

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Niega. Caso oferta de enajenación de acciones de la Central Termoeléctrica Termo Tasajero

NOTA DE RELATORÍA: Síntesis del caso. El día 20 de septiembre de 1996, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1742 por medio del cual aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee o llegue a poseer en la Central Termoeléctrica - TermoTasajero S.A E.S.P., ubicada en el Departamento de Norte de Santander, y autorizó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para expedir un Reglamento de Venta de Adjudicación, en virtud de ello el Ministerio expidió el Reglamento de Venta y Adjudicación de Acciones en el que indicó que la oferta de las acciones a enajenar se efectuaría en dos etapas: la primera dirigida a trabajadores y demás organizaciones de la economía solidaria, y, la segunda, al público en general; oferta ésta que hizo pública el 29 de septiembre del mismo año. Para el 26 de noviembre de 1996, esto es, tres días antes de la fecha límite para presentar la aceptación de la licitación en su primera etapa, se conoció un daño en la Central Térmica de TermoTasajero que implicó una suspensión en la generación de energía durante 14 meses. Con posterioridad, -el 29 de noviembre de 1996-, Sintraelec presentó aceptación de la oferta de privatización de TermoTasajero, reuniendo para ello todos los requisitos menos el de la constancia de haber cancelado en forma anticipada el 40% del precio de las acciones, con el fin de evitar la quiebra del sindicato y aportó póliza de seriedad de la oferta. El 2 de diciembre de 1996, el Comité Técnico recomendó rechazar la propuesta por considerar que no reunió los requisitos mínimos exigidos en cuanto al pago del 40% del precios de las acciones objeto de la aceptación; en esa misma fecha, el Ministerio expidió la Resolución No. 2874 por medio de la cual resolvió “rechazar la aceptación presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia – SINTRAELECOL – Seccional San Cayetano, por la totalidad de las diez millones trescientas ochenta y nueve mil (10.389.000) acciones ofrecidas, por las razones señaladas por el Comité Técnico en su Acta de Recomendaciones”, acto administrativo éste que fue confirmado por la Entidad demandada mediante Resolución No. 3055 de 27 de diciembre de 1996. Problema jurídico. ¿Existió vulneración al principio de igualdad, ante el rechazo de la oferta presentada por el Sindicato Sintraelec, en el proceso de enajenación de acciones de la Termoeléctrica Sintraelec?.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Niega. Caso proceso de democratización o enajenación de acciones de la Central Termoeléctrica Termo Tasajero / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Niega pretensiones. Revoca decisión de primera instancia que declaró excepción de inconstitucionalidad / PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN O DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Cumple con los mandatos constitucionales y legales / PROGRAMA DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE TERMO TASAJERO - No vulneró derecho a la igualdad de sindicato Sintraelec. Sindicato no pago valor de acciones según normatividad aplicable

Mediante el referido Decreto el Gobierno Nacional aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee o llegue a poseer en TermoTasajero S.A ESP., (...). Cuestiona el demandante la violación al principio de igualdad y a la propiedad solidaria, ambos protegidos constitucionalmente, en razón a que, en su sentir, las medidas diseñadas por el Gobierno Nacional en el Decreto 1742 de 1996 y en el Reglamento de Venta y Adjudicación de Termotasajero S.A ESP no se ajustan a los postulados que dimanar de uno y otro derecho. (...) En este orden de ideas, procede la Sala a valorar los cargos a la luz

de la metodología del juicio integrado de igualdad del que se ha dado cuenta en esa providencia. (...) Así, refulge la satisfacción de la primera de las pautas metodológicas planteadas, esto es, i) el que los supuestos cuenten con la aptitud como para ser comparados entre sí, para lo cual encuentra la Sala que los sujetos a comparar se ubican en un mismo plano toda vez que tanto el sector solidario y grupos de trabajadores, de una parte, y los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación, son a quienes, en abstracto, va dirigida la normativa que reglamenta las condiciones y requisitos bajo los cuales se realizará la enajenación de los activos estatales en la sociedad Termotasajero S.A. ESP. Por consiguiente, este primer elemento da por acreditada la relatividad del juicio de igualdad. (...) En este mismo sentido se advierte que el presupuesto ii) sobre la constatación fáctica y jurídica de un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales se reúne cabalmente toda vez que el Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996 del Gobierno Nacional y el Reglamento de Venta y Adjudicación, establecen un trato desigual entre iguales, como se describió en los numerales 7.2 – 7.2.2 (...). Revisados los anteriores aspectos que abren paso a la indagación sobre la justificación del trato diferenciado se advierte que el nivel de intensidad del escrutinio judicial que debe ser asumido por esta judicatura es el intermedio en razón a que a) las decisiones cuestionadas involucran un tipo de acción afirmativa, (...) [según lo analizado,] se tiene que la medida será encontrada ajustada al ordenamiento jurídico, si persigue un fin importante y el medio es adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto, (...) [así, se evidencia que el] fin perseguido (...) [con] las medidas diferenciadas adoptadas en el Decreto No. 1742 de 20 de septiembre 1996 [por el] Gobierno Nacional y el Reglamento de Venta y Adjudicación, se dirigen a satisfacer una finalidad expresamente ordenada por el constituyente que admite ser calificada como importante toda vez que es conducente a promover un interés público reconocido por la Constitución como lo es la democratización de la propiedad estatal empresarial y el impulso de formas económicas asociativas especiales como son las solidarias y de los trabajadores. Esta razón es suficiente para calificar la admisibilidad del fin perseguido por las disposiciones revisadas. (...) [En cuanto al] Medio empleado. Se dejó sentado que el escrutinio intermedio llama a constatar que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto, a lo cual esta Sala agrega, teniendo en cuenta la doctrina sobre el artículo 60, que esas condiciones especiales que allí se indican deben consistir en “mecanismos eficientes e idóneos para lograr el objetivo constitucional fijado en el artículo 60” (...) para lo cual recuerda la Sala que los actos jurídicos establecieron siete (7) tratos diferenciados entre el sector solidario y de trabajadores, frente a los demás potenciales interesados en la adquisición de acciones – público en general. (...) [Estos son:] i) sobre la oportunidad para participar, (...) ii) montos mínimos y/o máximos para ofertar, (...) iii) precio de venta y criterio de adjudicación, (...) iv) las exigencias para la aceptación, (...) v) condiciones especiales para financiación, (...) vi) limitación para la enajenación [y] finalmente, la última de las medidas diferenciadas que se desprenden de las disposiciones administrativas y que es vii) acceso a la sala de información, (...) [todas las anteriores medidas] evidencian, de modo claro e irrefutable, que los medios dispuestos en el Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996 y el Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de acciones de Termotasajero S.A ESP de propiedad de la Nación, se ajustan a los requerimientos del escrutinio intermedio del juicio de igualdad habida cuenta de la constitucionalidad e importancia del fin propuesto y la adecuación, idoneidad y efectiva conducencia de los medios previstos en esas decisiones administrativas para garantizar la consecución del mandato de preferencia constitucional ordenada en el artículo 60 superior. (...) [Según lo visto, para la Sala, es necesario anotar que] no evidencia que el actor haya sido sometido a trato discriminatorio alguno, por el contrario, su participación en el

proceso de democratización se dio en igualdad de condiciones dentro del sector preferente de la fase uno, aunque con una desventaja dada por el mismo Sintraelec, (...) [así mismo,] la Sala no comparte los argumentos expuestos por el actor, según el cual se abstuvo de cancelar el 40% del valor de las acciones, como lo exigía el reglamento, en razón al daño en la planta generadora de energía, pues debe preverse que el objeto de la oferta no recaía sobre la maquinaria sino que lo configuraban las acciones de propiedad del Estado, a quien le correspondía garantizar la continuidad en la prestación del servicio, de modo que el daño en la planta justifica, aún más, la necesidad de capitalizar la empresa. [De esta manera,] la Sala no evidencia que el Reglamento de Enajenación dispuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la democratización de las acciones de Termotasajero vulnere el derecho a la igualdad de Sintraelec, en razón a lo cual no había lugar a declarar la excepción de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia apelada, que será revocada y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1742 DE 1996 (20 de septiembre) GOBIERNO NACIONAL / REGLAMENTO DE VENTA Y ADJUDICACIÓN DE ACCIONES DE TERMOELÉCTRICA TERMO TASAJO EXPEDIDO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Asunto de naturaleza contractual. Procedencia / COMPETENCIA - Consejo de Estado en su Sección Tercera

