tener el operador idóneo designado por los aceptantes. En todo caso, esa designación debe aprobarla el comité técnico de que trata el artículo 22 del Decreto 1609. Por su parte, el reglamento de la segunda etapa estableció un proceso de preclasificación, previo a la subasta que tiene por objeto validar y calificar a todos los interesados que cumplan con los requisitos técnicos, financieros y regulatorios para intervenir en el proceso de enajenación. (...) En esas condiciones, la Sala estima que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional son suficientes y necesarias para garantizar la continuidad del servicio que presta Isagén, en cuanto se prevén reglas para que se contrate un operador idóneo si, en la primera etapa, los destinatarios de las condiciones especiales adquirieran más del 50 % de las acciones en circulación de Isagén. Por igual, en el proceso de enajenación se establecieron requisitos para participar en la segunda etapa, relacionados con experiencia técnica en el sector energético y capacidad financiera. La Sala debe precisar que, en todo caso, el objeto social de la compañía se seguirá desarrollando, independientemente de la composición accionaria, lo que, sin duda, garantiza la continuidad del servicio que presta Isagén. Además, como ya se explicó, es válido, conforme con el

artículo 365 de la Constitución, que los servicios públicos sean prestados por particulares, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1609 DE 2013 – ARTICULO 14 / DECRETO 1609 DE 2013 – ARTICULO 22

DEFENSORIA DEL PUEBLO – Su intervención no es condición sine qua non para elaborar el programa de enajenación de acciones de empresas estatales / PROGRAMA DE ENAJENACION ACCIONARIA – Se realiza con estudios técnicos que no exigen la participación de la Defensoría del Pueblo, la cual formula sugerencias sobre la enajenación

Se desprende de la anterior norma que el diseño del programa de enajenación de las acciones corresponderá al ministerio titular de la participación social y que no participa en ese proceso la Defensoría del Pueblo. Como ya se ha visto en otros apartes de esta sentencia, el programa de enajenación accionaria se debe realizar con estudios técnicos, que incluyen la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenden enajenar. Y el último inciso del artículo 7 de esa ley dice que una copia del diseño del programa de enajenación de las acciones, obviamente ya concebido por el competente, debe enviarse a la Defensoría del Pueblo para que esta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del proceso. De esa norma no se desprenden, en principio, que la intervención de la Defensoría del Pueblo sea condición *sine qua non* para elaborar el diseño del programa de enajenación. De hecho, lo que se envía a la Defensoría del Pueblo es el programa ya diseñado para que la defensoría ejerza control frente a la transparencia en la ejecución de ese programa. La Sala no comparte la propuesta del señor Daza Gamba, en el sentido de que la Defensoría del Pueblo tendría que haber intervenido de manera obligatoria y previa a la expedición del Decreto 1609, como condición de validez del mismo. Fíjese que el artículo 8 de la Ley 226, en cambio, sí hace obligatorio el concepto previo favorable del Consejo de Ministros para expedir el decreto que contenga el programa de enajenación de las acciones. (...) Como lo dice la Sala de Consulta en el concepto antes transcrito, la intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de enajenación tiene por objeto la recomendación, esto es, la formulación de sugerencias que pudieran mejorar la transparencia y la publicidad del programa de enajenación de acciones.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 7 / LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 8

ENAJENACION DE ACCIONES DE ISAGEN – Se divide en dos etapas en cumplimiento de la Ley 226 de 1995 / PRECIO DE VENTA DE LAS ACCIONES DE ISAGEN – No fue modificado por el Decreto 2316 de 2013 sino que lo estableció antes de que se iniciara la oferta pública de la primera etapa

Conviene recordar que el proceso de enajenación de las acciones de Isagén está dividido en dos etapas: en la primera las acciones se ofrecen de manera exclusiva a los destinatarios de condiciones especiales a precio fijo por acción, en los términos del artículo 3 del Decreto 1609. En la segunda etapa las acciones se ofrecen a los interesados que cumplan ciertas condiciones y el precio base es el establecido para la primera etapa. Se recuerda que la primera etapa ya se cumplió. La fijación de esas etapas corresponde al cumplimiento de lo previsto en el artículo 10, numeral 1, de la Ley 226, que, en general, establece que debe existir una primera etapa dirigida a los destinatarios de las condiciones especiales. (...) En el caso particular de Isagén, los artículos 6 y 17 del Decreto 1609

establecieron el precio de la acción para cada una de las dos etapas, a partir de la valoración realizada por agentes especializados, que establecieron un rango entre \$2.224 y \$3.178. (...) Ahora bien, en la primera etapa del programa de enajenación de las acciones de Isagén se efectuó la oferta pública de venta dirigida a los destinatarios de las condiciones especiales para que presentaran aceptaciones. Según el reglamento de la primera etapa, la oferta pública de venta tuvo vigencia de dos meses, vigencia que se estableció en el aviso de oferta. (...) En esas condiciones, la Sala encuentra que no existe ninguna irregularidad en la fijación del precio, pues el Decreto 2316 no modificó el precio de la acción, como lo alega Rodrigo Toro, sino que realmente lo estableció antes de que se iniciara la oferta pública de la primera etapa. En efecto, el aviso de oferta pública de la primera etapa se publicó el 18 de noviembre de 2013, mientras que el precio de \$3.178 se fijó mediante el Decreto 2316, el 22 de octubre de 2013, es decir, antes de que iniciara la oferta pública. El precio fijado se mantuvo durante la vigencia de la primera etapa para garantizar la preferencia de los destinatarios de las condiciones especiales, conforme lo ordena el numeral segundo del artículo 11 de la Ley 226. En consecuencia, no es cierto que el artículo 1º del Decreto 2316 viole el numeral segundo del artículo 11 de la Ley 226, por cuanto el precio fue fijado antes de la iniciación de la primera etapa y no obedeció a una modificación por interrupción o vencimiento del plazo de la oferta.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2316 DE 2013 – ARTICULO 1 / DECRETO 2316 DE 2013 – ARTICULO 3 / DECRETO 1609 DE 2013 – ARTICULO 6 / DECRETO 1609 DE 2013 – ARTICULO 17 / LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 11

REGIMEN ECONOMICO Y DE LA HACIENDA PUBLICA – Sus normas contenidas en el Título XII de la Constitución Política revisten un carácter instrumental / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA – Las normas del Título XII de la Carta no determinan ni el modo ni el grado de la intervención / SOSTENIBILIDAD FISCAL – Aspectos fundamentales que comprende / ENAJENACION DE LA PARTICIPACION ACCIONARIA EN ISAGEN – No desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal / ESTUDIOS TECNICOS PREVIOS A LA VENTA DE PARTICIPACION ACCIONARIA – No existe norma constitucional que lo exija

Las normas transcritas hacen parte del Título XII de la Constitución Política, denominado «*DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA*», que, entre otros, regulan temas relacionados con el plan de desarrollo, el presupuesto y la finalidad del Estado y el régimen de los servicios públicos. Ese conjunto de disposiciones, llamados por la doctrina y la jurisprudencia la constitución económica, revisten un carácter instrumental, en cuanto no determinan especialmente ni el modo ni el grado de intervención del Estado en la economía, sino que son reglas básicas que están dirigidas a realizar o «*materializar los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho*». La sostenibilidad fiscal fue concebida como un mecanismo o un instrumento que permita alcanzar los fines del Estado. (...) En conclusión: la sostenibilidad fiscal está referida a tres aspectos fundamentales: **i)** es un criterio financiero orientador de las ramas del poder público y busca lograr la consecución de los fines esenciales del Estado; **ii)** es un importante mecanismo para examinar continuamente la capacidad del Estado para atender eficientemente el gasto público social y la deuda pública, esto es, para satisfacer en el largo plazo el gasto y las obligaciones financieras, y así lograr la estabilidad macroeconómica, y **iii)** es una herramienta diseñada para evitar y controlar el déficit fiscal, que suele ser un obstáculo para materializar los fines esenciales del Estado. En el caso concreto, la Sala considera que la decisión de enajenar la participación accionaria de la Nación

no desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal, en los términos que propone Enrique Alfredo Daza Gamba. La venta de la participación accionaria que tiene la Nación en Isagén estuvo precedida o fundada en los estudios a que alude el artículo 7 de la Ley 226. Esos estudios están debidamente acreditados en autos, como ya se explicó. Dichos estudios transmiten razonabilidad y proporcionalidad a la decisión de vender esa participación accionaria conforme con el artículo 60 de la Constitución y la Ley 226. No se trata, como ya se dijo, de una decisión arbitraria, sin sustento económico ni financiero alguno que el Gobierno Nacional hubiera adoptado. El señor Enrique Alfredo Daza Gamba propone que el artículo 334 se habría violado, en cuanto el Gobierno no hizo estudios específicos para decidir la venta de la participación accionaria en Isagén frente a otros activos. En ningún caso, dicha norma constitucional estipula semejante obligación. Como ya se dijo, se trata fundamentalmente de una herramienta relacionada con las variables macroeconómicas que pretenden mantener un flujo de ingresos y gastos públicos sostenibles en periodos determinados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 334 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 339 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 346 / LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 7

REGLA FISCAL – Es un instrumento de política fiscal que tiene como objetivo la reducción del déficit fiscal y lograr el balance estructural / ENAJENACION DE LA PARTICIPACION ACCIONARIA EN ISAGEN – No viola las normas de la regla fiscal / GASTO Y ENDEUDAMIENTO PUBLICO – Sus niveles no se ven incrementados por la enajenación de acciones de ISAGEN / VENTA DE ACTIVOS DE LA NACION – Permite mantener sanas las finanzas públicas al evitar acudir al endeudamiento / MARCO FISCAL DE MEDIANO PLAZO – No era obligatorio que en él se incluyera la enajenación de acciones de ISAGEN / PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA ESTATAL – Se alimentan entre otros de los recursos de la enajenación de activos / PROYECTO DE LEY DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION – No era obligatorio incluir la enajenación de la participación accionaria en ISAGEN

[...] la regla fiscal es un instrumento de política fiscal que materializa el criterio de sostenibilidad fiscal, cuyo objeto principal es la reducción del déficit fiscal y el consecuente balance estructural para lograr un manejo sano y sostenible de las finanzas públicas. En el sub lite, a juicio de la Sala, tampoco es cierto que la decisión de enajenar las acciones de Isagén viole la regla fiscal, por las razones que alega el señor Daza Gamba. La primera referida a la presunta afectación negativa de las finanzas públicas, por el hecho de que el Estado deja de percibir los dividendos de la compañía. La segunda, por el hecho concreto de no haberse incluido la enajenación en el marco fiscal de mediano plazo, ni en el proyecto de Presupuesto General de la Nación 2013. Veamos: **I)** La enajenación no genera un incremento en los niveles del gasto o de endeudamiento y, por ende, no se refleja en un aumento del déficit fiscal máximo previsto en el artículo 5 de la Ley 1473. La venta persigue la realización de un activo, esto es, el recaudo de recursos para financiar obras de infraestructura vial, finalidad que no se contrapone con la regla fiscal. **II)** Tal como lo señaló el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la venta de activos de la Nación tiene como propósito mantener sanas las finanzas públicas porque evitan que el Gobierno Nacional acuda al endeudamiento como mecanismo de financiación, endeudamiento que sí puede incrementar el déficit fiscal. **III)** La venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo. (...) El marco fiscal de mediano plazo es una herramienta de planificación y gestión financiera, que permite proyectar las previsiones de ingresos, gastos, excedentes,

requerimientos y alternativas de financiamiento necesarios para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal. El marco fiscal de mediano plazo incluye un análisis detallado de los resultados macroeconómicos y fiscales observados en la vigencia anterior y la descripción de lo que se proyecta será el comportamiento futuro de las principales variables económicas y los resultados fiscales para la vigencia siguiente y el mediano plazo. En el sub lite, no es cierto que la enajenación del paquete accionario de Isagén debiera ser incluido de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo, como parece entenderlo el señor Daza Gamba, pues bastaba con que se incluyera de manera general la venta de activos como política de financiación del Estado.(...) Como se ve, la política de venta de activos de la Nación sí fue prevista en el marco fiscal de mediano plazo como un mecanismo de financiación para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal. Otra cosa distinta es, como ya se explicó, que no era necesario que se aludiera específicamente a la enajenación de la participación accionaria en Isagén.

FUENTE FORMAL: LEY 1473 DE 2011 – ARTICULO 5 / LEY 819 DE 2003 / LEY 1687 DE 2013

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO – Concepto y finalidad / PLAN DE DESARROLLO 2010-2014 – Estableció que el Gobierno Nacional determina las políticas de administración, tenencia y participación accionaria de las entidades estatales / ENAJENACION DE LA PARTICIPACION ACCIONARIA EN ISAGEN – No era necesario que se incluyera de manera específica en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014

[...] El plan nacional de desarrollo es la principal herramienta de planeación, en cuanto establece los lineamientos estratégicos de las políticas públicas formuladas por un Gobierno. El plan tiene por objeto conducir la política estatal hacia el logro de los objetivos que incorporan la noción del Estado social de derecho, es decir, es un instrumento para lograr la satisfacción de los derechos e intereses de la colectividad. En el caso particular, según se advirtió en la primera parte de las consideraciones de esta sentencia, el artículo 260 de la Ley 1450 de 2011, plan nacional de desarrollo 2010–2014, estableció que el Gobierno Nacional definiría los instrumentos para garantizar la adecuada administración, representación y tenencia de la participación accionaria de las entidades estatales del orden nacional. Esa norma señala que el Gobierno Nacional debe estructurar una política para modernizar la gestión de los activos de la Nación. Esto es, decidir cuáles activos mantiene, vende o consolida, entre otros, con el propósito de definir lineamientos para los esquemas de participación público – privadas. (...) De hecho, esa estrategia de financiación fue reiterada en el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014–2018, en cuanto dispuso que el Fondes tendría por objeto la inversión y financiamiento de proyectos de infraestructura y que sería financiado con los recursos producto de la enajenación de la participación accionaria de la Nación. Siendo así, la Sala considera que en la medida de que el plan nacional de desarrollo fija políticas públicas generales, no se requiere un grado de detalle de cada una de las operaciones en las que se concretan las políticas trazadas por el Gobierno Nacional para el cuatrienio correspondiente. Es decir, no era necesario que en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se incluyera de manera específica la enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 – ARTICULO 260 / LEY 1753 DE 2015 – ARTICULO 144

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025)

Actor: HELBER ADOLFO CASTAÑO PEREZ Y OTROS

**Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO Y
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA**

ACUMULADOS

11001-03-24-000-2013-00534-00(20946)

11001-03-24-000-2013-00509-00(21047)

FALLO

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar sentencia en el proceso de nulidad simple interpuesto por los demandantes contra los artículos 1, 2 y 8 (acusado parcialmente) del Decreto 1609, «*Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGÉN S.A. E.S.P.*», y el artículo 1 del Decreto 2316, «*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1609 de 2013*», ambos de 2013, expedidos por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía.

I. ANTECEDENTES

Preliminarmente, la Sala debe indicar que, mediante auto del 11 de mayo de 2015, el magistrado sustanciador decretó la acumulación de los procesos 11001032400020130053400 (20946) y 110010324000201300050900 (21047) al proceso 11001032600020140005400 (21025).

Como consecuencia de la acumulación, corresponde dictar sentencia en todos esos procesos.

1. PRETENSIONES

Las pretensiones formuladas en cada proceso son las siguientes:

1.1. Expediente 21025

El ciudadano Helber Adolfo Castaño pidió que se declarara que «es nulo el Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 (...)»¹.

1.2. Expediente 20946

El ciudadano Enrique Daza Gamba formuló las siguientes pretensiones²:

1. *Decretar la nulidad del Decreto 1609 de 2013, por infringir las normas con fundamento en las cuales ha debido fundarse, debido a que dicho acto se emitió con plena inobservancia de las disposiciones que regulan el criterio de sostenibilidad fiscal, especialmente por desconocer los artículos 29, 334 y 339 de la Constitución Política, así como las leyes 1473 de 2011, 225 de 1995 (sic) y*
2. *Ordenar al Ministerio de Hacienda que aplique en su actuación el criterio de sostenibilidad del que trata el artículo 334 constitucional, en virtud de que todos los poderes públicos se encuentran vinculados a sus mandatos.*

1.3. Expediente 21047

El ciudadano Rodrigo Toro Escobar solicitó que «se declare la nulidad parcial del artículo 8º del Decreto 1609 de 2013; concretamente, de los apartes subrayados de la disposición que a continuación se transcribe». Luego, al reformar la demanda, adicionó la siguiente pretensión «que se declare la nulidad del artículo 1º del Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013 que reforma el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013»³.

2. TEXTO DE LOS DECRETOS DEMANDADOS

La decisión de disponer la venta de la participación accionaria que posee la Nación en Isagén está contenida en los decretos 1609 y 2316 de 2013, en cuanto que establecen el programa de enajenación. El programa de enajenación está también integrado por los reglamentos de enajenación y adjudicación y los demás documentos que, en los términos del artículo 21 del Decreto 1609, se refieren a:

¹ Folios 22 expediente 21025.

² Folios 419 expediente 20946.

³ Folios 22 y 87 del expediente 21047.

- i) Las reglas, procedimientos, condiciones y modalidades correspondientes a la oferta pública de venta de las acciones y al desarrollo del proceso de enajenación de Isagén.
- ii) Las condiciones especiales de acceso a la propiedad en la primera etapa.
- iii) Las reglas aplicables para la presentación de aceptaciones de compra y la recepción de ofertas.
- iv) La forma de acreditar los requisitos para presentar aceptaciones.
- v) El tipo, monto y la calidad de las garantías de las aceptaciones y ofertas
- vi) El precio y la forma de pago,
- vii) Los mecanismos y las reglas aplicables para subsanar las aceptaciones presentadas.
- viii) Los instrumentos que incentiven la participación de inversionistas interesados en adquirir las acciones.
- ix) Las reglas para la adjudicación de las acciones y, en general.
- x) Los demás aspectos que se requieren para desarrollar el programa de enajenación de Isagén.

Enseguida, la Sala transcribe las normas acusadas y se destacan los artículos en torno a los que giran los argumentos de las demandas.

2.1. Decreto 1609 del 30 de junio de 2013

**MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
DECRETO 1609
30 JUL 2013**

*Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación –
Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P.*

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

*En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el
numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política y el Artículo 6 de la Ley 226 de 1995,*

CONSIDERANDO

Que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público es propietaria de mil quinientas setenta y un millones novecientas diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias totalmente suscritas y pagadas emitidas por ISAGEN S.A. E.S.P., las cuales equivalen al cincuenta y siete coma sesenta y seis veinticuatro por ciento (57,6624%) del total del capital suscrito y pagado de esa sociedad;

Que la Nación tiene capacidad para realizar directamente o a través de terceros las actividades que resulten necesarias para enajenar la participación accionaria de que trata el anterior considerando;

Que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, en su Documento 3281 del 19 de abril de 2004, definió la estrategia para la enajenación de las participaciones del Estado en empresas del sector público o privado, y recomendó al Gobierno Nacional adoptar la estrategia de enajenación y aprovechamiento de activos públicos, prevista en el mencionado documento;

Que mediante el convenio interadministrativo No. 194081 celebrado entre la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade, se encargó a éste último para que realice la Gerencia del Programa de Aprovechamiento de Activos y Enajenación de Participaciones de la Nación, particularmente mediante su Otrosí No. 7 de fecha 19 de diciembre de 2008 se amplió el objeto del convenio para incluir la venta de la participación accionaria que la Nación tiene en ISAGEN S.A. E.S.P.:

Que el presente decreto tiene por objeto aprobar el programa de enajenación de mil quinientas setenta y un millones novecientos diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias que posee la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN S.A. E.S.P.:

Que el programa de enajenación contenido en el presente decreto se diseñó con base en estudios técnicos, a través de instituciones idóneas privadas contratadas para el efecto; programa que contiene, de acuerdo con el avalúo técnico-financiero preparado, un precio de venta de las acciones, conforme con lo establecido por el Artículo 7 de la Ley 226 de 1995;

Que el Consejo de Ministros, en sesión del 29 de julio de 2013, emitió concepto favorable sobre el programa de enajenación, el cual incluye el precio por acción para su enajenación, conforme con lo establecido en los Artículos 7, 10 Y 11 de la Ley 226 de 1995, y fue remitido al Gobierno para su aprobación, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Artículo 8 de la Ley 226 de 1995;

Que el Artículo 2 de la Ley 226 de 1995 establece que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a los procesos de enajenación accionaria de carácter estatal;

Que el Artículo 5 de la Ley 226 de 1995 establece que "Cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio";

Que de conformidad con el Artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226 de 1995, se debe ofrecer a los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria que enajene el Estado y que, de la misma manera, en el proceso como tal se deben utilizar mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia, así como procedimientos que promuevan la masiva participación, todos ellos conducentes a democratizar la propiedad accionaria;

Que del diseño del programa de enajenación, que se materializa en este decreto, se envió copia a la Defensoría del Pueblo mediante oficio número. 2-2013-026754 de fecha 29 de julio de 2013, en cumplimiento de lo previsto en el parágrafo del Artículo 7 de la Ley 226 de 1995; en el oficio se presentan los elementos del programa de enajenación que garantizarán su transparencia;

Que el 29 de diciembre de 2006, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, en su calidad de accionistas mayoritarios de ISAGEN S.A. E.S.P., suscribieron una oferta de acuerdo de accionistas (en adelante, el "Acuerdo de Accionistas"), que fue aceptada por los destinatarios de la oferta mediante la suscripciones de acciones de ISAGEN S.A. E.S.P., en cuyo Artículo 5.7 se estableció que en el evento en que la Nación como accionista mayoritario decida vender o enajenar su participación accionaria y ello implique la transferencia del control de la sociedad a un tercero estratégico, la Nación llevará a cabo dicha enajenación conforme con los procedimientos y las reglas previstas en la Ley 226 de 1995 y sus modificaciones y adiciones. Adicionalmente, la Nación se comprometió a incluir dentro del respectivo reglamento de enajenación y adjudicación, el texto del Acuerdo de Accionistas vigente a la fecha de expedición del presente decreto y a que el tercero estratégico acepte y se adhiera al mismo. También aceptó imponer al eventual tercero estratégico la obligación de realizar una oferta pública de adquisición voluntaria dirigida por lo menos a los accionistas minoritarios definidos en dicho Acuerdo de Accionistas al mismo precio negociado con la Nación; y

Que con fundamento en las anteriores consideraciones;

DECRETA

Artículo 1. Aprobación del Programa de Enajenación. Apruébese el programa de enajenación (en adelante, el "Programa de Enajenación" o el "Programa"), en los términos previstos en el presente decreto, el cual contiene las reglas conforme a las cuales se enajenarán mil quinientas setenta y un millones novecientos diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias (en adelante y para todos los efectos, las, "Acciones") que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos mixta, de nacionalidad colombiana (en adelante y para todos los efectos, "ISAGEN"), equivalentes al cincuenta y siete coma sesenta y seis veinticuatro por ciento (57,6624%) del total de las acciones suscritas y pagadas en circulación de la mencionada empresa de servicios públicos domiciliarios.

Artículo 2. Régimen de enajenación de las Acciones. La enajenación de las Acciones de que trata el presente decreto será efectuada de conformidad con las reglas, condiciones y procedimientos previstos en la Ley 226 de 1995 (en adelante y para todos los efectos, la "Ley 226"), en las normas contenidas en el presente Programa de Enajenación y en las disposiciones establecidas en los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para el efecto, de conformidad con el Artículo 21 del presente decreto.

(...)

Artículo 8. Reglas para presentar aceptaciones de compra en la Primera Etapa por parte de personas naturales Destinatarios de las Condiciones Especiales. Con el fin de promover la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las Acciones corresponda la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes e impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en los Artículos 2, 4 y 5 de la Ley 226 y el Artículo 60 de la Constitución Política, la aceptación que presente cada una de las personas naturales Destinatarias de las Condiciones Especiales en desarrollo de la Primera Etapa, estará sujeta a las siguientes reglas y límites:

8.1. Para la presentación de la aceptación, deberá acompañar copia de:

(i) La declaración de renta correspondiente al año gravable de dos mil once (2011) o de dos mil doce (2012) (será obligatorio presentar la declaración de renta del año gravable dos mil doce (2012) solamente en el evento en que de acuerdo con la ley ya haya debido presentarse), siempre y cuando esté obligado legalmente a presentarla; o

(ii) El certificado de ingresos y retenciones del año dos mil doce (2012) para los no obligados a declarar; y

(iii) Para los Destinatarios de las Condiciones Especiales de que tratan los subnumerales (i) y (ii) del numeral 3.1 del Artículo 3 del presente decreto, certificado expedido por ISAGEN mediante el cual se acredite tal calidad.

Las personas que ocupen cargos de nivel directivo en ISAGEN deberán, adicionalmente, acompañar una certificación expedida por la Dirección de Desarrollo del Trabajador de ISAGEN, en la que conste su remuneración anual en ISAGEN, a la fecha de expedición de este decreto.

8.2. Con relación al número máximo de Acciones a adquirir por persona, se tomará en cuenta el menor monto que resulte de aplicar las siguientes reglas:

8.2.1. No podrán adquirir un número de Acciones por un monto superior a una (1) vez su Patrimonio Líquido a diciembre 31 del año correspondiente a la declaración de renta presentada.

8.2.2. No podrán adquirir un número de Acciones por un monto superior a cinco (5) veces sus ingresos anuales que figuren en la declaración de renta o en el certificado de ingresos y retenciones presentado.

8.2.3. Sin perjuicio de los anteriores numerales, ninguna persona natural podrá adquirir más de dos millones setecientos veintiséis mil setenta y dos (2.726.072) Acciones.

8.2.4. Para el caso específico de las personas que ocupen cargos de nivel directivo en ISAGEN, además de las limitaciones indicadas en los numerales 8.2.1, 8.2.2 y 8.2.3 del presente Artículo, no podrán adquirir Acciones por un monto superior a cinco (5) veces su remuneración anual derivada de ISAGEN.

8.2.5. Las personas que lleguen a ocupar cargos de nivel directivo en ISAGEN con posterioridad a la fecha de expedición del presente decreto, podrán adquirir acciones en la Primera Etapa siempre que estén vinculadas a ISAGEN el día hábil anterior a que venza el plazo de la oferta de la Primera Etapa. Para efectos de controlar que estas personas no adquieran un número de Acciones por un valor que supere cinco (5) veces su remuneración anual, éstas deberán acompañar a su respectiva aceptación, una certificación expedida por la Dirección de Desarrollo del Trabajador de ISAGEN en la que conste su remuneración con el fin de calcular la remuneración anual.

8.3. Para efectos de dar aplicación a las reglas previstas en el presente Artículo y determinar los anteriores límites, se tomará:

(i) El Patrimonio Líquido y los ingresos que figuren en la declaración de renta presentada; o

(ii) Los ingresos que figuren en el certificado de ingresos y retenciones presentado para los no obligados a declarar; y

(iii) La remuneración anual certificada de cada una de las personas que ocupan cargos de nivel directivo

Para efectos del presente decreto, se entenderá por "Patrimonio Líquido" el indicado en la declaración de renta y se determina restando del patrimonio bruto poseído por el contribuyente en el último día del año o período gravable, el monto de las deudas a cargo del mismo, vigente en esa fecha.

8.4. Cualquier aceptación de compra de Acciones por un monto superior a los límites previstos en el numeral 8.2 del presente Artículo, si cumple con las demás condiciones establecidas en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa, se entenderá presentada, por la cantidad permitida de conformidad con las reglas y limitaciones indicadas en los numerales 8.2.1, 8.2.2, 8.2.3, 8.2.4 y 8.2.5 del presente Artículo.

8.5. Únicamente se considerarán aceptaciones de compra válidas, aquellas en las cuales la persona manifieste por escrito su voluntad incondicional e irrevocable de:

(i) No negociar las Acciones dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte de la Nación;

(ii) No realizar conductas tendientes a que personas diferentes del aceptante tengan dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte de la Nación, el carácter de Beneficiario Real de los derechos derivados de las Acciones;

(iii) No dar en pago o enajenar de cualquier otra forma las Acciones dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte de la Nación;

(iv) No subrogar el crédito adquirido con base en la línea de crédito de que trata el Artículo 7 del presente decreto, si lo hubiere recibido, ni prestar su consentimiento, ni participar directa o indirectamente ni en forma alguna en tal subrogación, ni en ningún acto o negocio que produzca el mismo o similar efecto, dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las Acciones por parte de la Nación; y

(v) Aceptar todas las condiciones de la oferta pública en los términos previstos en este decreto, en el aviso de oferta y en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa.

Para efectos del presente decreto, el término "Beneficiario Real" tendrá el alcance que le atribuye el Artículo 6.1.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010 y las demás normas que la sustituyan, modifiquen, adicionen o complementen.

8.6. Deberán igualmente acompañar a su respectiva aceptación los demás documentos que se establezcan en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa.

