

## **JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Competencia. Ley 1107 de 2006 / CRITERIO ORGANICO - Jurisdicción Contenciosa Administrativa / LEY 1107 DE 2006 - Competencia. Jurisdicción Contenciosa Administrativa**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, el Consejo de Estado es competente para conocer de las controversias que se presenten con ocasión de la actividad contractual o precontractual de entes que ostenten el carácter estatal, sin importar si éstos se someten o no al derecho público. En tanto, como lo ha señalado reiteradamente la Sala, mediante esta reforma legal operó la sustitución de un criterio funcional por uno orgánico de la cláusula general de asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se reitera que la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al 'juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado', como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga. Por manera que si la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la Nación es una entidad pública. Y por tratarse de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional y por actuarse en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del CCA).

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud de la Ley 1107 de 2006, Consejo de Estado, Sección Tercera, autos de 8 de febrero de 2007, rad. 05001-23-31-000-1997-02637-01, MP. Enrique Gil Botero; de 26 de marzo de 2007, rad. 25619, MP. Ruth Stella Correa Palacio y de 18 de julio de 2007, rad. 29745, MP. Ruth Stella Correa Palacio; y sentencia de 29 de enero de 2009, rad. 15662, MP. Myriam Guerrero de Escobar

## **ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO - Regulación especial / PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO - Enajenación / DISEÑO DEL PROGRAMA DE ENAJENACION - Es una actividad administrativa**

Si bien la enajenación de la propiedad accionaria del Estado no se rige por el estatuto de contratación estatal, según se desprende de lo previsto por el artículo 2º de la Ley 226 de 1995, que señala con claridad meridiana que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos, no es menos cierto que el procedimiento de enajenación de la participación del Estado en el capital social de cualquier empresa está sometido a una regulación especial fundamentalmente prevista en la Ley 226 de 1995 y en los decretos que a su desarrollo debe expedir el Gobierno Nacional en particular en lo relativo a los principios generales que gobiernan la materia, los procedimientos de enajenación, las medidas adoptadas para garantizar la democratización, todo lo cual supone la adopción de múltiples decisiones de carácter unilateral de la administración, que producen efectos jurídicos, los cuales –por supuesto- son pasibles de control judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Con esta perspectiva, el diseño del

programa de enajenación respectivo fue atribuido por el legislador al Ministerio titular o al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (art. 7º eiusdem), lo que supone que por mandato legal se encomendó esta delicada tarea a las instituciones cabeza de la administración, como una actividad administrativa propia de ellas, en cuanto evidentemente corresponde a la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen (art. 208 Constitucional y art. 58 Ley 489 de 1998). En la misma línea, el artículo 8º de la Ley 226 de 1995 establece que el Ministro del ramo respectivo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deben presentar, en tanto jefes de la administración en su respectiva dependencia, el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación.

**ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA - Isagen. Aprobación y requisitos / ISAGEN - Enajenación de la propiedad accionaria. Aprobación y requisitos / PROCESO DE ENAJENACION - Reglamento de venta y adjudicación de acciones / REGLAMENTO DE VENTA Y ADJUDICACION DE ACCIONES - Naturaleza. No es asimilable a los pliegos de condiciones**

Para el caso sub lite se dispuso (la aprobación) en el artículo 1º del Decreto 1738 de 1999. Este decreto se ocupó además de precisar el procedimiento de venta, el precio fijo y el precio mínimo, las condiciones especiales para el acceso a las acciones de ISAGEN SA ESP por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias y de trabajadores, las limitaciones para presentar aceptación a la oferta especial, crédito para los destinatarios de la oferta especial, continuidad del servicio, requisitos para las ofertas de compra presentadas en la segunda etapa, adjudicación de las acciones, forma de pago del precio, reconocimiento de efectos económicos como consecuencia de contingencias pasivas, entre otros múltiples aspectos. Todo lo anterior sujeto a lo dispuesto por el reglamento de venta y adjudicación de acciones previsto en el artículo 13 del decreto citado. De modo que dentro de este proceso ocupa un lugar fundamental el reglamento de venta y adjudicación de acciones, el cual si bien prima facie acusa evidentes similitudes con los pliegos de condiciones propios del estatuto de contratación estatal, no puede asimilarse de manera simplista a éstos, aunque unos y otros (si bien gobernados por marcos jurídicos diversos) delimitan sin duda el ámbito de acción de la Administración y buscan garantizar que la decisión de ésta última se produzca alejada de motivaciones de carácter subjetivo y por ello ambos mecanismos se ocupan de prever factores determinantes para la escogencia. Ha dicho la jurisprudencia, los pliegos juegan, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas. Por su parte, el artículo 13 del decreto 1738 de 1999 antes referido defirió al Reglamento de venta y adjudicación de las acciones la definición de los aspectos necesarios para llevar a cabo la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, cuyas condiciones y procedimientos estableció ese decreto. Agregó la norma referida que dicho reglamento contendría “entre otros aspectos” los siguientes: a) el procedimiento correspondiente a la primera y segunda etapa; b) la aplicación de las condiciones especiales para el acceso a las acciones de ISAGEN SA ESP por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias y de trabajadores (art. 5º eiusdem); c) las condiciones que deberán acreditar las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que pretendan adquirir de ISAGEN SA ESP en la segunda etapa con el fin de

asegurar la continuidad del servicio de generación eléctrica de las centrales de propiedad de ISAGEN SA ESP; d) los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad del servicio de energía eléctrica prestado por ISAGEN SA ESP cuando la mayoría de las acciones de esta sociedad sean adquirida por los destinatarios de la oferta especial; la indicación de la forma de pago de las acciones; e) los mecanismos para dirimir empates; f) el monto de la garantía de seriedad de la oferta; g) los mecanismos de garantía necesarios para asegurar el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el numeral 6.2 del artículo 6º de ese decreto. En definitiva, conforme al Decreto 1738 de 1999 el reglamento de venta y adjudicación de acciones debe ocuparse de todos los aspectos que se requieran para concretar el programa de enajenación de las acciones emitidas por Isagen S.A. E.S.P., de propiedad de la Nación. Asimismo, el citado artículo 13 del Decreto 1738 de 1999 dispuso que el reglamento de venta y adjudicación así como sus modificaciones y aclaraciones fueran aprobados por el Comité Técnico de que trata el artículo 14 del decreto en cita. De la lectura de este decreto, se desprende el carácter indudablemente de función administrativa de las distintas medidas que corresponde adoptar a diversas instancias gubernamentales dentro del proceso de enajenación de acciones. No sobra resaltar que este decreto, así como su modificación (Decreto 1195 de 2000), no fueron impugnados en este proceso y gozan por lo mismo de presunción de legalidad. Asimismo, tan propio es de la esfera de lo público, que según el párrafo del artículo 8º de la Ley 226 el plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República, durante los primeros 60 días al año. En la misma línea de previsión de normas de orden público tendientes a delimitar el marco de acción de la Administración cuando quiera que esta decida enajenar su propiedad accionaria, en perfecta consonancia con el mandato constitucional, el legislador reguló aspectos adicionales, como la definición de las etapas de ese procedimiento (art. 10 Ley 226 de 1995).

### **PROCESO DE VENTA ACCIONARIA - Régimen / TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - No significa simplemente el cambio de la titularidad / FUNCION ADMINISTRATIVA - Principios que la orientan**

No es cierto, como afirman los accionados, que el proceso de venta está regido íntegramente por el derecho privado y sometido a una suerte de libérrimo despliegue de la autonomía negocial. Lo que dispone el artículo 2º de la Ley 226 de 1996 es que “[l]a Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria”, lo cual supone que fue decisión del legislador someter ese proceso a las reglas especiales allí previstas y no a las generales contenidas para los contratos del Estado en la codificación contenida en la Ley 80 y sus modificaciones. De ahí que por preciso mandato legal en su interpretación y aplicación se parta del criterio hermenéutico de especialidad, conforme al cual la disposición relativa a un asunto especial –enajenación de la propiedad accionaria estatal- prefiere a la que tenga carácter general –todo negocio jurídico que adelante el estado-, según la regla universal recogida por nuestro ordenamiento jurídico: *lex specialis derogat legit generalis*, (artículos 5º ley 57 de 1887 y 3º de ley 153 de 1887). Criterio de especialidad que es desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 60 Superior, que justamente partió del supuesto conforme al cual la enajenación de la participación que tenga el Estado en una empresa deba adelantarse conforme a un régimen singular. Así lo indicó la exposición de motivos. Por lo demás, la transferencia de la propiedad estatal no significa simplemente el cambio de la titularidad de la propiedad accionaria, sino que debe ser entendido como un desarrollo de la democracia participativa. Por ello, mientras la normatividad aplicable a los contratos estatales por regla general es la contenida en las disposiciones comerciales y civiles pertinentes salvo las

materias particularmente reguladas por el Estatuto de Contratación Estatal (art. 13 de la Ley 80 de 1993), en contraste, lo que se advierte en la Ley 226 [la cual fija su ámbito de aplicación en el art. 1º] es una regulación detallada de orden público que no hace ningún reenvío expreso al derecho común como regla general, sino que tan sólo aclara que no se aplica la Ley 80 de 1993. Obviamente, en lo no regulado por la Ley 226, como es apenas natural, habrá de remitirse a los principios y reglas del derecho privado, en cuanto no sean incompatibles con aquella. Es así como, este proceso participa, en tanto expresión de la función administrativa, de los postulados previstos en la Constitución en su artículo 209, que enlista los principios que orientan la función administrativa. y que la jurisprudencia constitucional clasifica en tres grupos: i) “finalístico”: el interés general; ii) “funcionales”: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y iii) “organizacionales”: Descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el criterio de especialidad, Corte Constitucional, sentencia C-52 de 1995, MP Fabio Morón Díaz. Sobre los principios que orientan la función administrativa, Corte Constitucional, sentencias C-496 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-561 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra.

**ENAJENACION DE ACCIONES PROPIEDAD DEL ESTADO - Principios que deben aplicarse. Democratización. Publicidad. Concurrencia. Preferencia. Protección del patrimonio. Continuidad del servicio**

La Ley 226 consignó unos principios generales que obligatoriamente han de seguirse en caso de enajenación total o parcial a favor de particulares de la participación estatal en el capital social de cualquier empresa, bien porque esté en cabeza de órganos públicos o de las personas jurídicas de las cuales éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público. El primero de esos principios particulares es la democratización, conforme al cual todas las personas naturales y jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. Este principio, a su vez impone, la aplicación de otros principios como el de publicidad y libre concurrencia (arts. 2º Ley 226, 27.2 Ley 142 y 77 Ley 143). Conforme al principio de preferencia, para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, deben otorgarse condiciones especiales a ciertos sectores para así facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 Constitucional (art. 3º de la Ley 226). Especial interés reviste el principio de protección del patrimonio público, por cuya virtud la enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público (art. 4º Ley 226). Por último, el legislador dejó en claro 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 (artículo 5º. Ley 226).

**ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA - Isagen. Respeto a principios legales / ISAGEN - Enajenación de la propiedad accionaria. Respeto a principios legales / ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO EN ISAGEN - Acto administrativo / ACTO ADMINISTRATIVO - Requisitos / REGLAMENTO DE ENAJENACION ACCIONES DE ISAGEN - Acto administrativo**

Al descender estas consideraciones al caso sub lite, se impone concluir el carácter de función administrativa que reviste toda la expedición de medidas por parte del Gobierno Nacional en el programa de enajenación de las acciones emitidas por ISAGEN S.A. E.S.P. de propiedad de la Nación y de la Financiera Energética

Nacional, FEN., dentro del proceso de reestructuración del sector energético colombiano y para promover la competencia mediante la vinculación del sector privado al mismo. Estímulo a la inversión de los particulares que es calificada por el numeral 8º del artículo 3º de la Ley 142 de 1994 como un verdadero instrumento de intervención estatal, esto es, de una evidente función administrativa. De ahí que no se tenga duda sobre el carácter de acto administrativo que reviste el reglamento de venta impugnado, aunque éste no pueda strictu sensu asimilarse a los pliegos de condiciones o términos de referencia de que trata el estatuto general de contratación de la administración pública, y -por lo mismo- es clara la idoneidad del medio judicial escogido. Para la Sala es claro que los adendos del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen SA ESP ciertamente contienen una declaración unilateral de voluntad de una autoridad administrativa (la Nación-Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía), habida cuenta que emanan únicamente de ésta. Pero además de este elemento esencial, la Sala encuentra que la misma igualmente produce efectos jurídicos directos, al crear una situación jurídica, que por sí misma y una vez en firme es vinculante tanto para los eventuales oferentes como para la propia Administración y que fue expedida en ejercicio de la función administrativa. En efecto, tanto el Reglamento de venta y adjudicación de acciones de ISAGEN SA ESP como sus adendos fueron expedidos en ejercicio de una función administrativa y lo que en ellas se declara unilateralmente tiene efectos jurídicos tanto sobre las eventuales oferentes, como respecto de la propia Administración. De consiguiente, estas declaraciones unilaterales efectuadas por el Comité Técnico [tres miembros designados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planeación] contenidas en los adendos Nos. 4 y 10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de ISAGEN SA ESP constituyen actos administrativos generales, susceptibles de demanda ante esta jurisdicción en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.).