[E]n consideración a que en el caso de autos se evalúa un asunto de responsabilidad precontractual del Estado, de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 055 de 2003, la competencia corresponde a la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, donde se ventilan las controversias de naturaleza contractual, ya sea mediante la acción de controversias contractuales, propiamente dicha, o mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que verse sobre asuntos contractuales, como en el caso de autos.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 055 DE 2003 REGLAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO - ARTÍCULO 1

RECURSO DE APELACIÓN - Contenido, finalidad y límite / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PRINCIPIO DISPOSITIVO

El recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados por la apelante, por lo cual, en principio, los demás asuntos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo. En este sentido la Sala Plena de la Corporación, reiteró que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior lo sostuvo de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 357

RECURSO DE APELACIÓN - Restringe debate a asunto objeto del recurso / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS

La Sala limitará su análisis al objeto de la apelación propuesta por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que reabrir el debate judicial frente a la totalidad de los cargos de la demanda conllevaría a desconocer el objeto de la apelación y el principio de la no reformatio in peius.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Noción, concepto, definición / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Consecuencia jurídicas

En primer lugar la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas. Por su parte, esta Corporación ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE PROPIEDAD DEL ESTADO - A favor de particulares / PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN - Finalidad constitucional / PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Aplicación de los principios de dignidad humana, de igualdad de solidaridad, consecución del interés general y cumplimiento de deberes legales / PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Enajenación / SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / TERMO TASAJERO S.A. - Enajenación / GOBIERNO NACIONAL - Facultades

El título II, Capítulo II, artículo 60 de la Constitución Política, en aras de promover el acceso de los colombianos a la propiedad, dispuso que “[c]uando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria”. De esta forma el constituyente estableció el deber estatal de promover el acceso a la propiedad y previó un mecanismo específico tendiente a lograr la democratización de la propiedad estatal mediante la enajenación de la participación accionaria que ostente en diferentes empresas, y bajo la adopción de medidas que permitan el ofrecimiento de condiciones especiales de acceso a dicha propiedad a favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias. Al respecto, se tiene averiguado que bajo los postulados del “Estado Social” la dignidad humana, el principio de la solidaridad, la consecución del interés general y el compromiso con la efectividad de los principios, derechos y deberes reconocidos por el orden jurídico vienen a erigirse en obligado marco normativo de referencia vinculante para toda autoridad estatal e, inclusive, particulares. (...) La jurisprudencia constitucional ha visto en el artículo 60 superior una manifestación concreta de la cláusula social del Estado.

De su lectura se desprenden un mandato programático de promoción en cuanto al acceso a la propiedad, lo que bien puede ser considerado como una política pública de origen constitucional. (...) Repárese cómo el segundo inciso del artículo 60 constitucional puede ser considerado como un desarrollo peculiar del mandato de igualdad en sentido material o sustancial, dispuesto en el artículo 13 superior, por cuanto se ordena disponer de una regulación jurídica [acción positiva normativa] que garantice el derecho preferente de un grupo poblacional o social específico en relación a la propiedad accionaria empresarial estatal, lo que, de otra parte, repercute también en el marco de la economía de mercado promovida por el constituyente con arreglo a los artículos 58, 84, 333 y 334 de la Carta, pues la intervención del legislador limita o condiciona, bajo criterios de razonabilidad, el libre mercado al ordenarse una preferencia a favor de los grupos solidarios y de trabajadores cuando se trata de enajenación de propiedad accionaria estatal [libre concurrencia de intereses privados circunscrita por el mandato de democratización solidaria]. En orden a cumplir la función reglamentaria encomendada por el constituyente al legislador éste expidió la Ley 226 de 1996, por medio de la cual se establecen las reglas para la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de las acciones o bonos de propiedad del Estado y, en general, de su participación en el capital social de cualquier empresa, mediante el denominado proceso de democratización.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 60 / LEY 226 DE 1996

PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Definición, noción, concepto / PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Finalidad / PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN - Definición, noción, concepto / PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN - Finalidad

Los procesos de democratización, entendidos estos como aquellos a través de los cuales las personas naturales o jurídicas tienen acceso a la propiedad accionaria del Estado, deben darse con plena salvaguarda del patrimonio público y de la continuidad del servicio de interés general que preste la entidad objeto de privatización. (...) En síntesis, la Ley 226 de 1995 establece los principios y el procedimiento que debe cumplirse en los procesos de democratización de las Empresas donde el Estado ostenta una participación accionaria, esto es, la enajenación o transferencia del sector público al sector privado de la participación estatal en una empresa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 60 / LEY 226 DE 1996

PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Enajenación / DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA / PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Principios rectores. Condiciones de participación / PRINCIPIO DE IGUALDAD / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / PRINCIPIO DE LA LIBRE CONCURRENCIA / DERECHO DE PREFERENCIA - Condiciones de participación / PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES O PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN - Receptores, destinatarios, beneficiarios

Y, asimismo habrá de garantizarse la participación masiva en la propiedad accionaria objeto de ofrecimiento, mediante la amplia publicidad, la libre concurrencia y el derecho de preferencia contenido en el artículo 3, que otorga condiciones especiales para facilitar la adquisición de la participación social estatal a favor de: (i) los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de

privatización; (ii) las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; (iii) los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización; (iv) los ex trabajadores de las entidades donde la entidad democratizada tenga participación mayoritaria; (v) las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza; (vi) los sindicatos de trabajadores; (vii) las federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; (viii) los fondos de empleados; (ix) los fondos mutuos de inversión; (x) los fondos de cesantías y de pensiones; y (xi) las entidades cooperativas definidas por la correspondiente legislación. Entonces, con el derecho de preferencia establecido en el artículo 3 de la Ley 226 de 1995 se desarrolla lo dispuesto en el 60 constitucional, en cuyo favor deben establecerse condiciones especiales de participación, tales como las contenidas en el artículo 11 de la ley en mención que dispuso a favor de los grupos objeto de preferencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 60 / LEY 226 DE 1996 - ARTÍCULO 3 / LEY 226 DE 1996 - ARTÍCULO 11

PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES O PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN - Proceso, procedimiento: Etapas / PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Etapa previa: Programa de enajenación / PROCESO O PROGRAMA DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Etapa de ejecución o desarrollo: Se divide en 2 subetapas o fases / PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Etapa de ejecución: Fase de enajenación a favor de sectores con derecho de preferencia / PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Etapa de ejecución: Fase de enajenación con destinación al público en general

En lo que respecta al procedimiento de enajenación propiamente dicho, debe preverse que éste se divide en dos grandes etapas, la primera de carácter previo, correspondiente al diseño, adopción y aprobación del programa de enajenación y, una segunda, correspondiente a la ejecución del mismo, la cual, a su vez, se subdivide en dos fases, la inicial reservada para los sectores destinatarios del derecho de preferencia, y una subsiguiente destinada al público en general, que, valga decir, sólo tendrá lugar cuando la negociación no se concrete con alguno de los señalados en el artículo 60 constitucional y 3 de la ley 226 de 1995.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 60 / LEY 226 DE 1996 - ARTÍCULO 3

PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Etapa previa: Programa de enajenación. Diseño en cabeza del Gobierno Nacional / SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / TERMO TASAJERO S.A. - Enajenación / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / PROGRAMA DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Destinatarios de la Oferta Especial: Trabajadores, sindicato Sintraelec

Ahora bien, la ley radicó en cabeza del Gobierno Nacional la labor de diseñar y adoptar el programa de enajenación (etapa I), mediante el correspondiente ministro y en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para lo cual podrán actuar directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado. Al respecto, también es de anotar que la elaboración del programa de enajenación accionaria, que constituye el soporte económico y financiero de la operación, debe atender a los estudios técnicos que incluyan la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esta valoración, además de las condiciones y

naturaleza del mercado, debe considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos y los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 60 / LEY 226 DE 1996

PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Etapa previa: Programa de enajenación / PROGRAMA DE ENAJENACIÓN - Contenido y requisitos