8.7. En todo caso, al aceptar la oferta las personas naturales Destinatarias de las Condiciones Especiales deberán declarar bajo la gravedad del juramento que actúan por su propia cuenta y beneficio.

8.8. Para todos los efectos del Programa de Enajenación y especialmente para la aceptación por parte de los adquirentes de las Acciones durante la Primera Etapa como parte del reglamento de enajenación y adjudicación que se expida, se establecerá un formulario de aceptación donde se incluirán las manifestaciones de voluntad necesarias para el Programa, incluyendo las descritas en el presente Artículo.(...)

2.2. Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DECRETO 2316 22 de octubre de 2013

*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1609 de 2013
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA*

*En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política y el Artículo 6 de la Ley 226 de 1995,
y*

CONSIDERANDO

Que mediante el Decreto 1609 de 2013 fue aprobado el programa de enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A E.S.P. Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 226 de 1995, el citado programa de enajenación accionaria fue elaborado con fundamento en estudios técnicos aplicables a este tipo de operaciones, ampliamente reconocidos a nivel local e internacional.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013, en concordancia con lo establecido en los artículos 3° y 11 de la Ley 226 de 1995, se establece que las acciones se ofrecerán a los Destinatarios de las Condiciones Especiales, a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$2.850).

Que en igual sentido, el artículo 17.1 del Decreto 1609 de 2013 establece que las Acciones que se dispongan en la Segunda Etapa, tendrán un precio mínimo de dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$2.850) por acción el cual será actualizado por la variación del índice de precios al consumidor entre la fecha de expedición del citado decreto y la fecha de iniciación de la Segunda Etapa.

Que en atención al amplio interés del mercado en participar en el proceso de enajenación de esta participación accionaria, resulta viable incrementar el precio mínimo de la acción en el

marco de los estudios elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para la valoración de ISAGEN, que fueron presentados al Consejo de Ministros en su sesión del 29 de julio de 2013.

Que en desarrollo de lo anterior, el Consejo de Ministros en su sesión del día 30 de septiembre de 2013, emitió concepto favorable respecto de modificar el precio mínimo de venta de las acciones correspondiente al programa de enajenación de estas que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S. A E.S.P, tomando como referencia el máximo valor arrojado por la metodología de flujo de caja libre descontado, conforme a los estudios presentados a consideración del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2013, elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para tal efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 226 de 1.995. Con fundamento en las anteriores consideraciones;

DECRETA

Artículo 1. Modifíquese el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013, el cual quedará así:

"6.2. Las Acciones se ofrecerán a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a tres mil ciento setenta y ocho pesos (\$3.178)".

3. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Las pretensiones se fundan en los siguientes hechos, que son comunes en todos los expedientes:

- 3.1.** Isagén S.A. E.S.P. (en adelante Isagén) es una empresa de servicios públicos mixta, constituida como una sociedad anónima, en la que la Nación tiene una participación accionaria del 57,6 %, correspondiente a mil quinientas diecisiete millones novecientas diecinueve mil acciones ordinarias (1.517'919.000).
- 3.2.** Mediante el Decreto 1609 de 2013 (en adelante Decreto 1609), en ejercicio de la potestad reglamentaria, y en especial en aplicación del artículo 6 de la Ley 226, el Gobierno Nacional, a través de los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, aprobó el programa de enajenación de las 1.571'919.000 acciones que la Nación posee en Isagén.
- 3.3.** En términos generales, el programa de enajenación está constituido por dos grandes etapas: la primera destinada a ofrecer las acciones a los destinatarios de las condiciones especiales. La segunda dirigida a los interesados, que cumplan ciertas condiciones, en adquirir las acciones no adjudicadas a los destinatarios de las condiciones especiales.
- 3.4.** Inicialmente, el precio de la acción se fijó en \$2.850.

- 3.5.** Mediante Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013 –en adelante Decreto 2316–, el Gobierno Nacional modificó parcialmente el Decreto 1609 de 2013 y estableció que el precio de la acción sería de \$3.178.
- 3.6.** La primera etapa del proceso de enajenación está agotada, pues la oferta pública culminó el 20 de enero de 2014.
- 3.7.** La subasta para la segunda etapa fue programada para el 19 de mayo de 2015⁴.
- 3.8.** Mediante Decreto 1512 del 12 de agosto de 2014, el Gobierno Nacional prorrogó por un año más, contado a partir del 24 de septiembre de 2014, el término de vigencia del programa de enajenación.

4. NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

4.1. Proceso 21025 (demandante: Helber Adolfo Castaño Pérez)

El ciudadano Helber Adolfo Castaño pide la nulidad del Decreto 1609 por violar los artículos 6, 29, 83, 114, 123 y 209 de la Constitución Política, y 1, 6 y 8 de la Ley 226 de 1995. Según explica, el Decreto 1609 es nulo porque el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén no fue presentado al Congreso de la República para su aprobación y para que ejerciera el respectivo control político.

4.2. Proceso 20946 (demandante: Enrique Alfredo Daza Gamba)

El señor Enrique Alfredo Daza Gamba cuestiona algunos apartes de las consideraciones y de los artículos 1 y 2, por violar los artículos 4, 29, 334 y 339 de la Constitución Política; 4 y 7 de Ley 226 de 1995, y 1, 2 y 4 de la Ley 1473 de 2011. Los cargos de nulidad que expuso se resumen así:

a) Falta de aplicación de los artículos 334 y 339 de la Constitución Política.

Según el señor Daza Gamba, el Decreto 1609 viola el artículo 334 (que, en otros aspectos, consagra el criterio de sostenibilidad fiscal) porque la decisión de

⁴ <https://www.isagen.com.co/informacion-relevante/2015/informacion-relevante-abril17.pdf>

enajenar la participación accionaria de la Nación en Isagén no está fundada en estudios técnicos de viabilidad económica, oportunidad y conveniencia.

En cuanto a la violación del artículo 339 de Constitución Política, Enrique Alfredo Daza Gamba señala que la venta de las acciones de Isagén no se incluyó en el Plan Nacional de Desarrollo. Que no basta que la ley del plan nacional de desarrollo haya señalado que los recursos financieros para la ejecución de la inversión —como la construcción de vías— se puedan obtener por la venta de activos de la Nación, sino que era necesario justificar la viabilidad, la oportunidad y la conveniencia de esa venta y, además, demostrar que no se afectaban las finanzas públicas. Que, en todo caso, el plan nacional de desarrollo estableció que la enajenación no era la única opción para la gestión de los activos de la Nación, sino que el Gobierno Nacional también podía optar por la optimización de la participación en el activo Isagén.

b) Falta de aplicación de los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 1473 de 2011. A juicio del señor Daza Gamba, el Decreto 1609 viola la regla fiscal de que trata la Ley 1473, que es una manifestación concreta del criterio de sostenibilidad fiscal. Lo anterior porque la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén implica una alteración negativa de las cuentas fiscales, en la medida de que el Estado dejaría de percibir las utilidades que reporta esa compañía.

Frente a la violación del artículo 4 de la Ley 1473. Enrique Alfredo Daza Gamba dice que la enajenación no fue incluida en el marco fiscal de mediano plazo ni en el proyecto de ley de presupuesto general de la Nación, que justamente son instrumentos de materialización de la regla fiscal.

c) Falta de aplicación del artículo 4 de la Ley 226. El señor Daza Gamba alega que el Decreto 1609 también viola el principio de la protección del patrimonio público (artículo 4 de la Ley 226) porque no se fundó en razones suficientes y válidas ni atendió al criterio de la sostenibilidad fiscal. Que el único fundamento de la enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén es el Documento Conpes 3760 de 2013, que está referido a los lineamientos generales de la política del denominado programa de cuarta generación de concesiones viales, mas no a la generación de energía, que es el objeto de esa compañía.

d) Violación del artículo 7 de la Ley 226. El ciudadano Daza Gamba dice que el Decreto 1609 desconoce el artículo 7 de la Ley 226 porque fue expedido al día siguiente en que se comunicó a la Defensoría del Pueblo el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén, circunstancia que impidió que se ejerciera el control que a esa autoridad le corresponde, conforme lo ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Que, además, se violó el artículo 7 de la Ley 226 porque el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tenía competencia para diseñar el programa de enajenación de las acciones de Isagén. Que el competente era el Ministerio de Minas y Energía, titular de la participación accionaria.

4.3. Proceso 21047 (demandante: Rodrigo Toro Escobar)

Por último, en la demanda interpuesta, mediante apoderada judicial, por el ciudadano Rodrigo Toro Escobar se propone el concepto de violación que se sintetiza así:

a) Nulidad de los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1609, por falta de aplicación del artículo 60 de la Constitución y de los artículos 2, 3, 11 y 14 de la Ley 226

El señor Toro Escobar dice que el artículo 8 del Decreto 1609 infringe el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226, por cuanto el decreto impone límites no autorizados (relacionados con el patrimonio, los ingresos y el número de acciones que pueden adquirirse) a las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales. Que, en efecto, esas restricciones desconocen los principios de democratización y preferencia, que obligan al Estado a adoptar las medidas necesarias para democratizar la titularidad de las acciones y ofrecerlas en condiciones especiales de libre concurrencia y masiva participación a los

trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional⁵.

Según Rodrigo Toro Escobar, el artículo 8 del Decreto 1609, además, desconoce los artículos 11 y 14 de la Ley 226 (que materializan los principios de democratización y preferencia), por cuanto las acciones no se ofrecieron en su totalidad a los destinatarios de condiciones especiales y las limitaciones que prevé esa ley solo están dirigidas a las personas que ocupan cargos del nivel directivo.

b) Nulidad de los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1609, por falta de competencia

Al hilo del cargo de nulidad anteriormente reseñado, el señor Toro Escobar alega que el Gobierno Nacional no tenía competencia para fijar limitaciones distintas a las que estableció la Ley 226. Esto es, que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria, al limitar la posibilidad de que los destinatarios de condiciones especiales adquirieran la totalidad de la participación accionaria que tiene la Nación en Isagén.

Reforma a la demanda presentada por Rodrigo Toro Escobar (expediente 21047)

Oportunamente, el señor Toro Escobar reformó la demanda para adicionar la pretensión de nulidad frente al artículo 1 del Decreto 2316, que aumentó el precio fijo por acción de \$2.850 (establecido por el Decreto 1609 a \$3.178). Adicionó también el cargo de nulidad que denomina desviación de poder.

En cuanto a la nulidad del artículo 1 del Decreto 2316, el demandante explica que el Gobierno Nacional no podía aumentar el precio de la acción, por las siguientes razones:

⁵ Sentencias C-037/94, C-211/94, C-028/95, C-384/96 y C-632/96.

Que el precio de la acción establecido en el Decreto 1609 fue determinado a partir de criterios técnicos, conforme lo autoriza el artículo 7 de la Ley 226, lo que supone que el precio de \$2.850 (fijado para la primera etapa por el artículo 6.2 de ese decreto) correspondió a un estudio serio, elaborado por prestigiosas empresas.

Que, no obstante, el «*amplio interés del mercado en participar en el proceso de enajenación de esta participación accionaria*», como lo expresa el Decreto 2316, no es una razón jurídicamente admisible para aumentar el precio de la acción.

Que, asimismo, no ocurrió ninguna de las circunstancias previstas en el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 226 para modificar el precio de la acción, esto es, no se interrumpió el proceso de enajenación ni se venció el plazo de la oferta.

Que, por otra parte, la variación del precio de la acción desconoció el principio de confianza legítima, pues los destinatarios de condiciones especiales tenían la legítima expectativa de adquirir acciones al precio inicialmente fijado.

Frente a la desviación de poder, el señor Rodrigo Toro Escobar expuso:

Que las restricciones establecidas en el Decreto 1609, para limitar el número de acciones que podían adquirir los destinatarios de las condiciones especiales, buscaban realmente que en la segunda etapa del proceso de enajenación se ofreciera el mayor número de acciones a un tercero estratégico que asumiera el control de Isagén.

Que, de hecho, el propósito real de enajenar a un tercero el paquete accionario de control de Isagén fue reconocido públicamente por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, tal y como consta en documentos oficiales y en notas de prensa.

Que, siendo así, en el proceso de enajenación no se cumplió el principio de democratización, pues los destinatarios de las condiciones especiales solo adquirieron el 0,09 % del total de acciones de Isagén, lo que demuestra que se buscaba privilegiar los intereses del tercero estratégico.

Que, además, el desvío de poder se hace evidente porque el Gobierno Nacional no atendió las observaciones que formuló la Defensoría del Pueblo a los borradores del reglamento de enajenación.

5. CONTESTACIÓN A LAS DEMANDAS

Los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía se opusieron a las pretensiones y a los argumentos expuestos por la parte actora. Para mayor claridad, los argumentos expuestos por dichos ministerios se agrupan y resumen así:

5.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En cuanto a la violación del criterio de sostenibilidad fiscal, las normas presupuestales y la regla fiscal (artículos 334 y 339 de la Constitución Política y Ley 1473)

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público explica que Isagén nació como una sociedad con participación pública para atender la coyuntura del déficit de generación de energía eléctrica de principios de los años 90. Que, no obstante, hoy Colombia cuenta con un mercado energético sólido y consolidado, circunstancia que no justifica que la Nación conserve la participación directa en Isagén y que basta con que ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control sobre este sector, como en efecto lo hace a través del propio Ministerio de Minas y Energía, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, las superintendencias de Industria y Comercio, Servicios Públicos y de Sociedades.

Que el proceso de enajenación de la participación accionaria que tiene la Nación en Isagén se inició con el propósito de destinar los recursos de la venta a financiar los proyectos de infraestructura del programa de concesiones de cuarta generación (4g), conforme con la cuarta recomendación del documento Conpes 3760 de 2013. Que, asimismo, la decisión de enajenar la participación accionaria de la Nación en Isagén contó con la justificación jurídica —esto es, tuvo sustento en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226—, la justificación macroeconómica y de conveniencia y oportunidad.

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la Ley 1687 de 2013, los recursos de la venta formarán parte del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura –Fondes, que está destinado a la financiación e inversión en infraestructura.

Por otra parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expone que el plan nacional de desarrollo es una norma de carácter general que fija las políticas que el Gobierno Nacional adelantará en el cuatrienio respectivo. Que, en lo que aquí interesa, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 estableció que se debía estructurar una política para modernizar la gestión de los activos de la Nación y que para eso al Gobierno Nacional le correspondía ejercer la potestad reglamentaria y determinar qué activos vender o consolidar, como lo hizo mediante el Decreto 1609.

Que el proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén no está sujeto a las reglas presupuestales, en tanto que no se ordena un gasto. Que si bien la enajenación implica que se dejen de percibir las utilidades del activo que se vende, lo cierto es que los recursos obtenidos por la venta son «redireccionados» a la inversión social, representada en la construcción de vías de cuarta generación. Que, siendo así, no se afecta la sostenibilidad fiscal.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público también dice que la regla fiscal (regulada por la Ley 1473) es una herramienta para disminuir el déficit fiscal y crear un ambiente de sostenibilidad futura que permita la atención progresiva del gasto y un manejo eficiente de los recursos. Que justamente la enajenación de

activos estatales se convierte en un instrumento que no afecta la regla fiscal, en cuanto permite obtener recursos que pueden destinarse a sectores deficitarios de la economía. Que en el caso Isagén la enajenación sirve para mantener un comportamiento estable de las finanzas públicas y atender la inversión en infraestructura vial, sin tener que recurrir al endeudamiento.

Que la venta de la participación accionaria de Isagén no tiene impacto sobre el indicador de medición de la regla fiscal, toda vez que la enajenación de un activo es una operación de financiamiento que reduce el endeudamiento y no incide en el déficit. Esto es, la enajenación implica la sustitución de un activo por otro, con la finalidad de cambiar las fuentes de financiamiento.

Que, por otra parte, el Congreso de la República, al aprobar el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y las normas anuales del presupuesto, sí conoció de la decisión del Gobierno de financiar proyectos de infraestructura, mediante ese mecanismo.

En relación con el desconocimiento de la Ley 226, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicó:

Que el Decreto 1609 se limitó a reglamentar el proceso de enajenación y, por tanto, no era necesario que hiciera referencia expresa a las normas de orden fiscal y presupuestal, que se invocan como violadas en las demandas de nulidad simple. Que, en consecuencia, el Gobierno Nacional no excedió la facultad reglamentaria.

Que, en efecto, la validez de la decisión de enajenar un activo de la Nación está condicionada a que se cumpla el procedimiento establecido en la Ley 226, pero que esa norma no restringe la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional para determinar la finalidad o la destinación de los recursos obtenidos por la venta.

Que, en todo caso, para la expedición del Decreto 1609 se surtieron los siguientes trámites formales:

- El proyecto de venta se incluyó en el plan anual de enajenaciones presentado al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año.
- Se valoró el activo, de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 7 de la Ley 226.
- Se presentó el estudio técnico de valoración al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación.
- En cumplimiento del artículo 8 de la Ley 226, se presentó en dos ocasiones el programa de enajenación para el concepto favorable del Consejo de Ministros.
- Los borradores del reglamento del programa de enajenación se enviaron a la Defensoría del Pueblo.

Que, por otra parte, el Decreto 1609 no desconoce **el principio de democratización** porque: **i)** se publicaron los avisos de la oferta pública de venta del programa de enajenación de las acciones; **ii)** se puso a disposición del público toda la información relacionada con el proceso de enajenación; **iii)** se estructuró un sistema de consultas para solucionar las dudas relacionadas con la primera etapa del proceso de enajenación; **iv)** se divulgó información entre los destinatarios de las condiciones especiales, al punto que en la primera etapa 228 de estas personas adquirieron 1.428.233 acciones, que equivale a un promedio de 6.264 por adjudicatario.

Que el Decreto 1609 tampoco desconoce el **principio de preferencia**, pues en la primera etapa nadie distinto a los destinatarios de las condiciones especiales fue adjudicatario de las acciones ofrecidas. Que, de hecho, la Bolsa de Valores de Colombia y los comisionistas de bolsa eran los encargados de verificar que se cumpliera esa condición. Que, asimismo, se establecieron líneas alternativas de crédito y de pago para los destinatarios de las condiciones especiales.

Que el Gobierno Nacional, para efectos de proteger **el patrimonio público**, a través de Fonade, encargó a una unión temporal de bancas de inversión que elaborara estudios de las particularidades económicas y financieras y emitiera un concepto sobre la valoración de Isagén. Que, para el mismo efecto, se solicitó a otra banca de inversión una opinión de razonabilidad sobre los estudios técnicos y financieros realizados por la unión temporal, opinión que, en todo caso, coincidió con los términos de valoración inicial.

En cuanto al **principio de continuidad del servicio**, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explica que en el reglamento de la primera etapa se previó que si los destinatarios de condiciones especiales adquirirían más del 50 % de las acciones, se debía seleccionar un operador idóneo que celebrara con Isagén un contrato de asistencia técnica para la operación y mantenimiento de la compañía. Que esa medida se adoptó justamente para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de generación de energía eléctrica.

Que, por otra parte, la participación accionaria de la Nación en Isagén está en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no del Ministerio de Minas y Energía y, por consiguiente, era el competente para adoptar el plan de enajenación. Que la participación del Ministerio de Minas y Energía en la expedición del Decreto 1609 está únicamente justificada en el hecho de que pertenece al sector energético.

Y frente a la obligación de atender las observaciones de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aclaró que la oportunidad que se le otorga es para garantizar la transparencia del proceso, mas no para formular observaciones frente al decreto que autoriza la enajenación.

En relación con la nulidad del artículo 8 del Decreto 1609 y 1 del Decreto 2316, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicó:

Que el artículo 8 del Decreto 1609 no fijó restricciones o límites a los destinatarios de las condiciones especiales, sino que únicamente reglamentó aspectos necesarios para materializar los principios de democratización y preferencia.

Que, de hecho, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han precisado que la potestad de establecer límites generales a los destinatarios de las condiciones especiales es de competencia del poder legislativo, mientras que al Gobierno Nacional le corresponde adoptar, en ejercicio de la potestad reglamentaria, las medidas necesarias para materializar los principios de democratización, preferencia, protección del patrimonio público y de continuidad del servicio, como en efecto se hizo en el artículo 8 del Decreto 1609.

Que el mandato constitucional de la democratización consiste en permitir que los trabajadores y los miembros del llamado sector solidario puedan acceder a la propiedad accionaria que el Estado enajena, lo que se concreta en el otorgamiento de un acceso preferencial a todos los destinatarios, así sea que se condicione el número máximo de acciones que pueden adquirir. Que, además, la finalidad de esa medida es evitar que las acciones queden en manos de un grupo reducido de individuos, así formen parte de los destinatarios de las condiciones especiales.

Que, adicionalmente, las condiciones que fijó el Decreto 1609 estaban dirigidas a impedir abusos de los destinatarios de las condiciones especiales, como el testaferrato. Que, además, dichas limitaciones también buscan asegurar que los destinatarios de las condiciones especiales no asuman obligaciones financieras que excedan su capacidad de crédito porque podría ponerse en riesgo la continuidad del servicio ante situaciones de insolvencia de los adquirentes de las acciones.

Que, por último, los límites establecidos en el Decreto 1609 son similares a los fijados en otros procesos de enajenación y que ya han sido avalados por el Consejo de Estado en otros procesos judiciales en los que se ha examinado la legalidad de actos similares.

Frente a la pretensión de nulidad del Decreto 2316, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explica que no se violó el artículo 11 de la Ley 226, en tanto que fijó el precio para la primera etapa antes de que se iniciara la oferta pública. Que la modificación del precio por la interrupción de la oferta o el vencimiento del plazo a

que alude el artículo 11-2 de la Ley 226 tiene aplicación una vez iniciada la primera etapa, pero ocurre que en este caso el ajuste tuvo lugar antes de que iniciara la oferta pública.

Que, de todos modos, en el Decreto 2316 se explicaron las razones constitucionales y legales que justificaron el ajuste precio de la acción (de \$2.850 a \$3.178). Que la finalidad del Decreto 2316 era justamente proteger el patrimonio público, debido a la amplia expectativa que generó el proceso de enajenación, y, además, el incremento fue determinado por el Consejo de Ministros, conforme con el valor arrojado por la metodología de flujo de caja libre descontado, elaborado por la banca de inversión que se contrató para la valoración de Isagén.

Que el ajuste del precio de la acción tampoco desconoció el principio de confianza legítima, por cuanto en la primera etapa los destinatarios de las condiciones especiales no son titulares de un derecho adquirido, sino que simplemente tienen la mera expectativa de participar en el proceso de manera preferente, lo que supone que pueden decidir libremente si participan o no.

Que, además, el ajuste del precio de la acción no fue intempestivo, sino que se hizo casi un mes antes de dar inicio a la primera etapa, circunstancia que demuestra que los destinatarios preferentes conocieron oportunamente las condiciones en las que podían participar.

En cuanto a la desviación de poder, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dice que el cargo carece de sustento fáctico y jurídico, esto es, se trata de una simple conjetura, que se expuso en la demanda del expediente 21047 (demandante Rodrigo Toro Escobar). Que, en efecto, en esa demanda el señor Toro Escobar alude a ciertas declaraciones de prensa del Ministro de Hacienda para concluir de manera equivocada y temeraria que los decretos 1609 y 2316 perseguían un fin diferente al legalmente permitido, es decir, que buscaban restringir la posibilidad de compra de los destinatarios especiales para que un tercero estratégico se hiciera al control de la empresa. Que, contra lo dicho por el señor Toro Escobar, a los destinatarios de las condiciones especiales se les

ofreció la totalidad de las acciones para que pudieran acceder al control de Isagén para garantizar los principios de democratización y preferencia.

Que la desviación de poder tampoco se prueba por el hecho de que no se hubieran atendido las observaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo, pues lo cierto es que el artículo 7 de la Ley 226 no establece que esas observaciones sean obligatorias. Que, en todo caso, el diseño del programa de enajenación de Isagén fue enviado a la Defensoría del Pueblo, tan es así que se recibieron las observaciones y algunas se tuvieron en cuenta, tal y como puede apreciarse en el reglamento definitivo de la primera etapa.

5.2. Ministerio de Minas y Energía

En términos similares a los del Ministerio de Hacienda, el apoderado judicial del Ministerio de Minas y Energía explica:

Que el Congreso de la República fue enterado de la enajenación de las acciones que la Nación tiene en Isagén y que, para el efecto, se radicó el plan de enajenación de inversiones tanto en el Senado de República como en la Cámara de Representantes.

Que en el proceso de enajenación de Isagén se observaron los principios de democratización y preferencia, por cuanto en la primera etapa del proceso se garantizó la participación de los destinatarios de condiciones especiales. Que, por esa misma razón, no hay exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, toda vez que los decretos demandados se dictaron dentro del marco fijado por el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226.

Que, por otra parte, no se desconocieron los artículos 334 y 339 de la Constitución Política porque el plan nacional de desarrollo estableció que la venta de activos de la Nación era una estrategia de financiación.

Que, para el caso de Isagén, se cumplió con la obligación de realizar los estudios técnicos de valoración de las acciones y se estableció que los recursos obtenidos por la enajenación se destinarían a los programas de concesión de vías de cuarta generación.

Que en el proceso de enajenación de Isagén no se violó la regla fiscal (Ley 1473), en la medida de que no hay una afectación negativa de las «*cuentas fiscales del Estado*» ni el Gobierno estaba obligado a incluir la operación en el marco fiscal de mediano plazo, por tratarse de un instrumento de planeación.

Que, por último, la Defensoría del Pueblo sí tuvo la oportunidad de formular observaciones al programa de enajenación de Isagén.

6. INTERVENCIÓN DE TERCEROS

6.1. Isagén S.A.

La sociedad Isagén fue vinculada al proceso como tercero con interés directo⁶. Intervino en el proceso para alegar que no tiene interés directo en el proceso porque no intervino en la expedición del Decreto 1609. Que la decisión de la Nación de vender su participación accionaria no afecta la situación jurídica de la empresa, pues la sociedad es independiente de los accionistas que la conforman.

En todo caso, frente al fondo del asunto, la compañía dijo que los artículos 334 y 339 de la Constitución Política y la Ley 1473 son normas de contenido abierto y programático, que no establecen obligaciones ciertas y concretas que el Gobierno Nacional hubiera desatendido al aprobar el programa de enajenación que la Nación tiene en Isagén.

6.2. Coadyuvantes de la parte actora

⁶ Ver autos del 28 de agosto y del 1° de septiembre de 2014.

Por auto del auto del 11 de mayo de 2015⁷, el despacho sustanciador reconoció como coadyuvantes a las personas que suscribieron el documento que obra en los folios 511 a 555 del expediente 20946⁸.

En términos generales, los coadyuvantes insistieron en que se violó el criterio de sostenibilidad fiscal (artículo 334 CP) y el principio de protección del patrimonio público (artículo 4 de la Ley 226). Y agregaron que el Decreto 1609 vulnera también el artículo 5 de la Ley 226 porque en el proceso de enajenación no se adoptaron las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio de generación de energía. Que, de hecho, la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén pondría en riesgo la sostenibilidad energética del país.

7. ANTECEDENTES PROCESALES

Fuera de las actuaciones que ya se mencionaron (la de acumulación procesal y la de intervención de terceros), conviene destacar las siguientes:

7.1. Medida cautelar

Después de surtido el trámite de rigor, por auto del 14 de mayo de 2015, el magistrado sustanciador ordenó la siguiente medida cautelar:

1. ORDÉNASE la suspensión temporal del procedimiento o actuación administrativa que actualmente se surte con ocasión del cumplimiento del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 dictado por el Gobierno Nacional, que aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en Isagén S.A. E.S.P.

2. En concreto: SUSPÉNDASE la subasta y demás actos programados para el 19 de mayo de 2015 en relación con la enajenación de las acciones que la Nación tiene en Isagén S.A. E.S.P.

3. ORDÉNESE al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público asegurar que se cumpla esta orden judicial mediante las respectivas órdenes administrativas, instrucciones y demás medidas pertinentes para ese cometido.

En concreto, esa decisión se basó en las siguientes razones:

⁷ Folios 74 al 79 del expediente 21025.

⁸ Folios 510-555 del expediente 20946.

Que, conforme con el artículo 230-2 de la Ley 1437 de 2011, para asegurar el objeto del proceso de simple nulidad y la efectividad de la sentencia, era procedente ordenar la suspensión del procedimiento o actuación que se surte en cumplimiento del Decreto 1609 de 2013, que aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén. En especial, se debía suspender la subasta y los demás actos programados para el 19 de mayo de 2015.

Que, de todos modos, la medida cautelar no procedía porque se advirtiera la inconstitucionalidad o ilegalidad de los decretos 1609 y 2316 de 2013, sino porque la enajenación de la participación accionaria tiene ínsito el interés público — representado, en general, en la adopción de una política pública para financiar obras de infraestructura, que podría afectar el equilibrio presupuestal, la sostenibilidad fiscal y el servicio público de generación de energía eléctrica—, interés que necesita ser garantizado hasta que se dictara la sentencia.