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre los requisitos para que un acto jurídico constituya acto administrativo, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 31 de marzo de 2005, rad. 11001-03-24-000-1999-02477-01, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Pérdida de fuerza ejecutoria / DECAIMIENTO DEL ACTO - Efectos. Naturaleza / DECAIMIENTO DEL ACTO - Procede juicio de legalidad**

Tal y como se aprecia en el acta del Comité de Participación privada del proceso de privatización de ISAGEN, de fecha 24 de junio de 2003, allegada al proceso por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el propio Gobierno, al anunciar que acogía un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y frente a los efectos del amparo transitorio ordenado por la Corte Constitucional, aseguró que la vigencia de este proceso de enajenación no concluyó el 30 de junio de 2001 pero que “[e]l Consejo de Ministros en sesión del día 28 de abril de 2003 decidió acoger esta propuesta [no proseguir con el proceso de privatización de Isagen], y en consecuencia, cancelar esta convocatoria, con los efectos previstos en dicho aparte del reglamento [numeral 2.10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones]”. En acato a esa decisión el Comité de Participación Privada, integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro Minas y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planeación, resolvió “cancelar a partir de la fecha esta convocatoria [24 de junio de 2003]”. No obstante, como dicha decisión sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de legalidad del reglamento de venta y adjudicación de acciones, mientras estuvo vigente. A partir de este precepto (artículo 66 del C. C. A.),

jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del “decaimiento del acto administrativo” como una suerte de “extinción” del mismo. Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto “[dicho] fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición”. En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “decaimiento” del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la enajenación de acciones del Estado en Isagen, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 12 de diciembre de 2002, radicado 1451, MP. Flavio Augusto Rodríguez Arce y Corte Constitucional, sentencia SU-1193 de 2000, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

**ACTO DE ENAJENACION DE PROPIEDAD DE ACCIONES DE ISAGEN - Violación a la cláusula general de igualdad. Inexistencia / DERECHO A LA IGUALDAD - Test de razonabilidad / ACTO DE ENAJENACION DE PROPIEDAD DE ACCIONES DE ISAGEN - El trato diferenciado es admisible**

Teniendo como referencia el examen de razonabilidad, la Sala encuentra: i) Que el objetivo que se persigue con esta diferencia de trato es válido a la luz de la Constitución (arts. 13, 60 y 209), en cuanto se trata de una medida que busca dar tratamiento diverso a situaciones distintas que tiene un fin legítimo que no es otro que prever una protección al patrimonio público, que la Ley 226 en su artículo 4º, como ya se indicó, prohija como uno de sus principios rectores. Lo atentatorio contra el mandato constitucional habría sido que no se hubiera dado un trato distinto a quien precisamente es el demandante de la entidad y que por esa vía recibiría, de prosperar sus pretensiones, no sólo un reconocimiento judicial legítimo de sus pretensiones, sino un reconocimiento patrimonial proveniente del reglamento de venta y adjudicación de acciones que resultaría abiertamente lesivo de los intereses patrimoniales de la Nación. ii) Que la medida enjuiciada evidencia proporcionalidad entre el trato y el fin perseguido, puesto que en la práctica permite un trato diverso a quienes no sean demandantes de ISAGEN dentro de ese proceso, quienes lograrían de esta suerte una diferenciación legítima y por lo mismo no una discriminación inadmisibles. En efecto, la Sala advierte: (a) una nítida adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin legítimo propuesto; (b) es también clara la necesidad de la utilización de las medidas adoptadas, y (c) media asimismo proporcionalidad strictu sensu entre el fin y el medio adoptado. Las normas impugnadas prevén la objeción e improcedencia de la compensación cuando exista una suerte de confusión entre el demandante que salió adelante en el proceso judicial y el oferente que reclama una compensación que no solo es improcedente desde el punto de vista patrimonial, sino francamente abusiva: ¿No se afectaría la igualdad de los demás oferentes si se le da un trato idéntico a quien merece justamente un trato diferenciado? De todo lo atrás discurrido se impone concluir que los actos administrativos enjuiciados no incurren en trasgresión de la cláusula general de igualdad y por el contrario son su eficaz desarrollo.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el derecho a la igualdad, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias del 27 de junio de 1950, MP. Rodríguez Peña,

G.J. LXVII; del 4 de septiembre de 1970, MP. Eustorgio Sarria, en G.J. CXXXVII, y de 23 de marzo de 1973, MP. Eustorgio Sarria. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2004, radicado 14318 (R-0617), MP. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

### **ACTO DE ENAJENACION DE PROPIEDAD DE ACCIONES DE ISAGEN - Acceso a la Administración de Justicia. No existe vulneración**

Para la Sala, las normas acusadas no entrañan afectación a la oportunidad de acudir a las instancias judiciales que les asiste a las personas (sean naturales o jurídicas) para solicitar de los jueces competentes la protección o el restablecimiento de sus derechos, sobre la base de un idéntico tratamiento. Muy por el contrario, como quedó expuesto, el proceso de enajenación de acciones se somete a unas reglas y principios especiales al tratarse de una expresión de la función administrativa y una materialización de la intervención del estado en la economía. Diseño del programa de enajenación que al tenor de lo dispuesto por la Ley 226 de 1995 y los decretos que a su amparo se expidan, limita severamente la autonomía de la Administración. En otros términos, no existe una pretendida facultad discrecional o libérrima de la Administración para la confección del reglamento en la denominada “segunda etapa”, pues esta no sólo está sometida a los principios arriba esbozados y a las reglas particulares previstas por la Ley 226 de 1995 y sus decretos, sino que por mandato de la Ley 142, en desarrollo de la Constitución, constituye instrumento para intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esa Ley, en este caso particular, las relativas al estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos. La Sala subraya que cuando el artículo 2º de la Ley 226 dispone que a los procesos de enajenación accionaria estatal no le son aplicables las normas propias de la Ley 80 de 1993, ello no implica un reenvío automático al derecho común, como inopinadamente aducen las entidades accionadas, sino la sujeción a normas especiales de orden público perfiladas en la primera ley, en acato del artículo 60 CN, en el marco -en este caso además- de un actividad no sólo evidentemente administrativa sino también de intervención económica. Recuérdese además que la autonomía negocial, que los demandados invocan como fundamento para introducir limitaciones a su antojo de la denominada “segunda etapa” de los procesos de enajenación accionaria estatal, es también base fundamental de la contratación estatal, tal y como recientemente lo recordó la Sala. Es preciso destacar que en relación con los límites a la autonomía contractual en contratación estatal [no sólo la sometida al estatuto de contratación estatal sino también las sujetas a reglas especiales como es justamente la enajenación de la propiedad accionaria estatal e incluso reglada por el derecho común], la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptuado no escapa a los principios del derecho público. En definitiva, la autonomía de confección de las bases del proceso de enajenación accionaria del Estado, cuando ésta ha superado la etapa privilegiada y se encamina al público en general, es muy restringida y está subordinada a un marco legal y a los principios arriba explicados, contenidos en normas de orden público.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la autonomía negocial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2009, radicado 18509, MP. Ruth Stella Correa Palacio y sobre los límites a la autonomía contractual, Sala de Consulta y Servicio Civil, MP. Flavio Augusto Rodríguez Arce, concepto de abril 6 de 2000, radicación: 1.263. En sentido similar ver Concepto de 25 de abril de 2002, Rad. 1417, C.P. Susana Montes de Echeverri.

## **ENAJENACION DE ACCIONES PROPIEDAD DEL ESTADO EN ISAGEN - Reserva de ley en materia de restricciones a la libertad económica**

Corresponde precisar si las disposiciones atacadas al establecer ese trato distinto infringen la reserva de ley alegada en punto de los derechos a la libertad económica, la libre empresa y la libre competencia. El reconocimiento anticipado de una posible contingencia que puede presentarse y la decisión de excluir de la misma respecto de quien justamente resulte eventual vencedor en el juicio, no es materia que haya debido ser regulada directamente por el legislador. Pretender, como aduce el actor, que una previsión de esta naturaleza que -por demás resulta legítima como ya se indicó- deba llevarse a través de una ley de la República, supone desconocer el ámbito propio de las leyes de intervención económica de que tratan los artículos 333, 334 y 150.21 de la CN, conforme a los cuales al legislador compete precisar los fines, alcance y límites de la libertad económica. En este caso, las normas acusadas no están precisando los fines, ni los alcances ni los límites de la libertad económica, como tampoco tipificando una conducta que se considere anticompetitiva. Simplemente están estableciendo un trato diferencial legítimo que no entraña la configuración, limitación o restricción de los derechos invocados. El objeto de las medidas atacadas no es establecer restricciones generales o especiales a la libertad económica, sino simplemente prever una cláusula particular para el evento en que una contingencia judicial en contra se materialice (compensación para el oferente adjudicatario como negación de la misma si es el sujeto que la provoca) y así generar un marco que salvaguarde el patrimonio público estatal.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el alcance del derecho a la libertad económica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 10 de febrero de 2005, radicado AP- 2003-00254-01, MP. María Elena Giraldo Gómez y de 13 de agosto de 2008, radicado AP-2004-00888-01, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

## **ENAJENACION DE ACCIONES PROPIEDAD DEL ESTADO EN ISAGEN - Violación del derecho de asociación. Inexistencia**

El artículo 38 Constitucional garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, en perfecta consonancia con la normativa internacional que también lo ampara. En tanto derecho de libertad entraña, en su faceta positiva, la atribución o facultad de las personas para fundar, integrar, desarrollar o disolver voluntariamente distintas formas asociativas –como entes jurídicos o morales distintos de las personas naturales- con el objeto de alcanzar un propósito definido, mientras que en su faceta negativa implica que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. En todo caso, la libertad de asociación –cuyo reconocimiento constitucional y legal en el derecho colombiano es de vieja data -en tanto aspecto de la libertad individual, no es absoluta y su ejercicio debe encauzarse dentro del marco constitucional y legal, como de tiempo atrás lo tiene determinado la jurisprudencia constitucional. La Sala encuentra que las medidas impugnadas no afectan la libertad de asociación habida cuenta que si la diferencia de trato es legítima, corresponderá al demandante EPM explicar a sus eventuales socios las consecuencias que puede tener un fallo favorable a sus pretensiones y sobre esta base proceder a elaborar la propuesta conjunta, sin que una diferenciación legítima de trato -como la impugnada- afecte en modo alguno la faceta positiva de este derecho de libertad. En otras palabras, como lo señaló uno de los accionados, la exclusión del reconocimiento de la compensación en cabeza de quienes sean demandantes de ISAGEN, en manera alguna inhibe la libertad



para que los posibles oferentes se asocien a efectos de participar en la segunda etapa del proceso de venta.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el derecho de libre asociación, Corte Suprema de Justicia, sentencias de 17 de febrero y 16 de junio de 1976, MP. Eustorgio Sarria y Corte Constitucional, sentencias C-606 de 1992 y C-865 de 2004.

### **DEBIDO PROCESO - Alcance / CONCEPTO DE VIOLACION - Obligatoriedad**

El debido proceso, tanto administrativo como judicial, hace parte del catálogo de derechos constitucionales, los que a su vez -huelga decirlo- constituyen simultáneamente el fundamento y el límite al poder político (preámbulo, arts. 1, 2 y 3 C.P.), de ahí que la propia Constitución disponga que el Estado reconoce sin discriminación alguna los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), pues configuran nada menos que los valores superiores de nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 29 Superior que consigna la garantía, tanto judicial como administrativa, de juzgamiento conforme a leyes preexistentes, es sin lugar a dudas una de las más caracterizados presupuestos de toda democracia liberal, en tanto busca asegurar la neutralidad tanto en procesos judiciales como administrativos y es reveladora de una de las facetas más importantes de la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 Superior (“regla de justicia” en palabras de Bobbio). Ahora bien, los artículos 2º de la Ley 226 de 1995, 27.2 de la Ley 142 y 77 de la Ley 143 consignan el principio de “democratización”, conforme al cual todas las personas naturales o jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria y por ello en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. A su turno, el artículo 9º de la Ley 226 prevé que la enajenación de la participación accionaria se hará utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia. De la redacción del texto de la demanda no se desprende que la imputación de infracción de estos mandatos legales esté debidamente soportada, como tampoco del debido proceso que se invoca pero no se explica cómo aparece infringido en este caso. Más parece una forma distinta de abordar un asunto ya tratado en este fallo y despachado negativamente: la supuesta infracción de la libre concurrencia. Si, como ya se indicó, este derecho no se ve afectado por el desconocimiento de una compensación que no podía legítimamente concederse, ello no supone infracción alguna del “debido proceso”. Ahora, las disposiciones invocadas no contienen ningún “debido proceso” como erróneamente lo nomina la parte actora. Uno y otro preceptos de la Ley 226 prevén de un lado el principio de democratización y, de otra parte, los que podrían denominarse principios tributarios de éste (publicidad y libre concurrencia). Pero, aún, si estas disposiciones de la Ley 226 lo hicieran –hipotéticamente hablando- el actor incumplió la carga argumentativa que le asiste de exponer las razones que soportan el concepto de la violación de este derecho fundamental en particular. En efecto, la exigencia prevista en el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo relativa a la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de su violación, es imperativa tratándose de la impugnación de actos administrativos. Estas razones conjuntamente tomadas relevan de un estudio adicional a la Sala y por lo mismo también se despachará negativamente lo solicitado.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el alcance del derecho al debido proceso, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2004, radicado 15208, MP. María Elena Giraldo Gómez. Sobre la invocación de normas y el concepto de violación, Consejo de Estado, sentencia del 30 de julio de 1993, radicado 2262,

MP. Yesid Rojas Serrano; Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2000, radicado 11121, MP. María Elena Giraldo Gómez y Sala Plena, sentencia S-123 del 14 de febrero de 1995, MP. Consuelo Sarria Olcos.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00015-01(19526)**

**Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y OTROS**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Decide la Sala en única instancia la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A., interpuso Empresas Públicas de Medellín E.S.P. contra los adendos del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen S.A. E.S.P.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones y norma acusada**

El presente proceso se originó en la demanda presentada el 13 de diciembre de 2000 por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. en contra de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía y Departamento Nacional de Planeación. En la demanda instaurada a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad, se solicitó la declaración de nulidad de los adendos Nos. 4 y 10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen S.A. E.S.P., relativos a las modificaciones de los numerales 8.5 y 8.9 de la minuta inicial del contrato de compraventa de acciones, los cuales fueron reemplazados por los numerales 8.3.3, 8.3.5, 8.3.6 y 8.3.7 de la cláusula octava

de la misma minuta. Adendos que fueron expedidos por el Comité Técnico creado por el artículo 13 del decreto 1738 de 1999, aprobatorio del Programa de enajenación de acciones de ISAGEN S.A.

Se transcribe a continuación el texto de los actos acusados (la parte subrayada por el actor corresponde a los fragmentos impugnados), correspondientes al Anexo 2 del Reglamento de Venta y Adjudicación de las Acciones de Isagen S.A. E.S.P. de la minuta del Contrato de Compraventa:

### **“8.3 Compensación de los efectos económicos resultantes para el comprador del proceso de Empresas Públicas de Medellín.**

La vendedora [la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía] compensará al Comprador o sus Causahabientes, con sujeción a los términos y condiciones establecidos en el presente numeral, por los efectos económicos que se deriven para el Comprador o sus Causahabientes como consecuencia de la Sentencia a favor de EPM.

#### **8.3.1 Reclamación**

Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a aquel en que exista Sentencia a favor de EPM, el Comprador o sus Causahabientes, bien sea directamente o a través de la Sociedad, deberán presentar a la Vendedora la respectiva reclamación acompañada de una copia de la Sentencia a favor de EPM.

Cuando el demandante del Proceso de EPM sea o haya sido, en el período comprendido entre la fecha del Contrato y la fecha en que el Comprador le someta a la Vendedora la reclamación de que trata este Numeral, Integrante o Socio del comprador, o Causahabiente de un integrante o Socio del Comprador o Beneficiario Real o Causahabiente del Comprador, deberá acompañar, además, la manifestación, expedida por el representante legal de la Sociedad bajo la gravedad de juramento, en donde afirme que el demandante del Proceso de EPM no ha tenido injerencia ni ha ejercido influencia alguna en el manejo que la Sociedad le ha dado al Proceso de EPM, durante el período comprendido entre la fecha del Contrato y la fecha de la reclamación.

(...)

#### **8.3.2 Fecha en que se efectuará la compensación**

El pago de la compensación por la Vendedora al Comprador o sus Causahabientes se realizará (i) dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que el Comprador le haya sometido a la Vendedora la reclamación de que trata el Numeral 8.3.1 o (ii) dentro del término que establezca la Sentencia a favor de EPM, si éste fuera superior, salvo que la Vendedora manifieste que se ha presentado

alguno de los eventos que según el Numeral 8.3.5 le permiten a la Vendedora objetar la compensación.