En este sentido, el programa de enajenación, en cada caso particular, debe comprender, como mínimo: (i) las etapas en que se realizará el procedimiento, teniendo en cuenta que la primera debe estar orientada a los destinatarios de las condiciones preferenciales antes indicadas; (ii) los requisitos a los que se refiere el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, esto es, las condiciones especiales que regularan la oferta dirigida a los destinatarios del derecho de preferencia; (iii) el precio mínimo de las acciones; (iv) la forma de pago del precio de las acciones; (v) las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten los principios generales de esta ley; (vi) las condiciones que deba reunir cada potencial adquirente y (vii) los demás aspectos que se consideren pertinentes, propios de cada negocio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 60 / LEY 226 DE 1996 - ARTÍCULO 11

PROCESO DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES - Excepciones / ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE FONDO DE GARANTÍAS / ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE FONDOS GANADEROS / ENAJENACIÓN DE ACCIONES POR ÓRGANOS ESTATALES / ENAJENACIÓN DE ACTIVOS

Ahora bien, no todas las enajenaciones que realice el Estado de su patrimonio se sujetan a lo dispuesto en el artículo 60 de la C.P. y la ley 226 de 1995, pues de ella se exceptúan: (i) las negociaciones correspondiente a la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; (ii) Las enajenaciones de acciones de los fondos ganaderos; (iii) Las que se realizan entre órganos estatales y (iv) Las de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones. En los dos últimos eventos, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes, por cuanto lo dispuesto en los artículos 60 constitucional y la ley 226 de 1995, sólo aplican a los procesos de privatización, circunstancia que no se verifica cuando la operación se da entre órganos estatales, pues “cuando una entidad estatal enajena sus acciones a otra entidad de la misma naturaleza, entonces no hay, en sentido estricto, una privatización, pues no hay transferencia de propiedad del sector público al sector privado.” En otras palabras, cuando se enajenan acciones entre órganos estatales las acciones no salen del ámbito estatal, de manera que no se presenta un proceso de privatización dentro de una estrategia de democratización de la propiedad accionaria, que es la materia objeto de regulación de la ley 226 de 1995.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 60 / LEY 226 DE 1996

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Como excepción al principio de ejecutabilidad de las normas / PRINCIPIO DE EJECUTABILIDAD - Rige el funcionamiento de la Administración / PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD - Rige el funcionamiento de la Administración / FUNCIÓN PÚBLICA - Principio de ejecutabilidad y excepción de inconstitucionalidad / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Procedencia: Regla general

El principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución y la propia ley. De manera que, en general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y tanto las autoridades como los particulares tienen el deber de acatar las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, so pena de incurrir con su incumplimiento en las diferentes tipologías de responsabilidad – ya sea de carácter sancionatorio o resarcitorio- que el mismo ordenamiento reconoce. (...) Sin embargo, el (...) artículo 4º constitucional prevé como excepción al principio de ejecutabilidad de las normas la excepción de inconstitucionalidad, por medio de la cual en un proceso judicial o administrativo hay lugar inaplicar una norma que se considera violatoria de la constitución, lo cual se encuentra fundamentado en que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución. Así, el juez o autoridad correspondiente inaplica la norma mediante un verdadero juicio de constitucionalidad, para definir si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales, pero hay que tener en cuenta que no se puede hacer uso indiscriminado de la excepción de inconstitucionalidad, pues esta figura solo puede producirse dentro de un marco jurídico concreto, esto es, bajo un caso específico, singular, preciso, y exclusivo de las personas involucradas, ya que sus efectos son inter partes, o se circunscriben a quienes tienen interés en el caso, y no afectan la vigencia general de la norma inaplicada, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. (...) En síntesis, para la viabilidad de la excepción de inconstitucionalidad debe estarse ante una norma violatoria de la constitución, la cual no puede haber sido declara exequible por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado. NOTA DE RELATORÍA: Sobre este tema ver la decisión C-600 de 21 de octubre de 1998, expedida por la Corte Constitucional.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia: En los eventos que ya existió pronunciamiento por inconstitucionalidad o por ilegalidad / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD / CONTROL DE LEGALIDAD / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Procedencia: Regla general

De acuerdo con lo preceptuado en el párrafo del artículo 20 de la Ley 393 de 1997, debe anotarse que no puede hacerse uso de la excepción de inconstitucionalidad cuando se trate de normas sobre las cuales haya habido pronunciamiento de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado. Por ende, ni las autoridades ni los particulares podrán alegar la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar una norma cuando ésta ya ha sido objeto de estudio por parte del máximo juez constitucional. (...) En síntesis, para la viabilidad de la excepción de inconstitucionalidad debe estarse ante una norma violatoria de la constitución, la cual no puede haber sido declara exequible por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado. NOTA DE RELATORÍA: Sobre este tema ver la decisión T-103 de 16 de febrero de 2010, expedida por la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 20

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Aplicación del *Ius cogens* / CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE TRATO IGUALITARIO / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Juicio integrado. Test / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Escenarios de aplicación

Averiguado se tiene que la igualdad de trato se erige en uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico contemporáneo. Prueba de ello es su amplio y profuso reconocimiento en los ámbitos constitucionales, en el escenario convencional de los Derechos Humanos y su adscripción como norma que ha ingresado en el dominio de la categoría de *jus cogens*. (...) La igualdad se cuenta, como derecho básico de las personas y como meta-criterio que dice relación no solo con el deber formal de aplicación igual del derecho a quienes están sujetos a la jurisdicción (...) sino también como fundamento o estructura que refiere a la distribución y asignación de derechos básicos en términos iguales. (...) Entonces, la premisa universal de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales admite ser descompuesta en cuatro escenarios: i) trato igual a los que se encuentran en situaciones idénticas, ii) trato diferenciado a situaciones que no comparten ningún elemento en común, iii) mandato de trato paritario a quienes presenten situaciones en las que pese a mediar diferencias las similitudes son más relevantes y iv) mandato de trato diferenciado a situaciones en las que mediando similitudes las diferencias se presentan como más relevantes, estadios estos que, pueden ser planteados bajo dos premisas y una precisión: Si no existe razón suficiente que ordene trato desigual, se impone observar un trato igual y si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, está ordenado un trato desigual. Una y otra fórmula garantizan la igualdad al afirmar como principio general aquella y sólo permitir esta sí y solo si se ha satisfecho la carga argumentativa que así lo haga saber.

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Juicio integrado. Test / TEST DE IGUALDAD / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Límites y prohibiciones en materia de discriminación / DISCRIMINACIÓN DIRECTA / DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

La discriminación, directa o indirecta, es el contrapuesto de la igualdad en cualquiera de sus manifestaciones concretas. Si se comprende así, la cláusula de trato igual trae consigo, interpretativamente, tres normas adscritas, a saber: i) está prohibido discriminar, ii) está permitido (y en ocasiones será imperativo) introducir diferenciaciones entre sujetos y situaciones y iii) está ordenado que, cuando esto último se haga, esas distinciones consulten criterios de razonabilidad. Ergo, serán legítimas y válidas, en términos constitucionales y convencionales, aquellas disposiciones jurídicas que sean halladas razonablemente justificadas. Por ello es que se ha dicho, con razón, que no cualquier trato jurídico diferente admite ser calificado como discriminatorio o violatorio de la igualdad encontrándose, en esa misma línea conductora, que la distinción entre discriminación y diferenciación está dada por la razonable justificación que posee esta última y de la que carece la primera.

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Juicio integrado / TEST DE IGUALDAD / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Categorías sospechosas: Rasgos permanentes de la persona / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Categorías sospechosas: Categorías asociadas históricamente a patrones de valoración cultural / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Categorías sospechosas: Criterios diferenciadores que no resulten equitativos / CRITERIO DE DISTINCIÓN

No obstante, en cuanto hace al criterio de distinción, debe advertirse que no toda categoría resulta jurídicamente admisible para fijar un trato diferenciado, para lo cual se ha recurrido a la noción de categorías sospechosas como criterio explicativo de un control judicial más estricto “por cuanto son potencialmente discriminatorias y por ende se encuentran en principio prohibidas” en razón a vincular como elemento diferenciador cuestiones tales como i) rasgos permanentes de la persona de la que no se puede prescindir so pena de perder su identidad, ii) características asociadas históricamente a patrones de valoración cultural que tiende a menospreciar a las personas y iii) elementos que no constituyen per se criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional o equitativo de bienes, derecho o cargas sociales. Sin embargo, conviene precisar que esos criterios no son los únicos que pueden generar discriminación, pues la cláusula de igualdad de trato tiene un contenido abierto que puede comprender dentro de su ámbito normativo protegido cualquiera otra situación o medio que pueda llegar a ser considerado como discriminatorio. Así, la verdadera valía de esas categorías sospechosas reside en la activación de un control judicial más riguroso.