Que, además, la medida cautelar era necesaria porque si se llevaba a cabo la subasta, finalizaría el proceso de enajenación y se podrían generar efectos muchos más caóticos ante una eventual sentencia anulatoria, que justamente podían prevenirse con la suspensión temporal de la actuación.

La medida cautelar fue confirmada por la Sala de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto del 28 de mayo de 2015, a instancias del recurso de súplica interpuesto por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado⁹.

Luego, por auto del 11 de agosto de 2015¹⁰, el magistrado sustanciador la aclaró para precisar que la suspensión del procedimiento o actuación para la venta de las acciones que la Nación posee en Isagén, también implicaba la suspensión del plazo fijado por el Decreto 1512 de 2014.

7.2. Audiencia inicial

⁹ Folios 548-571 cuaderno de la medida cautelar, expediente 21025.

¹⁰ Folios 597-601 ibíd.

Después de surtido el trámite de rigor, el 8 de julio de 2015¹¹, ante el magistrado sustanciador, se llevó a cabo la audiencia inicial, en los términos del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. En esa oportunidad, en concreto, quedó fijado el litigio (en los términos que más adelante se reseñará), se incorporaron las pruebas aportadas por las partes y terceros, y se decretaron las pruebas pedidas.

7.3. Audiencia de pruebas

El 3 de agosto de 2015¹², el magistrado sustanciador realizó la audiencia de pruebas y se incorporaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial, en los términos del artículo 181 ibídem. Además, se prescindió de la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. En su lugar, el ponente corrió traslado, por el término de 10 días, para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto y anunció que la sentencia se dictaría por escrito, como en efecto ahora ocurre.

7.4. Alegatos de conclusión

La mayor parte de las alegaciones finales son la reiteración de las posiciones jurídicas expuestas por las partes y los terceros.

7.4.1. De la parte demandante

7.4.1.1. Rodrigo Toro Escobar (demandante en el proceso 21047)

El apoderado judicial de Rodrigo Toro Escobar, básicamente, reiteró la posición jurídica expuesta en la demanda y aclara lo siguiente: **i)** que no se opone a la enajenación del paquete accionario que tiene la Nación en Isagén, sino que pide se apliquen los principios de democratización y preferencia para que los llamados destinatarios de las condiciones especiales puedan adquirir las acciones, y **ii)** que no alega que se haya desconocido el detrimento patrimonial, pues estima que el

¹¹ Folios 498-546 expediente 21025.

¹² Folios 716-726 ibídem.

precio de la acción fue fijado después del proceso de valoración que llevó a cabo la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink.

Seguidamente, Rodrigo Toro Escobar se refirió al estado actual del programa de enajenación en cuestión para resaltar que los destinatarios de las condiciones especiales solo adquirieron el 0,09 % de las acciones que se pusieron en venta, situación que, a su juicio, indica que el control de la sociedad será asumido por un «tercero estratégico», mas no por los destinatarios de las condiciones especiales.

Que, contra lo dicho por la parte demandada, sí existía interés por parte de los destinatarios de las condiciones especiales para adquirir las acciones de Isagén, al punto que para hacer valer el derecho de preferencia han ejercido la presente acción de nulidad simple y la acción popular que, en primera instancia, resolvió desfavorablemente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Que eso indica que vieron afectado el derecho de preferencia y por eso acudieron a instancias judiciales.

Que, además, era materialmente imposible que los destinatarios de las condiciones especiales adquirieran la totalidad de las acciones ofrecidas en la primera etapa, pero que, en el estado en que hoy se encuentra el proceso de enajenación, es perfectamente posible que en la segunda etapa un solo inversionista adquiera las acciones restantes y así asuma el control de la compañía.

A partir de la respuesta entregada por la Asobancaria en este proceso judicial, el señor Toro Escobar dice que es arbitraria la limitación del patrimonio líquido a 5 veces los ingresos mensuales de los destinatarios de las condiciones especiales (que fijó el Decreto 1609), pues la capacidad de endeudamiento no se mide exclusivamente por el patrimonio líquido, sino que se calcula en relación con los ingresos totales y los gastos fijos de las personas naturales.

Que, por otra parte, antes de la expedición del Decreto 1609 no se hizo un estudio para determinar e identificar el número real de destinatarios de las condiciones

especiales. Que, tal y como se aceptó en la contestación de la demanda del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se corroboró con la declaración del señor Lucas Marulanda, el número de destinatarios se tomó del proceso que, en su momento, se llevó a cabo para la enajenación accionaria del Banco Granahorrar.

Según Rodrigo Toro Escobar, son contradictorias las razones que expuso el Gobierno Nacional para justificar las limitaciones a los destinatarios de las condiciones especiales, cuando en otros procesos de enajenación¹³ no se fijaron límites parecidos y resultó ser más concurrida la participación. Es decir, que en esos procesos no se establecieron condiciones para supuestamente impedir el testaferrato y la concentración accionaria, que son los argumentos que ha utilizado el Gobierno Nacional para establecer dichas limitaciones.

Que, de hecho, las declaraciones públicas del Ministro de Hacienda y Crédito Público dan de cuenta que el proceso estaba estructurado para que la mayor parte de las acciones se vendieran en la segunda etapa, pues el ministro varias veces aludió a que la compañía se había ofrecido a inversionistas nacionales y extranjeros, y se advertía que era un bien atractivo, por hacer parte del sector energético colombiano.

En otra parte de los alegatos, Rodrigo Escobar Toro explica que es necesario que el Consejo de Estado modifique el precedente judicial relacionado con las limitaciones a los destinatarios de las condiciones especiales que puede fijar el Gobierno Nacional en los procesos de enajenación de la participación accionaria de la Nación. Que, en primer lugar, son diferentes los supuestos fácticos de los procesos que anteriormente ya estudió esta Corporación. Que, además, las limitaciones no son una «medida puramente administrativa», pues el Gobierno Nacional más que establecer aspectos instrumentales para cumplir con el mandato de la democratización, lo que hizo fue fijar limitaciones injustificadas para que la venta se hiciera realmente en la segunda etapa a un inversionista estratégico. Que, de hecho, debe privilegiarse la aplicación de la parte resolutive de la sentencia C-384 de 1996, que estableció que el Gobierno Nacional solo

¹³ Se refiere al proceso de enajenación de Isagén, que se llevó a cabo a partir del Decreto 4482 de 2006, y al de la Empresa de Energía de Bogotá (Decreto 2305 de 2014).

puede adoptar medidas administrativas y que las demás limitaciones debe imponerlas directamente el legislador.

En cuanto a la variación del precio de la acción, el señor Toro Escobar se refirió a las pruebas recaudadas en el proceso para destacar que si bien el precio inicial de \$2.850 fue fijado de acuerdo con los parámetros técnicos fijados por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificados por Valfinanzas, lo cierto es que la variación al precio establecida por el Decreto 2316 (a \$3.78) no fue justificada y terminó por desatender las recomendaciones de los expertos que contrató el Gobierno Nacional.

Que, en efecto, el precio inicial de la acción era de \$2.500 y siempre mostró tendencia al alza desde que la Nación anunció la decisión de vender las acciones. Que la única vez que el precio de la acción bajó fue cuando se dispuso la suspensión de la subasta. Pero que en medio de esas fluctuaciones, el precio se mantuvo en el rango que estimaron las bancas de inversión y, por tanto, no había razón para incrementar el precio, en detrimento de los intereses de los destinatarios de las condiciones especiales.

Por último, el señor Rodrigo Toro Escobar se refirió al control judicial de los actos discrecionales de la administración para insistir en que deben anularse los decretos demandados porque, principalmente, se desconoció el principio de preferencia de los destinatarios de las condiciones especiales.

7.4.1.2. Helber Adolfo Castaño Pérez (demandante en el proceso 21025)

El apoderado judicial del señor Castaño Pérez insistió en que se deben anular los decretos demandados. En los alegatos se refirió a cada uno de los puntos identificados al momento de fijar el litigio en la audiencia inicial, así:

Frente al desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal, dice que es imperioso que el Consejo de Estado defina si en la venta de un activo que reporta importantes ingresos (ingresos de balance) para el presupuesto de la Nación debe

observarse ese criterio, que precisamente fue creado como instrumento para el cumplimiento efectivo y progresivo de los derechos económicos, culturales y sociales. Que, además, debe definirse cuál es la consecuencia de vender un activo, cuya participación de la Nación asciende a más de cinco billones de pesos.

En cuanto a la afectación de la regla fiscal y de las normas del presupuesto público. Después de referirse a los conceptos de ingresos estructurales, ingresos corrientes, ingresos de balance, ingresos cíclicos, gastos estructurales, gasto básico y gasto nuevo (que son definiciones que trae la Ley 1473), el señor apoderado de Castaño Pérez concluye que es evidente la afectación negativa de las finanzas públicas, por cuenta de la eliminación del ingreso que la Nación percibe por dividendos de Isagén.

Respecto de la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para diseñar y expedir el programa de enajenación, el señor Castaño Pérez concluye que el Gobierno Nacional no puede eliminar arbitrariamente un ingreso de balance que hace unidad de caja en el presupuesto general de la Nación, pues desconocería así el principio de coherencia a que alude el artículo 4 de la Ley 1473. Que, además, el ingreso proveniente de la enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén, a diferencia de lo que ha sucedido en otros procesos, no hará unidad de caja, sino que el ingreso tiene «destinación específica»: el financiamiento de proyectos de infraestructura vial.

Que, siendo así, la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para diseñar y expedir el programa de enajenación está supeditada a la observancia del criterio de sostenibilidad fiscal y la propia regla fiscal.

En cuanto al cumplimiento del procedimiento para disponer la enajenación de activos. El señor Castaño Pérez explica que, conforme con el artículo 12 de la Ley 1473, la obligación del Gobierno Nacional no era simplemente informar al secretario del Congreso sobre la existencia del programa de enajenación, sino que era necesario entregar los estudios que son la base del plan anual global de enajenación (que incluye el estudio de valor de la empresa y la justificación y

conveniencia de enajenar el activo) a las comisiones económicas de cada cámara para que ejercieran el control político correspondiente.

Que, por otra parte, los estudios de valor de Isagén se realizaron después del mes de febrero de 2013, lo que indica que el informe entregado al Congreso no corresponde a la realidad y estaría viciado «*por carecer de actualidad, de pertinencia y realidad*».

El señor Helber Adolfo Castaño Pérez se refiere a una serie de «*hechos sobrevinientes*» que también afectan la legalidad de los decretos demandados. Tales hechos están relacionados con la vulneración del patrimonio público y de las normas de presupuesto porque los recursos de la enajenación no ingresarán al presupuesto general de la Nación, sin que el Gobierno Nacional hubiera puesto en conocimiento esa situación al Congreso.

Como tales hechos son nuevos y no se expusieron en las oportunidades procesales pertinentes, la Sala se abstiene de reseñarlos, pues se desconocería el debido proceso de la parte demandada, que no tuvo oportunidad de conocerlos y controvertirlos¹⁴.

¹⁴ De hecho, el magistrado ponente se negó a decretar las pruebas que, con base en argumentos similares, el apoderado judicial de Enrique Daza Gamba pidió en la audiencia inicial para sustentar los hechos que llamó «hechos sobrevivientes».

Al decidir, el recurso de súplica contra esa decisión, por auto del 23 de julio de 2015, se confirmó esa decisión, en los siguientes términos:

(...) el recurrente fundamenta la solicitud de pruebas en la ocurrencia de "hechos sobrevinientes" y en la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Sin embargo, esta Sección advierte que tales argumentos tampoco habilitan el decreto de nuevas pruebas, como pasa a explicarse. En relación con las Certificaciones y/o informes de la DIAN y de la CREG, y que se relacionan con la obligación del inversionista precalificado de no votar favorablemente el cambio de domicilio social de ISAGÉN dentro de los siete años siguientes a la fecha de cierre de la venta, la Sala advierte que, como lo precisa el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta regla no fue establecida el 3 de marzo de 2015 en la Cuarta Adenda al Reglamento de Enajenación y Adjudicación para la recepción de aceptaciones del programa de enajenación de acciones de propiedad de la Nación en ISAGÉN, pues dicha regla ya había sido establecida desde el 25 de noviembre de 2013, fecha en que se expidió el Reglamento de la Segunda Etapa. Luego, no se trata de un hecho sobreviniente, como lo pretende hacer ver el recurrente. Si bien la demanda del ciudadano Enrique Alfredo Daza Gamba fue presentada el 16 de octubre de 2013, esto es, antes de la fecha de expedición del Reglamento de la Segunda Etapa, la Sala advierte que la regla sobre el cambio del domicilio fiscal, constituye un argumento nuevo que no hace parte ni se deriva de los aspectos frente a los cuales se fijó el litigio y, en todo caso, si el demandante quería controvertir la legalidad de dicha regla, contaba con la oportunidad procesal de reforma de la demanda para añadir este "nuevo argumento", teniendo en cuenta que su demanda fue finalmente admitida el 28 de agosto de 2014, fecha posterior a la publicación del Reglamento de la Segunda Etapa. Frente a las solicitudes de Certificación de utilización de la Metodología de Rolling WACC (Tasa de descuento única o dinámica), certificaciones sobre las fechas de elaboración de estudios por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la prueba testimonial del Comité consultivo de la Regla Fiscal, esta Sección advierte que se trata de nuevos elementos probatorios, solicitados de manera extemporánea, toda vez que debieron solicitarse con la demanda o en las demás oportunidades procesales a las que ya se ha hecho referencia, las cuales constituyen reglas claras del procedimiento contencioso administrativo para salvaguardar el derecho de defensa de las partes y que no pueden ser omitidas con el argumento de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. De aceptarse la tesis del demandante, las oportunidades para solicitar pruebas resultarían ser reglas inoperantes y los litigios se tornarían interminables, en desmedro de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Frente a las limitaciones para los destinatarios de las condiciones especiales, Helber Adolfo Castaño Pérez se limitó a decir que el Decreto 1609 impuso condiciones «*innecesarias y exorbitantes*» para los destinatarios de las condiciones especiales.

Por último, **en lo relacionado con el reajuste al precio inicial de la acción,** explica que el método de valoración utilizado por la unión temporal Credit Suisse – Inverlink es impreciso y, en su lugar, debió utilizarse la metodología de Rolling Wacc, que consiste en determinar el WACC (Weighted Average Cost of Capital – Costo Promedio de Capital) de cada periodo de proyección con base en la evolución de la composición de las fuentes. También se refirió al hecho sobreviniente que se produjo con el incremento en pesos del dólar americano, que ha afectado la valoración inicial y ha generado un descuento en dólares para los inversionistas extranjeros, en detrimento de los interesados nacionales.

Dichos argumentos tampoco fueron expuestos en la demanda o en las oportunidades previstas por el artículo 173 de la Ley 1473 para adicionarla, reformarla o modificarla. Por tanto, la Sala anticipa que no serán estudiados.

7.4.1.3. Enrique Alfredo Daza Gamba (demandante en el proceso 20946)

El apoderado judicial del señor Daza Gamba repitió los argumentos que expuso en la demanda, en especial, se refiere al desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal y de la regla fiscal, por el impacto negativo que generaría en las finanzas públicas la venta de las acciones que la Nación posee en Isagén. Es decir: que se afectarían negativamente las finanzas públicas porque se vende un activo estratégico, que genera ingresos corrientes, para obtener recursos que permitan atender gastos estructurales, que, según el señor Daza, bien podrían cubrirse con cargas tributarias razonables y con los propios dividendos que genera la compañía.

7.4.2. Alegatos de la parte demandada

El **Ministerio de Minas y Energía** presentó alegatos de conclusión e insistió en que no deben prosperar las pretensiones de las demandas. Tal y como lo hizo en las contestaciones, el ministerio manifiesta que son legales los decretos demandados porque se expidieron con sujeción de las normas que regulan la enajenación de los activos de la Nación, en especial, la Ley 226. Esto es, que en la estructuración del proceso se tuvieron en cuenta los principios de publicidad, democratización, preferencia y protección del patrimonio público, y se observó el criterio de sostenibilidad fiscal.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, en gran medida, se refirió a los argumentos de la contestación de la demanda. Y agregó lo siguiente:

Frente a las medidas administrativas fijadas en el proceso de enajenación explica:

- Que estuvo garantizada la participación y preferencia de los destinatarios de las condiciones especiales y que precisamente el establecimiento de topes adquisitivos genera la posibilidad de que más personas sean adjudicatarias de las acciones y la propiedad no se concentre en algunos de estos destinatarios.
- Que dichas condiciones eran necesarias, razonables y congruentes con el precedente judicial y las medidas administrativas establecidas frente a las personas naturales y demás destinatarios de las condiciones especiales. En especial, se trataba de prevenir conductas abusivas como el testaferrato (que, por ejemplo, se advirtió en procesos como el de Termotasajero), para que los destinatarios de las condiciones especiales adquirieran directamente, acciones de acuerdo con su capacidad de pago, mas no a través de terceros.
- Que, además, se buscaba asegurar la prestación del servicio, que podría verse afectada si no se establecían limitaciones al momento de adquirir acciones. El Ministerio de Hacienda explicó que podría presentarse el siguiente escenario hipotético: *«un determinado número de personas altamente apalancadas adquieren una mayoría accionaria en Isagén (no necesariamente el 50%, basta una mayoría), y posteriormente se encuentran en dificultades económicas por cuenta del alto endeudamiento contraído.*

Ante esa situación, se ve la necesidad de rematar las acciones de ISAGÉN en un proceso judicial, desestabilizando el curso de la empresa y poniendo en peligro la continuidad del servicio»¹⁵.

- Que las declaraciones recibidas en la acción popular que se tramitó con propósitos similares a la presente acción y que se trasladaron a este proceso judicial dan cuenta de que las medidas administrativas del proceso de enajenación Isagén son similares a las establecidas en procesos anteriores, tal y como lo explicaron los testigos Jaime Robledo, que participó en la estructuración legal del proceso de enajenación aquí cuestionado, y Lucas Marulanda, que participó en la valoración de la compañía.

Luego, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronunció sobre las pruebas así:

En cuanto a la información que envió Asofondos, precisa que el oficio está suscrito por una persona que no es el representante legal. Además, dice que, contra lo dicho por Asofondos, no es cierto que se hubiera limitado la libre concurrencia de los fondos de pensiones y cesantía, pues, insiste, en que el Decreto 1609 fijó medidas administrativas para garantizar el principio de democratización. Que tampoco es cierto que los fondos de pensiones no pudieran presentar ofertas en la segunda etapa del proceso de enajenación, pues el reglamento de la segunda etapa sí lo permite (numeral 5.1.6). Y que no es acertado decir que se desconocen las normas del mercado de valores —cuando se alude al acuerdo de accionistas que celebran la Nación y los adquirentes de la primera etapa (acuerdo al que debe adherir el tercero estratégico) —, pues se trata de un acuerdo privado que busca favorecer a los adquirentes de la primera etapa para que puedan vender las acciones en la etapa dos.

Frente a la información entregada por la Asobancaria, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explica que las consideraciones de la circular 100 de 1995¹⁶ se reflejan en el programa de enajenación, pues se fijaron límites en razón de los ingresos y el patrimonio de las personas naturales. Insiste en que esas

¹⁵ Folio 902 vto.

¹⁶ Expedida, en su momento, por la Superintendencia Bancaria.

medidas generan seguridad en la transacción y permiten examinar la real capacidad de pago de los adquirentes.

En cuanto a la información entregada por el Banco Agrario, explica que esa prueba demuestra que se estableció una línea de crédito para financiar la compra de acciones de Isagén.

Seguidamente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronuncia frente al alcance y contenido del medio de control de nulidad para precisar que los demandantes ni los coadyuvantes lograron desvirtuar la legalidad de los actos demandados. Que, en todo caso, la sentencia debe únicamente ocuparse de determinar si el Gobierno Nacional aplicó el principio de democratización y cumplió los requisitos para diseñar el programa de enajenación de las acciones de Isagén, previstos en la Ley 226, porque los argumentos relacionados con el desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal, la violación de las normas del plan de desarrollo y del presupuesto, y el desconocimiento de la regla fiscal *«no tienen relevancia frente a la nulidad demandada o no fueron debidamente probados ni justificados por la parte demandante»*¹⁷.

De modo que, a juicio del ministerio, no puede existir pronunciamiento frente a los resultados del proceso de enajenación. Frente a la decisión de vender, el ministerio explica que es una decisión *«típica de gestión administrativa»*, que, a pesar de ser una decisión discrecional, es susceptible de control judicial, siempre que se limite a determinar si está conforme con los fines de la norma que autoriza la decisión y si es proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En la parte final de las alegaciones, el ministerio se refiere a cada uno de los argumentos expuestos por los demandantes y replicó las razones ya reseñadas en el acápite de la contestación de la demanda. Además, insistió en que la demanda de Rodrigo Toro Escobar tiene explicado deficientemente el concepto de la violación.

¹⁷ Folio 908 vto.

El ministerio insistió en: **i)** que se no se desconoció la sostenibilidad fiscal, ni se violaron las normas de presupuesto, ni la regla fiscal; **ii)** que se garantizaron los principios de democratización, preferencia, de protección del patrimonio público y de continuidad del servicio, tal y como ha ocurrido en otros procesos de enajenación que ya fueron objeto de control judicial por el Consejo de Estado; **iii)** que se observó el procedimiento previsto en la Ley 226; **iv)** que el precio de la acción se mantuvo por el tiempo de la oferta pública, es decir, que la variación de \$ 2850 a \$ 3178 (a que alude el señor Rodrigo Toro Escobar) es una modificación que se produjo antes de la oferta y, por ende, no afectó a los sujetos de las condiciones especiales, y **v)** que el Decreto 1603 no está afectado por desviación de poder.

7.4.3. Alegatos de los terceros intervinientes

La vocera de los **coadyuvantes de la parte actora** insistió en la solicitud de que se anule el Decreto 1609, con argumentos similares a los expuestos por la parte actora: **i)** que los destinatarios de las condiciones especiales se vieron afectados con limitaciones que restringieron la posibilidad de comprar acciones; **ii)** que el reajuste del precio de la acción afectó el derecho de preferencia de los destinatarios de condiciones especiales; **iii)** que el proceso estaba dirigido a beneficiar los intereses de un tercero estratégico que asumiera el control de Isagén; **iv)** que la enajenación pone en riesgo la continuidad del servicio de generación de energía eléctrica, y **v)** que la venta afecta de forma negativa las finanzas públicas.

La **sociedad Isagén** no presentó alegatos finales.

7.4.4. Alegatos de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado

La directora de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado¹⁸ (en adelante la Agencia) solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Del escrito presentado como alegatos de conclusión, la Sala destaca lo siguiente:

De manera preliminar, la Agencia dice que el proceso de nulidad simple gira en torno a la legalidad de los decretos 1609 y 2316 de 2013, que deben estudiarse a partir de los argumentos expuestos en las demandas, esto es, de las normas invocadas como violadas y según el concepto de violación expuesto. Que, sin embargo, el estudio no es frente a las supuestas razones de inconveniencia de la venta de las acciones, pues eso, según la Agencia, no está sujeto al control judicial, por hacer parte de la potestad discrecional del Gobierno Nacional.

En cuanto a la violación del criterio de la sostenibilidad fiscal, la Agencia pide que se dicte fallo inhibitorio porque no está debidamente sustentado. Que, en efecto, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han desarrollado la jurisprudencia tendiente a establecer que el concepto de violación en que se funda la pretensión de nulidad o de inconstitucionalidad debe cumplir los requisitos de certeza, especificidad y pertinencia porque es el marco que permite al juez ejercer el control.

Sin embargo, la Agencia explicó (a partir de lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012) que el estudio o evaluación de los resultados de la sostenibilidad fiscal se realiza en el marco de las políticas macroeconómicas, mas no sobre acciones pequeñas, que no son representativas frente a la sostenibilidad fiscal.

Que no es posible examinar si los decretos demandados desconocieron la sostenibilidad fiscal, pues no se trata de un principio ni un derecho, sino un criterio orientador de la economía. Que, de todos modos, de aceptarse que procede el examen de legalidad, a juicio de la Agencia, los decretos demandados no desconocieron la sostenibilidad fiscal, por las siguientes razones:

¹⁸ En cumplimiento de los artículos 610 y 612 CGP (la última norma modificó el artículo 199 CPACA), en los autos admisorios se dispuso la notificación a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

La Agencia no contestó la demanda, pero presentó recurso ordinario de súplica contra el auto del 14 de mayo de 2015, que, como se vio, decretó la medida cautelar de suspensión del proceso de enajenación.

- Porque se cumplió el principio de democratización de las acciones que la Nación poseía en Isagén.
- Porque la venta no suspende el servicio de generación de energía y, en todo caso, el Estado conserva las funciones de inspección control y vigilancia, así sea que el control de la empresa lo asuma un particular.
- Porque los dineros obtenidos por la enajenación permiten mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos y la distribución equitativa de oportunidades, en la medida de que los recursos serán destinados a financiar programas de infraestructura.

Valiéndose del certificado del Contador General de la Nación y del certificado del revisor fiscal de Isagén (que obran como pruebas en el proceso), la Agencia concluye que no está probada la supuesta afectación a la sostenibilidad fiscal. Que, de hecho, la incidencia fiscal y contable de la venta son hechos futuros que no hubieran podido ser objeto de prueba para desvirtuar la legalidad de los decretos aquí demandados.

Similares argumentos utilizó la Agencia para desestimar el cargo relacionado con **el desconocimiento de la regla fiscal**, esto es, que el concepto de violación tampoco está debidamente sustentado y, por tanto, debe dictarse fallo inhibitorio.

Que, en todo caso, si se examina de fondo el argumento, deben denegarse las pretensiones porque no se afectan negativamente las finanzas públicas, por las razones que la Sala resume enseguida:

- Que la regla fiscal también es un concepto macroeconómico, que no puede servir de referente para examinar la legalidad de los decretos demandados.

- Que no hay ninguna norma que obligue al Gobierno Nacional a incluir en el marco fiscal de mediano plazo o en el plan nacional de desarrollo la venta de la participación accionaria de Isagén.
- Que la única obligación era la de informar al Congreso el plan de enajenación anual de venta de las acciones, tal y como lo hizo el Gobierno Nacional.
- Que los recursos provenientes de la enajenación de las acciones serán incorporados al presupuesto general de la Nación, pero no son incluidos para financiar el gasto de la vigencia fiscal, sino que serán transferidos al Fondes —que es administrado por la Financiera de Desarrollo Nacional, en virtud de lo dispuesto en la letra a) del artículo 144 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo) — para financiar proyectos de infraestructura.

En cuanto a la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para diseñar y expedir el programa de enajenación. La Agencia explica que la propiedad accionaria de la Nación en Isagén se encuentra radicada en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mas no en el Ministerio de Minas y Energía, como lo dice el demandante Daza Gamba, y, por ende, debe desestimarse el cargo de falta de competencia.

Frente al cumplimiento del procedimiento para la venta de los activos de la Nación, la Agencia pide que se desestime este argumento porque el Gobierno Nacional sí cumplió con el procedimiento fijado por la Ley 226. En resumen, explica:

- Que el Gobierno Nacional cumplió con la obligación de presentar oportunamente el plan de enajenación anual en forma global, tal y como se prueba con: **i)** la certificación expedida por la jefe de la unidad de correspondencia del Senado de la República, y **ii)** los oficios del 1° de marzo de 2013 y del 24 de febrero de 2014, que remitió el Ministro de Hacienda y Crédito Público al presidente de la Cámara de Representantes y del Senado de la República.

- Que el Defensor del Pueblo sí tuvo la posibilidad de formular observaciones al programa de enajenación, al punto que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público acogió algunas de las que presentó.

Respecto a las limitaciones a los destinatarios de las condiciones especiales, la Agencia dice, en concreto, lo siguiente:

- Que una cosa son las llamadas condiciones especiales que se reconocen al sector solidario (condiciones que solo puede fijar la ley) y otra muy distinta son las *«reglas de negociabilidad de las acciones entendidas como medidas de carácter administrativo que por su especificidad no pueden ser señaladas en la ley y que en algunas oportunidades se dirigen a preservar, precisamente, actos que atenten contra los de democratización y preferencia»*¹⁹. Es decir, que los montos establecidos en el artículo 8 del Decreto 1609 son condiciones para la negociabilidad, que son medidas proporcionales y necesarias que se fijan en los procesos de enajenación de la participación accionaria de la Nación y que justamente sirven para hacer efectivo el principio de democratización, tal y como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996.
- Que en el proceso de enajenación de las acciones de Isagén se garantizaron los principios de democratización y preferencia a los destinatarios de las condiciones especiales, por cuanto: **i)** la primera opción de compra de las acciones la tuvieron los trabajadores, extrabajadores y los integrantes del sector solidario; **ii)** el precio de la acción se fijó después del proceso de valoración al que fue sometido la compañía; **iii)** se establecieron líneas de crédito para que los destinatarios de las condiciones especiales pudieran adquirir fácilmente las acciones, y **iv)** que los adquirentes que fueran personas naturales podían utilizar las cesantías.
- Que el derecho de preferencia habilita a que los destinatarios tengan posibilidades reales de comprar, pero no significa que el Gobierno Nacional pueda constreñirlos a adquirir acciones.