### **8.3.3. Monto de la compensación**

El monto de la compensación que la Vendedora pagará al Comprador en desarrollo de lo establecido en el presente Numeral, se determinará de la siguiente manera:

(a) Cuando el demandante del Proceso de EPM no sea ni hay sido, en el período comprendido entre la fecha del Contrato y la fecha en que el Comprador le someta a la Vendedora la reclamación de que trata este Numeral, Integrante o Socio del Comprador o Beneficiario Real o Causahabiente del Comprador, la Vendedora pagará al Comprador a título de compensación, una suma calculada de la siguiente manera: (i) se calculará el monto que según la Sentencia a favor de EPM la Sociedad debería pagar al demandante, liquidado hasta la fecha en que la Sociedad pague la Sentencia a favor de EPM o la Vendedora pague la compensación, lo que ocurra primero; (ii) a la cifra anterior, se le sumará el valor de las costas y agencias en derecho a que hubiere sido condenada la Sociedad; (iii) el resultado anterior se multiplicará por cero punto setenta y seis ochenta y ocho (0.7688); (iv) al resultado de la operación anterior se le restará el equivalente en pesos de cinco millones de Dólares (US\$5.000.000), calculado con base en la Tasa Representativa del Mercado vigente en la fecha en que se realice la compensación; (v) la cifra resultante de la operación anterior se dividirá entre quinientos doce mil doscientos ochenta y dos (512.282), y (vi) el total que resulte de todas las operaciones anteriores se multiplicará por el número de acciones vendidas por la Vendedora por medio de este Contrato.

(b) Cuando el demandante del Proceso de EPM sea o haya sido, en el período comprendido entre la Fecha del Contrato y la fecha en que el Comprador le someta a la Vendedora la reclamación de que trata este numeral, Integrante o Socio del Comprador, o Beneficiario Real o Causahabiente de un Integrante o Socio del Comprador, o Causahabiente o Beneficiario Real del Comprador, la Vendedora pagará al Comprador a título de compensación, una suma calculada de la siguiente manera: (i) se calculará el monto que según la Sentencia a favor de EPM la Sociedad debería pagar al demandante, liquidado hasta la fecha en que la Sociedad pague la Sentencia a favor de EPM o la Vendedora pague la compensación, lo que ocurra primero; (ii) a la cifra anterior, se le sumará el valor de las costas y agencias en derecho a que hubiere sido condenada la Sociedad; (iii) el resultado anterior se multiplicará por cero punto setenta y seis ochenta y ocho (0.7688); (iv) al resultado de la operación anterior se le restará el equivalente en pesos de cinco millones de Dólares (US\$ 5.000.000), calculado con base en la Tasa Representativa del Mercado vigente en la fecha en que se realice la compensación; (v) la cifra resultante de la operación se dividirá entre quinientos doce mil doscientos ochenta y dos (512.282), y (vi) el total que resulte de todas las operaciones anteriores se multiplicará por el número de Acciones vendidas por medio de este Contrato menos el número de Acciones que el demandante haya adquirido a cualquier título, bien sea de manera directa o como Beneficiario Real, en el período comprendido entre la Fecha del Contrato y la fecha en que el

Comprador le someta a la Vendedora la reclamación de que trata este Numeral.

(...) **Parágrafo.** Cuando los literales (a) y (b) anteriores establecen que, el monto que según la Sentencia a favor de EPM, la Sociedad tenga que pagar al demandante deberá estar liquidado hasta la fecha en que la Vendedora pague la compensación, se debe entender que dicha liquidación debe tener en cuenta los intereses de mora que se causen por el no pago oportuno de la sentencia.

En el evento en que la Sociedad pague la Sentencia a favor de EPM antes que la Vendedora haya pagado la compensación de que trata el presente Numeral 8.3, la Vendedora procederá a realizar el pago de la compensación dentro del mes siguiente a la fecha en la que el Comprador le haya sometido a la Vendedora la reclamación y la cuenta de cobro correspondiente. En ese caso, se liquidarán intereses sobre las sumas a cargo de la Vendedora a partir del día en que la Sociedad haya hecho el pago y hasta el día en que se produzca el pago de la Vendedora al Comprador o sus Causahabientes. Dichos intereses se liquidarán a una tasa de interés igual al DTF vigente en la fecha de la presentación de la reclamación más tres (3) puntos porcentuales durante los primeros siete (7) meses. Posteriormente, la tasa de interés aplicable será la tasa moratoria más alta que permita la ley.

### **8.3.5 Objeción e improcedencia de la compensación**

La compensación sólo podrá ser objetada cuando la Vendedora, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido la reclamación, manifieste, mediante escrito debidamente motivado, que se ha presentado cualquiera de los siguientes eventos:

a) Que la Sociedad incurrió en culpa grave o dolo en la defensa del Proceso de EPM con posterioridad a la celebración del presente Contrato.

b) Que la Sociedad o su apoderado incurrió en culpa leve en la defensa del Proceso de EPM con posterioridad a la celebración del presente Contrato y además la defensa de la Sociedad fue ejercida en cualquier momento posterior a la fecha del Contrato por un apoderado distinto del actual.

c) Que el demandante del Proceso de EPM es Integrante o Socio del Comprador, o Beneficiario Real o Causahabiente de un Integrante o Socio del Comprador, o Causahabiente o Beneficiario Real del Comprador o de los Causahabientes de éste.

d) Que el demandante del Proceso de EPM haya tenido injerencia o haya ejercido influencia en el manejo que la Sociedad le ha dado al Proceso de EPM, durante el período comprendido entre la Fecha del Contrato y la fecha de la reclamación.

e) Que la Sociedad, sin la autorización previa y escrita de la Vendedora, transigió, concilió o se allanó a las pretensiones del

demandante del Proceso de EPM o realizó acuerdos con éste último, relacionados con el proceso de EPM.

f) Que la reclamación no fue presentada de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el Numeral 8.3.1. de este Contrato.

g) El Comprador ha incumplido las obligaciones adquiridas en virtud de la Cláusula 9 del presente Contrato.

Cuando la Vendedora objete la reclamación de conformidad con lo aquí dispuesto, el Comprador dispondrá de treinta (30) días calendario para controvertir por escrito las objeciones, término que se contará a partir de la fecha en que haya recibido las objeciones de la Vendedora. Si el Comprador no se pronuncia dentro de ese término, no habrá lugar al pago de la compensación de que trata el presente Numeral. Cuando el Comprador se pronuncie y no se logre un acuerdo al respecto con la Vendedora dentro del término de treinta (30) días calendario siguientes a la presentación por parte del Comprador a un tribunal de arbitramento de conformidad con lo establecido en la Cláusula 23 del presente Contrato.

**Parágrafo:** En el evento en que, por imposibilidad definitiva, física o jurídica, no se pueda cumplir con el objeto del mandato, o el actual apoderado de la Sociedad en el Proceso de EPM no pueda o no quiera continuar ejerciendo la representación de la Sociedad en ese proceso, el Comprador o la Sociedad le notificará a la Vendedora esa circunstancia dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que tenga conocimiento del hecho. En tal caso, la Vendedora, dentro del mes siguiente a la fecha en que el Comprador o la Sociedad le hayan notificado la necesidad de nombrar un nuevo apoderado para el proceso de EPM, deberá presentar una terna de abogados de la cual la Sociedad podrá escoger el nuevo apoderado.

Una vez presentada la terna de abogados por parte de la Vendedora, la Sociedad podrá:

(i) escoger uno de los tres (3) nombres de la terna presentada por la Vendedora y, en consecuencia, proceder a sustituir el poder en el Proceso de EPM a la persona escogida, en cuyo caso se mantendrá el mismo régimen de responsabilidad señalado en el presente Numeral 8.3.5, o

(ii) nombrar a otro abogado como apoderado sustituto del actual, en cuyo caso el régimen de responsabilidad será el general y, en consecuencia, quedarían sin efecto los literales (a) y (b) del presente Numeral 8.3.5 y la Vendedora podrá objetar la compensación por el simple hecho que el apoderado sustituto designado por la Sociedad haya incurrido en culpa leve en la defensa del Proceso de EPM.

En el evento en que la Vendedora no presente su terna de abogados dentro del término estipulado de un mes, el Comprador tendrá derecho a presentarle una terna a la Vendedora, quien a su vez tendrá un mes para escoger, entre los miembros de la terna del Comprador, el abogado que a su juicio debe ser el apoderado de la Sociedad. Los abogados incluidos en esta terna deben ser personas de reconocidas calidades morales y profesionales. En el evento en

que la Vendedora no escoja el apoderado de la Sociedad entre los integrantes de la terna presentada por el Comprador dentro del término aquí establecido, el Comprador escogerá dicho apoderado entre los integrantes de su terna. En todos los casos previstos en el presente párrafo, el régimen de responsabilidad será el previsto en el presente Numeral 8.3.5.

### **6.3.6 Compensación parcial**

Sin perjuicio de que la Vendedora pueda objetar la compensación por razones establecidas en el Numeral 8.3.5, la Vendedora no tendrá la obligación de pagar la compensación de que trata el literal (a) del Numeral 8.3.3 y, por ende, sólo procederá el reconocimiento de que trata el literal (b) del numeral 8.3.3, si dentro de los treinta (3) días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido del Comprador o sus Causahabientes la respectiva reclamación, y siempre y cuando que ésta cumpla con todos los requisitos señalados en el presente Numeral 8.3, manifieste, mediante escrito debidamente motivado, que se ha presentado cualquiera de los siguientes eventos:

(a) Que el demandante del Proceso de EPM, de manera directa o indirecta, es o fue integrante del Comprador o es o fue Beneficiario Real o Causahabiente de uno de los Integrantes del Comprador.

(b) Que el demandante del Proceso de EPM, de manera directa o indirecta, es o fue Socio del Comprador o es o fue Beneficiario Real o Causahabiente de algunos de los Socios del Comprador.

(c) Que en el caso en que el Comprador sea un Inversionista Estratégico, el demandante del Proceso de EPM adquirió Acciones del Comprador o de sus Causahabientes a cualquier título o es Beneficiario Real de dichas Acciones.

### **8.3.7 Beneficiarios de la compensación**

La determinación de los beneficiarios de la compensación de que trata este Numeral, se hará de la siguiente manera:

a) Cuando el demandante del Proceso de EPM no sea y no haya sido Integrante o Socio del Comprador ni Beneficiario Real ni Causahabiente de un Integrante o Socio del Comprador, ni Causahabiente del Comprador, en el período comprendido entre la Fecha del Contrato y la fecha en que el Comprador le someta a la Vendedora la reclamación de que trata este Numeral, los beneficiarios de la compensación de que trata este Numeral serán el Comprador o sus Causahabientes que, en la fecha de recibo de cualquiera de las compensaciones, aparezcan registrados, en el libro de registro de accionistas de Isagen, como propietarios de las Acciones que se venden por medio de este Contrato.

Cuando el demandante sea o haya sido Integrante o Socio del Comprador o Beneficiario Real o Causahabiente de un Integrante o Socio del Comprador o Beneficiario Real o Causahabiente del Comprador en el período comprendido entre la Fecha del Contrato y la fecha en que el Comprador le someta a la Vendedora la reclamación de que trata este Numeral, dejarán de ser beneficiarios

de la compensación las personas que en la fecha en que se pague la reclamación sean propietarios de las Acciones que el demandante del Proceso de EPM haya adquirido, directa o indirectamente, a cualquier título en el período comprendido entre la Fecha del Contrato y la fecha en que el Comprador le someta a la Vendedora la reclamación de que trata este Numeral” (subrayas y resaltado en el texto de la demanda)

## 2. Hechos

Relató que el Gobierno Nacional dispuso la apertura de un proceso de enajenación de su propiedad accionaria en la sociedad Isagen S.A. E.S.P., participación que ascendía [entonces] a un porcentaje cercano al 77% del total del capital. Tomada la decisión, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 226 de 1995, la Nación contrató los servicios de asesoría financiera de una banca de inversión, la cual preparó el programa de enajenación, el cual fue aprobado por el Gobierno mediante el Decreto 1738 de 1999. Dicho programa comprendía dos etapas, habiéndose concluido ya la denominada primera etapa o “etapa de venta al sector solidario”.

Que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1738 de 1999, *“le corresponde al Reglamento de Venta y Adjudicación, que no es otra cosa que un pliego de condiciones o términos de referencia, señalar los aspectos necesarios para llevar a cabo la venta y además contendrá, entre otros, lo (sic) demás aspectos relativos al procedimiento de venta correspondiente a la primera etapa y a la aplicación de las condiciones especiales de la negociación”* (subrayas originales). Según lo dispuesto por el citado decreto, el Reglamento de venta y adjudicación, así como los contenidos de sus anexos, las modificaciones y aclaraciones, serían aprobados por el Comité Técnico, integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planeación.

Que al momento de presentar la demanda, el proceso de enajenación de Isagen S.A. E.S.P. se encontraba en la segunda etapa, que según la ley consiste en admitir la participación en el proceso de compra, de todas las personas que no tengan un impedimento legal para ello, etapa que *“no debe contener, de acuerdo con los preceptos constitucionales y específicamente de los artículos 2º y 9º de la Ley 226 de 1995, condiciones que introduzcan discriminaciones o diferencias no admitidas en la ley entre las personas que, real o potencialmente, se encuentren*



*interesadas en participar en la compra de las acciones ofrecidas*". No obstante lo cual, dentro de la enajenación se introdujeron claros y anómalos condicionamientos, violatorios de los derechos fundamentales de algunos oferentes, *"con los cuales se ha querido excluir de la participación en el proceso de compra a algunos interesados"*, entre ellos a Empresas Públicas de Medellín.

Que el proceso precontractual contenido en el Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen S.A. E.S.P. registró la siguiente discriminación: *"aunque la Nación garantizó a los eventuales compradores, de acuerdo y en proporción con su participación accionaria, que ella directamente asumiría y les pagaría, el valor de todas las contingencias actuales que se hicieran efectivas contra Isagen S.A. E.S.P., extrañamente excluyó de tal beneficio contractual, a los compradores que tuvieran presentadas demandas contra Isagen S.A. E.S.P., según consta en el Anexo 2 del Reglamento de Venta y Adjudicación (Minuta del Contrato de Venta de las Acciones). Estas contingencias incluyen los pagos futuros –después de la venta- a que se vea obligada Isagen S.A. E.S.P. como consecuencia de la realización efectiva de cualquier condena judicial proveniente de algún proceso de los que están actualmente en curso. Dicho en otras palabras, la Nación está discriminando ilegítimamente a todos aquellos oferentes que por diferentes razones tengan pendientes procesos judiciales en contra de Isagen S.A. E.S.P. sin más consideraciones, que el solo hecho de que el oferente tenga vigente una controversia judicial en contra de Isagen S.A. E.S.P., hace, según los términos del Reglamento de Venta, que la Nación (Minuta del Contrato de Compraventa de Acciones) le excluya del beneficio contractual antes citado, y por ende, se le coloque en una posición de inferioridad respecto de los demás oferentes"* (subrayas originales).

Que sin explicación alguna, desde el texto originario del numeral 8.9 de la Cláusula Octava de la Minuta del Contrato, numeral que fue después reemplazado por los numerales 8.3.3, 8.3.5, 8.3.6 y 8.3.7 de la nueva minuta, *"se sostenía que en el momento que un vehículo de inversión adquiriera acciones de Isagen S.A. E.S.P., el mismo perdía automáticamente la garantía mencionada, si uno de los socios era demandante contra esta sociedad. Ante esta posición, es muy claro que ningún inversionista estaría interesado en participar con quien tuviese alguna demanda contra Isagen S.A. E.S.P. en el proceso de compra, y de hacerlo, obviamente descontaría, del valor de la oferta, el valor de la contingencia"*. Que no obstante que las modificaciones introducidas por el Comité Técnico moderaron los

alcances de la limitación relativa al beneficio de compensación, en la medida en que reconocieron la compensación a la persona que se asociara con un demandante actual de Isagen S.A. E.S.P., mantuvieron la restricción respecto de las personas que tenían directamente la calidad de demandantes.