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Juicio integrado. Test: Desarrollo jurisprudencial / TEST DE IGUALDAD O JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD - Elementos, categorías y pasos / TERTIUM COMPARATIONIS / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Trato igualitario entre iguales / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Trato diferenciado a desiguales

A los fines de examinar cuándo un trato resulta ajustado o no al principio de igualdad, la jurisprudencia ha construido el juicio integrado de igualdad, denominado así en razón a ser un desarrollo sintético de las pautas decantadas por la práctica estadounidense y europea para valorar el derecho a la igualdad. Este juicio está estructurado a partir de tres escenarios escalonados que pasan a exponerse en los siguientes términos: (...) Paso I precisar el criterio de comparación o tertium comparationis (...) Paso II Constatar si desde las perspectivas fáctica y jurídica existe en el caso analizado un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; (...) Paso III averiguar si esa diferencia o ese trato igualitario está constitucional y convencionalmente justificado. A diferencia de las primeras dos etapas que significativamente comprenden una constatación o atestación de situaciones fácticas y jurídicas, este último escenario abre paso a la valoración argumentativa de la igualdad, esto es, girará en torno a la problematización de la valoración dispensada por la autoridad normativa en orden a determinar si la misma se ajusta al contenido jurídico del principio de igualdad.

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Juicio integrado. Test / TEST DE IGUALDAD / JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD - Tipos / JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD - Escrutinio leve / JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD - Escrutinio estricto / JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD - Escrutinio intermedio: Regla general

[De conformidad con la jurisprudencia constitucional en materia de juicio integrado de igualdad conviene diferenciar el escrutinio leve del escrutinio estricto y del escrutinio intermedio, a saber: De una parte, el escrutinio leve, en el cual su ámbito de aplicación] corresponde a la intensidad más baja en el control judicial de una medida que dice relación con la igualdad siendo, (...) la regla general de estándar de control que se aplica. (...) Elementos del juicio. En estos casos el control se circunscribe a establecer la legitimidad del fin y del medio lo que, a su vez, implica constatar que el fin y el medio no estén constitucionalmente prohibidos y que el medio sea adecuado o idóneo para conseguir el objetivo

perseguido. Este juicio pretende responder a tres interrogantes “qué se busca con una norma, cómo se va a lograr lo buscado y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado” Justificación. La jurisprudencia ha defendido la aplicación de este control en razón a la legitimidad democrática del legislador y la presunción de constitucionalidad de las decisiones legislativas, de ahí que en este nivel la revisión judicial sólo tenga por objeto “evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad”. [Por su parte el escrutinio estricto contempla como a]mbito de aplicación. Es la revisión judicial más rigurosa, aplicándose a casos en los cuales la medida involucra i) una categoría sospechosa, como las enunciadas, no taxativamente, en el artículo 13 de la Constitución, ii) la medida recae en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, pertenecen a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o son minorías insulares y discretas, iii) que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental o iv) se constituya un privilegio. [Sus e]lementos del juicio. Como se trata del test más exigente, la valoración contiene los siguientes aspectos: i) el fin perseguido con la medida debe ser legítimo, importante e imperioso, nótese que no basta con argumentar que el mismo no está constitucionalmente prohibido sino, por el contrario, las notas de “importante” e “imperioso” enfatizan en que la finalidad debe provenir de un mandato constitucional u otro interés o bien jurídico constitucional apremiante, pues sólo así puede darse cabal comprensión a los términos citados, ii) el medio adoptado debe ser legítimo, adecuado y necesario, esto es, debe ser único y no existir otro medio alternativo menos lesivo y iii) el elemento de proporcionalidad estricta, lo que implica constatar que los beneficios de los fines de la medida excedan las restricciones sobre los otros bienes o derechos. [Su j]ustificación. La rigidez de este control, que es el único que trae el ingrediente de proporcionalidad en estricto sentido, responde a la lógica del limitado margen de configuración que posee la autoridad normativa, la necesidad de proteger los derechos fundamentales de ciertas minorías o grupos desventajados frente al poder normativo y el hecho de que la decisión verse sobre categorías identificadas como sospechosas, razón por la cual, en ocasiones, la jurisprudencia señale que sobre medidas de esa naturaleza recae una presunción de inconstitucionalidad. [Por último, tenemos el escrutinio intermedio.] Ámbito de aplicación. Se aplica cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Igualmente la jurisprudencia constitucional también incluyó dentro de ese nivel de revisión las medidas de promoción de los desfavorecidos o en las que se emplean algunos de los criterios sospechosos pero con el fin de favorecer o proteger a esos grupos poblacionales. Elementos del juicio. Como este control media entre los extremos leve y estricto, la revisión judicial está determinada por los siguientes aspectos de mediana intensidad: i) el fin perseguido debe ser importante, bien sea por promover intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver y ii) el medio debe ser adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto. Justificación. Se suele defender el empleo de este nivel en razón a que, cuando se trata de acciones afirmativas, no es posible acudir al test leve toda vez que se está empleando una categoría sospechosa, sin embargo, tampoco se justifica recurrir al escrutinio más intenso habida consideración de que la finalidad de la medida es la de promover una medida que favorece, no perjudica, al grupo señalado. De ahí que pueda decirse que el test ordinario para juzgar las acciones afirmativas lo sea el intermedio. También se ha defendido este escrutinio en los casos donde se han empleado criterios sensibles, como la edad, en la medida juzgada. NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema de escrutinio estricto ver la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzales Lluy Vs Ecuador.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 25000-23-24-000-1997-08997-01(35475)

Actor: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD DE COLOMBIA - SINTRAELECOL

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Se revoca la sentencia apelada porque dado el juicio integrado de igualdad no se encuentra acreditada la inconstitucionalidad excepcionada en primera instancia. Restrictor: Competencia / Sustento fáctico y objeto del recurso de apelación / La legitimación en la causa por activa / El proceso de enajenación a favor de los particulares de las acciones de propiedad del Estado – proceso de democratización / Excepción de inconstitucionalidad / La cláusula de trato igual y el juicio integrado de igualdad.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de octubre de 2005¹ proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decidió:

“PRIMERO. Declárese inhibido para conocer de la nulidad solicitada respecto del “Acta de Recomendaciones para la Adjudicación de Acciones de TermoTasajero – Primera Etapa, expedida por el Comité Técnico del Programa de Enajenación de Activos del Ministerio de Hacienda.

¹ Fls.879-914 C.P

SEGUNDO. Declárese inhibido para despachar el cargo de violación de normas de derecho internacional, de conformidad con lo razonado en la parte motiva.

TERCERO. Inaplicáse para el presente proceso el punto 5.4 del capítulo 5º y el numeral 5 del acápite “5.5. Aceptación” de “Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el Programa de Enajenación de las Acciones de TermoTasajero S.A ESP, de propiedad de la Nación” expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

CUARTO. Declárese la nulidad de las resoluciones Nos.2874 del 2 de diciembre y 3055 del 16 del mismo mes de 1996, expedidas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cuanto rechazaron la aceptación de las acciones de TermoTasajero, formulada por Sintraelecól, Seccional San Cayetano.

QUINTO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.
(...)”.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 28 de abril de 1997², el **Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia – Sintraelecól** por intermedio de su representante legal y a través de apoderado judicial³, presentó demanda contra la **Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.1.1.- Del “Acta de Recomendaciones para la Adjudicación de Acciones de TermoTasajero S.A ESP – Primera Etapa, expedida por el Comité Técnico del Programa de Enajenación de Activos de Generación, creado mediante la Resolución 2614 de 1996 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

1.1.2.- De las Resoluciones No. 2874 y 3055 del 2 y 16 de diciembre de 1996 respectivamente por medio de las cuales el Ministerio de Hacienda y Crédito Público resolvió “adjudicar acciones de TermoTasajero S.A ESP al Sector Solidario”.