¹⁹ Folio 830.

- Que, en general, los destinatarios de las condiciones especiales podían adquirir la totalidad de las acciones puestas en venta en la primera etapa (1.517'919.000).
- Que las medidas administrativas que adoptó el Gobierno Nacional en el Decreto 1609 están dirigidas a evitar conductas inadecuadas, abusivas y contrarias a la ley, como sería el testaferrato, que suele utilizarse en favor de grupos o personas con poder económico interesadas en adquirir paquetes accionarios. Que, por tanto, podían fijarse condiciones relacionadas con la capacidad de pago y la capacidad de endeudamiento de los destinatarios de las condiciones especiales, medidas que ya han sido avaladas por el Consejo de Estado, al examinar la legalidad de otros procesos de enajenación²⁰.

Frente al incremento del valor de la acción, la Agencia explica que, conforme con los artículos 7 y 11 de la Ley 226, el precio de la acción debe fijarse a partir de la valoración técnica y debe tener una vigencia igual a la establecida para la oferta pública. Que, en esas condiciones, el Gobierno Nacional tenía competencia para fijar el precio, por cuanto el comportamiento del mercado indicó que era posible adoptar un rango superior definido dentro del estudio técnico como precio del mercado para obtener un mejor resultado en la subasta que se llevaría a cabo en la segunda etapa.

Que, de todos modos, el precio se fijó antes de abrir la oferta pública y se mantuvo invariable hasta el cierre, esto es, se fijó el 18 de noviembre (fecha en que se publicó la oferta de la primera etapa). Que, de hecho, la decisión de ajustar el precio buscaba proteger el patrimonio público.

Que el proceso de enajenación es ante todo un *«negocio comercial que busca maximizar los beneficios del Estado. Por ello no se trata de valorar la acción por lo bajo para efectos de beneficiar al sector solidario no es una 'condición especial' de*

²⁰ La Agencia citó las siguientes sentencias:

- Del 10 de febrero de 1995, radicado 2919.
- Del 16 de agosto de 1995, radicado 2958.
- Del 4 de septiembre de 2008, radicado 15739.
- Del 13 de noviembre de 2008, radicado 15685.

las señaladas en la ley (sic). Lo que se otorga a este sector es un paquete de facilidades para acceder a la acción a precio de mercado, en ningún caso, a precio subsidiado»²¹.

Que, además, los destinatarios de las condiciones especiales contaron con un tiempo prudencial para decidir si adquirirían acciones y, en todo caso, no es cierto que hubieran sido asaltados en la buena fe ni que se hubiera desconocido el principio de confianza legítima.

Por último, la Agencia se opuso al cargo de **desviación de poder**, pues estima que Rodrigo Toro Escobar no aportó elementos probatorios directos ni indirectos que demuestren el interés malintencionado del Gobierno Nacional cuando reglamentó el proceso de enajenación de las acciones que posee en Isagén. Es decir, que no está probado que el real interés del Gobierno Nacional al expedir los decretos demandados haya sido el de beneficiar a un tercero estratégico, en detrimento de los intereses de los destinatarios de las condiciones especiales.

Que, por último, la expresión «*operador idóneo*» del artículo 14 del Decreto 1609 de 2013 no busca limitar la participación de los sujetos de condiciones especiales, sino precaver que la prestación del servicio no se vea afectada, en caso de que las acciones las adquieran personas (naturales o jurídicas) que no tengan la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para continuar con la generación de energía eléctrica.

7.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor procurador sexto delegado ante el Consejo de Estado también pidió que se negaran las pretensiones.

En cuanto a los requisitos procedimentales del proceso de enajenación, el Ministerio Público, en síntesis, expuso:

²¹ Folio 839 vto.

- Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el titular de las acciones que posee la Nación en Isagén y, por tanto, era el competente para diseñar y aprobar el programa de enajenación.
- Que está probado que el Gobierno Nacional comunicó a la Cámara de Representantes y al Senado de la República el plan global de enajenación anual, que incluía la enajenación de la participación accionaria de Isagén.
- Que no era necesario que la enajenación quedara incluida en el plan nacional de desarrollo, por cuanto se trata de una decisión autónoma del Gobierno Nacional, mas no un propósito y objetivo general de dicho plan.
- Que tampoco era necesario justificar la viabilidad económica, de oportunidad y conveniencia de la enajenación, ni demostrar que no se afectaba negativamente las finanzas públicas, pues no existe norma que así lo exija. Que, de hecho, es equivocado (y no deja de ser una suposición, según el Ministerio Público) decir que la venta impacta desfavorablemente las finanzas públicas, por el simple hecho de que se dejan de percibir los dividendos que reporta la compañía.
- Que los supuestos efectos contables o fiscales que genera la venta de las acciones de Isagén son pasibles del control político ante el Congreso de la República, «*por tratarse de un asunto de política económica a cargo del Gobierno – Presidente de la República y Ministro de Hacienda – (arts. 115-138 C.P.)*», pero no son susceptibles de control judicial ante el Consejo de Estado.
- Que la inclusión de la venta en la ley de presupuesto es una exigencia relacionada con el resultado de la venta, pero no afecta la legalidad del programa de enajenación.
- Que el proyecto de programa de enajenación de la participación accionaria de Isagén sí fue remitido a la Defensoría del Pueblo.

Frente a los aspectos de fondo propuestos en las demandas, el Ministerio Público, en síntesis, expuso:

- Que se protegió el patrimonio público porque Isagén fue valorada técnicamente para efectos de fijar el precio de la acción. Pero que los efectos negativos sobre el erario no pueden examinarse en este momento, pues se trata de hechos futuros e inciertos, que, de hecho, quedaron en suspenso por el trámite de este proceso judicial.
- Que el criterio de sostenibilidad fiscal es un instrumento para lograr el manejo adecuado y eficiente de los recursos públicos para atender los fines del Estado. Pero ocurre que en el proceso de la enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén no resulta aplicable el criterio de sostenibilidad fiscal, pues tiene que ver con la consecución de recursos a partir de la enajenación de un activo para después sí alcanzar tales fines.
- Que si bien las razones de viabilidad económica de oportunidad y conveniencia pueden ser requisitos para tomar la decisión de vender un activo de la Nación, lo cierto es que no es como tal un requisito previsto por la Ley 226 que pueda dar lugar a la nulidad de los decretos demandados. Que, en efecto, la Ley 226 no estableció requisitos previos a la decisión de vender, sino requisitos para llevar a cabo la venta y, en todo caso, obliga a diseñar el programa de enajenación de acuerdo con los estudios de valoración técnica.
- Que en el Decreto 1609 se observaron los principios de democratización y preferencia porque en la primera etapa la totalidad de las acciones que posee la Nación en Isagén, esto es, 1.517'919.00 acciones, se ofrecieron a los destinatarios de las condiciones especiales. Que, además, el Decreto 1609 de 2013 estableció medidas estrictamente administrativas para garantizar tales principios, pero no las limitaciones injustificadas a que alude la parte actora.

- Que no es cierto que el precio se hubiera modificado, sin que se cumplieran los requisitos para tal efecto. Que, realmente, el precio fue fijado, antes de la oferta pública, tal y como lo prevé el artículo 11 de la Ley 226.

En palabras del Ministerio Público: el hecho «*de fijar un precio superior 'antes' de iniciarla (la oferta pública) no restringe el derecho de los DCE (destinatarios de condiciones especiales) quienes gozaron de plenas garantías, cualquiera que sea el precio porque ante todo, dependían simplemente de que pudieran pagarlo para acceder a una parte de tales acciones*»²².

- Que los decretos demandados no están afectados por desviación de poder, pues la baja participación de los destinatarios de las condiciones especiales no permite concluir, como lo hace la parte actora, que el programa estuviera diseñado para que en la segunda etapa las acciones las adquiriera un tercero estratégico.
- Que, por último, tampoco está probada la afectación de la continuidad del servicio de generación y comercialización de energía. Que, por el contrario, el Decreto 1609 estableció reglas para que la prestación del servicio quedara a cargo de un operador idóneo, que cuente con experiencia y capacidad técnica, operativa y financiera.

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIONES PREVIAS

Antes de emprender el examen de legalidad de los decretos 1609 y 2316, la Sala debe hacer las siguientes precisiones preliminares:

1.1. De la excepción de ausencia de interés para intervenir en el proceso, que propuso la sociedad Isagén

Tal y como lo dejó planteado el magistrado sustanciador en la audiencia inicial, la ausencia de interés que invocó la sociedad Isagén para intervenir en este proceso

²² Folio 895 vto.

judicial es realmente una excepción de fondo que merece pronunciamiento en este momento.

La compañía Isagén alegó que ningún interés le asiste en el resultado del proceso judicial porque no participó en la expedición de los decretos 1609 y 2316 ni cumple ningún rol en la ejecución del programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en esa compañía. Que la participación de Isagén se limita a suministrar la información financiera, técnica y administrativa que la Nación requiere para que el Gobierno Nacional estructure el proceso de venta.

Y, en efecto, es evidente que no le asiste ningún interés a la sociedad Isagén de comparecer al proceso judicial como tercero interviniente para coadyuvar o cuestionar la pretensión de nulidad de los decretos 1609 y 2316 de 2013. Recuérdese que el artículo 98 del Código de Comercio prevé que la sociedad, una vez legalmente constituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Lo que en este caso indica que independientemente de que la Nación enajene el 57,6 % de la participación que le corresponde, la sociedad Isagén no verá afectado el cumplimiento del objeto social.

Es natural que esa enajenación repercuta en la conformación y marco accionario de la sociedad, pues se trata de vender más del 50 % de las acciones que posee la Nación, participación accionaria que precisamente, en este momento, le da el carácter de empresa de servicios públicos mixta, constituida en forma de sociedad anónima. Pero eso no indica que en el proceso judicial en el que se discute la legalidad de los decretos del Gobierno Nacional que estructuraron el proceso de enajenación de sus acciones deba obligatoriamente comparecer la sociedad Isagén.

Es decir, la decisión de enajenar es simplemente la expresión del derecho que tiene la Nación para desprenderse libremente de las acciones que posee en la sociedad Isagén. Para la sociedad, de esa decisión no se desprende un interés directo ni siquiera indirecto en el resultado del proceso, pues, al final, el objeto social de la compañía será el mismo y se seguirá cumpliendo, independiente del carácter de los socios que la conformen.

Prospera, entonces, la excepción de ausencia de interés. Por lo tanto, se desvinculará del proceso a la sociedad Isagén.

1.2. De la excepción de insuficiencia del concepto de violación de las demandas

En los alegatos de conclusión, tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como la Agencia de Defensa Jurídica del Estado (la Agencia) insistieron en que el concepto de violación propuesto en las demandas (en especial, las demandas de Rodrigo Toro Escobar y Enrique Alfredo Daza Gamba) no es un concepto de violación claro y pertinente, esto es, una exposición de razones que permita ejercer el control de legalidad frente a los decretos acusados. De hecho, la Agencia pide que se dicte fallo inhibitorio frente a los cargos relacionados con la violación del criterio de sostenibilidad fiscal y la regla fiscal.

Conviene decir que el artículo 162-4 de la Ley 1437 establece que en la demanda en la que se impugne un acto administrativo debe identificarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación.

En las demandas de impugnación (esto es, las que están dirigidas a cuestionar la legalidad de los actos administrativos particulares y de los actos normativos o reglamentos), como son la de nulidad simple, la nulidad por inconstitucionalidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, ese requisito se cumple cuando, fuera de identificar las normas violadas y la causal de nulidad, el actor explica y sustenta las razones por las que estima que el acto debe anularse.

Es decir, en esas demandas se plantean acusaciones no tanto contra la administración, sino contra el propio acto administrativo. Las acusaciones vienen a ser una especie de tipo, esto es, la invocación de la conducta u omisión que genera la nulidad o invalidez del acto administrativo. Dichas acusaciones son finalmente las llamadas causales de nulidad del acto administrativo, previstas en el artículo 137 de la Ley 1437, a partir, sin duda, de los elementos de existencia y

validez del acto administrativo: **(i)** órgano competente; **(ii)** formas y procedimiento; **(iii)** motivo y motivación; **(iv)** finalidad, y **(v)** objeto o contenido²³.

Vistos desde el punto de vista negativo, esos elementos configuran, en mayor o menor grado, las causales de nulidad del acto administrativo y del reglamento: la incompetencia del funcionario o del órgano; la expedición irregular —que incluye la falta de motivación y las violaciones del derecho de defensa—, la falsa motivación, la desviación de poder y la violación de la ley, que, a su vez, ocurre por inaplicación, indebida aplicación e interpretación errónea de la norma de sujeción.

En esa dinámica, lo ideal sería que en la demanda se invoque la causal de nulidad y se planteen argumentos serios, suficientes y pertinentes que la demuestren. Esto es, habría que formular una acusación que técnicamente aluda a los elementos del acto administrativo y conceptualmente a las causales de nulidad. Justamente a eso se refiere el artículo 162-4 de la Ley 1437, cuando dice que el actor debe exponer el concepto de violación que sustente la pretensión de nulidad, ora frente a un acto administrativo particular, ora frente a uno general o a un reglamento.

Esa exigencia suele ser más fuerte para la demanda de nulidad y restablecimiento, cuya presentación es por conducto de apoderado judicial, que se supone tiene el conocimiento y capacidad necesarios para presentarla de manera debida. En cambio, la exigencia es más flexible en las acciones de simple nulidad porque las puede presentar «cualquier persona», en los términos del artículo 137 *ibídem* (en igual sentido el artículo 135 del CPACA). Y por tratarse de una acción pública, que no exige mayores rigorismos, el juez administrativo puede hacer uso

²³ Esos son los elementos generalmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de que existen otras clasificaciones un tanto más amplias y complejas. Sobre el tema, Manuel María Díez (Acto Administrativo. Tipografía Editora Argentina S.A. Buenos Aires. 1993) dice:

No es uniforme la doctrina acerca de los elementos del acto administrativo. FERNÁNDEZ DE VELASCO (op.cit., pág. 179) señala que son precisas la competencia, motivo, causa, fin y objeto a los efectos de la validez del acto administrativo. (...) TRENTIN, S. (L'Atto Amministrativo, Roma, 1915, pág. 129) señala como elementos del acto administrativo los siguientes: manifestación de voluntad, debe emanar de un ente público, debe tener un objeto lícito y por presupuesto el interés público. (...) VITTA (op. Cit., t.I, pág. 370) señala los siguientes requisitos del acto administrativo: competencia, declaración de ciencia o de voluntad, causa. Se refiere luego a determinaciones accesorias de la voluntad que son la condición, el término y el modo. Estudia también la forma. (...) FIORINI (op.cit., pág. 85) al referirse a los elementos de la legitimidad, enseña que según la opinión de la mayoría de los autores existen cinco elementos constitutivos del acto administrativo que son: competencia, motivo, objeto, fin y forma. (...) Para RANELLETTI (op.cit., pág. 57) los elementos esenciales del acto administrativo, aquellos que concurren a formarlo son: órgano administrativo, declaración de voluntad, forma, contenido. (...) BRANDAO CALVANCANTI (op.cit., t.2, pág. 249) enseña que los elementos esenciales del acto administrativo son la competencia, objeto lícito y forma prescripta por la ley. DÁLESSIO (op. Cit., t.2, pág. 178) considera que los elementos del acto administrativo son el sujeto, la voluntad, el objeto, la causa y la forma. (...) Para ZANOBINI (op. Cit., t. 1, pág. 188) los elementos esenciales del acto administrativo son, el sujeto, el objeto, la voluntad, el contenido y la forma. Los elementos no esenciales son la causa y el procedimiento.

de la facultad de interpretar la demanda para determinar si los argumentos ofrecidos cumplen con los requisitos de suficiencia, claridad y pertinencia, y, en todo caso, debe privilegiar el derecho de tutela judicial efectiva para examinar la legalidad del acto acusado, a partir del entendimiento de los argumentos que sustentan la demanda.

En esas condiciones, en el sub lite, no existen razones que impidan resolver la pretensión de nulidad de los decretos 1609 y 2316 de 2013, por haber presuntamente desconocido el criterio de sostenibilidad fiscal y la regla fiscal, en los amplios términos propuestos por los actores.

A juicio de la Sala, los argumentos propuestos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por la Agencia en los alegatos de conclusión, relacionados con la insuficiencia del concepto de violación de las demandas, no impiden adoptar la decisión de mérito, pues realmente se trata de razones de defensa que están encaminadas a contrarrestar los fundamentos de la pretensión de nulidad de los decretos demandados.

Es cierto que, en los términos explicados, técnicamente la mayoría de acusaciones contra los decretos demandados (en lo que hace al desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal y de la regla fiscal) no están propuestas a partir de alguna de las causales de nulidad previstas por el artículo 137 de la Ley 1437, esto es, la falta de competencia, la expedición irregular, la falsa motivación, la desviación de poder y la violación de la ley. Empero, de la demanda, entiende la Sala que los argumentos relacionados con el desconocimiento de la sostenibilidad fiscal y de la regla fiscal aluden a la falta de aplicación del artículo 334 de la Constitución Política y de la Ley 1473.

Es más, de esa interpretación se concluye que el concepto de violación expuesto es serio y pertinente para decidir de fondo la pretensión de nulidad, como lo son también los argumentos en contra dados por la parte demandada.

1.3. De la naturaleza de los actos jurídicos que se demandan y del tipo de control que ejercerá este tribunal

1.3.1. De la naturaleza jurídica de los actos acusados

La administración, en cualquiera de sus niveles (nacional, departamental o local), expide actos jurídicos, tendientes a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y legales, en ejercicio de la función pública administrativa. Esa potestad sirve justamente para administrar el interés público²⁴ cuando entra en juego con los intereses privados, que, en el marco de la Constitución y la ley, viven en la sociedad. De hecho, la función administrativa también sirve para sancionar comportamientos contrarios al orden jurídico.

Y ese tipo de decisiones, que son actos jurídicos, se adoptan mediante los actos administrativos, que, a su vez, se dividen en dos grandes clases, por lo menos: los actos normativos y los actos administrativos particulares.

Los actos normativos (reglamentos) son los llamados también actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto.

Los reglamentos, al igual que la ley, mandan, prohíben, permiten o sancionan. Esto es, el reglamento es fuente de derecho. Son tradicionalmente una fuente de derecho administrativo. Los actos de contenido particular y concreto, en cambio, son propiamente los actos administrativos, que materializan o particularizan el acto normativo (reglamento) y la propia ley en una situación específica. De ahí que el reglamento no puede ser tratado de la misma manera que el acto administrativo particular. Fuera de la distinción que surge de los destinatarios de tales actos jurídicos, hay que decir que el reglamento se integra al ordenamiento jurídico y su

²⁴ Interés público es un concepto indeterminado del derecho público. En ocasiones esa idea se denomina *interés general* o *intereses generales*, en plural. De hecho, la Constitución de 1991 alude al interés general en el artículo 1º como fundamento del Estado Social de Derecho. Lo menciona como fundamento de las peticiones que pueden interponer los ciudadanos. Y el interés público es mencionado por lo menos en los artículos, 58, 118, 336 y 355. En todo caso se parte de la idea de que interés público o interés general resultó una idea necesaria para asignarle al Estado una clara primacía sobre otras estructuras de poder, como lo podría estar explicando Norberto Bobbio: "*la primacía de lo público ha asumido diversas formas, de acuerdo con las diferentes maneras bajo las cuales se ha manifestado, sobre todo en el último siglo, la reacción a la concepción liberal del Estado y la derrota histórica, aunque no definitiva, del Estado mínimo. La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental. La primacía de lo público adopta diversas formas de acuerdo con las diversas maneras en que se entiende el ente colectivo —la nación, la clase, la comunidad, el pueblo— en favor del cual el individuo debe renunciar a su autonomía...*" BOBBIO, Norberto. *ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD. POR UNA TEORÍA GENERAL DE LA POLÍTICA*. Fondo de Cultura Económica. 1997. Pág. 27,28.

aplicación no agota la vigencia, a diferencia del acto administrativo cuya vigencia se agota con la ejecución²⁵.

En lo que interesa, hay que aludir al reglamento, en especial, al que tiene origen en la potestad reglamentaria, esto es, al ejercicio de la facultad de completar la ley para hacerla materialmente aplicable a situaciones particulares y concretas.

El reglamento, en sentido material, es una ley, pero no en sentido formal. Sí, el propósito del reglamento es asegurar el cumplimiento de las leyes y es visto como una norma sucedánea y subordinada a la que produce el Congreso de la República, pero su expedición está a cargo del poder ejecutivo, más que del Presidente de la República. Sin embargo, este último tiene la regla general de competencia reglamentaria. Si no está atribuida a otro órgano, esa competencia está en cabeza del Presidente de la República.

En efecto, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución señala que la potestad reglamentaria la ejerce el Presidente de la República, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes para asegurar la cumplida ejecución de la ley.

Con todo, existen otras instancias diferentes al Presidente de la República que también tienen competencia reglamentaria. Así, por ejemplo, el numeral primero del artículo 300 de la Constitución dispone que a la asamblea departamental, por medio de ordenanzas, le corresponde reglamentar las funciones y la prestación de servicios públicos a cargos del departamento. Lo propio hace el artículo 313, numeral primero, *ibíd.*, al otorgar esas mismas competencias a los concejos en los distritos y municipios.

²⁵ En la doctrina española, García y Fos (1991:31) enseña que:

El reglamento es una 'actuación' de la Administración pero no un acto administrativo.

f) Examinando más detalladamente las diferencias entre Reglamento y acto, destacan las siguientes:

- El reglamento crea Ordenamiento, es abstracto e impersonal, no se agota por su aplicación continuada mientras no se derogue. En cambio, los actos administrativos no crean Ordenamiento, no crean Derecho Objetivo aunque sí subjetivo y suelen consumarse con su aplicación en un solo caso. Esto resulta evidente incluso en los actos generales no normativos, como por ejemplo, una convocatoria de oposiciones que desaparece cuando éstas se realizan y sin olvidar que su publicación habrá requerido un Reglamento previo.

Y Sánchez Morón (2010:187), al referirse a la distinción entre reglamento y acto administrativo explica:

Es verdad que el reglamento, al ser norma jurídica, tiene un contenido regulador y alcance general, mientras que la mayoría de los actos administrativos son decisiones que tienen un destinatario singular, esto es, una persona física o jurídica o un grupo de personas identificado. (...)

Lo decisivo es el denominado criterio ordinamentalista, esto es, que el reglamento es norma jurídica y, por tanto, innova el ordenamiento jurídico en alguna medida, por lo que, mientras está en vigor, es susceptible de aplicación a una serie indeterminada de casos o supuestos. Por el contrario, el acto administrativo no es una norma jurídica, sino una decisión que se agota con su cumplimiento, de manera que para ocasiones semejantes habrá que volver a dictar otro acto.

Así el reglamento sea una norma general, impersonal y abstracta, como también lo es la ley que reglamenta, el ejercicio de la potestad reglamentaria permite dictar normas sobre aspectos procedimentales o sustanciales más puntuales (sin que se materialicen o concreten en actos administrativos particulares), que generalmente la ley no definió. Se trata de una especie de colaboración que ejerce el ejecutivo para completar la función del poder legislativo.

La facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que justamente se materializa en la necesidad de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general determinada situación jurídica abstracta. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más forzosa es su reglamentación, en cuanto que este mecanismo facilita la aplicación debida de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos que se requieren para aplicar esa situación al caso particular, no amerita expedir el reglamento.

En el caso que nos ocupa, el Gobierno Nacional expidió los decretos 1609 y 2316, en ejercicio de la potestad reglamentaria, para justamente aprobar el programa de enajenación para la venta de la participación accionaria que tiene en Isagén y fijar el precio de las acciones dispuestas para la venta. Como se verá más adelante, el Decreto 1609 fijó las reglas para llevar a cabo el proceso de enajenación, pues así lo autoriza el artículo 6° de la Ley 226, norma que lo faculta para fijar, en general, el procedimiento de enajenación. Por su parte, el artículo primero del Decreto 2316 terminó fijando el precio de la acción.

Pero ocurre que el Decreto 1609 también tiene un componente concreto y particular claramente discrecional: la decisión del Gobierno Nacional de desprenderse de las acciones que posee la Nación en Isagén para destinar los recursos a proyectos de infraestructura vial, decisión que quedó plasmada en el artículo primero.

Aquí, la Sala se detiene en lo siguiente:

En la segunda cuestión preliminar se explicó que son cinco los elementos del acto administrativo y del reglamento: **(i)** el órgano competente; **(i)** las formas y

procedimiento; **(iii)** el motivo y motivación; **(iv)** la finalidad, y **(v)** el objeto o contenido.

Casi todos los elementos del acto administrativo o reglamento son reglados, no así, en muchos casos, el contenido u objeto del acto, que suele tener un componente de discrecionalidad, esto es, de libre configuración por parte del funcionario u órgano que los dicta²⁶.

En efecto, el elemento relacionado con la competencia formal de los órganos que expiden los actos administrativos es un elemento de tipo reglado. La ley o los reglamentos deben atribuir la competencia a los órganos públicos y no es posible pensar que, a mera discreción, un agente de la administración asuma el conocimiento y decisión de los variados negocios que resuelve el Estado.

La forma y el procedimiento también es un elemento reglado. Las leyes y los reglamentos suelen indicar claramente los trámites y el sendero obligado que deben seguirse para expedir un acto administrativo. Un agente de la administración no es libre ni autónomo para elegir en el camino qué formas y qué procedimientos sigue y cuáles otros desecha o deja de observar, sin perjuicio del principio de autotutela administrativa para imponerse trámites y plazos cuando la ley lo permita.

El elemento relacionado con los motivos que tiene la administración para dictar el acto administrativo o reglamento, esto es, la situación fáctica que debe estudiar la administración para adoptar la decisión administrativa, tampoco es propiamente un asunto discrecional. No puede un agente del Estado, a discreción, crear una situación fáctica, suponer un hecho que no existió o no darle a ese hecho el efecto y alcance que debiera tener. Otra cosa pasa con la valoración de los hechos, que sí puede ser sometida a un juicio en el que surge cierto margen de apreciación en cabeza del agente para medir el alcance de esa situación fáctica. Este juicio sobre

²⁶ Sobre el tema, García de Enterría, en *Lucha Contra las Inmunidades de Poder* (1983:24), dice:

La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, en fin, la competencia para ejercitarla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados. Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y, en fin, el fondo parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues, a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (por ejemplo, ascenso por elección entre funcionarios, pero dentro del primer tercio de la escala de la categoría inmediatamente anterior, o entre los que tengan tantos años de antigüedad o tales cualificaciones).

los hechos se traducirá luego en el contenido del acto, esto es, en la parte resolutive.

La finalidad del acto administrativo sí que resulta ser reglada. Es la ley la que traza de antemano el objetivo de la competencia. No es libre el funcionario de decidir *motu proprio* hacia dónde dirige la finalidad del acto. Si eso pasara, ocurriría un auténtico caso de desviación de poder.

En cambio, el contenido del acto, esto es, la parte resolutive, es el elemento que, en un momento dado, sí puede ser clasificado como discrecional o reglado. Si hay libertad de configuración del objeto del acto, el acto es discrecional. Eso ocurre, por ejemplo, en los casos de nombramiento libre de agentes del Estado. Y ocurre, en general, cuando la administración tiene varias opciones de decisión y cualquiera de ellas es válida. Si no hay libertad de configuración del objeto, el acto administrativo es reglado. El agente solo tiene una opción válida ante una determinada situación fáctica.

1.3.2. Del tipo de control que le corresponde ejercer a este tribunal

Quedó dicho que los decretos demandados tienen un evidente componente discrecional: la decisión del Gobierno Nacional de despojarse de las acciones que posee en Isagén para destinar los recursos de la venta a financiar proyectos de infraestructura vial, materializada en el artículo primero. Y otro componente es el componente reglamentario, en cuanto que los artículos 2 a 27 fijaron, en general, el procedimiento de enajenación. Para trazar el reglamento de enajenación el Gobierno Nacional debe seguir ciertas pautas, que son las fijadas por la Constitución y la ley. Esto es, que dentro de límites normativos, la configuración del reglamento también muestra cierto grado de discrecionalidad administrativa.

Justamente de ahí surge el siguiente interrogante: ¿cómo se controla judicialmente el componente concreto y particular de tipo discrecional y el componente reglamentario, general y abstracto, que claramente se identifican en los decretos 1609 y 2316 de 2013?