Solicitó, en consecuencia, la declaratoria de nulidad de los referidos numerales y que *“en virtud de dicha declaratoria, en el proceso de venta de Isagen S.A. E.S.P. se permita la participación, en igualdad de condiciones y sin más limitaciones, a todos los interesados”*.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación**

Expuso el actor que la norma acusada viola los siguientes preceptos: el artículo 13 de la CN que establece el derecho a la igualdad, el artículo 38 de la CN que garantiza el derecho a la libre asociación, el artículo 333 de la CN que consagra los derechos a la libre empresa y libre competencia y los artículos 2º y 9º de la Ley 226 de 1995 que prevén la democratización sin limitaciones de la propiedad.

### **4. Admisión y contestación de la demanda**

Por auto de 19 de abril de 2002 se admitió la demanda formulada. La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones y manifestó que este proceso de enajenación de las acciones de propiedad de la Nación en ISAGEN se *“suspendió definitivamente mediante decisión adoptada por el Comité de Participación Privada (...) tal y como consta en el acta suscrita el veintiséis (26) de abril de dos mil uno (2001)”*. Que la Ley 226 de 1995 es una ley de naturaleza especial, expedida en desarrollo del artículo 60 CN y que establece unas reglas especiales sobre enajenación accionaria.

Señaló que el artículo 12 del decreto 1738 de 1999 en relación con el reconocimiento de efectos económicos y contingencias de los contratos de compraventa que se suscribieran en desarrollo del proceso de enajenación, dispuso que en los contratos de compraventa se debía establecer la forma como la Nación y la FEN reconocerán los efectos económicos que se deriven para los compradores o sus causahabientes como consecuencia de las contingencias pasivas cuya causa u origen se haya producido por actos, hechos y omisiones realizados u ocurridos con anterioridad a la celebración de tales contratos,

tomando en cuenta la participación accionaria que la Nación enajena en ISAGEN. De modo que, a su juicio, *“es claro que el Comité de Participación Privada era el órgano competente para establecer las condiciones de venta y el eventual reconocimiento de contingencias dentro de ese proceso”*.

Aseguró que no es cierto que en el programa de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación en ISAGEN se hayan introducido anómalos condicionamientos. En relación con el reconocimiento de contingencias, el reglamento estableció algunas reglas que *“contemplan situaciones especiales y particulares (...) y en ningún sentido constituyen violaciones a preceptos constitucionales y mucho menos a los artículos 2º y 9º de la precitada Ley 226 de 1995”*.

Por su parte, la Nación Ministerio de Minas y Energía también se opuso a las pretensiones y enunció argumentos similares a los del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en adición adujo que el proceso se rige por la Ley 226 de 1995 (los arts. 2, 7 y 125 disponen que se somete a derecho privado) y fue adoptado mediante el decreto 1738 de 1999, modificado parcialmente por los decretos 1195 y 2621 de 2000. Proceso que se adelantó en dos etapas: una primera dirigida al sector solidario, a través de la denominada “oferta especial” y una segunda, con las acciones que no fueran compradas por el sector solidario y que conformarían la oferta dirigida al “sector estratégico” (arts. 13, 3.2 del decreto 1738 de 1999 y art. 2.59 del reglamento de venta). Insistió en que el reglamento no puede asimilarse de manera simplista, como lo plantea el actor, *“a un pliego de condiciones o términos de referencia en el sentido que ello corresponde a la contratación administrativa”*. Además, los artículos 2 y 9 de la ley 226 no impiden establecer diferenciaciones en la segunda etapa.

Puso de presente que en esta materia no es cierto que las personas puedan tomar sus decisiones dentro del ámbito de una autonomía absoluta de la voluntad. Luego expuso *in extenso* los fundamentos jurídicos del proceso de enajenación demandado, a partir de la Constitución, del marco legal (leyes 142 y 143), así como la naturaleza jurídica de EPM, de ISAGEN y del Ministerio de Minas, para resaltar que la materia se regula por el derecho privado (arts. 2, 7 y 17 de la ley 226 de 1995, 32 y 27.7 de la ley 142).

Destacó que la *“determinación de preferencia y condiciones especiales para el sector solidario tiene un carácter imperativo y constituyen las bases fundamentales en que se soporta el principio de democratización de la propiedad estatal que se deriva de la Constitución Política. Y es sobre las mismas que no se pueden establecer condicionamientos o restricciones que impidan la libre participación del sector solidario, y no así sobre la participación que dentro de estos procesos pueda tener terceros diferentes de dicho sector”*. Frente a las acciones que no adquiriera el sector solidario el artículo 9 de la ley 226 dispone que la enajenación se hará utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, así *“si el proceso de convocatoria no restringe la participación o impone la exclusión de potenciales participantes por razones políticas, religiosas, de raza, de sexo o cualquier otra de las previstas en el artículo 13 de la Constitución Política, no podrá sostenerse que ha desconocido la garantía de la libre concurrencia dentro de estos procesos”*. Además, el reglamento se sujetó a lo dispuesto por los artículos 12, 13 y numeral 15.1 literales b) y c) del artículo 15 del decreto 1738 de 1999

Frente a infracción de los derechos de libertad de empresa y libre competencia, sostuvo que el concepto de la violación no tiene vinculación o relación con el aparte atacado del Reglamento de venta relativo a la compensación por la contingencia judicial. Respecto de la violación de los artículos 2 y 9 de la Ley 226 de 1995 adujo argumentos similares a los expuestos con anterioridad y a los esgrimidos por el Ministerio de Hacienda. Al finalizar hizo un recuento del proceso de enajenación y al hacerlo resaltó que en sentencia SU 1193 de 2000 la Corte Constitucional tuteló los derechos de EPM y ordenó como mecanismo transitorio la suspensión del proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación y de la FEN en ISAGEN *“mientras se decide por la jurisdicción contencioso administrativa lo que fuere pertinente en relación con los actos administrativos que motivan la decisión de la Corte Constitucional”*.

Indicó que EPM manifestó públicamente que no participaría en este proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación y FEN en ISAGEN, *“con fundamento esencialmente en que el negocio no era rentable para la empresa”*, cita en respaldo notas de prensa de la época. Que luego de vencido el plazo para que se iniciaran las acciones judiciales pertinentes se reabrió el proceso de enajenación, pero luego del trámite de un incidente de desacato finalmente se suspendió indefinidamente. Que se elevó consulta al Consejo de Estado, para que

estudiara la viabilidad jurídica de dar por terminado el proceso de enajenación de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de adjudicación, pero que a la fecha de la contestación de la demanda no había pronunciamiento.

A su vez, la Nación-DNP formuló argumentos similares a los esgrimidos por los otros dos accionados y destacó que el proceso de enajenación accionaria fue suspendido definitivamente el 26 de octubre de 2001.

## **5. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público**

Por auto de 24 de enero de 2003 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. EPM resumió lo expuesto en su escrito de demanda. A su turno, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más de transcribir *in extenso* las normas aplicables al proceso y de referir argumentos similares a los referidos en la contestación, precisó que “[t]anto el reglamento de venta como el contrato de compraventa se desarrollaron de conformidad con los preceptos contenidos en los artículos citados [12 y 13 del decreto 1738 de 1999], los cuales no han sido objeto de demanda de ilegalidad y en consecuencia su legalidad se presume, considerando la defensa que no es menester ahondar en la presunción de legalidad del acto administrativo”. El Ministerio Público no rindió concepto.

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

El señor Consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez puso en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. El cual se aceptará.

### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, el Consejo de Estado es competente para conocer de las controversias que se presenten con ocasión de la actividad contractual o precontractual de entes que ostenten el carácter estatal, sin importar si éstos se someten o no al derecho público. En tanto, como lo ha señalado

reiteradamente la Sala<sup>1</sup>, mediante esta reforma legal operó la sustitución de un criterio funcional por uno orgánico de la cláusula general de asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se reitera que:

“ (...) la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al ‘*juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado*’, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga.

(...)Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deberán ser interpretadas a la luz de esta modificación. Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida (...)”<sup>2</sup>

En reciente oportunidad la Sala ratificó el criterio sentado en una controversia de naturaleza contractual, en la que no resultaba aplicable la Ley 80 de 1993:

“ (...) el artículo 1º de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006<sup>3</sup>, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa para dirimir las controversias y litigios originados en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas y no solo las referidas a ‘*controversias y litigios administrativos*’, modificación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni **el régimen jurídico que les sea aplicable**, ni el tipo de controversia de que se trate-contratual, nulidad y

---

<sup>1</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 8 de febrero de 2007, Rad. 05001-23-31-000-1997-02637-01, Actor Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros, C.P. Enrique Gil Botero; CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 26 de marzo de 2007, Rad. 66001233100020030016701 (25619), Actor: Liliana Arroyave Castro y otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales, Asunto: Acción de Reparación Directa – Apelación Auto, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 18 de julio de 2007, Rad. 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda. Iberocol Ltda., Demandado: Codensa S.A. E.S.P. – Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio

<sup>3</sup> El artículo 1º de la citada ley dispuso: “El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:  
“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. (...)”

restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que de un criterio eminentemente material u objetivo, que permitía distinguir las actividades de las entidades públicas entre aquellas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no, **pasó a un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad.**"<sup>4</sup> (subrayas originales, negrilla fuera de texto)

Por manera que si la jurisdicción administrativa **conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal**, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la Nación es una entidad pública.

Y por tratarse de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional y por actuarse en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del CCA).

Ahora, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer y decidir sobre el contencioso objetivo formulado, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 128 del C.C.A. y el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, ambos expedidos por esta Corporación, por cuya virtud conoce de los procesos de simple nulidad que versen sobre asuntos contractuales o precontractuales, con prescindencia de que estos estén regulados por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones o se gobiernen por el derecho común.

## **2. Regulación especial de la enajenación de la propiedad accionaria estatal: Idoneidad del medio de impugnación judicial utilizado**

Si bien la enajenación de la propiedad accionaria del Estado no se rige por el estatuto de contratación estatal, según se desprende de lo previsto por el artículo

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 29 de enero de 2009, Rad. 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662), Actor: Droguería Santa Fe de Arauca, Demandado: Instituto de Los Seguros Sociales-I.S.S.-, Ref.: Contractual- Apelación Sentencia, C.P. Myriam Guerrero de Escobar

2º de la Ley 226 de 1995<sup>5</sup>, que señala con claridad meridiana que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos<sup>6</sup>, no es menos cierto que el procedimiento de enajenación de la participación del Estado en el capital social de cualquier empresa está sometido a una regulación especial fundamentalmente prevista en la Ley 226 de 1995 y en los decretos que a su desarrollo debe expedir el Gobierno Nacional en particular en lo relativo a los principios generales que gobiernan la materia, los procedimientos de enajenación, las medidas adoptadas para garantizar la democratización, todo lo cual supone la adopción de múltiples decisiones de carácter unilateral de la administración, que producen efectos jurídicos, los cuales –por supuesto- son pasibles de control judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Con esta perspectiva, el **diseño del programa de enajenación** respectivo fue atribuido por el legislador al Ministerio titular o al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (art. 7º *eiusdem*), lo que supone que por mandato legal se encomendó esta delicada tarea a las instituciones cabeza de la administración, como una **actividad administrativa** propia de ellas, en cuanto evidentemente corresponde a la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen (art. 208 Constitucional y art. 58 Ley 489 de 1998)<sup>7</sup>.

En la misma línea, el artículo 8º de la Ley 226 de 1995 establece que el Ministro del ramo respectivo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deben presentar, en tanto jefes de la administración en su respectiva dependencia, el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación.

---

<sup>5</sup> Si bien el artículo 27.7 de la Ley 142 dispone que los aportes efectuados por la Nación se rigen por las normas de derecho privado, no lo es así su enajenación que, en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, está sometida a unas reglas especiales previstas en la Ley 226 de 1995 (D.O. 42.159 de 1995).

<sup>6</sup> El artículo 7º *ibid.* prevé que el diseño del programa de enajenación respectivo se podrá hacer a través de entidades – públicas o privadas- contratadas para el efecto “según las normas de derecho privado”.

<sup>7</sup> Así lo puso de relieve el Gobierno en la exposición de motivos del proyecto de Ley 150 de 1995 Senado (a la sazón Ley 226): “El procedimiento de enajenación comprende toda la serie de actos administrativos por medio de los cuales la propiedad accionaria del Estado pasa a manos de los particulares (...)” (GACETA DEL CONGRESO No.367, 30 de octubre de 1995, p. 7)



Aprobación que para el caso *sub lite* se dispuso en el artículo 1º del Decreto 1738 de 1999<sup>8</sup>. Este decreto se ocupó además de precisar el procedimiento de venta, el precio fijo y el precio mínimo, las condiciones especiales para el acceso a las acciones de ISAGEN SA ESP por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias y de trabajadores, las limitaciones para presentar aceptación a la oferta especial, crédito para los destinatarios de la oferta especial, continuidad del servicio, requisitos para las ofertas de compra presentadas en la segunda etapa, adjudicación de las acciones, forma de pago del precio, reconocimiento de efectos económicos como consecuencia de contingencias pasivas, entre otros múltiples aspectos. Todo lo anterior sujeto a lo dispuesto por el reglamento de venta y adjudicación de acciones previsto en el artículo 13 del decreto citado.

De modo que dentro de este proceso ocupa un lugar fundamental el reglamento de venta y adjudicación de acciones, el cual si bien *prima facie* acusa evidentes similitudes con los pliegos de condiciones propios del estatuto de contratación estatal, no puede asimilarse de manera simplista a éstos, aunque unos y otros (si bien gobernados por marcos jurídicos diversos) delimitan sin duda el ámbito de acción de la Administración y buscan garantizar que la decisión de ésta última se produzca alejada de motivaciones de carácter subjetivo y por ello ambos mecanismos se ocupan de prever factores determinantes para la escogencia.

En efecto, como lo ha señalado en múltiples oportunidades la Sala los pliegos de condiciones o términos de referencia tienen por objeto prever un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del negocio jurídico y por lo mismo sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes y futuros contratista. En otras palabras se busca la acertada escogencia del particular que habrá de colaborar con el logro de los fines estatales y por su puesto la satisfacción del interés general, ínsita a éstos. Por manera que, ha dicho la jurisprudencia, los pliegos juegan, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista,

---

<sup>8</sup> DIARIO OFICIAL No. 43698 de 9 de septiembre de 1999

con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas<sup>9</sup>.

Por su parte, el artículo 13 del decreto 1738 de 1999 antes referido defirió al Reglamento de venta y adjudicación de las acciones la definición de los aspectos necesarios para llevar a cabo la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, cuyas condiciones y procedimientos estableció ese decreto. Agregó la norma referida que dicho reglamento contendría “*entre otros aspectos*” los siguientes:

- a) el procedimiento correspondiente a la primera y segunda etapa;
- b) la aplicación de las condiciones especiales para el acceso a las acciones de ISAGEN SA ESP por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias y de trabajadores (art. 5º *eiusdem*);
- c) las condiciones que deberán acreditar las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que pretendan adquirir de ISAGEN SA ESP en la segunda etapa con el fin de asegurar la continuidad del servicio de generación eléctrica de las centrales de propiedad de ISAGEN SA ESP;
- d) los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad del servicio de energía eléctrica prestado por ISAGEN SA ESP cuando la mayoría de las acciones de esta sociedad sean adquirida por los destinatarios de la oferta especial; la indicación de la forma de pago de las acciones;
- e) los mecanismos para dirimir empates;
- f) el monto de la garantía de seriedad de la oferta;
- g) los mecanismos de garantía necesarios para asegurar el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el numeral 6.2 del artículo 6º de ese decreto;

En definitiva, conforme al Decreto 1738 de 1999 el reglamento de venta y adjudicación de acciones debe ocuparse de todos los aspectos que se requieran

---

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Rad.: 76001-23-31-000-1996-02716-01, Actor: Jairo Martín Vargas Díaz, C.P. María Elena Giraldo Gómez

para concretar el programa de enajenación de las acciones emitidas por Isagen S.A. E.S.P., de propiedad de la Nación.