² Fls.55 C.1

³ Fls.1 C. 1.

1.2.- Que se declaren las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad del “punto 5.4 del capítulo 5 y del punto 8 del Reglamento de Venta y Adjudicación de Acciones, así el art. 2º del Decreto 1742 de 1996”.

1.3.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público al pago de los siguientes perjuicios materiales:

Perjuicio	Concepto	Suma
Lucro cesante	Utilidades netas que dejaría de recibir la parte actora dentro de los próximos 10 años.	\$60.000.000.000
daño emergente	Gastos derivados de la preparación y presentación de la aceptación de la oferta.	\$52.000.000

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos⁴:

El día **20 de septiembre de 1996**, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1742 por medio del cual aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee o llegue a poseer en la Central Termoeléctrica - TermoTasajero S.A E.S.P⁵., ubicada en el Departamento de Norte de Santander, y autorizó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para expedir un Reglamento de Venta de Adjudicación, orientado a regular en concreto la privatización, dentro del marco de las “condiciones y procedimientos” fijados en este mismo Decreto.

En virtud de lo dispuesto en el Decreto en cita, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió el Reglamento de Venta y Adjudicación de Acciones en el que indicó que la oferta de las acciones a enajenar se efectuaría en dos etapas:

Etap a	Dirigida a	Requisitos para la presentación de las propuestas	Fecha de presentación de las propuestas
1ª	Trabajadores y demás organizaciones de la	Para la participación de estas entidades, El numeral 5 de la sección 5.5 exigió, como pago anticipado, la consignación del	29 de diciembre de 1996

⁴ Fls.2-9 C.1

⁵ Al respecto, el demandante sostiene que “la Nación adquirió la Central mediante un contrato de aporte de activos, en el que la Nación aportó la central Termoeléctrica al capital social de la sociedad y ésta, como contraprestación, emitió y suscribió a nombre de la Nación, las acciones representativas del capital social. Como resultado de esta operación, la Nación quedó con una participación accionaria superior al noventa y nueve por ciento (99%) del capital social de la sociedad TermoTasajero S.A ESP”.

	economía solidaria	equivalente al 40% del valor total de la correspondiente aceptación.	
2ª	Público en general	Para la participación de los inversionistas particulares, el capítulo 6 numeral 5 exigió una garantía de seriedad, emitida por una Compañía de Seguros, por una suma igual al diez por ciento (10%) del valor total de las acciones ofrecidas.	26 de diciembre de 1996

El día **29 de septiembre de 1996** el Ministerio de Hacienda hizo pública la “oferta especial” al sector de la economía de 10.389.000 acciones de la sociedad TermoTasajero S.A ESP por un valor de \$31.000.000.000.00; y expidió la Resolución No. 2614 de 1996, por medio de la cual conformó un Comité Técnico del Programa de Enajenación de Activos de Generación, encargado, entre otras, de evaluar las propuestas de compra de acciones de TermoTasajero.

No obstante, el día **26 de noviembre de 1996**, esto es, tres días antes de la fecha límite para presentar la aceptación de la licitación en su primera etapa, se conoció un daño en la Central Térmica de TermoTasajero que implicó una suspensión en la generación de energía durante 14 meses.

A continuación, el día **29 de noviembre de 1996**, “Sintraelecól presentó aceptación de la oferta de privatización de TermoTasajero, reuniendo para ello todos los requisitos menos el de la constancia de haber cancelado en forma anticipada el 40% del precio de las acciones, con el fin de evitar la quiebra del sindicato”.

En particular, Sintraelecól aportó “una póliza de seriedad de la oferta, en los términos establecidos para los destinatarios de la segunda etapa, manifestando que tan pronto se aclarara la situación creada con motivo del daño de la planta Sintraelecól efectuaría el pago del 100% de las acciones ofrecidas”.

El día **2 de diciembre de 1996**, el Comité Técnico del Programa de Enajenación de Activos de Generación recomendó al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público rechazar la propuesta presentada por Sintraelecól - San Cayetano, por los siguientes motivos:

1.- El sindicato “no reúne los requisitos mínimos exigidos por el Reglamento en cuanto al no pago del 40% del precio de las acciones respecto de las cuales se presente aceptación. Se trata de una omisión que el propio aceptante reconoce y que trata de justificar con argumentos jurídicos que, en opinión del Comité, no son valederos”.

2.- Aceptar la compra de acciones de TermoTasajero S.A E.S.P implica “aceptar la Central en las condiciones en la (sic) que se encuentre, sin que sea procedente alegar, de manera previa al perfeccionamiento del contrato, la ocurrencia de hechos que supuestamente alteran los presupuestos técnicos, económicos y jurídicos de la transacción”.

3.- Fijar “nuevos parámetros para nuestro Sindicato equivaldría, dicen, a colocar “en evidente posición de desventaja a los otros integrantes del sector solidario que si presentaron aceptaciones”.

Finalmente, el **2 de diciembre de 1996** el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución No. 2874 por medio de la cual resolvió “rechazar la aceptación presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia – SINTRAELECOL – Seccional San Cayetano, por la totalidad de las diez millones trescientas ochenta y nueve mil (10.389.000) acciones ofrecidas, por las razones señaladas por el Comité Técnico en su Acta de Recomendaciones”. Acto administrativo que fue confirmado por la Entidad demandada mediante Resolución No. 3055 de **27 de diciembre de 1996**.

3. Concepto de violación

La demandante estructura su concepto de violación con fundamento en los siguientes cargos:

3.1.- Violación directa de la Constitución Política de 1991 y a la Ley:

3.1.1.- **Vulneración del derecho a la igualdad (art.13 C.N)**, toda vez que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el Reglamento de Venta y Adjudicación del proceso de privatización de TermoTasajero favoreció al sector privado al sólo exigirle la constitución de una garantía de seriedad de la oferta,

que respaldara el 10% del pago del valor de las acciones, mientras que al sector solidario lo perjudicó al solicitarle el pago del 40% del total del precio de las acciones.

En este sentido, la parte actora solicitó que se declare la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que los términos previstos en el capítulo 5.4 del Reglamento de Venta y Adjudicación de TermoTasajero vulnera el artículo 13 de la Constitución de la Política; y la excepción de ilegalidad, por cuanto el capítulo aquí mencionado vulnera la Ley 226 de 1995 y su Decreto Reglamentario.

3.2.- Vulneración de los derechos a la propiedad, a la propiedad solidaria, al trabajo y a la empresa (artículos 58, 25, 53 y 333 C.N):

3.2.1 Derechos a la propiedad y a la propiedad solidaria (Art. 58 y 60) . "La Nación con su conducta ha buscado la quiebra del sector solidario, pues acelerar un cronograma para presionar el pago inmediato de cuantiosas sumas de dinero por parte del sector solidario, al tiempo que al sector privado se les permite una simple garantía de seriedad (entre otras, como si el sector solidario no fuese "serio" y los ricos "si"), conduce todo ello a que los trabajadores tengan que comprar temerariamente una Planta que no se sabe en qué estado está, pagarla inmediatamente, pignorar las acciones y dar en prenda los equipos como garantía de los préstamos financieros, para luego recibir un equipo que no funciona y tener que pagar los créditos bancarios".

3.2.2 Derecho al trabajo (arts. 25 y 53). Los trabajadores del Sindicato "podrían ver desconocido su derecho al trabajo porque por ejemplo el nuevo inversionista privado podría decidir recortar o suprimir todo el personal, vender, cerrar, liquidar, en fin, todo lo que un propietario en una economía de mercado puede hacer. De hecho tal situación ya es inminente. Ante el daño de la planta, Coorpropal como actual propietario junto con la Nación ya ha anunciado la posible liquidación total del personal a partir del próximo mes de julio de 1997. Una reciente publicación del diario La Opinión (...), anunciaba la liquidación de la Empresa TermoTasajero y el inminente despido de los trabajadores de la empresa".