Para resolver ese interrogante, cabe recordar que, grosso modo, el control es la facultad de comparar un objeto (conducta personal, institucional, una acción, un acto, una ejecutoria, etc.) con un paradigma, un modelo o un parámetro. De esa comparación se supone que debe resultar algo, ojalá concreto: una sanción, una pena, la modificación o sustitución del objeto, el cambio de una política, el cambio normativo, etc.

Son, por lo menos, tres las clases de control que existen en cualquier Estado de derecho para vigilar la conducta y actuaciones de las autoridades públicas e incluso de los particulares: el control social, el político y el jurídico²⁷.

El llamado control social (que no es un control institucionalizado, pues no hay instituto oficial alguno para ejercerlo) lo ejerce cualquier ciudadano o cualquier organización o estamento creado para ese propósito. El control social emana directamente del ejercicio de los llamados derechos de libertad, uno de ellos está consagrado el artículo 20 de la Constitución: el derecho de libre opinión, de libre pensamiento, de libertad de información.

El resultado y eficacia de ese tipo de control suele ser incierto y, en gran medida, depende del sujeto que lo ejerza. Es fuerte si se ejerce mediante organizaciones aprestigiadas, tradicionales o cohesionadas en buscan un fin común. Pero es débil y frágil cuando se ejerce de manera individual y dispersa o cuando, a pesar de que se ejerce por un colectivo, los intereses se suelen difuminar en los intereses individuales de quienes conforman la organización.

El control político, por su parte, corresponde a la fiscalización ejercida sobre el ejecutivo y de parte de los partidos políticos que ostentan curules en los órganos de representación popular. Y ese control está radicado en el Congreso de la República y demás órganos de elección popular (las asambleas y concejos), que son los encargados de ejercerlo, en general, frente al poder ejecutivo, a través del

²⁷ Sobre el tema, puede consultarse a Manuel Aragón Reyes en: Constitución y Control de Poder. Introducción a una Teoría Constitucional del Control. Universidad Externado de Colombia. Edición marzo de 1999.

expediente de la moción de censura y debates de control político (véase el artículo 114 de la Constitución).

La finalidad del control político no es otra que la de cuestionar las ejecutorias del poder gubernamental, ora para modificarlas, ora para imponer otras políticas que resulten acordes con el ideal del bienestar común que tiene el partido político que ejerce el control. Por ejemplo: si la moción de censura se aprueba, no solo se despide un ministro, se despide la política pública censurada para que se imponga la que triunfó en el juicio político. Sucede que, a veces, del control político surgen los controles jurídicos por los hechos denunciados en un debate de control político.

Y el control jurídico, por su parte, responde básicamente al imperio de la ley. Gobernantes y gobernados están sujetos a controles de tipo jurídico. Justamente por eso el control jurídico siempre está institucionalizado, pues siempre hay un órgano competente a cargo: tribunales, superintendencias, procuradurías, contralorías, oficinas, inspecciones, fiscalías, etcétera²⁸. Además, el control jurídico se encuentra totalmente procesalizado, pues hay reglas procesales que establecen las formas propias para desencadenar ese control. Y el cartabón o parámetro de comparación no es la moral social simplemente ni el ideal político. No. El parámetro de comparación es la norma jurídica, la Constitución o la ley: el orden jurídico.

Y el resultado del control jurídico se supone concreto y asible de alguna manera. Si se demanda una ley o un reglamento, el juez debe definir si esa norma es válida o inválida. Si denuncia un hecho como punible o como falta disciplinaria, lo esperado es que la autoridad condene o absuelva al particular o al funcionario²⁹.

²⁸ En palabras de Aragón Reyes:

Una de las notas que singulariza el control jurídico es que su parámetro está formado por normas de derecho que resultan indisponibles para el agente que realiza el control. Esto es, parámetro jurídicamente objetivado, y, en consecuencia, indisponible y preexistente. El carácter 'subjetivo' del control político supone, exactamente todo lo contrario (...). Op. cit. pág. 112.

²⁹ El autor citado dice:

Aquí el órgano controlante (control judicial) no limita sino que asegura la vigencia de limitaciones fijadas de manera objetiva ("normativizada") por el derecho. Al aplicar no su voluntad sino la voluntad de la norma, en el ejercicio del control, está obligado, necesariamente, a sancionar la contradicción entre el objeto controlado y el parámetro jurídico a que ha de adecuarse. Op. cit. págs. 102-103.

Interesa destacar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce un control judicial en el ámbito de lo jurídico para juzgar, entre otros: los contratos estatales, los reglamentos y los actos administrativos. Esto es, si todos los elementos que componen esas figuras están acordes con las normas a las que les deben sujeción.

Lo dicho anteriormente sirve para decir que, por obvias razones, en este tipo de control no se juzgan digamos políticamente o socialmente las ejecutorias a cargo de los distintos agentes del Estado, así esas ejecutorias estén contenidas en reglamentos o actos administrativos. Se ejerce un control estrictamente jurídico para verificar la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico al que deben sujeción.

Frente al componente discrecional de los actos demandados, en este caso, a este tribunal le compete decidir si el contenido y el fin de la decisión está fundado en las normas que habilitan al Gobierno Nacional para adoptar la decisión de enajenar el activo que le pertenece, esto es, se trata de definir si la decisión administrativa y el fin perseguido es acorde con el interés público en el marco del orden jurídico ya establecido.

Y esa forma de control parte por aceptar que aún el ejercicio de la potestad discrecional debe sujeción al ordenamiento jurídico, que es el que finalmente suele definir los elementos básicos que permiten ejercerla. Además, es pertinente el estudio de los hechos determinantes (esto es, el examen de la realidad del supuesto fáctico que permite la decisión)³⁰ y la razonabilidad del contenido de la decisión.

³⁰ Sobre el tema, en Curso de Derecho Administrativo, Eduardo García de Enterría (2013:15) explica:

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (existencia de la vacante, aparcamiento en lugar prohibido, etc.) y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y otra. La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

(...)

Esta facilidad en orden a la práctica de cualquier clase de pruebas hace perfectamente viable un control pleno de la exactitud de los hechos determinantes de la decisión y, a través de él, del correcto uso de los poderes discrecionales de la Administración, que, cualquiera que sea su efectivo alcance, sólo pueden operar cuando se producen las concretas circunstancias de hecho previstas en la norma que atribuye tales poderes.

De modo que si el componente discrecional del acto por juzgar pretende cumplir la finalidad de la norma que lo autoriza, si los hechos determinantes están bien acreditados y el contenido del acto es razonable, la decisión discrecional que haya tomado la administración sale avante. No le es permitido al juez sustituir a la administración, en esas condiciones, para adoptar o suponer que era necesario tomar la decisión que el juez cree ahora más acertada (lo que García de Enterría llama «*libre estimación alternativa por los jueces*»³¹), pues eso terminaría por aniquilar o anular la potestad discrecional propia del gobierno. El juez está obligado a respetar el ámbito de autonomía en el que en muchos casos se debe mover la administración.

Es obvio que, en el sub lite, a la Sala le corresponde estudiar en esos términos los decretos demandados.

No se ejercerá control frente a la incidencia económica ni la afectación futura y aún incierta de las finanzas públicas por la enajenación de las acciones en cuestión. Es decir, no se trata de un juicio para examinar desde un punto de vista extrajurídico si es correcta y conveniente la política de enajenación de un activo para invertir en infraestructura vial. La Sala se ocupará únicamente de establecer si la decisión de enajenar las acciones de Isagén se ajusta al marco normativo general que autoriza al Gobierno Nacional a tomar una decisión de ese tipo. Si esto es así, el cumplimiento de las normas constitucionales y legales presupone incluso la conformidad de la decisión juzgada con el interés público.

Tampoco es un juicio frente a la gestión fiscal de los recursos que obtenga el Gobierno Nacional como consecuencia de la enajenación. De hecho, ese tipo de control jurídico corresponde a la Contraloría General de la República, pero una vez el proceso culmine y tenga los elementos de juicio suficientes.

³¹ García de Enterría, en *Democracia, Jueces y Control de la Administración* (2005:152), expone:

(...) un control judicial de la discrecionalidad, y en particular el que abre —y obliga— el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración, ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a éste. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho — concepto este último que por sí solo remite a los principios generales—, así como la de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios generales del Derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los Tribunales de justicia (...)

A través de ese control, por tanto, no incurrir los jueces en ningún exceso en su función, sino que actúan el riguroso officium iudicis, de acuerdo con el papel que a este oficio asigna la Constitución misma y de acuerdo también con el sentido actual más depurado de la aplicación del Derecho y de la función judicial.

Y en cuanto al control del componente reglamentario de los decretos demandados, la Sala debe decir que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica abstracta y general creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley a los casos mediante la estipulación de trámites, procedimientos, plazos y todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deban cumplir.

En el sub lite, para controlar ese componente la Sala verificará, en los términos propuestos en la demanda, si el programa diseñado para la enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén cumplió con los parámetros de la Ley 226, que establece las reglas para llevar a cabo la venta. Esto es, se trata de establecer que la libertad de configuración del Gobierno Nacional no exceda los límites previstos en esa ley y en la propia Constitución.

Queda, pues, definido el interrogante y así establecido el tipo de control que ejercerá: se trata de un control jurídico, de tipo estrictamente judicial, que no político ni social, frente a las normas que aprobaron el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén y a partir de los argumentos propuestos oportunamente por las partes y terceros.

2. CUESTIÓN DE FONDO

2.1. Hechos probados

La Sala destaca los siguientes hechos probados, que son relevantes para decidir:

- 2.1.1.** Isagén fue creada en 1995, a partir de la escisión de Interconexión Eléctrica S.A. –ISA, como una empresa de servicios públicos mixta, constituida en forma de sociedad anónima, de carácter comercial y del orden nacional³².
- 2.1.2.** El objeto social principal de la compañía es la generación y venta de energía eléctrica y la comercialización de gas natural por redes, carbón, vapor y otros elementos energéticos de uso industrial³³.
- 2.1.3.** A 31 de diciembre de 2013, la composición accionaria de Isagén era la siguiente: **i)** 57,6 % la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (representativo de 1.571'919.000 acciones) **ii)** 14,5 % fondos de pensiones, **iii)** 12,9 % Empresas Públicas de Medellín, **iv)** 7,6 % accionistas minoritarios, y **v)** 7,4 % accionistas extranjeros³⁴.
- 2.1.4.** A 31 de diciembre de 2013, de acuerdo con información reportada por la Contaduría General de la Nación, el patrimonio de Isagén estaba valorado en \$4.029.450.255.000³⁵.
- 2.1.5.** Isagén es la tercera generadora del país y contribuye en un 16,9 % en la demanda de energía eléctrica del Sistema Interconectado Nacional –SIN– que para 2013 fue de 60.890 GWh (gigavatio hora)³⁶.
- 2.1.6.** Durante el año 2014, Isagén generó una utilidad neta de \$436.538.000.000³⁷. De esa utilidad \$251.733.952.000 le correspondieron a la Nación³⁸.
- 2.1.7.** A noviembre de 2013, Isagén tenía 631 trabajadores, de los que 94 pertenecían al nivel directivo. Además, 149 era el número de pensionados³⁹.
- 2.1.8.** En ejercicio de la potestad reglamentaria y de las competencias propias del Gobierno como titular de las acciones y, en especial en aplicación del artículo 6 de la Ley 226, el Gobierno Nacional, a través de los ministerios de

³² Folios 631 a 641 del expediente 21025.

³³ Ibidem.

³⁴ <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicafiscal/marcofiscalmedianoplazo/MF2014/06182014-Marco-Fiscal-de-Mediano-Plazo-2014.pdf.pdf>

³⁵ Folio 523 del expediente 20946.

³⁶ <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicafiscal/marcofiscalmedianoplazo/MF2014/06182014-Marco-Fiscal-de-Mediano-Plazo-2014.pdf.pdf>

³⁷ Folio 669 del expediente 20946.

³⁸ Folio 523 del expediente 20946.

³⁹ Folio 567 del expediente 20946.

Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, aprobó el programa de enajenación de las 1.571'919.000 acciones que la Nación posee en Isagén, lo que supuso obviamente la decisión de vender tales acciones.

2.1.9. En términos generales, el programa de enajenación está constituido por dos grandes etapas: la primera destinada a ofrecer las acciones a destinatarios de las condiciones especiales. La segunda dirigida a los demás interesados que cumplan ciertas condiciones.

2.1.10. Inicialmente, el precio de la acción se fijó en \$2.850, de acuerdo con el artículo 6.2 del Decreto 1609.

2.1.11. El programa de enajenación estaba estructurado para llevarse a cabo en un año, contado a partir del 30 de julio de 2013.

2.1.12. Mediante el artículo primero del Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013, el Gobierno Nacional aumentó el precio de la acción inicialmente fijado y quedó en \$3.178.

2.1.13. La primera etapa del proceso de enajenación está agotada, pues la oferta pública culminó el 20 de enero de 2014. Se adjudicaron 1.428.233 acciones, así: a trabajadores activos de Isagén: 1.034.059; a pensionados de Isagén: 57.305; a fondo de empleados: 311.696; a entidades cooperativas: 27.173 (ver folio 618 del expediente 21025).

2.1.14. La subasta para la segunda etapa fue programada para el 19 de mayo de 2015.

2.1.15. Mediante Decreto 1512 del 12 de agosto de 2014, el Gobierno Nacional prorrogó por un año más, contado a partir del 24 de septiembre de 2014, el término de vigencia del programa de enajenación, que vencería el 24 de septiembre de 2015.

2.2. Planteamiento de los problemas jurídicos

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala decidir sobre la nulidad de los decretos 1609 y 2316 de 2013, cuyo contenido fue reseñado en la primera parte de esta sentencia. En los términos de la fijación del litigio, la Sala debe definir:

- Si el Decreto 1609 es nulo por desconocer el criterio de la sostenibilidad fiscal, previsto en el artículo 334 de la Constitución Política.
- Si el Decreto 1609, en tanto aprobó el programa de enajenación de un activo accionario, afecta de manera negativa las finanzas del Estado y, por tanto, desconoce la regla fiscal. Si, además, desconoce las normas constitucionales y legales que regulan la expedición y ejecución del presupuesto público.
- Si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público era el competente para diseñar y expedir el programa de enajenación de las acciones de Isagén.
- Si el Gobierno Nacional acató el procedimiento para la enajenación de activos accionarios, previsto en la ley, en especial, en la Ley 226.
- Si el artículo 8 del Decreto 1609 estableció condiciones no autorizadas frente a los destinatarios de condiciones especiales, en detrimento de los principios de democratización y preferencia, establecidos en el artículo 60 de la Constitución, que fue desarrollado por los artículos 2 y 3 de la Ley 226.
- Si fue legal el procedimiento para ajustar el precio de la acción de Isagén inicialmente establecido por el Decreto 1609 y si, además, ese ajuste desconoce los derechos de los destinatarios de condiciones especiales.

Para abordar y resolver todas esas cuestiones, que quedaron planteadas en la audiencia inicial y las partes aceptaron, la Sala formula los problemas jurídicos, que, valga la pena resaltar, se van a presentar desde una perspectiva inductiva, en cuanto que el estudio de esas cuestiones iniciará de los puntos más particulares planteados en las demandas hasta llegar a puntos más generales, como si, por ejemplo, los decretos acusados habrían violado las normas relacionadas con la sostenibilidad fiscal, la regla fiscal y la inclusión en el plan de inversiones del plan nacional de desarrollo. En ese orden, la Sala propone los problemas jurídicos siguientes:

I. ¿El Gobierno Nacional estaba facultado para decidir sobre la enajenación de la participación accionaria que la Nación tiene en Isagén?

II. ¿El programa de enajenación de Isagén desconoció los principios de democratización y preferencia, al establecer, en el artículo 8 del Decreto 1609, condiciones no autorizadas en la Ley 226 para las personas naturales destinatarias de condiciones especiales? (Recuérdese que la discusión planteada en una de las demanda versa sobre las supuestas restricciones a las personas naturales, como se precisó en los antecedentes).

III. ¿El programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén desconoce el principio de protección al patrimonio público?

IV. ¿El programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén desconoce el principio de continuidad del servicio público que presta Isagén?

V. ¿El diseño y aprobación del programa de enajenación de participación accionaria que la Nación posee en Isagén cumplió el procedimiento previsto en la Ley 226, en relación con los siguientes aspectos: **i)** la competencia para expedir los decretos, **ii)** el envío del diseño del programa al Defensor del Pueblo, **iii)** la presentación del programa al Congreso de la República y **iv)** la fijación del precio?

VI. ¿La decisión de enajenar la participación accionaria de Isagén desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal?

VII. ¿La decisión de enajenar la participación accionaria de Isagén desconoce la regla fiscal?

VIII. ¿La enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén debía incluirse en el plan de inversiones del plan nacional de desarrollo?

2.3. Solución a los problemas jurídicos

2.3.1. ¿El Gobierno Nacional estaba facultado para decidir sobre la enajenación de la participación accionaria que la Nación tiene en Isagén?

La facultad del Estado para enajenar activos está prevista de manera general en el artículo 60 de la Constitución Política, que establece:

ARTÍCULO 60. *El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.*

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

La Corte Constitucional ha explicado que el artículo 60 de la Carta Política instituye dos mandatos: un principio que se desprende del primer inciso de la norma, que está referido al deber que tiene el Estado de promover el acceso a la propiedad privada. Y una regla, que desarrolla ese principio, consagrada en el inciso segundo, relacionada con el derecho de preferencia que tienen los trabajadores y las organizaciones solidarias en los procesos de privatización. Esa regla, además, materializa los principios de promoción de la participación de los trabajadores en las empresas y el estímulo a las formas asociativas y solidarias de propiedad. Sobre este aspecto, ese tribunal ha precisado:

La Constitución, al adoptar la fórmula política del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), propugna por la democratización de la propiedad, que tiene como objeto generar condiciones propicias para permitir que ciertos grupos tengan acceso a ésta más fácilmente⁴⁰. Esta opción constitucional se materializa en diversas normas constitucionales, y en especial en el artículo 60 de la Carta, el cual, como esta Corte lo ha señalado⁴¹, contiene dos mandatos diferenciados, pues simultáneamente establece un principio general y una regla. Así, el inciso primero establece el principio según el cual es obligación del Estado facilitar y promover el acceso a la propiedad. Y seguidamente, el inciso segundo del mismo artículo desarrolla ese principio, por medio de una regla especial, ya que consagra un derecho preferencial de los trabajadores y de las organizaciones solidarias, en la enajenación que haga el Estado de su participación en alguna empresa en la cual tenga parte.

(...)

⁴⁰ Cf. Sentencia C-074 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón. La cita a pie de página original corresponde al número 2.

⁴¹ Ver sentencias C-392 de 1996 y C-632 de 1996. La cita a pie de página original corresponde al número 3.

La regla del inciso segundo tiene como objetivo desarrollar de manera específica los principios de democratización de la propiedad, promoción de la participación de los trabajadores en las empresas y estímulo a las formas asociativas y solidarias de propiedad (CP arts 57, 58 y 60), y para ello la disposición eleva a rango constitucional una obligación estatal específica⁴².

En relación con la regla prevista en el inciso segundo del artículo 60 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha dicho que al legislador le corresponde establecer, de manera autónoma, las condiciones para facilitar el acceso a la propiedad por parte de los trabajadores y las organizaciones solidarias en los procesos de enajenación de la participación accionaria de la Nación, así:

Ese precepto superior ordena entonces que la ley reglamente las circunstancias dentro de las cuales se llevará a efecto este mandato, respecto de lo cual sólo señala que las acciones que se pretenda enajenar deberán ofrecerse bajo condiciones especiales a los trabajadores de la empresa cuya propiedad total o parcial se ha decidido vender, así como a las organizaciones solidarias y de trabajadores, quedando a criterio del legislador la definición de todos aquellos aspectos no expresamente determinados por esta regla constitucional, entre ellos cuáles tipos de entidades encuadrables dentro de estos criterios serán objeto de tal ofrecimiento.

Así las cosas, corresponde al Congreso determinar de manera autónoma todos aquellos aspectos relacionados con el ofrecimiento y venta de la participación accionaria del Estado, a través de reglas que deberán ser aplicadas siempre que aquél, por conducto de las autoridades y funcionarios competentes, decida la enajenación de alguna de tales participaciones. Como única excepción a esa libertad normativa aparece la ya referida necesidad de que la ley contemple dentro de los destinatarios de la oferta en condiciones especiales a los empleados de la entidad que por ese proceso se privatiza, así como a otras organizaciones, aquellas que puedan considerarse solidarias y de trabajadores⁴³.

En términos similares, el Consejo de Estado ha señalado que el propósito del artículo 60 de la Constitución Política es dar fuerza a fines específicos del Estado social de derecho, tales como la función social de la propiedad, el impulso de la propiedad asociativa, la promoción del acceso a la propiedad y el estímulo de los trabajadores para que participen en la gestión de las empresas⁴⁴.

Por igual, el Consejo de Estado ha explicado que el artículo 60 de la Constitución Política elevó a la categoría de principio la promoción de la propiedad (inciso 1º) y, para darle una aplicación efectiva, introdujo la regla de democratización,

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2001.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-393 de 2012.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA. C.P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. 13 de noviembre de 2008. Radicación: 11001032700020050004900 (15685).

consistente en otorgarle acceso preferente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias en los procesos de enajenación de activos accionarios⁴⁵.

En particular, sobre la regla de democratización, el Consejo de Estado ha advertido que *«se inscribe dentro de la tendencia contemporánea de privatizar una serie de actividades que, décadas atrás, en desarrollo de políticas de intervención económica y también de fomento sectorial, el Estado había asumido, mediante la constitución o la inversión en empresas industriales, comerciales o financieras, de interés para el desarrollo del país o la producción nacional, y que ahora la Constitución Política autoriza transferir a los particulares»*⁴⁶.

Es decir, que, conforme con el artículo 60 de la Constitución Política, el Estado puede desprenderse libremente de su participación en una empresa, siempre que adopte medidas para que esa participación se ofrezca de manera preferente a los trabajadores y organizaciones solidarias, en los términos que fije la ley. Justamente la Ley 226 desarrolló el artículo 60 de la Carta Política y estableció las condiciones y las reglas para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, tal y como se explicará detalladamente más adelante.

No debe olvidarse que el primer destinatario del artículo 60 de la Constitución Política no es propiamente el Gobierno Nacional, sino el Congreso de la República que, mediante leyes, como la Ley 226, permite garantizar el principio previsto en ese artículo. De modo que es la ley, cuyo control está a cargo de la Corte Constitucional, la que tiene el mayor rango de acción para establecer las condiciones en que debe cumplirse la democratización accionaria del Estado. Luego el Gobierno Nacional, en lo de su competencia, es el encargado de adoptar la decisión específica, mediante los instrumentos jurídicos propios del derecho administrativo e incluso del derecho privado, según sea el caso.

En el sub judice, la Sala advierte que el Gobierno Nacional sí estaba facultado para adoptar la decisión de enajenar su participación accionaria en Isagén —

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P.: GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS. 9 de octubre de 2003. Radicación: 1513.

⁴⁶ *Ibidem*.

decisión que finalmente fue adoptada por el artículo 1 del Decreto 1609—, como pasa a explicarse a continuación.

El documento Conpes 3281 del 19 de abril de 2004⁴⁷ estableció una estrategia para el aprovechamiento de recursos públicos, para cumplir, entre otras, las siguientes finalidades: **I)** sanear las finanzas públicas, **II)** propiciar los programas de democratización de propiedad accionaria, **III)** fortalecer el mercado de capitales, **IV)** obtener recursos para destinarlos a las finalidades del Estado y **V)** promover el desarrollo regional.

En concreto, como una de las formas para lograr esos objetivos, el Conpes 3281 recomendó adelantar una estrategia coordinada entre las diferentes entidades estatales para identificar los activos de la Nación que podrían ser objeto de aprovechamiento o enajenación. El artículo primero del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 (acto acusado) se enmarca dentro de este objetivo, en cuanto demuestra la decisión del Gobierno Nacional de enajenar el activo radicado en Isagén.

Las anteriores recomendaciones fueron reiteradas en el documento Conpes 3760 del 20 de agosto de 2013, en cuanto se refirió a la posibilidad de destinar recursos obtenidos de la enajenación de activos a la financiación de proyectos de infraestructura bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales. En el capítulo de recomendaciones se señala:

Se recomienda al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de la estrategia de enajenación de los activos de la Nación, destinar los recursos de la venta de la participación accionaria en Isagen S.A. a financiar este programa; así como contemplar cualquier otra alternativa para financiar los proyectos 4G, atendiendo en cualquier caso a la

⁴⁷ El Consejo de Política Económica y Social Conpes es un organismo asesor del Gobierno Nacional en aspectos relacionados con el desarrollo económico del país. Según el artículo 2 del Decreto 627 de 1974, el Conpes cumple las siguientes funciones:

1. Servir de organismo coordinador y señalar las orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno.
2. Recomendar para adopción del Gobierno la política económica y social que sirva de base para la elaboración de los planes y programas de desarrollo.
3. Estudiar y recomendar al Gobierno, para que sean sometidos al Congreso Nacional, los planes y programas de desarrollo que le presente el Departamento Nacional de Planeación, como resultado del estudio y evaluación de los planes y programas sectoriales, regionales y urbanos elaborados por o con la intervención de los Ministerios, Departamentos Administrativos y entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
4. Estudiar los informes periódicos u ocasionales que se le presenten a través de su Secretaría Ejecutiva, sobre el desarrollo de los planes, programas y políticas generales sectoriales, regionales y urbanos, y recomendar las medidas que deban adoptarse para el cumplimiento de tales planes y programas.
5. Estudiar y definir las bases de los programas de inversión y de los gastos públicos de desarrollo sobre los cuales debe elaborarse el proyecto de presupuesto que el Gobierno presente a la Consideración del Congreso Nacional.
6. Aprobar o improbar el otorgamiento de garantías por parte de la Nación o préstamos externos.
7. Las demás que le hayan sido señaladas o se le señalen por otras disposiciones de carácter legal.

evolución de los ingresos de la Nación y asegurando que el desarrollo de dichos proyectos no aparte a la Nación de una deuda sostenible en el mediano plazo definida en el Marco Fiscal a Mediano Plazo.

En la misma dirección, el artículo 260 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010–2014, había establecido, antes de la expedición del Decreto 1609, que «*El Gobierno Nacional definirá los instrumentos necesarios para garantizar la adecuada administración, representación y tenencia de la participación accionaria de las entidades estatales del orden nacional*». De hecho, en el documento Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010 -2014⁴⁸, se explicó de manera más específica que el Gobierno Nacional debe:

*Estructurar una política que modernice la gestión de los activos de la Nación. Para ello será importante tener, definir la estrategia de activos de la nación (mantener, vender, consolidar, etc.); definición del rol de la Nación en la gestión de sus activos; definición de estándares de Gobierno Corporativo; definición de parámetros de seguimiento a la gestión y **al desempeño de los activos; gestión de Cartera; lineamientos para los esquemas Participación Público - Privadas (APP, concesiones, etc.)**. Se destaca.*

Lo anterior le permite a la Sala concluir que no es nulo el artículo 1 del Decreto 1609, que aprobó el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén, por cuanto la decisión adoptada hace parte de una política económica de financiación que le permite al Estado decidir discrecionalmente qué activos optimiza o cuáles otros enajena, en el ámbito de las competencias del Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional decidió discrecionalmente desprenderse de las acciones de Isagén y la Sala advierte que el ejercicio de esa facultad es legítimo y válido a la luz de los mandatos generales que habilitan al Estado para decidir la forma en que obtiene recursos para financiar proyectos de infraestructura, en el marco de una determinada política económica.

La Sala insiste en que no le corresponde examinar el alcance ni la conveniencia de esa política económica, sino que basta establecer que la decisión esté conforme con los mandatos generales que habilitan al Estado a vender uno u otro activo.

El problema jurídico consistente en determinar si el Gobierno Nacional estaba o no facultado para decidir sobre la enajenación de esa participación accionaria, tiene

⁴⁸ Conforme con el artículo 2 de Ley 1450 de 2011, el documento Bases del Plan Nacional de Desarrollo hace parte de la ley del plan nacional de 2010 -2014.

una respuesta afirmativa, según lo que se deja expuesto. Conforme con determinadas políticas públicas, el Gobierno Nacional puede decidir, a discreción, qué activos enajena y qué otros se reserva y los optimiza.

El control jurídico normativo sobre este aspecto discrecional no puede tener más límites que el de la Constitución, la Ley 226 y la razonabilidad, medida en una relación de proporcionalidad de medio a fin⁴⁹. Ningún elemento hay en el expediente del que se pueda deducir que el Gobierno ha usado esta competencia de forma irracional o desproporcionada. De hecho, los actores no aportaron prueba contundente en tal sentido.