Asimismo, el citado artículo 13 del Decreto 1738 de 1999 dispuso que el reglamento de venta y adjudicación así como sus modificaciones y aclaraciones fueran aprobados por el Comité Técnico<sup>10</sup> de que trata el artículo 14 del decreto en cita. Allí se indicó, además, que el Comité Técnico tendría, entre otras, las siguientes funciones: i) aprobar el reglamento de venta y adjudicación con sujeción al decreto 1738 de 1999 y a las directrices que fije el Comité de Participación Privada<sup>11</sup>; ii) verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para los destinatarios de la oferta especial; iii) verificar el cumplimiento de las condiciones para garantizar la continuidad en la prestación del servicio; iv) asesorar al Comité de Participación Privada en lo que se le solicite y *“en general todas aquellas que establezca el Comité de Participación Privada”*.

Conviene resaltar que al Comité de Participación Privada, en tanto órgano director y coordinador de este proceso, atañe la adjudicación de las acciones, fijar las directrices a las cuales debe sujetarse el Comité técnico para aprobar el Reglamento de Venta y adjudicación y sus respectivos adendos.

De la lectura de este decreto, se desprende el carácter indudablemente de **función administrativa** de las distintas medidas que corresponde adoptar a diversas instancias gubernamentales dentro del proceso de enajenación de acciones. No sobra resaltar que este decreto, así como su modificación (Decreto 1195 de 2000<sup>12</sup>), no fueron impugnados en este proceso y gozan por lo mismo de presunción de legalidad, por cuya virtud la manifestación de voluntad de la administración se tiene como conforme a derecho, la cual no ha sido desvirtuada ante su juez natural y por lo mismo de obligatorio cumplimiento (art. 66 CCA).

Asimismo, tan propio es de la esfera de lo público, que según el párrafo del artículo 8º de la Ley 226 el plan de enajenación anual en forma global con sus

---

<sup>10</sup> Integrado por tres miembros con sus respectivos suplentes, designados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Energía y por el Director del Departamento Nacional de Planeación.

<sup>11</sup> Integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Energía y Director del Departamento Nacional de Planeación o sus delegados.

<sup>12</sup> DIARIO OFICIAL No. 44.062 del 29 de junio de 2000

avalúos preliminares debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República, durante los primeros 60 días al año.

Igualmente, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 226 en cita la enajenación de la participación accionaria se hará utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia.

En la misma línea de previsión de normas de orden público tendientes a delimitar el marco de acción de la Administración cuando quiera que esta decida enajenar su propiedad accionaria, en perfecta consonancia con el mandato constitucional, el legislador reguló aspectos adicionales, como la definición de las etapas de ese procedimiento (art. 10 Ley 226 de 1995).

De modo que no es cierto, como afirman los accionados, que el proceso de venta está regido íntegramente por el derecho privado y sometido a una suerte de libérrimo despliegue de la autonomía negocial. Lo que dispone el artículo 2º de la Ley 226 de 1996 es que “[l]a Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria”, lo cual supone que fue decisión del legislador someter ese proceso a las reglas especiales allí previstas y no a las generales contenidas para los contratos del Estado en la codificación contenida en la Ley 80 y sus modificaciones.

De ahí que por preciso mandato legal en su interpretación y aplicación se parta del criterio hermenéutico de especialidad, conforme al cual la disposición relativa a un asunto especial –enajenación de la propiedad accionaria estatal- prefiere a la que tenga carácter general –todo negocio jurídico que adelante el estado-, según la regla universal recogida por nuestro ordenamiento jurídico: *lex specialis derogat legit generalis*, (artículos 5º ley 57 de 1887 y 3º de ley 153 de 1887).

Criterio de especialidad que es desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 60 Superior, que justamente partió del supuesto conforme al cual la enajenación de la participación que tenga el Estado en una empresa deba adelantarse conforme a un régimen singular. Así lo indicó la exposición de motivos (art. 27 del C.C. *voluntas legislatoris*) de esta ley:

“[e]ste artículo constitucional [60] consagra dos principios básicos los cuales deben gobernar todo el proceso de democratización. Estos son, el de legalidad y el de preferencia de ciertos sectores sociales.

El primero implica que el legislador debe establecer el marco general por el cual se desarrolla el proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la cual sea titular el Estado. El segundo, se expresa en el hecho de (sic) dentro del mismo tengan un derecho preferencial los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores” (subrayas fuera de texto original)<sup>13</sup>

Criterio de especialidad, que incluso anticipándose al ulterior desarrollo legal del artículo 60 Constitucional citado, había ya perfilado la Corte Constitucional al señalar sin ambages que debe expedirse una normatividad especial que desarrolle ese mandato superior:

“La fijación de plazos, líneas especiales de crédito, precio de las acciones y otros aspectos fundamentales, habrán de ser establecidas para cada caso en particular, incluso por el Consejo de Ministros, el cual para el efecto podrá contar con las propuestas técnicas que elabore el Fondo de Garantías, si así lo decide y establece el legislador, y siempre que ello se haga acogiendo los principios y condiciones que establezca la ley que éste produzca, para reglamentar los procesos de democratización de la propiedad que ordena la Carta, ateniéndose al marco de las limitaciones que ésta imponga; en dicha ley, se reitera, deberán consignarse las ‘condiciones especiales’, que con carácter general determine el legislador para facilitar y alcanzar los propósitos del Constituyente.”

(...) La utilización de criterios técnicos para establecer el valor de los activos y pasivos de una entidad que se va privatizar, garantizará la estabilidad de la misma y salvaguardará el patrimonio de la Nación. En consecuencia, si bien tales medidas no son contrarias a las disposiciones constitucionales, su aplicación estará necesariamente condicionada a las disposiciones de la ley que expida el legislativo, para efectos de reglamentar el proceso de democratización de la propiedad accionaria estatal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta.

(...) El artículo 310 no es en sí mismo violatorio de los preceptos de Carta, pues en tratándose de un organismo de carácter técnico, como lo es el FOGAFIN, éste tiene plena capacidad para, a través de contratos, prestar asesoría, apoyar y orientar técnicamente los procesos de cada entidad financiera en la que el Estado tenga participación, que se pretenda enajenar, siempre que el proceso se soporte y de cumplimiento estricto a las condiciones especiales que establezca el legislador en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta.”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> PERRY RUBIO, Guillermo, Exposición de motivos al proyecto de ley No. 150 de 1995 Senado, por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones, en GACETA DEL CONGRESO No. 367, 30 de octubre, 1995, p. 6.

<sup>14</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 452 de 1995, MP Fabio Morón Díaz.

Y no podría ser de otra manera, porque mientras que en el Estatuto General de Contratación lo que se pretende es la colaboración de los particulares para el logro de los fines del Estado (art. 3º de la Ley 80 de 1993), en tanto que la enajenación de la propiedad accionaria de la cual el Estado es titular, supone la celebración de una serie de negocios jurídicos particulares que entrañan el desprendimiento del derecho de dominio de lo que es del Estado para que sea enajenado a los particulares. Por lo demás, la transferencia de la propiedad estatal no significa simplemente el cambio de la titularidad de la propiedad accionaria, sino que debe ser entendido como un desarrollo de la democracia participativa<sup>15</sup>. Todo lo cual impone el sometimiento a un marco jurídico distinto, por supuesto.

Por ello, mientras la normatividad aplicable a los contratos estatales por regla general es la contenida en las disposiciones comerciales y civiles pertinentes salvo las materias particularmente reguladas por el Estatuto de Contratación Estatal (art. 13 de la Ley 80 de 1993), en contraste, lo que se advierte en la Ley 226 [la cual fija su ámbito de aplicación en el art. 1º] es una regulación detallada de orden público que no hace ningún reenvío expreso al derecho común como regla general, sino que tan sólo aclara que no se aplica la Ley 80 de 1993. Obviamente, en lo no regulado por la Ley 226, como es apenas natural, habrá de remitirse a los principios y reglas del derecho privado, en cuanto no sean incompatibles con aquella.

Es así como, este proceso participa, en tanto expresión de la función administrativa, de los postulados previstos en la Constitución en su artículo 209, que enlista los principios que orientan la función administrativa. y que la jurisprudencia constitucional clasifica en tres grupos: i) **“finalístico”**: el interés general; ii) **“funcionales”**: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y iii) **“organizacionales”**: Descentralización, delegación y desconcentración de funciones<sup>16</sup>.

A su vez, la Ley 226 consignó unos principios generales que obligatoriamente han de seguirse en caso de enajenación total o parcial a favor de particulares de la participación estatal en el capital social de cualquier empresa, bien porque esté en

---

<sup>15</sup> Cfr. Exposición de motivos, cit. p. 6

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 496 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C 561 DE 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra.

cabeza de órganos públicos o de las personas jurídicas de las cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.

El primero de esos principios particulares es la **democratización**, conforme al cual todas las personas naturales y jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. Este principio, a su vez impone, la aplicación de otros principios como el de **publicidad y libre concurrencia** (arts. 2º Ley 226, 27.2 Ley 142 y 77 Ley 143)

Conforme al principio de **preferencia**, para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, deben otorgarse condiciones especiales a ciertos sectores<sup>17</sup> para así facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 Constitucional (art. 3º de la Ley 226).

Especial interés reviste el principio de **protección del patrimonio público**, por cuya virtud la enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público (art. 4º Ley 226).

Por último, el legislador dejó en claro 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** (artículo 5º. Ley 226)

Al descender estas consideraciones al caso *sub lite*, se impone concluir el carácter de **función administrativa** que reviste toda la expedición de medidas por parte del Gobierno Nacional en el programa de enajenación de las acciones emitidas por ISAGEN S.A. E.S.P. de propiedad de la Nación y de la Financiera Energética Nacional, FEN., dentro del proceso de reestructuración del sector energético colombiano y para promover la competencia mediante la vinculación del sector privado al mismo. Estímulo a la inversión de los particulares que es calificada por el numeral 8º del artículo 3º de la Ley 142 de 1994 como un verdadero **instrumento de intervención estatal**, esto es, de una evidente función administrativa.

---

<sup>17</sup> Los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y 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 definidas, por la legislación cooperativa.

De ahí que no se tenga duda sobre el carácter de acto administrativo que reviste el reglamento de venta impugnado, aunque éste no pueda *strictu sensu* asimilarse a los pliegos de condiciones o términos de referencia de que trata el estatuto general de contratación de la administración pública, y -por lo mismo- es clara la idoneidad del medio judicial escogido.

A este respecto conviene destacar que la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado que para que un acto jurídico constituya un acto administrativo debe consistir en una:

“i) declaración unilateral, ii) que se expida en ejercicio de la función administrativa, que lo puede ser por una autoridad estatal de cualquiera de sus ramas u organismos, o incluso por entidades privadas en virtud de autorización legal, a menos que por norma especial de orden Constitucional o legal dicha declaración, no siendo expedida en ejercicio de función administrativa sea demandable en acción contencioso administrativa y iii), que ella produzca efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante.

La presunción de legalidad y la ejecutividad, que el a quo aduce como supuestos o elementos determinantes del acto administrativo, no son tales sino aspectos que **se predicán** del mismo, es decir, se refieren al **cómo** de éste y a su ámbito operativo, de allí que se identifiquen como características o atributos y requisitos de eficacia del acto administrativo, en tanto que los aspectos que determinan su naturaleza jurídica o carácter de tal corresponden al **qué**, a su ámbito sustantivo. Los primeros no son exclusivos del acto administrativo, pues la presunción de legalidad se predica igualmente de otras manifestaciones jurídicas estatales, v. gr. las operaciones administrativas; y la ejecutividad, consistente en la obligatoriedad de lo que se dispone o dice en la declaración de que se trate, igualmente se predica de las leyes y los actos jurisdiccionales, que *per se* son obligatorios y vinculantes.” (negrillas originales)<sup>18</sup>

Para la Sala es claro que los adendos del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen SA ESP ciertamente contienen una declaración unilateral de voluntad de una autoridad administrativa (la Nación-Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía), habida cuenta que emanan únicamente de ésta. Pero además de este elemento esencial, la Sala encuentra que la misma igualmente produce efectos jurídicos directos, al crear una situación jurídica, que por sí misma y una vez en firme es vinculante tanto para los eventuales oferentes como

---

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 31 de marzo de 2005, Rad. 11001 0324 000 1999 02477 01, Actor: José Noel Ramírez Becerra, C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.



para la propia Administración y que fue expedida en ejercicio de la función administrativa<sup>19</sup>.

En efecto, tanto el Reglamento de venta y adjudicación de acciones de ISAGEN SA ESP como sus adendos fueron expedidos en ejercicio de una función administrativa y lo que en ellas se declara unilateralmente tiene efectos jurídicos tanto sobre las eventuales oferentes, como respecto de la propia Administración.

De consiguiente, estas declaraciones unilaterales efectuadas por el Comité Técnico [tres miembros designados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planeación] contenidas en los adendos Nos. 4 y 10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de ISAGEN SA ESP constituyen actos administrativos generales, susceptibles de demanda ante esta jurisdicción en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.).

### **3. Excepción de pérdida de fuerza ejecutoria del acto impugnado**

Al finalizar su escrito de contestación de demanda la Nación-Ministerio de Minas y Energía sostuvo que como el programa de enajenación de acciones tenía vigencia hasta el 30 de junio de 2001, según lo dispuesto por el Decreto 2621 de 2000, en su artículo 2 literal c), perdió fuerza ejecutoria, de acuerdo con lo establecido por el artículo 66 del CCA. Adujo, además, que según lo establecido en el capítulo 3º numeral 3.12 del reglamento de venta y adjudicación de acciones, en la medida en que no hubo adjudicación en la segunda etapa se debía publicar un aviso en un diario de circulación nacional con el fin de que los adjudicatarios de la primera etapa puedan ejercer la opción de desistir de perfeccionar el contrato de compraventa de acciones.

La Sala adelantará el análisis de legalidad y constitucionalidad del acto acusado, porque aunque el proceso de enajenación no concluyó el 30 de junio de 2001, como lo asegura uno de los accionados, y dado que fue cancelado, ello no inhibe de pronunciamiento judicial, como pasa a verse.

---

<sup>19</sup> Sobre el alcance del concepto de acto administrativo, como declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos vid. DROMI, Roberto, El acto administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, Cap. I, Apto. 2 p. 16 y ss.