3.2.3 Derecho a la libertad de empresa (art. 333). La exclusión de la compra de una Planta, que cuando se ofreció se encontraba en buen estado pero antes de

adjudicarse se dañó, afecta sus derechos a la libertad de empresa y a la libre actividad económica.

3.3.- Violación del principio de la buena fe (art. 83 C.N) y el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95.1 C.N) toda vez que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público vendió las acciones de la Central TermoTasajero a sabiendas de que en virtud del daño que se había ocasionado en la Planta no iba a satisfacer las expectativas del comprador.

En este sentido, el demandante manifestó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encontraba en la obligación de entregar la cosa en buen funcionamiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1884 del Código Civil, 931 y 933 del Código de Comercio.

3.4.- Inobservancia del principio de la efectividad de los derechos sustanciales (arts. 2 y 228 C.N) ya que el Estado debía garantizar los derechos de los trabajadores para acceder al capital accionario de una empresa privatizada.

Y, adicionalmente, la Entidad demandada rechazó el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 2874 de **2 de diciembre de 1996** por no haber sido presentado "personalmente".

3.5.- Vulneración del artículo 115 Constitucional e incompetencia del Ministerio de Hacienda para expedir las Resoluciones demandadas porque de conformidad con el artículo 6º de la Ley 226 de 1995, el Gobierno, conformado a su vez por el Presidente, el Ministro o el Director de Departamento Administrativo según lo previsto en el artículo 115 constitucional, es quien decide en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria a nivel Nacional; no obstante, la Resolución 2874 de 1996 y su confirmatoria sólo se encuentran firmadas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien no se encontraba autorizado para hacerlo según lo dispuesto en la Ley en cita.

Asimismo, el demandante sostuvo como fundamento del presente cargo:

3.5.1.- Ausencia de firma del Ministerio de Minas y Energía como Gobierno, "habida cuenta de que TermoTasajero es una Sociedad por acciones, empresa de servicios públicos, en la cual la Nación posee más del 99% de las acciones y, en

esa calidad, está vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Por tanto era necesaria la firma de este Ministro y como no aparece hay competencia (sic) en las dos Resoluciones”.

3.5.2.- Ausencia de firma del Ministro de Minas como parte del contrato toda vez que “el Ministro de Minas suscribe el contrato pero no la adjudicación de las acciones. Ello es absurdo porque la Nación expresa su voluntad de contratar, primero al adjudicar unas acciones y luego al suscribir el respectivo contrato, el cual viene a formalizar el acuerdo de voluntades”.

3.5.3.- Ausencia de autorización del Congreso de la República por cuanto:

“La Ley 226 de 1995, 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”, es como su título lo indica la que regula el artículo 60 de la Carta y no la que precisa las autorizaciones que el Congreso debe dar al Gobierno en el marco del art. 150 numeral 9º.

En efecto, si las leyes que van a desarrollar los arts. 60 y 150-9 de la Constitución fuesen una sola, la conclusión obligada es que uno de los dos artículos de la Carta sobra.

(...)

Si esto es así, como en efecto lo es, no se ve en los considerandos de las Resoluciones 2874 y 3055 de 1996 ni en el Decreto 1742 del mismo año una referencia a ley alguna que permita colegir que el Gobierno ha sido autorizado por el Congreso para enajenar un bien nacional, como lo son las acciones de TermoTesaero”.

3.6.- Falsa motivación toda vez que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la Resolución No. 3055 de 1996 resolvió rechazar el recurso de reposición interpuesto en contra del Acto Administrativo No. 2874 de 1996 por motivos de forma, al no haber sido presentado personalmente, lo cual contravía el artículo 209 constitucional y el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo, pues la administración “se ha excedido en sus palabras, ha incurrido en terrenos que no tenían lugar y ha gastado líneas y tiempo en temas que ya no tenían consecuencias jurídicas”.

Igualmente la parte demandante consideró inconducente la motivación de la Resolución No. 3055 de 1996 porque en su parte motiva esgrime unos argumentos de fondo para no acceder a las peticiones del recurso de reposición, pero luego decide en la parte resolutive rechazarlo por vicios de forma.

Por último, el Sindicato sostuvo que la Resolución No. 2874 de 1996 carece de motivación, por cuanto en ningún lugar de ese acto administrativo se dice cuál es el fundamento tanto de la adjudicación a unos cuantos participantes del sector solidario de la economía como el rechazo de su propuesta.

3.1.7- Inaplicabilidad de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia (arts. 53 y 93 C.N), esto es, los Pactos de San José de Costa Rica, de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como de los Convenios No. 29, 30, 52, 62, 81, 87, 88, 95, 98, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 107 y 111 de la OIT por cuanto consideró que resultaría “interesante desde el punto de vista dogmático” la aplicación de los presentes Pactos y Convenios Internacionales.

3.8- Ausencia de publicidad toda vez que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público puso en conocimiento del público en general, el daño que se estaba presentando en la Central de TermoTasajero para la época en la que se estaba realizando la venta de las acciones de la Planta Termoeléctrica, a través del llamado “**cuarto de datos**” el cual es una oficina abierta para consulta de los participantes creada en el Reglamento de Venta y Adjudicación. En estos términos la Entidad demandada vulneró los artículos 2 y 9 de la Ley 226 de 1995 los cuales señalan que el Estado al momento de privatizar una empresa de su propiedad debe garantizar “amplia publicidad”.

En este sentido, el demandante solicitó que se declare la excepción de ilegalidad del punto 8.3 del Reglamento de Venta y Adjudicación, que consagra la existencia del “cuarto de datos”.

4. El trámite procesal

Admitida la demanda⁶, fue notificado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁷, quien dentro del término de fijación en lista procedió a su contestación⁸ en el sentido de oponerse a las pretensiones, con fundamento en que:

(i) En cuanto a la vulneración de los artículos 13, 25, 53, 58 y 333 de la Constitución Política, la Entidad demandada sostuvo que en el Reglamento de

⁶ Fls.306-309 y 338-342 C.1

⁷ Fls.314 C. 1.

⁸ Fls.348-402 C.1

Ventas y Adjudicación se acogió al criterio de preferencia, en el sentido de dar a los trabajadores y organizaciones del sector solidario acceso privilegiado y exclusivo a las acciones.

Asimismo, la parte demandada sostuvo que se estableció un criterio de especialidad en las condiciones de venta de las acciones en el sentido de prever, un precio fijo equivalente al precio mínimo resultado del ejercicio de valoración y líneas de crédito FEN que permitieran el acceso de dicho sector a la adquisición de la propiedad accionaria.

Igualmente, en el Reglamento se le permitió al sector solidario una condición aun más especial que las otorgadas por la Ley y el mismo Decreto 1742 de 1996, como lo es la división del pago en dos contados.

Por último, la Entidad demandada sostuvo que en cuanto a la situación laboral de la empresa, “según la información contenida en el resumen anual de las actividades de TermoTasajero correspondiente al periodo de 1997, el cual se anexa como prueba, el 21 de enero del mismo año se suscribió el convenio de sustitución patronal. Con la perspectiva de un nuevo régimen de contratación y considerando que las personas con buena experiencia laboral y técnica deben permanecer en la empresa, se promovió un plan de retiros voluntarios al cual se acogieron 44 trabajadores de los que se contrataron nuevamente 19”.

(ii) Con relación a la aplicación indebida del artículo 60 de la Constitución Política de 1991 y a la inobservancia del principio de buena fe y del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95.1 C.N) la Entidad demandada sostuvo que la venta se realizó sobre una participación accionaria y no sobre un bien determinado como lo pretende hacer ver la parte demandante.

Igualmente, el Ministerio manifestó que “el gobierno no consideró que se violaba el deber de buena fe al ofrecer la planta, puesto que el hecho del daño se sabía que iba a ser temporal y que los riesgos de su salida de operación estaban cubiertos, puesto que el valor de estos estaba determinado por la operación o por las pólizas de seguro”.

(iii) En cuanto a la inobservancia del principio de la efectividad de los derechos sustanciales (arts. 2 y 228 C.N) el ente demandado sostuvo:

“(…) En cumplimiento del principio constitucional referido, teniendo como norte precisamente el fin esencial del Estado consistente en la efectividad de los derechos de las personas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público consideró conveniente precisar algunos de los planteamientos de fondo contenidos en el recurso presentado por el demandante, con el objeto de fundamentar los argumentos de carácter material que conllevaron las decisiones contra las cuales se interpuso el recurso, concluyendo que no existía un derecho sustancial para Sintraelec que tuviera origen legítimo por lo que procedió a rechazar el recurso presentado en consideración al incumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 52 del CCA”.