Se insiste: el control fiscal o el control político o aún el control social sobre esa decisión no es del resorte de la acción de nulidad simple ni de la acción de nulidad por inconstitucionalidad incluso, pues son acciones para ventilar la conformidad de decisiones administrativas con normas preexistentes contenidas en la Constitución y la ley.

Por último, cabe resaltar que, de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y pueden prestarse por el Estado, directa o indirectamente, por intermedio de comunidades organizadas, o por particulares. Pero el Estado conserva las atribuciones de regulación, control y vigilancia de dichos servicios. La Constitución claramente da la opción de escoger el modelo económico que mejor convenga en un momento determinado, opción que está a cargo del Congreso de la República y del Gobierno Nacional: del Congreso cuando aprueba los planes y programas de inversiones a que alude la propia Constitución (artículo 339) y del Gobierno cuando ejecuta e incluso cuando propone tales planes y programas.

Queda así resuelto el primera problema jurídico propuesto: es válido el artículo 1 del Decreto 1609, por cuanto el Gobierno Nacional está facultado para disponer de sus activos, siempre que atienda el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226.

⁴⁹ "El principio de proporcionalidad no es solo una norma de derecho administrativo, sino una máxima histórica del derecho público e incluso del derecho privado... sin embargo, es importante retener que la máxima de proporcionalidad conoce distintas esferas de aplicación circunstanciales al derecho administrativo, o comunes entre diversas disciplinas dogmáticas, que merecen una referencia en un estudio de estas características". SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. *EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA*. Tirant Lo Blanch. 2004. Pág. 212.

A continuación, la Sala examinará si los decretos demandados cumplieron los principios generales y el procedimiento establecidos en la Ley 226, en los términos propuestos por los demandantes y determinados por el resto de problemas jurídicos.

2.3.2. ¿El programa de enajenación de Isagén desconoció los principios de democratización y preferencia, al establecer, en el artículo 8 del Decreto 1609, condiciones no autorizadas en la Ley 226 para las personas naturales destinatarias de condiciones especiales?

El artículo 1° de la Ley 226 establece que se aplicará a los procesos de enajenación total o parcial a favor de particulares de acciones que son de propiedad del Estado y, en general, a la venta de su participación social en cualquier empresa.

Luego, la Ley 226 —artículos 2 a 5— dispone que la democratización, la preferencia, la protección del patrimonio público y la continuidad del servicio son los principios generales que rigen los procesos de enajenación de la participación accionaria del Estado.

En relación con el principio de democratización, el artículo 2 de la Ley 226 prevé que todas las personas, naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. Que, por tanto, en los procesos de enajenación se debe garantizar amplia publicidad, libre concurrencia (como también lo exige el artículo 9) y establecer procedimientos que promuevan la masiva participación.

Sobre el principio de preferencia, el artículo 3 de la Ley 226 señala que, para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se deben otorgar condiciones especiales a los denominados destinatarios de condiciones especiales, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo con el artículo 60 de la Constitución Política.

Los destinatarios de las condiciones especiales, según el referido artículo 3, son los trabajadores, extrabajadores y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades en la que esta tenga participación mayoritaria; las

asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; los sindicatos de trabajadores; las federaciones de sindicatos de trabajadores y las confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones, y las entidades cooperativas.

Entre tanto, el artículo 4 de la Ley 226 establece que la enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. Para tal fin, esa norma dispone que el recurso del balance en que se constituye el producto de la enajenación, se incorporará en el presupuesto al que pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad.

En estrecha relación con el principio de protección al patrimonio público, el inciso segundo del artículo 7 dispone que el programa de enajenación accionaria se diseñará con base en los estudios técnicos correspondientes, que determinen la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esa valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas, tales como la rentabilidad, el valor comercial de los activos y pasivos y los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación.

A su turno, el artículo 5 de la Ley 226 ordena que cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste un servicio de interés público, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 226 indica que al Gobierno Nacional le corresponde, en cada caso, decidir sobre la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional. Para el efecto, conforme con el inciso primero del artículo 7, el ministerio titular o aquel al que estén vinculados los titulares de participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá diseñar el programa, directamente o a través de instituciones públicas o privadas.

Por último, el artículo 14 de la Ley 226 ordena que el programa de enajenación que para cada caso expida el Gobierno Nacional, debe disponer de las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de la ley, esto es, los principios de democratización, preferencia, protección al patrimonio público y continuidad del servicio.

El Consejo de Estado ha descrito el alcance de los principios que rigen los procesos de privatización de la participación accionaria del Estado, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 226, en los siguientes términos:

La ley 226 de 1995 establece entre los principios generales aplicables a los procesos de enajenación de propiedad accionaria del Estado, los siguientes, a partir de los cuales se configura la noción de transparencia necesaria a los mismos:

**Democratización: implica en los términos del artículo 2º de la ley 226 de 1995, que los procesos de enajenación que el Estado decida realizar deben estar dotados de amplia publicidad, y mecanismos que estimulen la masiva participación y la libre concurrencia.*

**Preferencia: se dirige a garantizar que al sector al cual están destinadas las condiciones especiales del artículo 60 Superior, se le ofrezca el ciento por ciento de las acciones, en condiciones especiales.*

**Protección del Patrimonio Público: en virtud del cual la enajenación de la propiedad accionaria estatal se debe realizar en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. Las entidades responsables de los procesos de enajenación deben efectuar los estudios técnicos que se requieran para la valoración adecuada de los activos.*

**Continuidad del servicio: en los términos del artículo 5º de la Ley 226 de 1995 opera para proteger a los usuarios de los servicios de interés público en los casos de enajenación de la propiedad accionaria de las empresas que los prestan.*

Los principios expuestos, en concepto de la Sala, están intrínsecamente vinculados con la defensa de los derechos económicos y sociales de participación que tienen los trabajadores y el sector solidario⁵⁰.

En el caso concreto, el señor Rodrigo Toro Escobar alega que las secciones demandadas del artículo 8 del Decreto 1609 (que ya fueron reseñadas y que están identificadas en la primera parte de la sentencia) infringen los artículos 2, 3, 11 y 14 de la Ley 226, por cuanto establecieron límites no autorizados a los destinatarios de las condiciones especiales, en detrimento de los principios de democratización y preferencia, circunstancia que constituye un exceso de potestad reglamentaria. Además, alega que esas restricciones buscaban realmente que en la segunda etapa del proceso de enajenación se ofreciera el mayor número de

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, 28 julio de 2005. Radicación: 1663.

acciones a un «tercero estratégico», situación que configura una desviación de poder.

En oposición a lo anterior, la parte demandada señaló que tales limitaciones son válidas, en la medida en que tienen por objeto fundamental garantizar los principios de democratización y preferencia. En relación con la desviación de poder, dijo que se trataba de una simple conjetura sin sustento fáctico ni jurídico.

En primer lugar, la Sala debe precisar que si bien el señor Toro Escobar señala que los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1609 transgreden, en general, los principios de democratización y preferencia, lo cierto es que los argumentos están dirigidos a demostrar que menoscaban únicamente los derechos de los destinatarios de condiciones especiales que son personas naturales. Es decir, no se discute que se vulneren tales principios frente a destinatarios de condiciones especiales que no son personas naturales.

La anterior observación se hace porque el Decreto 1609 establece por separado —artículos 8 y 9— reglas para presentar aceptaciones de compra de acciones en la primera etapa que son aplicables a los destinatarios de condiciones especiales que sean personas naturales y otras para aquellos destinatarios de condiciones que no sean personas naturales.

A partir de esas precisiones, la Sala estudiará los argumentos propuestos por Rodrigo Toro Escobar.

En términos generales, el artículo 8 del Decreto 1609 señala que en la primera etapa del proceso de enajenación, y para efectos de «*promover la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las Acciones corresponda la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes e impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en los Artículos 2, 4 y 5 de la Ley 226 y el Artículo 60 de la Constitución Política*», las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales podrán adquirir acciones hasta por el menor monto que resulte de aplicar las siguientes reglas:

1. La suma equivalente al patrimonio líquido registrado en la declaración de renta.
2. La suma equivalente a cinco veces los ingresos anuales que figuren en la declaración de renta o en el certificado de ingresos y retenciones.
3. Sin perjuicio de los anteriores topes, ninguna persona natural podrá adquirir más de 2.726.072 acciones.
4. Las personas que ocupan cargos de nivel directivo en Isagén, además de las anteriores limitaciones, no podrán adquirir acciones por un monto superior a cinco veces su remuneración anual.

La Sala considera que tales condiciones, fijadas frente a las personas naturales destinatarias de condiciones especiales, no desconocen el derecho de preferencia. Todo lo contrario, esas condiciones son medidas estrictamente administrativas que adoptó el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria, para evitar conductas que resulten contrarias a los principios generales de la Ley 226, en especial, los principios de democratización y preferencia.

En efecto, el artículo 11 de la Ley 226, para hacer efectivo el mandato del artículo 3, establece que a los destinatarios de condiciones especiales se les debe garantizar lo siguiente:

1. Se les ofrecerá en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones que pretenda enajenarse.

2. Se les fijará un precio accionario fijo equivalente al precio resultante de la valoración prevista en el artículo 7º, de la presente Ley, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones. En caso de existir interrupción o transcurrido el plazo de la oferta, se podrá ajustar el precio fijo por parte del gobierno siguiendo los parámetros indicados en dicho artículo 7º.

3. La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular, o una o varias instituciones, hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una Financiación disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto del programa de enajenación, las cuales tendrán las siguientes características:

- a. *El plazo de amortización no será inferior a 5 años;*
 - b. *La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria, vigente al momento del otorgamiento del crédito,*
 - c. *El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados, para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital;*
 - d. *Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.*
4. *Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.*

De otro lado, el artículo 14 de la Ley 226 estipula que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria, está obligado a adoptar medidas para evitar las conductas contrarias a los principios generales de ley. El artículo 14 dice:

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

Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz.

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

La Corte Constitucional, al analizar este tipo de restricciones, ha precisado:

No es concebible que un proceso de venta de la propiedad accionaria pueda, a su vez, dar lugar a una peligrosa concentración de dicha propiedad, que justamente combate el proceso de democratización, o propiciar incluso manejos o conductas inadecuadas y abusivas, contrarias al espíritu de la norma, por los empleados de la empresa o de las organizaciones solidarias, como sería el de actuar como testaferros, tras un fin simplemente especulativo o de obtener un enriquecimiento sin causa, a costa del patrimonio estatal, y en favor de personas o grupos con poder económico, interesados en adquirir las acciones.

Consecuente con lo anterior, y para evitar que el proceso de democratización accionaria sufra las desviaciones apuntadas, la administración, con arreglo de la ley, está habilitada de los poderes necesarios, para imponer limitaciones razonables y justificadas a la negociación accionaria, que naturalmente conduzcan a impedir la presencia de dichas desviaciones y a evitar que se desconozca la voluntad del constituyente⁵¹. Se destaca.

En el mismo sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el precedente que en esta oportunidad se reitera⁵², ha señalado que en los procesos de enajenación de la participación accionaria de la Nación, el Gobierno Nacional puede establecer medidas puramente administrativas, que sean razonables, pertinentes y justificadas, con los siguientes propósitos:

- Evitar posibles abusos de los beneficiarios de las condiciones especiales, como la participación de testaferros, la participación con fines especulativos o para enriquecerse sin justa causa a costa del patrimonio estatal.
- Evitar la concentración de la propiedad accionaria que vende el Estado.
- Procurar que la adquisición de las acciones corresponda a la capacidad adquisitiva de los aceptantes.
- Impedir la concentración oligopólica del capital.
- Dirigir el proceso de desconcentración hacia destinatarios preferentes con el objeto de redistribuir la propiedad accionaria en venta.

La Sala considera que, en principio, el legislador es el llamado a establecer las restricciones para adquirir acciones en los procesos de enajenación. Precisamente así lo hizo el Congreso en el artículo 14 de la Ley 226, cuando dispuso que se puede limitar la negociabilidad temporal de las acciones, hasta por dos años a partir de la enajenación, y el número máximo de acciones que pueden adquirir los empleados que pertenecen al nivel directivo. Según ese mismo artículo, al

⁵¹ Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1994. En esa sentencia se estudiaron algunos apartes del Decreto 663 de 1993, «Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración».

⁵² Ver nota número 44.

En el mismo sentido, ver CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 4 de septiembre de 2008. M.P. María Inés Ortiz Barbosa. Radicado: 157369.

Gobierno Nacional, por su parte, le corresponde, en el marco de la Ley 226, adoptar las medidas administrativas en cada proceso de enajenación para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esa ley.

De cualquier forma, a juicio de la Sala, las medidas adoptadas para garantizar los principios generales de la ley no pueden desconocer las finalidades del artículo 60 de la Constitución Política y de la Ley 226, en especial, el principio de democratización y el derecho de preferencia. Esto es, el Gobierno Nacional está plenamente habilitado para fijar limitaciones en el proceso de enajenación, siempre y cuando sean razonables, pertinentes y justificadas.

Por ejemplo, en relación con las restricciones referidas al número de acciones que pueden adquirir los destinatarios de las condiciones especiales, la jurisprudencia de esta corporación ha dicho que son un mecanismo necesario para cumplir el propósito de la democratización accionaria, pues así se permite que un mayor número de personas adquirieran la propiedad estatal, se evita la concentración en manos de un solo beneficiario de condiciones especiales, al tiempo que es una medida preventiva para que las acciones no se adquieran por interpuesta persona⁵³.

En el sub lite, la Sala considera que los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1609 no desconocen los principios de democratización y preferencia. Las medidas adoptadas en esa norma son condiciones válidas y razonables para garantizar que se materialicen los principios generales de la Ley 226, al punto que en la primera etapa todas las acciones se ofrecieron de manera preferente a los destinatarios de las condiciones especiales.

Adicionalmente, esas medidas, que son propias del reglamento, esto es, propiamente administrativas, cumplen con los propósitos antes mencionados: evitar abusos de los destinatarios de las condiciones especiales, evitar la concentración de la propiedad y garantizar que esos destinatarios adquieran acciones de acuerdo con su capacidad adquisitiva. Y todo eso lo autoriza la Ley 226.

⁵³ Ibidem.

Es más, el artículo 6 del Decreto 1609 estableció condiciones especiales para la primera etapa de enajenación, en aplicación de los artículos 3 y 11 de la Ley 226, y dispuso lo siguiente: **I)** que la totalidad de las acciones se ofertarían de manera pública por un periodo no inferior a dos meses; **II)** que la acción se ofrecería a precio fijo; **III)** que se habilitarían líneas de crédito con destino a la adquisición de acciones, y **IV)** que las personas naturales podían usar las cesantías para adquirir acciones.

Entonces, es perfectamente válido que en el artículo 8 del Decreto 1609 el Gobierno Nacional haya establecido limitaciones relacionadas con el número de acciones que podían adquirir en la primera etapa las personas naturales estimadas destinatarias de condiciones especiales. Que esas limitaciones miren el patrimonio, los ingresos o un tope máximo de acciones son mecanismos razonables, justificados y pertinentes para cumplir con el propósito de la democratización de la participación accionaria, en el marco de la Ley 226. Y hubo líneas de crédito abiertas que no se usaron por los potenciales compradores de este sector⁵⁴.

No hay exceso de potestad reglamentaria por este aspecto. El Gobierno Nacional estableció limitaciones que resultan conforme con la ley que lo autoriza establecer ese tipo de medidas, en especial el artículo 14 de la Ley 226.

Fuera de lo anterior, la Sala estima que no es cierto, como lo alega Rodrigo Toro Escobar, que la totalidad del paquete accionario de Isagén no se hubiera ofrecido a los destinatarios de condiciones especiales. Las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que en la primera etapa fueron ofrecidas 1.571'919.000, correspondientes al 100 % de la participación accionaria en Isagén⁵⁵.

Lo dicho también descarta el cargo de nulidad de los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1909, referido a la desviación de poder, que propuso el señor Toro Escobar. En efecto, el Gobierno Nacional cumplió con el mandato de

⁵⁴ Ver, por ejemplo, certificación del Banco Agrario. Folio 707 vto. Expediente 21025

⁵⁵ Folios 191 y 266 del expediente 21047.

preferencia, al ofrecer la totalidad del paquete accionario en la primera etapa a los destinatarios de las condiciones especiales y disponer limitaciones que precisamente tenían por objeto hacer efectivo ese derecho de preferencia, mas no beneficiar los intereses de un «*tercero estratégico*» en la segunda etapa, como lo insinúa en la demanda.

Es más, la Sala advierte que la expresión *tercero estratégico* no representa ninguna cuestión ilegal o maliciosa. De hecho, el Decreto 1609 define lo que es un «*tercero estratégico*» así: «*significa una persona o un grupo de personas que en razón a su experiencia y condición técnica, financiera o tecnológica estén en posición de aportar sus conocimientos, goodwill o capital a ISAGÉN*».

La falta de participación y concurrencia de los destinatarios de las condiciones especiales, y en particular las personas naturales, no es un hecho imputable a la actuación del Gobierno Nacional ni mucho menos tiene origen en las medidas administrativas fijadas en los apartes demandados del artículo 8 del Decreto 1609. El Gobierno Nacional estaba obligado a establecer las condiciones en que concurrieran y así lo hizo en el Decreto 1609.

Los argumentos relacionados con la desviación de poder carecen de sustento fáctico y probatorio, al punto que no dejan de ser simples elucubraciones que, en todo caso, no logran demostrar este cargo.

En esos términos, queda resuelto ese problema jurídico. Las condiciones establecidas para las personas naturales en las secciones demandadas del artículo 8 del Decreto 1609 son medidas administrativas, dictadas para justamente garantizar los principios de democratización y preferencia.

2.3.3. ¿El programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén desconoce el principio de protección al patrimonio público?

El demandante Enrique Alfredo Daza Gamba alega que, en concreto, se desconoce el principio de protección al patrimonio público porque la decisión de vender la participación accionaria de la Nación en Isagén no está respaldada en estudios que den cuenta sobre la oportunidad y la conveniencia de adoptar esa decisión.

En oposición a ese argumento, la parte demandada señala que el principio de protección al patrimonio público quedó garantizado en la medida que se cumplió el procedimiento previo de la valoración del activo y se fijó el precio de la acción a partir de esa valoración.

Al mencionar los principios generales que rigen los procesos de enajenación del activo, la Sala se refirió al principio de protección al patrimonio público, que está regulado por el artículo 4 de la Ley 226 así:

***Artículo 4º.-** Protección del patrimonio público. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad.*

El artículo 7 de la Ley 226, por su parte, establece:

El programa de enajenación accionaria se realizará con base en estudios técnicos correspondientes, que incluirán la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esta valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación.

Según las normas previamente transcritas, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: **I)** con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y **II)** con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.

En el caso concreto, la Sala inicia por precisar que los argumentos del señor Daza Gamba no están dirigidos a cuestionar la destinación de los recursos objeto de la enajenación, ni la valoración del activo, ni la fijación del precio de la acción. El argumento que propone este demandante alude a la supuesta afectación del patrimonio público por la ausencia de un estudio de conveniencia y oportunidad

relativo a la decisión de vender las acciones de la Nación en Isagén. Esto es, formula argumentos que no están relacionados con los elementos previstos en el artículo 4 de la Ley 226, en armonía con el artículo 7 *ibídem*.

Estas normas, a juicio de la Sala, no exigen propiamente que haya un estudio *ad hoc* que determine si es conveniente y oportuno vender una determinada participación accionaria y no otra, como lo entiende el señor Daza Gamba. Lo que esas normas exigen es que la enajenación accionaria se realice con base en estudios técnicos que comprendan la valoración de la entidad, de las acciones y todas las condiciones del mercado, tal como lo señala el artículo 7 de la Ley 226. Y esos estudios sí existieron y fueron los estudios que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta para decidir la venta y el precio de la acción.

En efecto, tal y como lo expuso la parte demandada, el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén se realizó a partir del avalúo técnico-financiero elaborado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinanzas Banca de Inversión.

Mediante convenio interadministrativo 194081 (adicionado por el Otrosí N° 7 del 19 de diciembre de 2008), el Gobierno Nacional encargó a Fonade para que realizara la gerencia del programa de aprovechamiento de activos y enajenación de participaciones de la Nación, particularmente para la participación accionaria que la Nación tiene en Isagén.

Fonade, a su vez, contrató a la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink para diseñar, estructurar, presentar e implementar el proceso de enajenación de la participación de la Nación en Isagén.

Según la valoración efectuada por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink, el valor de la acción de Isagén, a 31 de diciembre de 2013, de acuerdo con el sistema de flujo de caja libre operativos descontados, estaba ubicado en un rango entre \$2.224 y \$3.178⁵⁶. Así mismo, y según da cuenta la misma valoración, al 29 de julio de 2013 el precio de mercado de la acción, que se tuvo como referencia, era \$2.850. Esa valoración da cuenta de las siguientes conclusiones:

⁵⁶ Folios 266 del cuaderno de trámite de la medida cautelar del expediente 21025.

- Si bien existen varios factores que pueden afectar el resultado de cualquier proceso, a la fecha se han presentado un número de indicaciones interés de alta calidad que podían generar una tensión competitiva significativa
- La determinación del precio final dependerá, entre otras cosas de:
 - Que los participantes reciban un grado alto de competencia en el proceso.
 - Que la compañía cumpla cómodamente con las expectativas del resultado de corto plazo.
 - Que el proyecto Sogamoso siga cumpliendo con los hitos principales del cronograma de construcción.
 - Un ambiente político que le dé confianza a los inversionistas para alcanzar niveles de rentabilidad consistentes con aquellas alcanzadas por otros en el mercado colombiano.
- Si estas condiciones se cumplen, la Unión Temporal considera que alcanzar una valoración igual o superior a COP \$3,178 podría ser posible.

De igual forma, Valfinanzas Banca de Inversión, contratada para que rindiera un concepto técnico independiente sobre la valoración realizada por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink concluyó:

Conforme con el análisis realizado, la consistencia del modelo de valoración, la razonabilidad de los supuestos, el análisis de múltiplo de mercado y transacciones comparables y la aplicación razonable de la metodología de flujo de caja libre descontado, Valfinanzas concluye que el rango de valor por acción de ISAGEN S.A. E.S.P. de \$2.400 y \$2.800 (valor a 1 de enero de 2014), responde a los criterios metodológicos y de negocios razonables.

Por lo anterior, Valfinanzas emite concepto favorable a la valoración de ISAGEN S.A. Desarrollada por la unión temporal Credit Suisse – Inverlink⁵⁷.

La Sala advierte, a partir de la valoración del activo, que el artículo el 6.2 del Decreto 1609, inicialmente estableció que el precio fijo por acción en la primera etapa era de \$2.850. Y que en la segunda etapa esos \$2.850 serían el precio mínimo de la acción, que podía ser ajustado con el IPC, según los meses que transcurrieran entre la expedición del decreto y la adjudicación de la segunda etapa.

El precio inicial fue finalmente fijado por el artículo primero del Decreto 2316 en \$3.178, que, en los términos del Decreto 1609, es el precio fijo de la acción de la primera etapa y el precio base para iniciar la subasta en la segunda etapa.

Por todo lo anterior, si la Sala se preguntara si existe o no un estudio de conveniencia para vender Isagén a los precios que el Gobierno Nacional fijó y mediante la programación que diseñó en el Decreto 1609, la respuesta es afirmativa, y en franca contradicción con lo que afirma el actor Daza Gamba. Pero si la Sala hace el esfuerzo por entender que lo que el actor habría querido es un estudio de conveniencia que demostrara que el Gobierno Nacional bien podía

⁵⁷ Folios 284 del cuaderno de trámite de la medida cautelar del expediente 21025.

escoger otros activos y no los radicados en Isagén, pues ese estudio no lo exige la ley ni es pertinente.

En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas.

Queda así resuelto el problema jurídico relacionado con la eventual vulneración del principio de protección al patrimonio público, en los términos propuestos por el señor Daza Gamba.

2.3.4. ¿El programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén desconoce el principio de continuidad del servicio público que presta Isagén?

Los coadyuvantes de la demanda del expediente 20946 señalaron que el Decreto 1609 vulnera el artículo 5 de la Ley 226 porque en el proceso de enajenación no se adoptaron las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio de generación de energía. Que, además, la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén pondría en riesgo la sostenibilidad energética del país.

En oposición a esos argumentos, la parte demandada dice, en concreto, que en el programa de enajenación sí se adoptaron medidas para garantizar la continuidad del servicio, conforme lo dispuso el artículo 14 del Decreto 1609.

Para resolver esta cuestión, conviene decir que el artículo 5 de la Ley 226 establece que *«cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste un servicio de interés público, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio»*.

Como se sabe, el objeto social de Isagén es la generación y venta de energía eléctrica y la comercialización de gas natural por redes, carbón, vapor y otros elementos energéticos de uso industrial. Esto es, la empresa presta servicios públicos y, por tanto, el Gobierno Nacional estaba obligado a adoptar medidas

para justamente garantizar la continuidad del servicio. Y así lo hizo en los reglamentos del proceso y en el artículo 14 del Decreto 1609, que dispone:

Artículo 14. Continuidad en el servicio. Con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios que presta ISAGEN, ésta deberá contar con un operador que reúna los requisitos mínimos de idoneidad, experiencia y capacidad técnica, operativa y financiera que se señalen en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida en cada etapa para tal fin. Para efectos del presente decreto, dicho operador se denominará "Operador Idóneo".

Parágrafo 1°. En el evento en que la mayoría de las acciones de ISAGEN sea adquirida por los Destinatarios de las Condiciones Especiales, se deberá dar cumplimiento a lo que expresamente se incluya en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa, en relación con el Operador Idóneo.

Parágrafo 2°. Quien adquiera las Acciones durante la Segunda Etapa deberá asimismo, dar cumplimiento a lo que expresamente se incluya en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Segunda Etapa para garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

Por su parte, el reglamento de la primera etapa del proceso de enajenación señala que, con el fin de garantizar la eficiente y continua prestación del servicio público domiciliario a cargo de Isagén, los destinatarios de condiciones especiales serían calificados como inversionistas especializados si adquirieran más del 50 % de las acciones en venta, caso en el que los aceptantes (esto es, los compradores de las acciones) deberían designar un «operador idóneo» que ofreciera asistencia técnica para no afectar la prestación del servicio, así:

Con el fin de garantizar la eficiente y continua prestación del servicio público domiciliario a cargo de ISAGEN, en el evento en que los Destinatarios de las Condiciones Especiales adquieran más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones en circulación de ISAGEN como consecuencia de su participación en la Primera Etapa, y por ende adquieran la calidad de Inversionistas Especializados, los Aceptantes Adjudicatarios de conformidad con lo indicado en el presente numeral, deberán seleccionar a un operador idóneo que cumpla con las condiciones indicadas en el numeral 5.19 del presente Reglamento con el fin de que éste celebre con ISAGEN un contrato de asistencia técnica para la operación y mantenimiento de ISAGEN el cual deberá cumplir con los requisitos mínimos establecidos en el Anexo 3 del presente Reglamento (el "Operador Idóneo").

El reglamento, además, detalla, en extenso, las condiciones técnicas, financieras, regulatorias y jurídicas que debe tener el operador idóneo designado por los aceptantes. En todo caso, esa designación debe aprobarla el comité técnico de que trata el artículo 22 del Decreto 1609⁵⁸.

⁵⁸ Según el artículo 22, el Comité Técnico está conformado por: i) un representante permanente de la Presidencia de la República; ii) un representante permanente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; (iii) un representante permanente del Departamento Nacional de Planeación, y (iv) un representante de los ministerios en los cuales se encuentren incluidos directa o indirectamente los activos sujetos de aprovechamiento y enajenación, que este caso es un representante permanente del Ministerio de Minas y Energía.

A ese comité le corresponde:

- (i) Recomendar al Comité de Dirección la estrategia de enajenación que quedará contemplada en el reglamento de enajenación y adjudicación que proponen expedir para cada una de las etapas y sus respectivos adendos.
- (ii) Coordinar la oferta de las Acciones durante la Primera Etapa y Segunda Etapa
- (iii) En general, todas aquellas funciones incluidas en los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para cada una de las etapas, que le corresponden como órgano coordinador del proceso.

Por su parte, el reglamento de la segunda etapa estableció un proceso de preclasificación, previo a la subasta que tiene por objeto validar y calificar a todos los interesados que cumplan con los requisitos técnicos, financieros y regulatorios para intervenir en el proceso de enajenación. En particular, el reglamento de la segunda etapa establece que:

Los Interesados deberán demostrar que reúnen los siguientes requisitos técnicos y financieros: (1) ser propietario durante los últimos tres (3) años contados desde la Fecha de Adjudicación, de una compañía con activos de generación eléctrica hidráulica con una capacidad instalada total de por lo menos quinientos mega watts (500 Mw); y (2) tener un patrimonio de por un monto de al menos quinientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 500.000.000). En caso en que el Interesado no cumpla con el requisito técnico establecidos en el presente numeral 5.2.1(i)(a)(1), deberá presentar un único contrato de asistencia técnica para la operación y mantenimiento de ISAGEN suscrito con el Tercero Operador Idóneo en las condiciones previstas en el numeral 5.2.2 del presente Reglamento.