Tal y como se aprecia en el acta del Comité de Participación privada del proceso de privatización de ISAGEN, de fecha 24 de junio de 2003, allegada al proceso por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 335 y 363 a 365 c. ppal.) el propio Gobierno, al anunciar que acogía un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>20</sup> y frente a los efectos del amparo transitorio ordenado por la Corte Constitucional<sup>21</sup>, aseguró que la vigencia de este proceso de enajenación no concluyó el 30 de junio de 2001 pero que “[e]l Consejo de Ministros en sesión del día 28 de abril de 2003 decidió acoger esta propuesta [no proseguir con el proceso de privatización de Isagen], y en consecuencia, cancelar esta convocatoria, con los efectos previstos en dicho aparte del reglamento [numeral 2.10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones]”. En acato a esa decisión el Comité de Participación Privada, integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro Minas y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planeación, resolvió “cancelar a partir de la fecha esta convocatoria [24 de junio de 2003]”.

No obstante, como dicha decisión sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de legalidad del reglamento de venta y adjudicación de acciones, mientras estuvo vigente.

En efecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone:

“Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:  
(...)

---

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 12 de diciembre de 2002, Rad. 1451, Actor: Ministro de Minas y Energía, Ref.: Reanudación del proceso de enajenación de acciones de propiedad de la Nación y de la Financiera Energética Nacional FEN en ISAGEN S.A. E.S.P., C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Dictamen que fue emitido para establecer los alcances en el tiempo de la suspensión transitoria ordenada por la Corte Constitucional en sentencia de tutela SU 1193 de 2000, como remedio transitorio y sus efectos respecto del proceso de enajenación de acciones. Al efecto la Sala respondió: i) El proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado era viable reanudarlo, a partir de la ejecutoria de la última sentencia de única instancia proferida el 17 de mayo de 2002 por la Sección Primera de esta Corporación, esto es del día 4 de junio de 2002 y ii) El Reglamento de Venta y Adjudicación de Acciones no perdió su fuerza ejecutoria.

<sup>21</sup> Sentencia SU1193 de 2000 MP Alfredo Beltrán Sierra, SV Vladimiro Naranjo Mesa, en la que ordenó al Ministerio de Minas y Energía y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, realizar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esa sentencia, todas las actuaciones correspondientes para suspender transitoriamente el proceso de enajenación de la propiedad accionaria que la Nación posee en la sociedad Isagen S.A. E.S.P. Tutela transitoria solicitada por las Empresas Públicas de Medellín, que sólo permanecería vigente mientras se decide por la jurisdicción contencioso administrativa lo que fuere pertinente en relación con los actos administrativos que motivan la decisión de la Corte Constitucional, contenida en esta providencia.

## 2. Cuando pierdan su vigencia (...)"

A partir de este precepto, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del *"decaimiento del acto administrativo"* como una suerte de "extinción" del mismo. Un sector minoritario de la jurisprudencia estima que cuando opera el denominado *"decaimiento del acto administrativo"* por perder su vigencia, no es procedente entrar a dictar fallo de fondo o, lo que es igual, juzgar la legalidad de una norma que no tiene vigencia y, por el contrario, se impone la inhibición. O lo que es igual, podría esgrimirse que la justicia administrativa sólo conoce de normas administrativas que estén vigentes, de modo que si ha sido derogado el precepto atacado –por ejemplo- no se está delante de un acto administrativo: *"constituye historia administrativa que cumplió los cometidos invocados en su momento, pero que en la actualidad no constituye orden legal. No es legalidad vinculante"*<sup>22</sup>.

Sin embargo, esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que **la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo**, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto:

"[dicho] fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiéndose que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992<sup>23</sup>, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tun (sic), desvirtúa la

---

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, 12 de octubre de 1999, Rad., 522.

<sup>23</sup> Sección Primera. Expediente 1948, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

(...) Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo.”<sup>24</sup> (subrayas de la Sala)

En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “*decaimiento*” del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo<sup>25</sup>.

El actor solicitó que se declarara la nulidad de los adendos Nos. 4 y 10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de ISAGEN S.A. E.S.P., relativos a las modificaciones de los numerales 8.5 y 8.9 de la minuta inicial del contrato de compraventa de acciones, los cuales fueron reemplazados por los numerales 8.3.3, 8.3.5, 8.3.6 y 8.3.7 de la cláusula octava de la misma minuta, y al hacerlo no precisó expresamente si dicha solicitud era sólo sobre una parte de los mismos o era sobre la totalidad. Con todo, al exponer el concepto de la violación se limitó a referir los fundamentos de derecho de sus pretensiones anulatorias de las frases (que por cierto subrayó) que a su juicio afectan su posición como posible oferente, razón por la cual la Sala se contraerá a estudiar los referidos documentos relacionados con la compensación de los efectos económicos resultantes para el comprador del proceso de Empresas Públicas de Medellín, pero exclusivamente en los apartes subrayados por el actor y que justamente tienen que ver con el supuesto trato discriminatorio hacia EPM.

De modo que no se analizará el resto de los actos acusado, en la medida en que no tienen relación con los cargos imputados y quizás por ello no se explicó el concepto de su violación. O lo que es igual, la Sala no hará pronunciamiento alguno de fondo en torno de los demás preceptos que integran los adendos Nos. 4 y 10 y por lo mismo se inhibirá parcialmente por inepta demanda.

---

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de agosto 3 de 2000, Rad. 5722, C.P. Olga Inés Navarrete.

<sup>25</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 5 de julio de 2006, Rad.: 25000232600019990048201 (21051), Actor: Municipio de Puerto Boyacá, Demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía-Fondo Nacional de Regalías, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En tal virtud, se estudiarán tan solo los siguientes apartes del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen S.A. E.S.P.: inciso segundo del numeral 8.3.1, literal b) parcial del numeral 8.3.3, literal c) del numeral 8.3.5, literales a), b) y c) del numeral 8.3.6 a partir de los cargos formulados: violación de las normas constitucionales y legales invocadas.

Así las cosas, corresponde la Sala determinar (i) si hubo o no un trato discriminatorio (violación del artículo 13 de la CN), (ii) si se infringió el derecho a libre asociación (violación del artículo 38 de la CN) (iii) si se violó la reserva de ley en materia de libertad de competencia y de empresa (art. 333 CN) y (iv) si se violaron los artículos 2 y 9 de la Ley 226 de 1995. Es preciso señalar que aunque el escrito de demanda no trata como cargos separados las normas invocadas como infringidas, lo hará así la Sala como metodología que facilita el análisis de lo que se impugna.

#### **4. Primer cargo: Violación a la cláusula general de igualdad**

De acuerdo con la demanda el Gobierno ha manipulado y reducido la capacidad constitucional y legal de ciertos oferentes –aquellos que tenían demandada a ISAGEN-, en un proceso que está llamado a su democratización y *“les colocó condiciones desiguales para confeccionar sus ofertas”*, condición desigual que está cifrada en la exclusión que se hizo del beneficio de la compensación, que sí se reconoce a los demás oferentes y *“se convierte en una ilegítima discriminación, el hecho de que no se brinde este misma garantía a todos aquellos oferentes que tengan demandada a ISAGEN E.S.P., sin importar que la demanda sea por otras razones y de fechas anteriores a la venta”*. Estigma que persigue también a los socios de quienes tengan demandado a Isagen, y por ello es *“evidente que nadie querrá asociarse con quien tenga alguna acción contra Isagen S.A. E.S.P., o en el evento de ‘arriesgarse a hacerlo’ ello le generará una notoria desigualdad para participar en el proceso de compra”*.

Se pregunta la demandante cuál es la justificación objetiva que habilita a la Nación para establecer esta discriminación, *“¿Será que en Colombia es un argumento válido para desconocer el derecho a la igualdad, el hecho de reclamar o haber reclamado derechos judicialmente?”*. De lo cual resulta evidente la violación del derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la CN.

En respuesta, la Nación Ministerio de Hacienda explicó las reglas relacionadas con el eventual reconocimiento de una contingencia en caso de que existiera una condena contra la segunda. Condiciones de reconocimiento de las contingencias, en este caso del proceso civil ordinario de mayor cuantía iniciado por EPM contra ISAGEN, que no constituyen condiciones discriminatorias, de desigualdad o de inferioridad.

El accionado indicó que *“asociarse con quien hubiera interpuesto una demanda contra ISAGEN SA ESP, en especial la acción civil ordinaria mencionada en este escrito de contestación, podría resultar la posición más ventajosa frente a cualquier competidor, como quiera que del conocimiento de las características de la acción, la probabilidad de éxito de la misma, la cuantía de la eventual condena en contra de ISAGEN SA ESP, (...) podría ajustar el precio con una ventaja frente a quien no conoce las características de la información pues podría plantear un precio real con una adecuada valoración de la contingencia. Por el contrario, quien no dispone de esa información, necesariamente tiene que valorar la contingencia con un castigo del precio hacia arriba, lo cual lo pondría en una significativa desventaja frente a quien sí posee esa información, (...) el reconocimiento de la compensación en función de los que no son demandantes, trata de dar condiciones de igualdad para quien no posee esa información”*.

Sostuvo que el proceso se suspendió estando en la segunda etapa, esto es la dirigida al público en general, en la que EPM podía ofertar. Etapa que se adelantó con arreglo a lo dispuesto por el decreto y el reglamento de venta de dicho proceso, y en la que tanto los requisitos de participación como el procedimiento de selección se aplicaban por igual a todos los interesados y eventuales participantes.

Resaltó que sólo respecto de las condiciones de venta al sector solidario no se puede establecer condicionamientos o restricciones, con excepción del control del testaferrato y la licitud del origen de los recursos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público precisó que se decidió un tratamiento diferencial para el reconocimiento de la compensación, *“considerando entre otras razones, la injerencia en el manejo, defensa y resultados del proceso que cursa en el Juzgado Primero (1º) Civil del Circuito del Distrito Judicial de Medellín*

*(número de radicación 1998-0546 del Libro 20), el conflicto de interés que se podría generar en la medida en que la parte demandante y demandada prácticamente serían la misma”.*

Indicó que la determinación de ese tratamiento diferencial en el reconocimiento de la compensación no se puede considerar o juzgar como una restricción a la posibilidad real de que los interesados que hayan iniciado procesos judiciales en contra de ISAGEN puedan presentar una oferta de compra de acciones en términos realmente competitivos y mucho menos que ello constituya una condición de desigualdad para confeccionar las ofertas.

Agregó el demandado que el reglamento de venta se sujetó en un todo al Decreto 1738 de 1999, en particular sus artículos 12, 13, las letras b) y c) del numeral 15.1 en cuanto los primeros dos preceptos defieren al contrato la determinación de la forma en que se reconocerán los efectos económicos que se deriven de una contingencia pasiva y el último alude expresamente a las contingencias judiciales.

A su turno, la Nación-Ministerio de Minas y Energía esgrimió argumentos similares y añadió que la Nación puede o no otorgar compensaciones por pasivos contingentes que se presenten con posterioridad a la fecha en que se haya celebrado el contrato de compraventa de unas acciones, y en caso de otorgarlas, puede igualmente determinar a quién le reconoce esa condición, por ser parte de la autonomía de la voluntad contractual.

Precisó que el reglamento de venta y adjudicación de acciones no le impide o prohíbe a Empresas Públicas de Medellín participar en el proceso de enajenación de las acciones de la Nación en ISAGEN SA ESP. Subrayó que si en el proceso de venta de acciones la Nación *“pierde el control de la empresa sobre la cual pesa la contingencia, también pierde el control de la defensa en el proceso en el cual se discute el derecho contingente, control que pasa a ser asumido por quien resulta adquirente de la empresa, y si éste último es, a su vez, quien actúa como demandante concurre en cabeza de esta misma persona la posibilidad de obtener un fallo favorable a sus pretensiones.”*

Destacó que es una restricción que no sólo afecta a EPM, sino que procede para todos los potenciales inversionistas que se encuentren en las mismas circunstancias. Y advirtió que *“[e]l propósito que se busca con la exclusión de la*

*compensación de efectos económicos para el caso de EPM o el consorcio o compañía de propósito especial donde EPM participe no es otro que el de proteger el patrimonio de la Nación, el cual podría verse afectado en una suma muy cuantiosa (\$451.530'000.000 según la estimación de EPM) como resultado de una decisión desfavorable en un proceso en el cual EPM controlaría ambos extremos de la litis”.*

Adujo asimismo que teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 4º de la ley 226 de 1995 la enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público.

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala precisar el sentido y alcance de las disposiciones atacadas para así determinar si hubo o no vulneración del derecho a la igualdad.

La jurisprudencia constitucional de nuestra Corte Suprema, de vieja data, defendió el principio fundamental de la igualdad, a pesar de que no había norma expresa al respecto. En efecto, cuando la Corte Suprema oficiaba como juez constitucional aplicó este principio constitucional con base en la Carta de Derechos de 1886, en la doctrina *ius publicista* foránea -en particular *Duguit y Hauriou*- y sobre el supuesto conforme al cual las personas, por su condición de seres humanos, deben recibir igual trato ante las normas. Al decir de la Corte Suprema de Justicia:

“(…) Más esta igualdad de los hombres no es absoluta, matemática. Debe ser entendida (...) en el sentido de que todos los hombres **deben ser igualmente protegidos** (subraya la Corte) **por la ley**; que las cargas deben ser no aritméticamente iguales, sino proporcionales. Es preciso no olvidar jamás que queriendo realizar la igualdad matemática de los hombres, se corre fuerte riesgo de crear la desigualdad. Dentro de este orden de ideas, se puede afirmar que las normas de la Carta que en seguida se reseñan, entre otras, están inspiradas en este principio, y que,, por ende, cuando él se desconoce, se quebrantan los artículos constitucionales respectivos: a) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Art. 16)(...)”(negrillas originales)<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 4 de septiembre de 1970, M.P. Eustorgio Sarria, en G.J. CXXXVII, p. 378 y ss., criterio reiterado en Sentencia 23 de marzo de 1973, MP Eustorgio Sarria.



Nótese que la jurisprudencia constitucional colombiana parte de un triple supuesto que resulta perfectamente aplicable al *sub lite*: i) La igualdad deviene de la condición del hombre de ser titular de derechos, ii) Es posible la diferencia de trato, siempre y cuando ésta sea proporcional<sup>27</sup>, iii) Una de las más claras manifestaciones de la cláusula de igualdad la constituye el artículo constitucional que establece los fines del Estado y en particular la misión de las autoridades (antiguo artículo 16 Superior que servía de encabezamiento al título III de la Constitución de 1886 -derechos civiles y garantías sociales- hoy inciso segundo del artículo 2 C.P.).

Al descender estas premisas constitucionales al caso que se estudia y en orden a evaluar la medida que se consigna en los actos acusados<sup>28</sup>, en cuanto previeron el no reconocimiento o la improcedencia de la compensación de los efectos económicos resultantes para el comprador del proceso judicial de Empresas Públicas de Medellín, cuando “*el demandante del Proceso de EPM es Integrante o Socio del Comprador, o Beneficiario Real o Causahabiente de un Integrante o Socio del Comprador, o Causahabiente o Beneficiario Real del Comprador o de los Causahabientes de éste.*”, es preciso concluir que no se advierte el quebrantamiento del principio de igualdad (art. 13 CN) alegado.

Teniendo como referencia el *examen de razonabilidad*<sup>29</sup>, la Sala encuentra:

i) Que **el objetivo que se persigue con esta diferencia de trato es válido a la luz de la Constitución** (arts. 13, 60 y 209), en cuanto se trata de una medida que busca dar tratamiento diverso a situaciones distintas que tiene un fin legítimo que no es otro que prever una **protección al patrimonio público**, que la Ley 226 en su artículo 4<sup>o</sup>, como ya se indicó, prohija como uno de sus principios rectores.