(iv) Con relación a la violación del artículo 115 de la Constitución Política y la falta de competencia, el Ministerio manifestó:

“Fue el Gobierno Nacional, integrado por el Presidente, el Ministro del Ramo correspondiente y el Ministro de Hacienda, quien en cumplimiento de la Ley 226 decidió la enajenación de la propiedad accionaria de la Nación en TermoTasajero a través de la expedición del Decreto 1742 de 1996, distinto es que el Ministro de Hacienda y Crédito Público expida la Resolución mediante la cual se adjudican las acciones de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Programa de Enajenación y el Reglamento de Venta correspondiente. Esta Resolución es un mero acto administrativo de trámite que cumple con la función de perfeccionar la última etapa de la oferta de venta según lo establecido por el Decreto 1742 artículo 2^o”.

Igualmente, respecto a la falta de autorización del Congreso para realizar la venta de TermoTasajero, los artículos 27 de la Ley 142 de 1994 y 79 de la Ley 143 del mismo año, le otorgaron los respectivos permisos al Gobierno Nacional para la venta de la Planta Termoeléctrica.

(v) En cuanto a la vulneración de los artículos 93 y 53 de la Constitución Política la entidad demandada solicitó que se declare fallo inhibitorio respecto de este cargo por cuanto el demandante no indica el concepto de violación de estas normas.

(vi) Respecto a la ausencia de publicación del daño que sufrió la planta el ente demandado sostuvo que mediante comunicación de 25 de noviembre de 1996, el Director de TermoTasajero, le informó a la Nación representada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la existencia del daño y el día siguiente, el consorcio asesor de la Nación en la venta de la participación accionaria en

⁹ Al respecto, el artículo 2° del Decreto 1742 de 1996 señala: “Las Acciones que la Nación posee o llegue a poseer en TermoTasajero S.A ESP se ofrecerá en venta por la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

TermoTasajero S.A ESP informó del hecho a los interesados mediante la inclusión de la comunicación aludida en la sala de información como medio idóneo de publicación de la información técnica, operativa, jurídica y financiera relacionada con las empresas cuya participación accionaria enajenó la Nación.

(vii) Con relación a la falsa motivación de la Resolución No. 3055 de 1996 el Ministerio manifestó que el recurso de reposición presentado por el demandante se rechazó con fundamento en el incumplimiento de los presupuestos procesales contenidos en los artículos 52 y 53 del Código Contencioso Administrativo; no obstante, se le dio prevalencia al derecho sustancial consistente en la efectividad de los derechos de las personas.

En cuanto a la falsa motivación de la Resolución No. 2874 de 1996, el Ente demandado sostuvo que el hecho de que la motivación material se haga por referencia, no quiere decir que esta se encuentre ausente.

Después de decretar y practicar pruebas¹⁰, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión¹¹, y al Ministerio Público para que presentara el concepto de rigor. Esta oportunidad procesal fue aprovechada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹² y la parte demandante¹³.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó ad initio de esta providencia el 27 de octubre de 2005 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁴ accedió parcialmente a las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

“En efecto, ese Reglamento Ministerial se dictó y en su capítulo 5º se ocupó de la “Oferta Pública de Acciones al Sector Solidario”, cambiando en los numerales 5.4 y 5.5, la garantía de seriedad estipulada en el Decreto 1742/96, por la obligación de acreditar al momento de la aceptación el pago del 40% de las acciones a adquirir, garantía de seriedad que se mantuvo en el capítulo 6 “Segunda Etapa – de la Oferta de las Acciones al Público en General” numeral 6.5.2.

¹⁰ Fl. 516-518 C.1

¹¹ Fl. 698 C.2.

¹² Fl.707-783 C. 2.

¹³ Fls.789-812 C.2

¹⁴ Fls.423-450 C.P

En el aludido “reglamento ministerial”, en las circunstancias arriba puntualizadas se consagró en contra del “sector solidario” – que gozaba, como aceptante de las acciones, de una preferencia de raigambre constitucional – un requisito discriminatorio que hizo más gravosa su posibilidad de acceso a la propiedad accionaria de TermoTasajero, que la ofrecida al “público en general”.

En virtud de ello Sintraelec y los demás aceptantes especiales quedaron en desventaja notoria frente a los posibles aceptantes ordinarios, lo que comporta que el “reglamento ministerial” desconoció directamente el Decreto 1742 de 1996 y la Ley 226 de 1995, e indirectamente el artículo 60 de la C.P que lo condicionaban.

(...)

Del punto 5.4 del capítulo 5 del Reglamento Ministerial se solicita la inaplicación del inciso 2º, en cuanto contiene la obligación para los aceptantes del sector solidario de pagar al tiempo de entrega de la aceptación el cuarenta por ciento (40%) del valor de las acciones que aceptan adquirir, pago que se debe acreditar con la constancia respectiva, de conformidad con el numeral 5 del acápite “5.5. Aceptación”.

Para la Sala es de recibo la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el demandante, en la medida que el punto 5.4 y el numeral 5 mencionados, son los que materializan la discriminación en detrimento del sector solidario, colocado de este modo en condiciones indiscutibles de desigualdad, lo que implica desconocimiento directo del artículo 13 constitucional.

Por ese motivo y con fundamento en el artículo 4 de la CP, según el cual la Constitución Política es norma de normas y prevalece respecto de cualquier otra norma jurídica, este Tribunal inaplicará por inconstitucionales las partes del Reglamento Ministerial atrás identificados.

Esa inconstitucionalidad parcial del Reglamento Ministerial se refleja en los actos demandados que tuvieron como fundamento, entre otros, a dicho reglamento y por esa causa deben desaparecer del mundo jurídico.

Respecto de la aludida excepción frente al punto 8 del Reglamento (Capítulo 8: Suministro de informaciones) y al artículo 3º del Decreto 1742 de 1996, que consagra el procedimiento para el programa de enajenación de las acciones de TermoTasajero, no es menester hacer ningún procedimiento en razón a la aceptación de las primeras, lo que da lugar a la prosperidad de las pretensiones”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 10 de noviembre de 2005 el apoderado judicial de la parte demandada interpuso el recurso de apelación¹⁵ que fue sustentado mediante escrito del 27 de febrero de 2006¹⁶, en el que solicitó que se revoque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en razón de los siguientes argumentos:

¹⁵ Fls.916-917 C.P

¹⁶ Fls.931-938 C.P

(i) Falta de legitimación en la causa por activa en cabeza de Sintraelecol para solicitar la excepción de inconstitucionalidad e Ineptitud de la demanda por cuanto el Sindicato no presentó la aceptación en los términos ofrecidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues lo que hizo el día 29 de noviembre de 1996 fue presentar una aceptación condicional contemplada en el artículo 822 del Código Comercio.

Asimismo, Sintraelecol no demostró un interés personalísimo que sirviera de fundamento a la acción. Al respecto, el apelante destaca que:

“si el centro de imputación jurídica demandante, encontraba que el “Reglamento Ministerial”, resultaba violatorio de la Constitución Nacional y no teniendo un interés particular en aceptar la oferta que le hizo la Administración, pero si uno altruista, en defensa del sector solidario, por las razones enlistadas en la demanda, ha debido ejercitar la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A y no la contemplada en el artículo 85 del mismo estatuto”.

(ii) El Tribunal de Primera Instancia no argumentó debidamente la violación del derecho a la igualdad, toda vez que las razones por él expuestas carecen de fuerza de convicción. En este sentido, el apelante sostuvo que el A quo no se encontraba facultado para declarar probada la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el demandante.

(iii) Al demandante no se le causó daño alguno por cuanto “lo que hizo Sintraelecol, a la luz de su ciencia y conciencia, al no aceptar la OFERTA que hizo la Administración, fue evitar para él, una situación de quiebra, esto es, un daño, y por ende, la causación de unos perjuicios, pues de no haberse presentado el daño en la planta, habría pagado oportunamente el 40% del valor de las acciones sin ningún problema, es decir, que el principio de igualdad no lo habría considerado violado”.