En esas condiciones, la Sala estima que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional son suficientes y necesarias para garantizar la continuidad del servicio que presta Isagén, en cuanto se prevén reglas para que se contrate un operador idóneo si, en la primera etapa, los destinatarios de las condiciones especiales adquirieran más del 50 % de las acciones en circulación de Isagén. Por igual, en el proceso de enajenación se establecieron requisitos para participar en la segunda etapa, relacionados con experiencia técnica en el sector energético y capacidad financiera.

La Sala debe precisar que, en todo caso, el objeto social de la compañía se seguirá desarrollando, independientemente de la composición accionaria, lo que, sin duda, garantiza la continuidad del servicio que presta Isagén. Además, como ya se explicó, es válido, conforme con el artículo 365 de la Constitución, que los servicios públicos sean prestados por particulares, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado.

En esos términos, se resuelve el problema jurídico relacionado con la vulneración al principio de continuidad del servicio.

2.3.5. ¿El diseño y aprobación del programa de enajenación de participación accionaria que la Nación posee en Isagén cumplió el procedimiento previsto en la Ley 226, en relación con los siguientes aspectos: i) la competencia para expedir los decretos, ii) el envío del diseño del programa al Defensor del Pueblo, iii) la

presentación del programa al Congreso de la República y iv) la fijación del precio?

En los términos de las demandas, el problema jurídico propuesto está referido a cuatro aspectos puntuales del procedimiento de expedición del Decreto 1609:

I) La supuesta falta de competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para diseñar y expedir el programa de enajenación.

II) La supuesta irregularidad de no enviar el diseño del programa al Defensor del Pueblo, como lo prevé el segundo inciso del parágrafo del artículo 7 de la Ley 226.

III) La aparente omisión del Gobierno Nacional de no informar al Congreso de la República sobre la venta de las acciones que la Nación posee en Isagén.

IV) La presunta irregularidad en la fijación del precio de la acción.

2.3.5.1. La supuesta falta de competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para diseñar y expedir el programa de enajenación

El demandante Daza Gamba alega que el Decreto 1609 viola el artículo 7 de la Ley 226 porque el competente para diseñar y aprobar el programa de enajenación radica en el Ministerio de Minas y Energía, mas no en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Como razones de defensa, la parte demandada señala que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el titular de la participación accionaria que tiene la Nación en Isagén y, por ende, era el competente para diseñar y adoptar el plan de enajenación.

Lo primero que debe indicar la Sala es que el inciso segundo del artículo 7 de la Ley 226 dispone que le «*Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén*

adsritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado».

En este punto, la Sala simplemente debe decir que el cargo de nulidad del señor Daza Gamba no está llamado a prosperar, por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el titular de las acciones objeto de la enajenación, tal y como lo certificó el revisor fiscal de Isagén⁵⁹.

De modo que, sin duda, a la cartera de Hacienda y Crédito Público le correspondía diseñar y expedir el programa de enajenación, como en efecto lo hizo a través del Decreto 1609.

No se desconoció, entonces, el artículo 7 de la Ley 226.

2.3.5.2. La supuesta irregularidad de no enviar el diseño del programa al Defensor del Pueblo, tal y como lo prevé el segundo inciso del párrafo del artículo 7 de la Ley 226.

El demandante Daza Gamba también alega que el Decreto 1609 violó el artículo 7 de la Ley 226 porque fue expedido al día siguiente de que se comunicara al Defensor del Pueblo el programa de enajenación de las acciones.

La parte demandada, en cambio, dice que los borradores del reglamento del programa de enajenación sí fueron conocidos por el Defensor del Pueblo, es decir, que sí tuvo la oportunidad de formular observaciones.

La Sala inicia por precisar el contenido del artículo 7 de la Ley 226:

⁵⁹Folio 642 del expediente 20946.

Artículo 7º.- *Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado.*

El programa de enajenación accionaria se realizará con base en estudios técnicos correspondientes, que incluirán la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esta valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación.

Parágrafo.- *Los programas de enajenación de acciones cuya titularidad corresponda a las entidades territoriales, de las sociedades de economía mixta teleasociadas, en las cuales exista participación de capital de Telecom, sólo podrán ejecutarse a partir del 1 de enero de 1998.*

Del diseño del programa de enajenación se enviará copia a la Defensoría del Pueblo para que ésta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del mismo.

Se desprende de la anterior norma que el diseño del programa de enajenación de las acciones corresponderá al ministerio titular de la participación social y que no participa en ese proceso la Defensoría del Pueblo. Como ya se ha visto en otros apartes de esta sentencia, el programa de enajenación accionaria se debe realizar con estudios técnicos, que incluyen la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenden enajenar. Y el último inciso del artículo 7 de esa ley dice que una copia del diseño del programa de enajenación de las acciones, obviamente ya concebido por el competente, debe enviarse a la Defensoría del Pueblo para que esta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del proceso.

De esa norma no se desprenden, en principio, que la intervención de la Defensoría del Pueblo sea condición *sine qua non* para elaborar el diseño del programa de enajenación. De hecho, lo que se envía a la Defensoría del Pueblo es el programa ya diseñado para que la defensoría ejerza control frente a la transparencia en la ejecución de ese programa.

La Sala no comparte la propuesta del señor Daza Gamba, en el sentido de que la Defensoría del Pueblo tendría que haber intervenido de manera obligatoria y previa a la expedición del Decreto 1609, como condición de validez del mismo. Fíjese que el artículo 8 de la Ley 226, en cambio, sí hace obligatorio el concepto previo favorable del Consejo de Ministros para expedir el decreto que contenga el

programa de enajenación de las acciones. El acto acusado, en el párrafo séptimo de los considerandos, alude expresamente a ese concepto previo favorable, dado en su momento por el Consejo de Ministros.

De modo que la Sala descarta que la Defensoría del Pueblo deba intervenir de forma previa y obligatoria en el diseño del programa de enajenación ni en el decreto que lo contenga.

Sobre el alcance de la intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha precisado que se trata de una intervención dirigida a meramente hacer recomendaciones, tendientes a garantizar transparencia y publicidad, respetando la discrecionalidad de la respectiva entidad para decidir el momento de la enajenación y los procedimientos que lleven a cabo ese cometido. Así se deduce de estos apartes del concepto del 28 de julio de 2005:

(...) de acuerdo con la naturaleza jurídica de esta institución y el carácter preventivo de las facultades atribuidas al Defensor del Pueblo, las medidas que éste tome en relación con los procesos de enajenación, consistirán en la formulación de recomendaciones y observaciones sobre aspectos del programa diseñado, en los cuales considere que se afectan los derechos constitucionales de los trabajadores, del sector solidario y la transparencia del mismo.

Como quiera que las recomendaciones tienen implícita la protección de derechos constitucionalmente reconocidos, es viable que la Defensoría dentro de su poder de crítica y observación, pueda recomendar a las entidades responsables del diseño -Ministro titular o a aquél al que estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público- la adopción de medidas que considere necesarias para garantizar la transparencia del proceso de enajenación que finalmente apruebe el Consejo de Ministros y adopte el Gobierno mediante decreto.

Aunque de acuerdo con el parágrafo del artículo 7 la intervención de la Defensoría se establece para la etapa previa a la aprobación del programa de enajenación, si durante el seguimiento de la ejecución del programa de enajenación, el Defensor del Pueblo considera que no se está garantizando el derecho de participación y que se amenaza el propósito democratizador del mismo, está facultado para interponer las acciones populares que considere pertinentes y poner en conocimiento de los órganos de control la situación para que éstos a su vez asuman las investigaciones a que hubiere lugar o soliciten la nulidad de los contratos que se suscriban en desarrollo de la operación -artículo 15 de la ley 226 de 1995⁶⁰.

⁶⁰ SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO. Concepto del 28 julio de 2005. M.P Luis Fernando Álvarez. Radicado 1663

En el presente caso, está probado que el 29 de julio de 2013 los ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía entregaron en la Defensoría del Pueblo los borradores del proyecto de decreto del programa de enajenación de las acciones de Isagén y los borradores del reglamento para la primera y segunda etapa⁶¹. Es decir, entregaron el diseño del programa de enajenación a la Defensoría del Pueblo.

Mediante oficio del 13 de septiembre de 2013⁶², esto es, después de que se expidió el Decreto 1609, el Defensor del Pueblo se pronunció frente al diseño de los reglamentos del programa de enajenación, formuló las observaciones que estimó pertinentes y sugirió ajustar algunos aspectos puntuales. No se opuso a ninguna de las normas del Decreto 1609 ni a los reglamentos derivados del decreto.

Es cierto, como lo menciona Enrique Daza Gamba, que el Decreto 1609 se expidió al día siguiente de que se radicaron en la Defensoría del Pueblo los documentos relacionados con el diseño del programa de enajenación. Pero, se insiste, la Ley 226 no establece como requisito previo que, para la validez del decreto, el Defensor del Pueblo emita un concepto previo favorable.

La Sala advierte que la premura con que se expidió el Decreto 1609, frente al momento en que se le entregaron a la Defensoría del Pueblos los borradores de la reglamentación, no es una irregularidad constitutiva de nulidad del decreto por expedición irregular.

En primer lugar, no todos los errores, irregularidades o vicios de procedimiento tienen el poder suficiente de anular la decisión definitiva. Un vicio de trámite o de procedimiento es grave cuando se puede entrever que, de haberse cumplido con la forma, con el trámite o con la cuestión previa echados de menos, otra hubiera sido la decisión que la autoridad competente tendría que haber tomado. La ley misma es la que se encarga de exigir trámites previos como condición de validez, como cuando exige que se expida y notifique un pliego de cargos antes de

⁶¹ Folios 302 del expediente 21025.

⁶² Folios 212 a 230 del expediente 21047.

proceder a imponer una sanción disciplinaria, o como cuando se exige un concepto previo favorable, etc.

Como lo dice la Sala de Consulta en el concepto antes transcrito, la intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de enajenación tiene por objeto la recomendación, esto es, la formulación de sugerencias que pudieran mejorar la transparencia y la publicidad del programa de enajenación de acciones.

Se repite, el último inciso del artículo 7 de la Ley 226 ya transcrito, lo que pide es que se envíe copia de los diseños a la Defensoría del Pueblo y no propiamente que la defensoría emita un dictamen previo, necesario para configurar el programa de la enajenación de la participación accionaria y los correspondientes reglamentos. Y la remisión de esos diseños sí se cumplió.

2.3.5.3. De la aparente omisión del Gobierno Nacional de no informar al Congreso de la República sobre la venta de las acciones que la Nación posee en Isagén

El ciudadano Helber Adolfo Castaño Pérez señala que el Decreto 1609 es nulo porque el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén no fue presentado al Congreso de la República, en los términos que exige el artículo 8 de la Ley 226, para que ejerciera el respectivo control político.

En su defensa, la parte demandada dijo que la venta de las acciones que la Nación posee en Isagén se incluyó en el plan anual de enajenaciones que fue presentado al Congreso de la República, durante los primeros 60 días del año y así se cumplió el artículo 8 mencionado.

Como sustento de su alegato, el demandante aportó un certificado suscrito por el secretario del Congreso de la República que señala *«Que una vez revisada la información que reposa en la Sección de Leyes del Senado de la República y por información recibida por la Sección de Leyes de la Cámara de Representantes, en el actual periodo legislativo no se encontraron registros a la radicación de proyectos de ley que trata el artículo 150 Numeral 9 de la Constitución, en*

concordancia con el artículo 142 numeral 6º de la Ley 5ª 1992 (Reglamento interno del Congreso), a iniciativa del Gobierno Nacional para la Enajenación de ISAGEN S.A. E.S.P. »⁶³.

La Sala precisa que el artículo 8 de la Ley 226 establece:

Artículo 8º.- El ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentarán el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministro, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación.

Parágrafo.- El plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos, debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año.

El Ministerio de Hacienda de un término de dos meses contados a partir de la vigencia de la presente Ley, presentará al Congreso una relación de las empresas estatales nacionales que pasan por un mal momento económico.

De esa norma se desprende que la obligación del Gobierno Nacional era la de incluir la venta del paquete accionario de Isagén en el plan de enajenación anual en forma global, mas no estaba obligado a presentar un plan exclusivo para la enajenación de Isagén. No es cierto, como parece entenderlo el señor Castaño Pérez, que se requiera una autorización expresa del Congreso de la República para enajenar esas acciones.

La Corte Constitucional, precisamente al abordar el estudio de constitucionalidad del artículo 8 de Ley 226, señaló que la enajenación de la propiedad accionaria del Estado no está sujeta a la autorización especial del poder legislativo:

Desde esta perspectiva, en lo que atañe a la posible enajenación de participaciones accionarias de propiedad de entidades estatales, operación que desde el punto de vista jurídico corresponde a un contrato de compraventa, considera la Corte que la Ley 226 de 1995, expedida para dar desarrollo legal al mandato especialmente previsto en el artículo 60 del texto superior y de la cual hacen parte las normas aquí acusadas, constituye una autorización legislativa de carácter general para que las entidades interesadas (sea la Nación u otra de distinto nivel) puedan proceder a tal enajenación a través de los cauces y procedimientos previstos en esa misma ley, sin que para ello se requiera una autorización legislativa de carácter especial, como la prevista en el numeral 9º del artículo 150 constitucional.

⁶³ Folio 2 del expediente

En torno al mismo tema, podría también asumirse que el referido artículo 60 de la carta política incorpora en sí mismo una autorización de rango constitucional para que el Estado pueda proceder a la venta de las participaciones accionarias de que sea titular, sin necesidad de una adicional autorización legislativa, perspectiva que así mismo, y a fortiori, lleva a concluir que es infundada la glosa del actor conforme a la cual se requeriría de una específica autorización por ley cada vez que se proyecte la enajenación de alguna parte de tales participaciones accionarias.

(...)

Así las cosas, concluye la Sala que no se abrirá paso el cargo estructurado contra apartes del artículo 8° de esta ley, a partir de la supuesta infracción de la regla prevista en el numeral 9° del artículo 150 constitucional, como tampoco de los artículos 4° y 113 de la misma preceptiva, pues el contenido de la norma legal atacada en modo alguno desconoce la supremacía constitucional ni lesiona los principios sobre separación y colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público⁶⁴.

Aplicado ese razonamiento de la Corte Constitucional al caso particular, la Sala estima que, como ya se explicó, la Ley 226, que desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política, es el mandato general que regula la enajenación de los activos de la Nación. El artículo 6 de esa ley dispone que el Gobierno Nacional decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1 de esa ley, adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que se sujetará a las disposiciones de esa misma ley. Por tanto, no es necesario que exista una autorización adicional y *ad hoc* para vender cada activo y en especial, para vender las acciones de Isagén.

En el proceso está probado que el Gobierno Nacional sí presentó ante el Congreso de la República el plan de enajenación anual en forma global, correspondiente a la vigencia fiscal 2013, con sus avalúos preliminares. En efecto, mediante oficios del 1º de febrero de 2013, dirigidos a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió la información correspondiente al programa de enajenaciones para la vigencia 2013, que incluyó la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén⁶⁵.

En esas condiciones, la causal de nulidad del Decreto 1609, referida a la violación del artículo 8 de la Ley 226, no está llamada a prosperar.

2.3.5.4. La presunta ilegalidad del precio de la acción fijado por el artículo 1º del Decreto 2316

⁶⁴ Sentencia C-393/12

⁶⁵ Folios 283 al 298 del expediente 21025.

Rodrigo Toro Escobar alega que el artículo 1º del Decreto 2316, que fijó el precio de la acción en \$3.178, es nulo porque en la primera etapa el Gobierno Nacional no podía aumentar el precio de la acción establecido inicialmente en el Decreto 1609 en \$2.850 y que eso desconoció los principios de buena fe y de confianza legítima.

En oposición a dichos argumentos, la parte demandada señala que el precio para la primera etapa fue fijado antes de que iniciara la oferta pública. Que el artículo 11 de la Ley 226 no se aplica en este caso porque no se había dado inicio a la oferta en la primera etapa. Que, de todos modos, la finalidad del artículo 1 del Decreto 2316 era justamente proteger el patrimonio público, debido a la amplia expectativa que generó el proceso de enajenación, pero que no se desconocieron los principios de buena fe y de confianza legítima.

Conviene recordar que el proceso de enajenación de las acciones de Isagén está dividido en dos etapas: en la primera las acciones se ofrecen de manera exclusiva a los destinatarios de condiciones especiales a precio fijo por acción, en los términos del artículo 3 del Decreto 1609. En la segunda etapa las acciones se ofrecen a los interesados que cumplan ciertas condiciones y el precio base es el establecido para la primera etapa. Se recuerda que la primera etapa ya se cumplió.

La fijación de esas etapas corresponde al cumplimiento de lo previsto en el artículo 10, numeral 1, de la Ley 226, que, en general, establece que debe existir una primera etapa dirigida a los destinatarios de las condiciones especiales. De hecho, para asegurar la participación de tales destinatarios, el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 226 dispone que *«se les fijará un precio accionario fijo equivalente al precio resultante de la valoración prevista en el artículo 7º, de la presente Ley, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones. En caso de existir interrupción o transcurrido el plazo de la oferta, se podrá ajustar el precio fijo por parte del gobierno siguiendo los parámetros indicados en dicho artículo 7º»*.

En el caso particular de Isagén, los artículos 6 y 17 del Decreto 1609 establecieron el precio de la acción para cada una de las dos etapas, a partir de la valoración realizada por agentes especializados, que establecieron un rango entre \$2.224 y \$3.178. Dichos artículos disponen:

Artículo 6. *Condiciones especiales de acceso a la propiedad de las Acciones en la Primera Etapa. Con el objeto de que los Destinatarios de las Condiciones Especiales tengan acceso a la propiedad de las Acciones, en concordancia con lo establecido en los Artículos 3 y 11 de la Ley 226, se establecen las siguientes condiciones especiales:*

(...)

6.2. *Las Acciones se ofrecerán a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$2.850);*

Artículo 17. *Precio y pago de las Acciones en la Segunda Etapa. Las Acciones que se dispongan en la Segunda Etapa, se enajenarán teniendo en cuenta lo siguiente:*

17.1. *Las acciones tendrán un precio mínimo de dos mil ochocientos cincuenta pesos moneda corriente (\$2.850) por acción, ajustado por el índice de precios al consumidor (IPC) mensual que rija para los meses que transcurran entre la expedición del presente Decreto y la adjudicación de la Segunda Etapa. Dicho precio mínimo se informará al público en general mediante mecanismos de amplia publicidad.*

Luego, el artículo 1 del Decreto 2316, expedido el 22 de octubre de 2013, modificó el artículo 6.2 del Decreto 1609 y fijó el precio de la acción en \$3.178:

Artículo 1. *Modifíquese el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013, el cual quedará así:*

"6.2. *Las Acciones se ofrecerán a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a tres mil ciento setenta y ocho pesos (\$3.178).*"

Artículo 2. *Modifíquese el artículo 17.1 del Decreto 1609 de 2013, el cual quedará así:*

"17.1. *Las Acciones tendrán un precio mínimo de tres mil ciento setenta y ocho pesos (\$3.178) por acción el cual será actualizado por el índice de precios al consumidor (IPC) mensual que rija para los meses que transcurran entre la expedición del presente Decreto y la adjudicación de la Segunda Etapa. Dado el caso que la variación de IPC sea negativa, el precio no se ajustará hacia abajo. Dicho precio mínimo se informará al público en general mediante mecanismos de amplia publicidad.*"

Ahora bien, en la primera etapa del programa de enajenación de las acciones de Isagén se efectuó la oferta pública de venta dirigida a los destinatarios de las condiciones especiales para que presentaran aceptaciones. Según el reglamento de la primera etapa, la oferta pública de venta tuvo vigencia de dos meses, vigencia que se estableció en el aviso de oferta. Y, conforme con el artículo 13 del

Decreto 1609, la primera etapa se entendió agotada con el registro de las acciones en el libro de accionistas de Isagén a favor de quienes resulten adjudicatarios o en el momento en que se declare desierta la primera etapa, cuando no se presente ninguna aceptación válida.

En esas condiciones, la Sala encuentra que no existe ninguna irregularidad en la fijación del precio, pues el Decreto 2316 no modificó el precio de la acción, como lo alega Rodrigo Toro, sino que realmente lo estableció antes de que se iniciara la oferta pública de la primera etapa.

En efecto, el aviso de oferta pública de la primera etapa se publicó el 18 de noviembre de 2013, mientras que el precio de \$3.178 se fijó mediante el Decreto 2316, el 22 de octubre de 2013, es decir, antes de que iniciara la oferta pública⁶⁶. El precio fijado se mantuvo durante la vigencia de la primera etapa para garantizar la preferencia de los destinatarios de las condiciones especiales, conforme lo ordena el numeral segundo del artículo 11 de la Ley 226.

En consecuencia, no es cierto que el artículo 1º del Decreto 2316 viole el numeral segundo del artículo 11 de la Ley 226, por cuanto el precio fue fijado antes de la iniciación de la primera etapa y no obedeció a una modificación por interrupción o vencimiento del plazo de la oferta.

De todos modos, la decisión de fijar el precio en \$3.178 sigue estando ajustada al rango de valoración del activo (\$2.224 a \$3.178). De hecho, a juicio de la Sala, son perfectamente válidas las razones invocadas por el Gobierno Nacional para modificar parcialmente el Decreto 1609, en cuanto al precio se refiere, pues obedecen al amplio interés que suscitó la enajenación del activo, tal y como se explicó en las consideraciones del Decreto 2316, así:

Que en atención al amplio interés del mercado en participar en el proceso de enajenación de esta participación accionaria, resulta viable incrementar el precio mínimo de la acción en el marco de los estudios elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para la valoración de ISAGEN, que fueron presentados al Consejo de Ministros en su sesión del 29 de julio de 2013. Que en desarrollo de lo anterior, el Consejo de Ministros en su sesión

⁶⁶ Folios 285-291 del cuaderno de la medida cautelar.

del día 30 de septiembre de 2013, emitió concepto favorable respecto de modificar el precio mínimo de venta de las acciones correspondiente al programa de enajenación de estas que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S. A E.S.P, tomando como referencia el máximo valor arrojado por la metodología de flujo de caja libre descontado, conforme a los estudios presentados a consideración del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2013, elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para tal efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 226 de 1.995.

Por último, la Sala descarta el desconocimiento de los principios de buena fe y de confianza legítima, por cuanto quedó probado que a los destinatarios de condiciones especiales se les garantizó un precio fijo por acción, precio que, se insiste, fue fijado antes de la oferta pública.

Lo hasta aquí expuesto permite a la Sala resolver el problema jurídico planteado en el siguiente sentido: en el proceso de enajenación de las acciones de Isagén se observaron las reglas de procedimiento referidas a la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para diseñar y aprobar el programa de enajenación; el envío del diseño del programa a la Defensoría del Pueblo; la presentación del plan anual en forma global de enajenaciones al Congreso de la República, y la fijación del precio de la acción.

En lo que sigue, la Sala abordará los cargos relacionados con la falta de aplicación de los artículos 334 y 339 de la Constitución y de la Ley 1473, que, respectivamente, hacen referencia al criterio de sostenibilidad fiscal, al plan nacional de desarrollo, y la regla fiscal.

2.3.6. ¿La decisión de enajenar la participación accionaria en Isagén desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal?

Alfredo Daza Gamba alega que los artículos 1 y 2 del Decreto 1609 desconocen el criterio de sostenibilidad fiscal, por cuanto la decisión de vender la participación accionaria que la Nación posee en Isagén no se fundó en razones de conveniencia, viabilidad y oportunidad, tal y como se enunció al estudiar el cargo de nulidad referido a la violación del principio de protección al patrimonio público.

En oposición a esos argumentos, la parte demandada dice que la decisión de enajenar las acciones en cuestión tiene sustento en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 y, además, las razones de conveniencia y

oportunidad están reseñadas en los principales instrumentos de planeación e intervención del Estado en la economía. Que, en todo caso, la enajenación tiene como único propósito financiar proyectos de infraestructura vial.

Para resolver el cargo, la Sala se referirá al concepto de sostenibilidad fiscal.

La Sala inicia por decir que el Acto Legislativo 03 de 2011 modificó los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política para establecer el concepto de la sostenibilidad fiscal. El artículo 334 establece:

ARTÍCULO 334. *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. *Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. (Se resalta).*

En lo que aquí interesa, de la norma constitucional transcrita se desprende lo siguiente: **I)** que el Estado ejerce la dirección general de la economía; **II)** que los mandatos de intervención en la economía se ejercen justamente para lograr los

finés del Estado, el mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del ambiente sano; **III)** que la sostenibilidad fiscal es un mecanismo para la consecución de tales fines, y **IV)** que el incidente de impacto fiscal es el mecanismo judicial para prevenir la grave afectación en las finanzas públicas que puede tener origen en las sentencias de las altas cortes.

Para efectos de integrar el concepto de sostenibilidad fiscal, el Acto Legislativo 03 de 2011 adicionó el artículo 339 de Constitución Política y precisó que el plan de inversiones públicas del plan nacional de desarrollo debe elaborarse dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal. Dice el artículo 339:

ARTÍCULO 339. *Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, **dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.***

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo. (Se resalta).

Y, a su turno, el artículo 346 de la Constitución Política prevé que el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones (que conforman el presupuesto general de la Nación) deben elaborarse, presentarse y aprobarse en un marco que garantice la sostenibilidad fiscal y, además, deben ser coherentes con el plan nacional de desarrollo. El artículo 346 establece:

ARTÍCULO 346. *El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.*

El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones. (Se resalta).

Las normas transcritas hacen parte del Título XII de la Constitución Política, denominado «*DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA*», que, entre otros, regulan temas relacionados con el plan de desarrollo, el presupuesto y la finalidad del Estado y el régimen de los servicios públicos. Ese conjunto de disposiciones, llamados por la doctrina y la jurisprudencia la constitución económica, revisten un carácter instrumental, en cuanto no determinan especialmente ni el modo ni el grado de intervención del Estado en la economía, sino que son reglas básicas que están dirigidas a realizar o «*materializar los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho*»⁶⁷.

La sostenibilidad fiscal fue concebida como un mecanismo o un instrumento que permita alcanzar los fines del Estado. De esto da cuenta la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010, que finalmente fue aprobado como el Acto Legislativo 03 de 2011: «*La sostenibilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país en la medida en que el sector público busca que, ante una determinada y limitada capacidad para recaudar ingresos y para acceder a recursos de financiamiento, la política de gasto pueda mantenerse o sostenerse en el tiempo, de manera que en el mediano y en el largo plazo se logren importantes objetivos públicos, como la reducción de la pobreza y la desigualdad y la equidad intergeneracional, y un crecimiento económico estable*»⁶⁸.

La Corte Constitucional, precisamente al examinar el Acto legislativo 03 de 2011, dijo que las diferentes definiciones del concepto de sostenibilidad fiscal dadas desde la doctrina económica «*apuntan a encuadrarlo en la necesidad –de– que los Estados mantengan una disciplina fiscal que evite la configuración o extensión en el tiempo de déficit fiscales abultados, que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica*»⁶⁹. Y, desde una perspectiva jurídica, la sostenibilidad fiscal se define como «*un criterio orientador de las ramas del poder público, y como una herramienta que junto a los otros mecanismos contenidos en la Constitución*

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2013.

⁶⁸ Gaceta del Congreso 451 23/07/10.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012.

económica, se dirige a materializar los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho»⁷⁰.

Así entendida, la sostenibilidad fiscal está dirigida, en esencia, *«a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen»⁷¹.*

Ahora bien, por tratarse de un criterio orientador de la actividad de las ramas del poder público, la jurisprudencia constitucional ha advertido que la sostenibilidad fiscal no es un principio ni un derecho, esto es, que no representa un fin esencial del Estado y que, por consiguiente, no persigue fines autónomos ni establece mandatos específicos. Se trata, al decir de la Corte Constitucional, de una herramienta para la orientación de la economía que no solo permite alcanzar progresivamente los fines del Estado social de derecho, sino que busca reducir el déficit fiscal y priorizar el gasto público social.

Por esta razón, la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que la sostenibilidad no establece mandatos particulares a cargo del Estado. Que, por igual, *«existe una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del gasto público social y la aplicación del marco de sostenibilidad fiscal en la intervención del Estado en la economía. –Que– Quiere esto decir que en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos»⁷².*

Pero el artículo 334 también estableció el incidente de impacto fiscal como un mecanismo judicial para evitar que las decisiones judiciales de las altas cortes afecten la sostenibilidad fiscal. Justamente esa figura judicial busca conciliar los efectos de cosa juzgada de la sentencia para permitir que se modifiquen, modulen

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2013.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012.