Lo atentatorio contra el mandato constitucional habría sido que no se hubiera dado un trato distinto a quien precisamente es el demandante de la entidad y que por

---

<sup>27</sup> Esa misma Corte Suprema cuando fungía de juez constitucional había reconocido que “[e]l principio de igualdad ante la ley no es una norma rígida y absoluta que indiscriminadamente pueda aplicarse a todas y cada una de las personas o entidades a las cuales se dirige, sino muy por el contrario, de naturaleza relativa a las múltiples aptitudes de quienes deben contribuir al bienestar común, y a las necesidades que está llamada a satisfacer”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 27 de junio de 1950, M.P. Rodríguez Peña, en G.J. LXVII, p. 374.

<sup>28</sup> Inciso segundo del numeral 8.3.1, literal b) parcial del numeral 8.3.3, literal c) del numeral 8.3.5, literales a), b) y c) del numeral 6.3.6 del reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen S.A. E.S.P.

<sup>29</sup> Vid. Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad, por Francisco Rubio Llorente, en La forma del Poder, CEPC, Madrid, 2ª edición, 1997, pág. 633 y ss.

esa vía recibiría, de prosperar sus pretensiones, no sólo un reconocimiento judicial legítimo de sus pretensiones, sino un reconocimiento patrimonial proveniente del reglamento de venta y adjudicación de acciones que resultaría abiertamente lesivo de los intereses patrimoniales de la Nación.

ii) Que **la medida enjuiciada evidencia proporcionalidad** entre el trato y el fin perseguido, puesto que en la práctica permite un trato diverso a quienes no sean demandantes de ISAGEN dentro de ese proceso, quienes lograrían de esta suerte una diferenciación legítima y por lo mismo no una discriminación inadmisibles.

En efecto, la Sala advierte:

(a) una nítida adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin legítimo propuesto: prever una eventualidad como es que una contingencia judicial finalmente resulte adversa mediante una compensación patrimonial dirigida para todos los oferentes, excepto aquel en el que finalmente podría darse la doble condición de adjudicatario y demandante exitoso, evidentemente se propone la defensa del patrimonio público;

(b) es también clara la necesidad de la utilización de las medidas adoptadas: el reglamento de venta de acciones, como base de la configuración del negocio jurídico, es no sólo el documento jurídico idóneo para hacerlo, sino que de no haberse previsto ese trato diferenciado legítimo –que no discriminatorio- se habría puesto en grave riesgo el patrimonio estatal, que no es otro, que el de todos los colombianos, y

(c) media asimismo proporcionalidad *strictu sensu* entre el fin y el medio adoptado: No reconocer dos veces una misma suma, en caso que resultara adverso un proceso judicial interpuesto justamente por uno de los oferentes es una medida proporcional y razonable para defender el patrimonio público, .

Resalta la Sala, la nomenclatura utilizada por las normas acusadas: “**compensación** de los efectos económicos resultantes para el comprador del proceso [judicial] de Empresas Públicas de Medellín”. Terminología que no corresponde evidentemente a uno de los modos de extinción de las obligaciones (art. 1714 y siguientes del Código Civil), en tanto no se trata del evento en que dos personas son deudoras una de otra por cantidades semejantes sino que tiene un

alcance jurídico diverso para este caso: igualar en opuesto sentido el efecto de una situación [la del oferente demandante] con el de otra [la del oferente no demandante que eventualmente puede sufrir las consecuencias adversas de una contingencia judicial], así como dar un beneficio en resarcimiento de un eventual daño o perjuicio que se ocasione [en este caso al oferente no demandante que suscriba finalmente el contrato y que se vea avocado a asumir una contingencia - por demás cuantiosa- que no tenía prevista].<sup>30</sup>

Si como lo ha señalado la Sala el **principio de igualdad** constituye sin lugar a dudas elemento estructurante de todo Estado de Derecho<sup>31</sup> y como categoría lógica, es un juicio trimembre donde juega especial importancia el "*tertium comparationis*"<sup>32</sup>, como parámetro que permite confrontar dos realidades distintas<sup>33</sup>, es evidente que no puede recibir mismo trato el oferente que no tiene un proceso judicial que eventualmente puede convertirse en una contingencia a futuro, de quien sí lo es.

En efecto, las normas impugnadas prevén la objeción e improcedencia de la compensación cuando exista una suerte de confusión entre el demandante que salió avante en el proceso judicial y el oferente que reclama una compensación que no solo es improcedente desde el punto de vista patrimonial, sino francamente abusiva: ¿No se afectaría la igualdad de los demás oferentes si se le da un trato idéntico a quien merece justamente un trato diferenciado?<sup>34</sup>

Los adendos Nos 4 y 10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen S.A. E.S.P., relativos a las modificaciones de los numerales 8.5 y 8.9 de la minuta inicial del contrato de compraventa de acciones, los cuales fueron reemplazados por los numerales 8.3.3, 8.3.5, 8.3.6 y 8.3.7 de la cláusula octava

---

<sup>30</sup> Cfr. Aceptación primera y segunda del verbo compensar, en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, 2001, Tomo I, México, p. 604.

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 14 de julio de 2004, Expediente: 14.318 (R-0617), Actores: Juan Carlos Padilla Narváez y otros, Demandada: Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez

<sup>32</sup> Vid. Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad, por Francisco Rubio Llorente, en La forma del Poder, CEPC, Madrid, 2ª edición, 1997, pág. 633 y ss.

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 14 de julio de 2004, Exp.: 14.318 (R-0617), Actores: Juan Carlos Padilla Narváez y otros, Demandada: Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez

<sup>34</sup> Según la formulación Aristotélica (Política, Libro II y Ética a Nicómaco, Libro V) la igualdad se relaciona con la proporcionalidad y no con la homogeneidad, y por ello hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales: "lo justo es lo proporcional, mientras que lo injusto es lo contrario a proporción".

de la misma minuta prevén una “[c]ompensación de los efectos económicos resultantes para el comprador del proceso de Empresas Públicas de Medellín” y al hacerlo disponen que la vendedora [Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía] compensará al Comprador o sus Causahabientes, por los efectos económicos que se deriven para el Comprador o sus Causahabientes como consecuencia de la Sentencia a favor de EPM.

El reglamento añade que dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a aquel en que exista Sentencia a favor de EPM, el Comprador o sus Causahabientes, bien sea directamente o a través de la Sociedad, deberán presentar a la Vendedora la respectiva reclamación acompañada de una copia de la Sentencia a favor de EPM.

Al regular la objeción e improcedencia de la compensación, el reglamento dispuso –entre los eventos en que la compensación podría ser objetada cuando el demandante del Proceso de EPM es Integrante o Socio del Comprador, o Beneficiario Real o Causahabiente de un Integrante o Socio del Comprador, o Causahabiente o Beneficiario Real del Comprador o de los Causahabientes de éste.

Esta breve síntesis de las normas acusadas pone de relieve que su contenido normativo no sólo no contraviene este mandato de igualdad invocado por el actor, sino que muy por el contrario constituye su desarrollo natural.

Por otra parte, la Sala destaca además que el artículo 12 del decreto 1738 de 1999 previó que en los contratos de compraventa que celebren la Nación y la FEN con los aceptantes de la oferta especial y el adjudicatario de la segunda etapa, se establecerá la forma como aquellas reconocerán los efectos económicos que se deriven para los compradores o sus causahabientes como consecuencia de las contingencias pasivas cuya causa u origen se haya producido por actos, hechos u omisiones realizados u ocurridos con anterioridad a la celebración de tales contratos, tomando en cuenta la participación accionaria que la Nación enajena en Isagen SA ESP.

De modo que los apartes del reglamento de venta y adjudicación de acciones acusados son el desarrollo natural de esta disposición reglamentaria que si bien

no previó el trato distinto específicamente para EPM, lo cierto es que su situación corresponde justamente a una de esas eventuales “contingencias pasivas” cuya causa u origen se haya producido por actos, hechos u omisiones realizados u ocurridos con anterioridad a la celebración de tales contratos.

Si la diferencia es legítima, en consecuencia nada se está impidiendo el acceso a la administración de justicia, es más bien la consecuencia natural del respeto por este derecho fundamental y la eventualidad que justamente se puede dar de acceder a las pretensiones de EPM lo que lleva a prever esta legítima distinción

De todo lo atrás discurrido se impone concluir que los actos administrativos enjuiciados no incurren en trasgresión de la cláusula general de igualdad y por el contrario son su eficaz desarrollo.

Tampoco se advierte infracción alguna al **derecho fundamental de acceso a la administración de justicia** (arts. 29 y 229 CN y art. 2º LEAJ y art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”-Ley 16 de 1972) que adujo el actor como violado consecuentemente de la vulneración de la igualdad. Para la Sala, las normas acusadas no entrañan afectación a la oportunidad de acudir a las instancias judiciales que les asiste a las personas (sean naturales o jurídicas) para solicitar de los jueces competentes la protección o el restablecimiento de sus derechos, sobre la base de un idéntico tratamiento.

Lo anterior no significa, como lo pretenden los accionados, que en la “segunda vuelta” -que se dirige al público en general- sea *“posible introducir reglas diferenciales para el desarrollo del proceso”* sin que ello constituya una violación del derecho a la igualdad, ya que el Gobierno *“dispone de una amplia potestad para fijar las reglas y el procedimiento de venta”*.

Muy por el contrario, como quedó expuesto, el proceso de enajenación de acciones se somete a unas reglas y principios especiales al tratarse de una expresión de la función administrativa y una materialización de la intervención del estado en la economía. Diseño del programa de enajenación que al tenor de lo dispuesto por la Ley 226 de 1995 y los decretos que a su amparo se expidan, limita severamente la autonomía de la Administración.

En efecto, la prevalencia del interés general (art. 1º superior) y la proclamación de un orden justo (art. 2º.) guían también este régimen especial de contratación pública, en tanto la disposición de la propiedad accionaria del Estado compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209 CN). Con esta perspectiva y en desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 60, el legislador adoptó una serie de reglas especiales con miras a regular la disposición de la participación de la participación estatal accionaria.

Conviene destacar que además en el caso particular del programa de enajenación de las acciones emitidas por Isagen S.A. E.S.P. conforme a la Constitución (capítulo V del Título XII) y sus desarrollos legales (Leyes 142 y 143 de 1994, fundamentalmente) el proceso de reestructuración del sector eléctrico impone promover la competencia<sup>35</sup> mediante la vinculación del sector privado y por ello el programa de enajenación de una parte de la participación estatal en la actividad de generación y comercialización de energía. Y no debe perderse de vista que de acuerdo con el numeral 8º del artículo 3º de la Ley 142 de 1994, constituye un instrumento de intervención estatal el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.

En otros términos, no existe una pretendida facultad discrecional o libérrima de la Administración para la confección del reglamento en la denominada “segunda etapa”, pues esta no sólo está sometida a los principios arriba esbozados y a las reglas particulares previstas por la Ley 226 de 1995 y sus decretos, sino que por mandato de la Ley 142, en desarrollo de la Constitución, constituye instrumento para intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esa Ley, en este caso particular, las relativas al estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.

En tal virtud, no son admisibles las siguientes reflexiones expuestas por la defensa: *“la autonomía de la cual dispone el Gobierno para la determinación del programa de enajenación y las condiciones de venta respecto de los destinatarios que no hacen parte del sector solidario es amplia y depende en cada caso de las características y circunstancias propias de cada proceso. Por eso, en criterio del*

---

<sup>35</sup> Vid. Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.

*accionado, puede o no determinar incentivos y diseñar mecanismos en orden, por ejemplo, para reconocer a los compradores el valor de las contingencias que se pueden presentar con posterioridad a la venta. Dichas condiciones no hacen parte del procedimiento y condiciones del proceso que se debe surtir para la enajenación de las acciones, sino parte del ámbito del contrato de compraventa que se suscriba con quien resulte ser el adjudicatario de las acciones en venta”.*

La Sala subraya que cuando el artículo 2º de la Ley 226 dispone que a los procesos de enajenación accionaria estatal no le son aplicables las normas propias de la Ley 80 de 1993, ello no implica un reenvío automático al derecho común, como inopinadamente aducen las entidades accionadas, sino la sujeción a normas especiales de orden público perfiladas en la primera ley, en acato del artículo 60 CN, en el marco -en este caso además- de un actividad no sólo evidentemente administrativa sino también de intervención económica.

Recuérdese además que la autonomía negocial, que los demandados invocan como fundamento para introducir limitaciones a su antojo de la denominada “segunda etapa” de los procesos de enajenación accionaria estatal, es también base fundamental de la contratación estatal, tal y como recientemente lo recordó la Sala<sup>36</sup>.

Pero aún en gracia de discusión, aun admitiéndose que la regla legal citada entraña una remisión al derecho privado, en los predios de éste, como acertadamente advierte el profesor Fernando Hinestrosa, siguiendo a la doctrina italiana, la libertad entendida como la plenitud de hacer cada cual su antojo –como parecen insinuarlo los demandados en este caso- *“jamás ha existido (Rescigno) y tampoco es concebible, una libertad completa, entendida como un poder blanco*

---

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 7 de octubre de 2009, Rad. 1100-10-324-000-2000-6198-01 (18.509), Actor: Manuel Antonio Ruán Perdomo y otro, Demandado: Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ref.: Acción De Nulidad, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Dijo la Sala: “la Ley 80 de 1993 -al regular el contenido del contrato estatal- defirió en su artículo 40 a lo previsto por las normas civiles y comerciales, a tiempo que previó que las entidades pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que se requieran, por supuesto, para el cumplimiento de los fines del Estado. En consonancia con este canon legal, pueden citarse -entre otros- los artículos 13, 23, 28, 32 y 46 *eiusdem*.”

Estas previsiones legales entrañan el reconocimiento positivo, como ha reconocido una y otra vez la Corte Constitucional, de la prevalencia de la **autonomía de la voluntad** para la celebración de contratos por las entidades estatales, como principio nuclear de las relaciones negociales del Estado.

En efecto, uno de los pilares decisivos de las convicciones compartidas en occidente es la autonomía personal, que en materia contractual se revela en el postulado kantiano de la **autonomía de la voluntad o autonomía privada**, conforme al cual de la libertad se desprende que el hombre sólo se obliga por su propia voluntad, o lo que es igual, se trata de la manifestación de la voluntad dirigida de manera consciente y reflexiva a la producción de efectos jurídicos. De ahí que ésta no sea sólo un parámetro de vida en sociedad sino también fuente de los derechos subjetivos (arts. 1495 y 1602 del C.C.) y base de la interpretación de los contratos (art. 1618 C.C.)”.

*que solamente se vería limitado por el apareamiento del derecho ajeno, aserto para cuya demostración habría que comenzar recordando que el negocio jurídico es una figura social, cuya administración y empleo, igual que su exposición doctrinaria, parten –y tienen que partir- de la experiencia, que se inicia con la presencia de un código cultural común y de una prudencia y providencia grandes de las gentes”.*<sup>37</sup>

Es preciso destacar que en relación con los límites a la autonomía contractual en contratación estatal [no sólo la sometida al estatuto de contratación estatal sino también las sujetas a reglas especiales como es justamente la enajenación de la propiedad accionaria estatal e incluso reglada por el derecho común], la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptualizado no escapa a los principios del derecho público:

“el concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las partes [sic] del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las partes [sic] que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediabilmente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado.”<sup>38</sup> (destaca la Sala)

En definitiva, la autonomía de confección de las bases del proceso de enajenación accionaria del Estado, cuando ésta ha superado la etapa privilegiada y se

---

<sup>37</sup> HINESTROSA, Fernando, Función, límites y cargas de la autonomía privada, en Estudios de Derecho Privado, Homenaje al Externado en su centenario, 1986, p. 12 y 13.

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto de abril 6 de 2000, Radicación: 1.263. En sentido similar ver Concepto de 25 de abril de 2002, Rad. 1417, C.P. Susana Montes de Echeverri.



encamina al público en general, es muy restringida y está subordinada a un marco legal y a los principios arriba explicados, contenidos en normas de orden público.

Síguese de todo lo anterior que el cargo de violación a los derechos fundamentales de igualdad y acceso a la administración de justicia no tienen vocación de prosperidad.

#### **5. Segundo cargo: Violación de la reserva de ley en materia de restricciones a la libertad económica**

La demanda frente a la violación de la libertad económica, la libre empresa y la libre competencia (art. 333 CN), expuso que la facultad para establecer restricciones a la libertad económica y controlar el abuso de posición dominante está asignada al legislador en forma privativa, por lo que mal hace el Gobierno en arrogársela a través de un Comité Técnico. Agregó que se está afectando significativamente el reconocimiento a la libertad de empresa en la medida en que se restringe la posibilidad real de proseguir en igualdad de condiciones el objeto social de una empresa preexistente.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público accionado respondió que el concepto de la violación no muestra cuál es la relación o vinculación entre el contenido del reglamento de venta de las acciones de ISAGEN, en particular la compensación por la contingencia y la supuesta violación del artículo 333 CN. Destacó que la actividad que desarrolla el demandante (prestación de servicios públicos domiciliarios) no se ve restringida o limitada.

Corresponde, pues, a la Sala precisar si las disposiciones atacadas al establecer ese trato distinto infringen la reserva de ley alegada en punto de los derechos a la libertad económica, la libre empresa y la libre competencia.

El reconocimiento anticipado de una posible contingencia que puede presentarse y la decisión de excluir de la misma respecto de quien justamente resulte eventual vencedor en el juicio, no es materia que haya debido ser regulada directamente por el legislador.

Pretender, como aduce el actor, que una previsión de esta naturaleza que -por demás resulta legítima como ya se indicó- deba llevarse a través de una ley de la

República, supone desconocer el ámbito propio de las leyes de intervención económica de que tratan los artículos 333, 334 y 150.21 de la CN, conforme a los cuales al legislador compete precisar los fines, alcance y límites de la libertad económica.

En este caso, las normas acusadas no están precisando los fines, ni los alcances ni los límites de la libertad económica, como tampoco tipificando una conducta que se considere anticompetitiva. Simplemente están estableciendo un trato diferencial legítimo que no entraña la configuración, limitación o restricción de los derechos invocados.

El objeto de las medidas atacadas no es establecer restricciones generales o especiales a la libertad económica<sup>39</sup>, sino simplemente prever una cláusula particular para el evento en que una contingencia judicial en contra se materialice (compensación para el oferente adjudicatario como negación de la misma si es el sujeto que la provoca) y así generar un marco que salvaguarde el patrimonio público estatal.

En consecuencia, se niega también este cargo.

## **6. Tercer cargo: Violación del derecho de asociación**

Respecto a la violación del derecho de asociación (art. 38 CN), la demanda encuentra que en el anexo 2 de la minuta del contrato, en el apartado *“exclusión de compensaciones”*, es patente en tanto señala que: *“el Gobierno niega a cualquier vehículo de inversión, conformado por quien tenga la calidad de demandante de Isagen S.A. E.S.P., la compensación derivada de demandas, propiciando así la ausencia de quienes quieran participar en el proceso y se encuentren en uno de esos extremos, es decir, que sean socios del demandante o el mismo demandante que quiere invertir en el proceso, dado que cualquier inversionista tendrá en consideración que, al unirse con la entidad demandante, dicha contingencia no le será reconocida por la Nación. Sin embargo, (...) el Comité Técnico varió este numeral impuso restricciones y condiciones para el socio, conservando la restricción en su totalidad (...) La situación relatada resulta*

---

<sup>39</sup> Sobre el alcance de este derecho vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Rad.: 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP), C.P. Maria Elena Giraldo Gómez y Sentencia de 13 de agosto de 2008, Rad. AP-25000-23-27-000-2004-00888-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*a todas luces ventajosa para los demás oferentes, los cuales no tendrán que considerar en sus respectivas ofertas los efectos negativos de una posible condena por la que, en última instancia, les respondería la Nación” .*

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público destacó que el Comité Técnico modificó la exclusión de compensación, para reconocerla a las personas que se asociaran con quien hubiere interpuesto la demanda. Agregó que los adendos fueron expedidos y comunicados de acuerdo con lo previsto en el decreto 1738 de 1999 y resaltó que el régimen aplicable a estos procesos es el de derecho privado y no el de derecho público (CCA y ley 80, etc.).

Señaló que los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3º del decreto 1738 de 1999 al establecer quiénes pueden ser destinatarios de la oferta de venta, no fijan ningún elemento que limite o restrinja la posibilidad de que los oferentes, tratándose de la segunda etapa, se presenten “como personas plurales (sic)”. La exclusión del reconocimiento de la compensación en cabeza de quienes sean demandantes de ISAGEN en manera alguna inhibe la libertad de que los posibles oferentes se asociaran para participar en la segunda etapa del proceso de venta. La decisión de asociarse, dentro de cualquiera de las modalidades permitidas en la ley, corresponde al libre arbitrio y a la autonomía de la voluntad de quienes quieran asociarse.

De modo que, a su juicio, *“es probable que en algunas circunstancias ciertas reglas o procedimientos signifiquen mayores cargas o un grado mayor de dificultad para desarrollar una actividad o ejecutar una acción, cuando ello se hace bajo cualquier forma asociativa. Y es claro, que en estos casos, la existencia de mayores cargas o requisitos no supone una violación o desconocimiento del principio constitucional que garantiza la libertad de asociación”.*

A su vez, el Ministerio de Minas y Energía señaló en su escrito de contestación en relación con la alegada violación del derecho de asociación, que el reglamento no lo afecta, *“cuestión diferente es que dentro de los elementos de juicio que pueda tener un inversionista para el ejercicio de su derecho a la libre asociación, tome en cuenta las especiales circunstancias en que esa empresa se encuentra por ser parte demandante en un proceso judicial y que afectarían al inversionista en razón de la comunidad de intereses que surgiría de su participación con EPM en el consorcio o en la compañía de propósito especial” (...).*

Corresponde a la Sala, entonces, determinar si la medida al haberse extendido a los asociados afecta el derecho invocado.

El artículo 38 Constitucional garantiza el **derecho de libre asociación**<sup>40</sup> para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, en perfecta consonancia con la normativa internacional que también lo ampara (Artículo 20 de la Declaración universal de derechos humanos; Convención americana o Pacto de San José sobre derechos humanos, artículo 16 de la Ley 16 de 1972 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 22 de la Ley 74 de 1968).

En tanto derecho de libertad entraña, en su **faceta positiva**, la atribución o facultad de las personas para fundar, integrar, desarrollar o disolver voluntariamente distintas formas asociativas –como entes jurídicos o morales distintos de las personas naturales- con el objeto de alcanzar un propósito definido (sea éste ideológico, religioso, político, económico, laboral, social, cultural, deportivo o de cualquier otra índole), mientras que en su **faceta negativa** implica que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada..

En todo caso, la libertad de asociación –cuyo reconocimiento constitucional y legal en el derecho colombiano es de vieja data<sup>41</sup>- en tanto aspecto de la libertad individual, no es absoluta y su ejercicio debe encauzarse dentro del marco constitucional y legal, como de tiempo atrás lo tiene determinado la jurisprudencia constitucional<sup>42</sup>.

Al descender estas consideraciones al *sub lite*, la Sala encuentra que las medidas impugnadas no afectan la libertad de asociación habida cuenta que si la diferencia de trato es legítima, corresponderá al demandante EPM explicar a sus eventuales socios las consecuencias que puede tener un fallo favorable a sus pretensiones y sobre esta base proceder a elaborar la propuesta conjunta, sin que una diferenciación legítima de trato -como la impugnada- afecte en modo alguno la faceta positiva de este derecho de libertad.

---

<sup>40</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-606 de 1992 y C-865 de 2004.

<sup>41</sup> Acto Legislativo No. 1 de 1936, artículo 20 (artículo 44 de la CN de 1886), arts. 633 y siguientes del Código Civil y art. 27 de la Ley 153 de 1887.

<sup>42</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencias de 17 de febrero y 16 de junio de 1976, MP Eustorgio Sarria.

En otras palabras, como lo señaló uno de los accionados, la exclusión del reconocimiento de la compensación en cabeza de quienes sean demandantes de ISAGEN, en manera alguna inhibe la libertad para que los posibles oferentes se asocien a efectos de participar en la segunda etapa del proceso de venta.

En consecuencia, también se negará el cargo propuesto.

#### **7. Cuarto cargo: Violación del “debido proceso” contenido en la Ley 226 de 1995**

En punto de la violación al debido proceso contenido en la Ley 226 de 1995, asegura la actora que dentro de este proceso de enajenación de acciones el Gobierno Nacional ha modificado los presupuestos de todo proceso de enajenación accionaria estatal (democratización y libre concurrencia arts. 2º y 9º) los que pretenden que todas las personas, naturales o jurídicas, puedan tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajena, sin ninguna limitación, *“en tanto por vía de la regulación se encargó de suprimir los principios básicos de la enajenación, nada más y nada menos que en lo que atañe a la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones a la adquisición de las acciones, y lo que es peor, simultáneamente se está violando el principio de libre concurrencia”*.

A su turno, la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de la violación de los artículos 2 y 9 de la ley 226 de 1995, reiteró que los requisitos, condiciones y procedimientos del programa de enajenación de acciones de ISAGEN no constituyen restricciones al acceso a la propiedad estatal ni menoscabo a la libre concurrencia.

Corresponde a la Sala determinar si en efecto se violaron estos preceptos de la ley 226 de 1995.

El **debido proceso**, tanto administrativo como judicial, hace parte del catálogo de derechos constitucionales, los que a su vez –huelga decirlo- constituyen simultáneamente el fundamento y el límite al poder político (preámbulo, arts. 1, 2 y 3 C.P.), de ahí que la propia Constitución disponga que el Estado reconoce sin

discriminación alguna los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), pues configuran nada menos que los *valores superiores* de nuestro ordenamiento.<sup>43</sup>

En efecto, el artículo 29 Superior que consigna la garantía, tanto judicial como administrativa, de juzgamiento conforme a leyes preexistentes, es sin lugar a dudas una de las más caracterizados presupuestos de toda democracia liberal, en tanto busca asegurar la neutralidad tanto en procesos judiciales como administrativos y es reveladora de una de las facetas más importantes de la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 Superior ("*regla de justicia*" en palabras de *Bobbio*).

Ahora bien, los artículos 2º de la Ley 226 de 1995, 27.2 de la Ley 142 y 77 de la Ley 143 consignan el principio de "democratización", conforme al cual todas las personas naturales o jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria y por ello en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria.

A su turno, el artículo 9º de la Ley 226 prevé que la enajenación de la participación accionaria se hará utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia.

De la redacción del texto de la demanda no se desprende que la imputación de infracción de estos mandatos legales esté debidamente soportada, como tampoco del debido proceso que se invoca pero no se explica cómo aparece infringido en este caso. Más parece una forma distinta de abordar un asunto ya tratado en este fallo y despachado negativamente: la supuesta infracción de la libre concurrencia. Si, como ya se indicó, este derecho no se ve afectado por el desconocimiento de una compensación que no podía legítimamente concederse, ello no supone infracción alguna del "debido proceso".

Ahora, las disposiciones invocadas no contienen ningún "debido proceso" como erróneamente lo nomina la parte actora. Uno y otro preceptos de la Ley 226 prevén de un lado el principio de democratización y, de otra parte, los que podrían

---

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de junio de 2004, Radicación: 50422-23-31-000-940345-01 Actor: Fabián Alberto Madrid Carmona y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional Referencia: 15.208, C.P. María Elena Giraldo Gómez

denominarse principios tributarios de éste (publicidad y libre concurrencia). Pero, aún, si estas disposiciones de la Ley 226 lo hicieran –hipotéticamente hablando- el actor incumplió la carga argumentativa que le asiste de exponer las razones que soportan el concepto de la violación de este derecho fundamental en particular. En efecto, la exigencia prevista en el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo<sup>44</sup> relativa a la indicación de las normas violadas y la **explicación del concepto de su violación**, es imperativa tratándose de la impugnación de actos administrativos. Así lo puso de presente recientemente esta Corporación al desatar un recurso de súplica:

“El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. a cuyo tenor ‘[c]uando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación’ prevé sin duda un presupuesto formal de la demanda, exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos el problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo.<sup>45</sup>

(...) Este *principio dispositivo* no es absoluto, pues tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación<sup>46</sup>, se contrae básicamente a ciertos aspectos de cuestionamiento de la legalidad de los actos administrativos.

(...) En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la *causa petendi* tiene la carga procesal ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter *general*, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados.

O lo que es igual, la demanda demarca el debate judicial y –por contera- el juez no está facultado para estudiar preceptos diferentes de aquellos que se adujeron en la demanda, de no ser así, ha dicho la jurisprudencia ‘*se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado, al resolver el conflicto con base en un punto de derecho que no fue invocado ni debatido*’<sup>47</sup><sup>48</sup> (subrayas fuera de texto original)

---

<sup>44</sup> Declarado exequible CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 197 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>45</sup> Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia del 30 de julio de 1993, Exp. 2262, C.P. Yesid Rojas Serrano y SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2000, Rad. 11121, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>46</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia S-123 del 14 de febrero de 1995, M.P. Consuelo Sarria Olcos.

<sup>47</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de agosto de 2000, Rad. 12640, C.P. Alier Hernández Enríquez.

Estas razones conjuntamente tomadas relevan de un estudio adicional a la Sala y por lo mismo también se despachará negativamente lo solicitado.

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

## **FALLA**

**PRIMERO.- ACÉPTASE** el impedimento manifestado por el Señor Consejero de Estado Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

**SEGUNDO.- NIÉGANSE** las pretensiones anulatorias de los textos acusados de los adendas Nos. 4 y 10 del reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen SA ESP relativos a las modificaciones de los numerales 8.5 y 8.9 de la minuta inicial del contrato de compraventa de acciones, los cuales fueron reemplazados por el inciso segundo del numeral 8.3.1, literal b) parcial del numeral 8.3.3, literal c) del numeral 8.3.5, literales a), b) y c) del numeral 8.3.6, 8.3.3, 8.3.5, 8.3.6 y 8.3.7 de la cláusula octava de la misma minuta, por los cargos formulados.

**TERCERO.- INHÍBASE** respecto de los demás preceptos que integran los adendos Nos. 4 y 10 del reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen SA ESP por inepta demanda.

## **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente de la Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

---

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL TRANSITORIA DE DECISIÓN 4B, Sentencia de 27 de junio de 2006, Expediente Radicado al No. 11001-03-15-000-200300969-01. S-969, actor: María Lilia Poveda de Duque, demandado: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.



**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Impedido

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**