⁷² Sentencia C-753 de 2013.

o difieran, cuando se pueda llegar a afectar la sostenibilidad fiscal. Sin embargo, por mandato del artículo 334, la sostenibilidad fiscal no puede ser una barrera para limitar el ejercicio de derechos fundamentales.

Todo lo anterior aparece bien definido en los siguientes apartes de la sentencia C-288 de 2012, así:

Conforme a lo anterior, del Acto Legislativo 03 de 2011 se desprende que: 1) la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador de las ramas del poder para hacer efectivos los derechos constitucionales y los fines esenciales del Estado, por consiguiente no tiene categoría de principio, valor ni derecho; 2) se trata de una herramienta que se subordina al cumplimiento de dichos fines estatales y que carece de propósitos propios o independientes, es decir que no es fin a si misma; 3) en todo caso, y por expresa disposición constitucional, el gasto social será prioritario; 4) no se pueden restringir o afectar so pretexto de aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal, posiciones jurídicas que adquieren naturaleza iusfundamental; 5) la sostenibilidad fiscal debe interpretarse conforme al principio de progresividad, el cual, en todo caso, no puede emplearse para aplazar indefinidamente la ejecución de los derechos constitucionales.

5.2.8. La sostenibilidad fiscal es un instrumento que puede apreciarse desde dos perspectivas:

(1) De un lado, como marco que limita la acción del legislador y como criterio orientador de las ramas del poder público, la sostenibilidad se constituye en una herramienta que consiente mantener el gasto a mediano o largo plazo para financiar los costos que supone la emisión de nueva deuda y para reducir el déficit fiscal, permitiendo realizar proyecciones y estimaciones macroeconómicas y establecer estrategias como ocurre con el marco fiscal de mediano plazo. Esto a su vez se traduce en la posibilidad para las autoridades de formular políticas que puedan mantenerse en el tiempo en beneficio de la población y de las metas de Gobierno; de ahí la importancia de incorporar el criterio de sostenibilidad en el Plan Nacional de Desarrollo, en los planes presupuestales y en la ley de apropiaciones.

(2) De otra parte, la necesidad de atender al criterio de sostenibilidad fiscal, se aplica igualmente a las sentencias judiciales, a través del incidente de impacto fiscal que permite modular, modificar o diferir los efectos de los fallos de las Altas Cortes cuando se compruebe una afectación de las finanzas públicas y siempre y cuando no se desconozcan o socaven derechos fundamentales. Sin embargo, los jueces tienen la libertad de reconsiderar los efectos de la sentencia y no están obligados a aceptar los argumentos de los proponentes. En todo caso, este incidente no tiene como efecto modificar la parte resolutive de las providencias⁷³. (Se resalta).

En conclusión: la sostenibilidad fiscal está referida a tres aspectos fundamentales: **i)** es un criterio financiero orientador de las ramas del poder público y busca lograr la consecución de los fines esenciales del Estado; **ii)** es un importante mecanismo para examinar continuamente la capacidad del Estado para atender

⁷³ Ibidem.

eficientemente el gasto público social y la deuda pública, esto es, para satisfacer en el largo plazo el gasto y las obligaciones financieras, y así lograr la estabilidad macroeconómica, y **iii)** es una herramienta diseñada para evitar y controlar el déficit fiscal, que suele ser un obstáculo para materializar los fines esenciales del Estado.

En el caso concreto, la Sala considera que la decisión de enajenar la participación accionaria de la Nación no desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal, en los términos que propone Enrique Alfredo Daza Gamba. La venta de la participación accionaria que tiene la Nación en Isagén estuvo precedida o fundada en los estudios a que alude el artículo 7 de la Ley 226. Esos estudios están debidamente acreditados en autos, como ya se explicó.

Dichos estudios transmiten razonabilidad y proporcionalidad a la decisión de vender esa participación accionaria conforme con el artículo 60 de la Constitución y la Ley 226. No se trata, como ya se dijo, de una decisión arbitraria, sin sustento económico ni financiero alguno que el Gobierno Nacional hubiera adoptado.

El señor Enrique Alfredo Daza Gamba propone que el artículo 334 se habría violado, en cuanto el Gobierno no hizo estudios específicos para decidir la venta de la participación accionaria en Isagén frente a otros activos. En ningún caso, dicha norma constitucional estipula semejante obligación. Como ya se dijo, se trata fundamentalmente de una herramienta relacionada con las variables macroeconómicas que pretenden mantener un flujo de ingresos y gastos públicos sostenibles en periodos determinados. De todos modos, el actor no logra demostrar que la decisión de vender esas acciones altere o destruya la sostenibilidad fiscal del Estado.

Se insiste: la decisión adoptada por el Gobierno Nacional cumplió con la valoración previa del activo que exige el artículo 7 de la Ley 226. Ese es el único estudio que ordena la ley para llevar a cabo el programa de enajenación accionaria, que en el caso de Isagén se cumplió con la valoración efectuada por la Unión Temporal Inverlink – Credit Suisse.

2.3.7. ¿La decisión de enajenar la participación accionaria en Isagén desconoce la regla fiscal?

El señor Enrique Daza Gamba señala que el Decreto 1609 desconoce la regla fiscal. Por una parte, porque la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén implica una alteración negativa de las finanzas públicas, en la medida de que el Estado dejaría de percibir los dividendos que reporta la compañía. Por otra parte, porque la operación no fue incluida en el marco fiscal a mediano plazo y en el proyecto de ley de presupuesto general de la Nación.

En oposición, la parte demandada dijo que la enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén no contradice la regla fiscal, pues permite obtener recursos para invertir en infraestructura vial, sin tener que recurrir al endeudamiento. Que, además, la venta no representa una afectación negativa para las finanzas públicas porque, en últimas, la operación implica la sustitución de un activo por otro.

Conviene precisar que, en desarrollo del criterio de sostenibilidad fiscal, el Congreso expidió la Ley 1473, *«Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones»*.

Según la teoría económica, la regla fiscal *«es una restricción permanente (o duradera) de la política fiscal, que se expresa a través de indicadores de los resultados fiscales, como el déficit fiscal, el nivel de deuda o algún componente del gasto»*⁷⁴.

En el contexto nacional, las reglas fiscales han sido definidas como una *«restricción legal al gasto o a la acumulación de deuda por parte del sector público»*⁷⁵, que *«limitan el uso discrecional de los recursos públicos, conducen la política fiscal de manera contracíclica y aumentan la credibilidad sobre el manejo sano y sostenible de las finanzas públicas. Por esta vía contribuyen a la reducción*

⁷⁴ BRAUN, Miguel y GADANO, Nicolás. *¿Para qué sirven las reglas fiscales? Un análisis crítico de la experiencia argentina*. Revista de la Cepal No. 91 Abril de 1997. Disponible en <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/28258/LCG2333eBraunGadano.pdf>

⁷⁵ LOZANO, Luis Ignacio y otros, *REGLA FISCAL CUANTITATIVA PARA CONSOLIDAR Y BLINDAR LAS FINANZAS PÚBLICAS DE COLOMBIA*. Borradores de Economía No. 505. Abril de 2008. Banco de la República. Disponible en <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/pdfs/borra505.pdf>

de la volatilidad macroeconómica y coadyuvan al crecimiento sostenido y estable de la economía».

La regla fiscal adoptada en Colombia, según da cuenta la exposición de motivos del Proyecto de Ley 112 de 2010, que culminó con la Ley 1473, tiene como propósitos *«asegurar un nivel sostenible de deuda pública; permitir un manejo contracíclico de la política fiscal; y facilitar la coordinación fiscal y monetaria en el diseño de la política económica. Así mismo se espera que contribuya a aliviar los efectos de la volatilidad cambiaria sobre diferentes actividades de la economía, en especial, el sector transable, en la medida en que le permitirá al Gobierno Nacional, administrar eficientemente los recursos excedentarios que se generen por un posible auge minero-energético»*⁷⁶.

Con miras al cumplimiento de esos propósitos fue expedida la Ley 1473, que en el artículo 1º dispone que la ley *«tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país».*

Por su parte, el artículo 5 de la referida ley establece que el *«gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido»*, y define que *«el déficit estructural del Gobierno Nacional no será mayor al 1 % del PIB a partir del año 2022».*

Entre tanto, y de manera transitoria, el mismo artículo 5 de la Ley 1473 estipula que el Gobierno Nacional seguirá una senda decreciente anual del déficit en el balance fiscal estructural, que le permita alcanzar un déficit estructural de 2,3 % del PIB o menos en 2014, de 1,9 % del PIB o menos en 2018 y de 1,0 % del PIB o menos en 2022.

Para efectos del entendimiento de la regla fiscal, el artículo 3 de la Ley 1473 señala que el gasto estructural es *«el nivel de gasto consistente con el ingreso estructural, en las condiciones establecidas en la (...) ley»*, mientras que el ingreso estructural es *«el ingreso total del Gobierno Nacional Central, una vez ajustado*

⁷⁶ Gaceta del Congreso 783 06/10/2010.

por el efecto del ciclo económico y los efectos extraordinarios de la actividad minero energética y otros efectos similares».

Según esa misma norma, el balance fiscal estructural es el *«Balance Fiscal Total ajustado por el efecto del ciclo económico, por los efectos extraordinarios y transitorios de la actividad minero-energética y por otros efectos de naturaleza similar. Equivale a la diferencia entre ingreso estructural y gasto estructural del Gobierno Nacional Central».*

En ese sentido, como lo ha señalado la doctrina nacional, el objetivo central de la Ley 1473 fue *«crear una meta de balance estructural de las finanzas públicas»* y para este propósito estableció una regla fiscal que reposa *«sobre un déficit máximo que puede registrarse en materia de balance estructural»⁷⁷.*

En otras palabras, la regla fiscal busca lograr un balance estructural en las finanzas públicas, es decir, que el gasto sea consistente con el ingreso. En todo caso, la regla fiscal admite la existencia de unos niveles máximos de déficit fiscal, que para el año 2022 no podrán superar el 1 % del PIB.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley 1473 dispone que *«La regla fiscal se materializa a través del Marco Fiscal de Mediano Plazo».* Además, establece que debe existir coherencia entre la regla fiscal y los diferentes instrumentos de planeación y del sistema presupuestal. Para tales propósitos, el artículo 4 señala que *«El Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo, El Plan Financiero, el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, deben ser consistentes con la regla fiscal, contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo».*

En síntesis, la regla fiscal es un instrumento de política fiscal que materializa el criterio de sostenibilidad fiscal, cuyo objeto principal es la reducción del déficit

⁷⁷ RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo. *Derecho Presupuestal Colombiano*. Pág. 416. Legis S.A. Bogotá 2014.

fiscal y el consecuente balance estructural para lograr un manejo sano y sostenible de las finanzas públicas.

En el sub lite, a juicio de la Sala, tampoco es cierto que la decisión de enajenar las acciones de Isagén viole la regla fiscal, por las razones que alega el señor Daza Gamba. La primera referida a la presunta afectación negativa de las finanzas públicas, por el hecho de que el Estado deja de percibir los dividendos de la compañía. La segunda, por el hecho concreto de no haberse incluido la enajenación en el marco fiscal de mediano plazo, ni en el proyecto de Presupuesto General de la Nación 2013. Veamos:

I) La enajenación no genera un incremento en los niveles del gasto o de endeudamiento y, por ende, no se refleja en un aumento del déficit fiscal máximo previsto en el artículo 5 de la Ley 1473. La venta persigue la realización de un activo, esto es, el recaudo de recursos para financiar obras de infraestructura vial, finalidad que no se contrapone con la regla fiscal.

II) Tal como lo señaló el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la venta de activos de la Nación tiene como propósito mantener sanas las finanzas públicas porque evitan que el Gobierno Nacional acuda al endeudamiento como mecanismo de financiación, endeudamiento que sí puede incrementar el déficit fiscal.

III) La venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo.

La Ley 819 de 2003, «*Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*», prevé que el marco fiscal de mediano plazo se tramita así:

Antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal, el Gobierno Nacional, presentará a las Comisiones Económicas del Senado y de la Cámara de Representantes, un Marco Fiscal de Mediano Plazo, el cual será estudiado y discutido con prioridad durante el primer debate de la Ley Anual de Presupuesto.

Este Marco contendrá, como mínimo:

- a) El Plan Financiero contenido en el artículo 4º de la Ley 38 de 1989, modificado por el inciso 5 del artículo 55 de la Ley 179 de 1994;*
- b) Un programa macroeconómico plurianual;*
- c) Las metas de superávit primario a que hace referencia el artículo 2º de la presente ley, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad;*
- d) Un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior. Este informe debe incluir, en caso de incumplimiento de las metas fijadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo del año anterior, una explicación de cualquier desviación respecto a las metas y las medidas necesarias para corregirlas. Si se ha incumplido la meta de superávit primario del año anterior, el nuevo Marco Fiscal de Mediano Plazo tiene que reflejar un ajuste tal que garantice la sostenibilidad de la deuda pública;*
- e) Una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público;*
- f) Una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes;*
- g) El costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior;*
- h) Una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación;*
- i) En todo presupuesto se deben incluir indicadores de gestión presupuestal y de resultado de los objetivos, planes y programas desagregados para mayor control del presupuesto.*

El marco fiscal de mediano plazo es una herramienta de planificación y gestión financiera, que permite proyectar las previsiones de ingresos, gastos, excedentes, requerimientos y alternativas de financiamiento necesarios para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal⁷⁸.

El marco fiscal de mediano plazo incluye un análisis detallado de los resultados macroeconómicos y fiscales observados en la vigencia anterior y la descripción de lo que se proyecta será el comportamiento futuro de las principales variables económicas y los resultados fiscales para la vigencia siguiente y el mediano plazo⁷⁹.

En el sub lite, no es cierto que la enajenación del paquete accionario de Isagén debiera ser incluido de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo, como parece entenderlo el señor Daza Gamba, pues bastaba con que se incluyera de manera general la venta de activos como política de financiación del Estado.

⁷⁸ MARCO FISCAL DE MEDIANO PLAZO 2014. Disponible en: <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicafiscal/marcofiscalmedianoplazo/MF2014/06182014-Marco-Fiscal-de-Mediano-Plazo-2014.pdf.pdf>

⁷⁹ Ibidem.

Así, por ejemplo, en el marco fiscal de mediano plazo de 2012 se contempló la privatización de activos de la Nación como mecanismo de financiación de proyectos estratégicos de infraestructura:

Además de la disponibilidad inicial en caja (\$2.547 mm, 0,4% del PIB), el Gobierno supone otras fuentes de financiación en 2013 por un monto cercano a los \$5.6 billones (0,9% del PIB). Del total de estos recursos, \$5.0 billones (0,7% del PIB) corresponde a privatizaciones que incluyen la posible enajenación de varias electrificadoras regionales y la venta de una porción de la participación de la Nación en Ecopetrol para financiar la inversión asociada a la ola invernal e inversión ordinaria como la ejecución de proyectos estratégicos de infraestructura. Los restantes \$1.6 billones (0,2% del PIB) se denominan como operaciones de tesorería y hacen referencia a diferentes operaciones de financiamiento, como administración de cartera, con las que la Nación asegurará la financiación de sus necesidades del próximo año⁸⁰. (Se resalta).

En idéntico sentido, el plan financiero 2013, que forma parte del marco fiscal de mediano plazo, reitera la política de privatización de activos como mecanismo de financiación de proyectos de infraestructura:

De igual forma, en 2012 la Nación prevé recurrir a fuentes de financiamiento externas por US\$3.100 millones (\$5.400 mm, 0,7% del PIB). Del total de desembolsos externos, US\$1.100 millones (\$1.800 mm, 0,2% del PIB) provienen de entidades multilaterales y US\$2.000 millones (\$3.600 mm, 0,5% del PIB) corresponden a colocaciones de bonos en el mercado externo. Además de la disponibilidad inicial en caja (\$2.547 mm, 0,4% del PIB), el Gobierno supone otras fuentes de financiación en 2013 por un monto cercano a los \$5.6 billones (0,9% del PIB). Del total de estos recursos, \$5.0 billones (0,7% del PIB) corresponden a privatizaciones que incluyen la posible enajenación de varias electrificadoras regionales y la venta de una porción de la participación de la Nación en Ecopetrol para financiar la inversión asociada a la ola invernal e inversión ordinaria como la ejecución de proyectos estratégicos de infraestructura. Los restantes \$1.6 billones (0,2% del PIB), se denominan como operaciones de tesorería y hacen referencia a diferentes operaciones de financiamiento, como administración de cartera, con las que la Nación asegurará la financiación de sus necesidades del próximo año⁸¹. (Se resalta).

Como se ve, la política de venta de activos de la Nación sí fue prevista en el marco fiscal de mediano plazo como un mecanismo de financiación para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal. Otra cosa distinta es, como ya se explicó, que no era necesario que se aludiera específicamente a la enajenación de la participación accionaria en Isagén.

⁸⁰<http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicafiscal/marcofiscalmedianoplazo/2012/MFMP%202012.pdf>

⁸¹[http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicafiscal/PlanFinanciero/2013/DOC%20-%20006%20-%202012%20\(PF2013\).pdf](http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicafiscal/PlanFinanciero/2013/DOC%20-%20006%20-%202012%20(PF2013).pdf)

IV) La venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el proyecto de ley del presupuesto general de la Nación.

El artículo 346 de la Constitución Política establece que le corresponde al Gobierno Nacional formular anualmente el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones y presentarlo al Congreso de la República para que lo apruebe y expida la ley anual del presupuesto general de la Nación, norma que, según el artículo 10 del Decreto 111 de 1996, es el instrumento para el cumplimiento de los planes y programas de desarrollo económico y social.

Según el artículo 346 de la Constitución, el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones deben elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y debe, además, tener coherencia con el plan nacional de desarrollo.

En idénticos términos, el artículo 11 del referido Decreto 111 establece que el presupuesto general de la nación está compuesto por el presupuesto de rentas y el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones y que, además, tiene una parte general.

El presupuesto de rentas, según el artículo 11 del Decreto 111, contiene la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; las contribuciones parafiscales (cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto), los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

El presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, por su parte, se compone con los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y los gastos de inversión. Adicionalmente, según lo previsto por el artículo 350 de la Constitución Política, la ley de apropiaciones tiene un componente denominado gasto público social que tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Finalmente, las disposiciones generales, según el artículo 11 del Decreto 111, corresponden a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto general de la Nación y rigen para el año fiscal para el que se expidan.

Ahora, la proyección, expedición y ejecución del presupuesto corresponde a un proceso que se denomina el ciclo presupuestal, que comprende las siguientes etapas: **i)** la programación del proyecto de presupuesto, **ii)** la presentación del proyecto al Congreso de la República, **iii)** el estudio del proyecto y aprobación por parte del Congreso de la República, **iv)** la liquidación del presupuesto general de la Nación, **v)** la ejecución, y **vi)** el seguimiento y evaluación.

Lo anterior permite concluir que la enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén tampoco debía ser incluida de manera expresa en el Proyecto de Ley del Presupuesto General de la Nación de 2013, como lo alegó el señor Daza Gamba. Como insistentemente se ha dicho, esa venta hace parte de la política general de enajenar activos, como mecanismo de financiación del Estado, política que sí fue incluida en el presupuesto general de la Nación. En efecto, en el proyecto de ley de presupuesto de 2013 sí se incluyeron en forma genérica como rentas de los recursos de capital obtenidos por la enajenación de activos de la Nación, por una suma de cinco billones de pesos⁸².

La Ley 1687 de 2013 (Presupuesto General de 2013) aprobó esa política, al punto que en el artículo 100 dispuso la creación del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura (Fondes), administrado por la Financiera de Desarrollo Nacional y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tendrá por objeto la financiación y/o la inversión en proyectos de infraestructura y será alimentado, entre otros, con recursos resultantes de la enajenación de activos de la Nación.

En esas condiciones, la Sala estima que bastaba la inclusión general de la venta de activos de la Nación en el proyecto de presupuesto del 2013, que fue aprobado mediante la Ley 1687.

⁸²http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/presupuestogeneraldeLANACION/ProyectoPGN/2013/PROYECTO%20PGN%202013_2.pdf.

En todo caso, la inclusión en esos instrumentos de la hacienda pública del producto de la venta de los activos radicados en Isagén tiene que ver con la ejecución del Decreto 1609 y no con su expedición. La nulidad se estudia frente a las condiciones de expedición de los actos y no frente a las condiciones en que debería cumplirse su ejecución.

V) Como quedó expuesto en la tercera cuestión preliminar de esta sentencia, a esta Corporación no le corresponde ejercer control de los eventuales efectos negativos que pudiera generar la enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén, pues se trata de hechos futuros y aún inciertos.

VI) Por último, la Sala considera que el hecho de que el Estado deje de percibir los dividendos que reporta Isagén no implica una afectación negativa de las finanzas públicas porque, a pesar de representar un ingreso importante (que para los años 2013 y 2014 fue de \$250.224.847.000 y \$251.733.952.000, respectivamente⁸³), no es significativo frente a los ingresos totales del Estado y, por ende, no tiene la entidad suficiente para afectar el resultado fiscal estructural. En efecto, los dividendos que reporta la compañía no superan el 0,02 % del PIB, equivalentes al 0,1 % del total de ingresos del Gobierno Nacional, según lo informado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2.3.8. ¿La enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén debía incluirse en el plan de inversiones del plan nacional de desarrollo?

Enrique Daza Gamba, reiterando la misma argumentación que se acaba de examinar en el cargo anterior, alega que el Decreto 1609 viola el artículo 339 de la Constitución porque la enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén no se incluyó de manera expresa en el plan de inversiones del plan nacional de desarrollo, también para efectos de atender a los mandatos de la sostenibilidad fiscal.

En oposición a esos argumentos, la parte demandada sostuvo que el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 estableció la política económica general de

⁸³ Folio 623 del expediente 21025.

gestión de los activos de la Nación, que, por obvias razones, incluía la posibilidad de enajenarlos.

La Sala inicia por precisar que el artículo 339 de la Constitución Política dispone que el plan nacional de desarrollo se compone de una parte general y el plan de inversiones públicas. La parte general señala los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental. El plan de inversiones públicas, por su parte, contiene los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública, y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

La Ley 152 de 1994, «*por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo*», precisa el contenido del plan nacional de desarrollo en los siguientes términos.

Artículo 5º.- Contenido de la parte general del Plan. La parte general del plan contendrá lo siguiente:

- a. Los objetivos nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo según resulte del diagnóstico general de la economía y de sus principales sectores y grupos sociales;*
- b. Las metas nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo y los procedimientos y mecanismo generales para lograrlos;*
- c. Las estrategias y políticas en materia económica, social y ambiental que guiarán la acción del Gobierno para alcanzar los objetivos y metas que se hayan definido;*
- d. El señalamiento de las formas, medios e instrumentos de vinculación y armonización de la planeación nacional con la planeación sectorial, regional, departamental, municipal, distrital y de las entidades territoriales indígenas; y de aquellas otras entidades territoriales que se constituyan en aplicación de las normas constitucionales vigentes.*

Artículo 6º.- Contenido del plan de inversiones. El plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional incluirá principalmente:

- a. La proyección de los recursos financieros disponibles para su ejecución y su armonización con los planes de gasto público;*
- b. La descripción de los principales programas y subprogramas, con indicación de sus objetivos y metas nacionales, regionales y sectoriales y los proyectos prioritarios de inversión;*
- c. Los presupuestos plurianuales mediante los cuales se proyectarán en los costos de los programas más importantes de inversión pública contemplados en la parte general;*
- d. La especificación de los mecanismos idóneos para su ejecución.*

Parágrafo.- *El Plan de Inversiones del Proyecto de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo deberá guardar consistencia con la regla fiscal contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo.*

La Corte Constitucional ha señalado que la planeación es el proceso de estudio y programación de las directrices macroeconómicas que permiten al Estado cumplir en forma oportuna y adecuada las políticas básicas de todo gobierno⁸⁴. El plan nacional de desarrollo es la principal herramienta de planeación, en cuanto establece los lineamientos estratégicos de las políticas públicas formuladas por un Gobierno. El plan tiene por objeto conducir la política estatal hacia el logro de los objetivos que incorporan la noción del Estado social de derecho, es decir, es un instrumento para lograr la satisfacción de los derechos e intereses de la colectividad⁸⁵.

En el caso particular, según se advirtió en la primera parte de las consideraciones de esta sentencia, el artículo 260 de la Ley 1450 de 2011, plan nacional de desarrollo 2010–2014, estableció que el Gobierno Nacional definiría los instrumentos para garantizar la adecuada administración, representación y tenencia de la participación accionaria de las entidades estatales del orden nacional. Esa norma señala que el Gobierno Nacional debe estructurar una política para modernizar la gestión de los activos de la Nación. Esto es, decidir cuáles activos mantiene, vende o consolida, entre otros, con el propósito de definir lineamientos para los esquemas de participación público – privadas.

De modo que, como ya se explicó, la estrategia financiera sustentada en la gestión de activos estaba definida en el plan nacional de desarrollo correspondiente al cuatrienio 2010–2014, que le permitía al Gobierno Nacional elegir autónomamente los bienes objeto de enajenación o consolidación.

De hecho, esa estrategia de financiación fue reiterada en el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014–2018, en cuanto dispuso que el Fondes tendría por objeto la inversión y financiamiento de proyectos de infraestructura y que sería financiado con los recursos producto de la enajenación de la participación accionaria de la Nación.

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1065 de 2001.

⁸⁵ Trujillo Alfaro, Jorge Luis. Presupuesto. Una aproximación desde la planeación y el gasto público. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2007. Pág. 133.

Siendo así, la Sala considera que en la medida de que el plan nacional de desarrollo fija políticas públicas generales, no se requiere un grado de detalle de cada una de las operaciones en las que se concretan las políticas trazadas por el Gobierno Nacional para el cuatrienio correspondiente. Es decir, no era necesario que en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se incluyera de manera específica la enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén.

Así se resuelve el último problema jurídico, relacionado con la obligación de incluir de manera expresa la enajenación de las acciones de Isagén en el plan de inversiones del plan nacional del desarrollo 2010-2014.

2.4. Conclusiones

Todo lo expuesto permite a la Sala concluir:

- 1.** Que el Gobierno Nacional sí estaba facultado para enajenar la participación accionaria que la Nación posee en Isagén, conforme lo autoriza el artículo 60 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 226.
- 2.** Que los decretos 1609 y 2316 cumplieron los mandatos del artículo 60 de la Constitución y de la Ley 226, en especial, los principios de democratización, preferencia, protección al patrimonio público y continuidad del servicio. Los destinatarios de condiciones especiales pudieron comprar acciones, al punto que obtuvieron 1.428.233 acciones. Se trató de un bajo porcentaje no necesariamente a causa de las condiciones normativas previstas en el artículo 8 del Decreto 1609.
- 3.** Que los decretos 1609 y 2316 observaron las normas de procedimiento de la Ley 226, en cuanto a la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para adoptar el programa de enajenación, el envío del diseño del programa a la Defensoría del Pueblo, la comunicación del plan de enajenación anual global al Congreso de la República y la fijación del precio.
- 4.** Como no se desvirtuó la presunción de legalidad de los decretos demandados, la Sala denegará la nulidad de los artículos 1, 2 y 8 (acusado parcialmente) del Decreto 1609, y primero del Decreto 2316.

En consecuencia, levantará la medida cautelar de suspensión del proceso de enajenación y restablecerá el plazo suspendido.

Para adoptar la decisión de reanudar el plazo, la Sala tiene en cuenta que, al momento en que se dictó la medida cautelar de suspensión del proceso de enajenación de Isagén (14 de mayo de 2015), habían transcurrido 7 meses y 20 días del plazo fijado por el Decreto 1512 de 2014, lo que indica que para cumplirse el año a que hace referencia ese decreto, faltaban 4 meses y 10 días.

Esos 4 meses y 10 días será el plazo que restituirá la Sala, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que el Gobierno Nacional reanude y culmine el programa de enajenación de la participación accionaria que la Nación tiene en Isagén, sin perjuicio de lo que pudiera disponer para ampliar el plazo.

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

III. FALLA

- 1.** Denegar la pretensión de nulidad de los artículos 1, 2 y 8 (acusado parcialmente) del Decreto 1609, y 1 del Decreto 2316, por las razones expuestas en esta providencia.
- 2.** Levantar la medida cautelar de suspensión del proceso que se sigue para la venta de la participación que la Nación tiene en Isagén.
- 3.** Apartir de la ejecutoria de esta sentencia, restituir 4 meses y 10 días al plazo establecido en el Decreto 1512 de 2014 para que el Gobierno Nacional reanude y culmine el programa de enajenación de la participación accionaria que la Nación tiene en Isagén, sin perjuicio de lo que pudiera disponer para ampliar el plazo.

4. Declarar probada la excepción de ausencia de interés que propuso la sociedad Isagén S.A. En consecuencia: desvincular de este proceso a la sociedad Isagén.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente de la sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