IV. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación¹⁷, esta Corporación corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que presentara su

¹⁷ Fls.940 C.P

respectivo concepto¹⁸. Oportunidad que fue aprovechada por la parte demandada¹⁹.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

C O N S I D E R A C I O N E S

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el apelante, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: 1. Competencia 2. Sustento fáctico y objeto del recurso de apelación 3. La legitimación en la causa por activa 4. El proceso de enajenación a favor de los particulares de las acciones de propiedad del Estado – proceso de democratización 5. Excepción de inconstitucionalidad 6. La cláusula de trato igual y el juicio integrado de igualdad 7. Caso concreto.

1. Competencia

Si bien la enajenación de la propiedad accionaria del Estado no se rige por el estatuto de contratación estatal, como se verá, el procedimiento de enajenación de la participación del Estado en el capital social de cualquier empresa está sometido, fundamentalmente, a la reglamentación especial prevista en la Ley 226 de 1995 y en los decretos que expida el Gobierno Nacional, todo lo cual, además de considerar que se trata de una negociación adelantada por una entidad de derecho público, hace posible el control judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Adicionalmente, en consideración a que en el caso de autos se evalúa un asunto de responsabilidad precontractual del Estado, de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 055 de 2003, la competencia corresponde a la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, donde se ventilan las controversias de naturaleza contractual, ya sea mediante la acción de controversias contractuales, propiamente dicha, o mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que verse sobre asuntos contractuales, como en el caso de autos.

¹⁸ Fls.943 C.P

¹⁹ 944-951 C.P

2. Sustento fáctico y objeto del recurso de apelación

La Sala advierte que sólo uno de los integrantes de la relación procesal interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esto es, la demandada Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien en consecuencia actúa como apelante único.

Con relación a lo anterior, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establecía que el juez superior no podría enmendar la providencia apelada en la parte que no fue objeto del recurso, en razón a lo cual, la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060], determino el siguiente alcance:

“para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo”²⁰, razón por la cual se ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”²¹..

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados por la apelante, por lo cual, en principio, los demás asuntos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de abril de 2009. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 32800. “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2010. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 16306. Cfr. Corte Constitucional C-583 de 1997.

apelación operan tanto el principio de congruencia²² de la sentencia como el principio dispositivo²³⁻²⁴.

En este sentido la Sala Plena de la Corporación, reiteró que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior lo sostuvo de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C, de la siguiente manera:

“Conviene puntualizar que la no reformatio in pejus –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: **i).**- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; **ii).**- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun

²² En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

²³ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice *COUTURE*, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso” “Son características de esta regla las siguientes: “(...). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

²⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera – Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 21.060.

cuando fuere desfavorable al apelante” [artículo 357, inciso final, C. de P. C.]²⁵.
(...)

Por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia²⁶ de la sentencia como el principio dispositivo²⁷, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”²⁸.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada²⁹.

²⁵ Al respecto consultar, por ejemplo, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, expediente 17160; sentencia de 20 de mayo de 2009, expediente 16925.

²⁶ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

²⁷ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso (...) Son características de esta regla las siguientes: (...) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

²⁸ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

²⁹ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21060.

Dicho lo anterior, la Sala pone de presente que la demanda enlistó una serie de cargo de nulidad, a saber: violación directa de la Constitución Política de 1991 y de la Ley por vulneración del derecho a la igualdad; vulneración de los derechos a la propiedad, a la propiedad solidaria, al trabajo y a la empresa; violación del principio de la buena fe y el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; inobservancia del principio de la efectividad de los derechos sustanciales; vulneración del artículo 115 constitucional e incompetencia del Ministerio de Hacienda para expedir las Resoluciones demandadas; ausencia de firma del Ministerio de Minas y Energía como Gobierno; Ausencia de firma del Ministro de Minas como parte del contrato; Ausencia de autorización del Congreso de la República; falsa motivación; inaplicabilidad de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia; y Ausencia de publicidad.

Sin embargo, luego de su disertación y por vía de excepción de inconstitucionalidad por desconocimiento del principio de igualdad, el A quo fundamentó el reconocimiento contenido en la sentencia apelada, en la inaplicación del punto 5.4 del capítulo 5º y el numeral 5 del acápite “5.5. Aceptación” del “Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el Programa de Enajenación de las Acciones de TermoTasajero S.A ESP, de propiedad de la Nación” expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por supuesto bajo la negativa de los demás cargos expuestos en la demanda.

A su turno, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de apelante único, limitó el objeto de la apelación a controvertir una falta de legitimación en la causa por activa en cabeza de Sintraelec, quien no cumplió con los requisitos de la oferta especial ni presentó una aceptación válida, de manera que no tiene un interés personal para demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho; de donde también deriva la ineptitud de la demanda por cuanto, “no teniendo un interés particular”, éste es de carácter altruista “en defensa del sector solidario”, de manera que ha debido ejercitar la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A y no la contemplada en el artículo 85 del mismo estatuto.

Adicionalmente sostuvo el apelante único que el tribunal de primera instancia no se encontraba facultado para declarar probada la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el demandante ni argumentó debidamente la

violación del derecho a la igualdad. Con fundamento en lo cual también sostiene que a Sintraelec no se le causó daño antijurídico alguno.

Así las cosas, la Sala limitará su análisis al objeto de la apelación propuesta por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que reabrir el debate judicial frente a la totalidad de los cargos de la demanda conllevaría a desconocer el objeto de la apelación y el principio de la no reformatio in peius.

3. La legitimación en la causa por activa

En primer lugar la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”³⁰, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, esta Corporación³¹ ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Así las cosas, en el caso de autos la parte actora solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 2874 y 3055, del 2 y 16 de diciembre de 1996, respectivamente, por medio de las cuales el Ministerio de Hacienda y Crédito Público resolvió “adjudicar acciones de TermoTasajero S.A ESP al Sector Solidario”.

Como ya se sabe, el A quo accedió a la pretensión así planteada, al considerar que dicha adjudicación se fundamentó en los puntos 5.4 y 5.5. del “Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el Programa de Enajenación de las Acciones

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

³¹ Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054.

de TermoTasajero S.A ESP, de propiedad de la Nación”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual inaplicó por excepción de inconstitucionalidad.

Al respecto debe entenderse que tanto el demandante como la primera instancia consideran que al inaplicar los puntos 5.4 y 5.5 del reglamento de venta y adjudicación, y declarar la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales fueron adjudicadas las acciones de Termotasajero a una Cooperativa del sector solidario, Sintraelecól recuperaría su derecho a participar y ser adjudicatario dentro del proceso de venta y validaría la aceptación por él presentada.

En consideración a lo anterior, debe preverse que es evidente el interés sustancial del sindicato para demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de manera que no le asiste razón al Ministerio apelante al considerar que existe falta de legitimación en la causa por activa en cabeza de Sintraelecól, e inepta demanda, por falta de interés para demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. El proceso de enajenación, a favor de los particulares, de las acciones de propiedad del Estado – proceso de democratización.

El título II, Capítulo II, artículo 60 de la Constitución Política, en aras de promover el acceso de los colombianos a la propiedad, dispuso que “[c]uando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria”.

De esta forma el constituyente estableció el deber estatal de promover el acceso a la propiedad y previó un mecanismo específico tendiente a lograr la democratización de la propiedad estatal mediante la enajenación de la participación accionaria que ostente en diferentes empresas, y bajo la adopción de medidas que permitan el ofrecimiento de condiciones especiales de acceso a dicha propiedad a favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias.

Al respecto, se tiene averiguado que bajo los postulados del “Estado Social” la dignidad humana, el principio de la solidaridad, la consecución del interés general y el compromiso con la efectividad de los principios, derechos y deberes

reconocidos por el orden jurídico³² vienen a erigirse en obligado marco normativo de referencia vinculante para toda autoridad estatal e, inclusive, particulares.

No es más que la natural y obligada traducción e incorporación al sistema jurídico, bajo las formas de acción y principios tutelares del Estado de Derecho, de fines teleológicos de orden material como son las preocupaciones por proveer estándares de desarrollo vital digno acorde a un mínimo existencial, la realización de la igualdad en términos sustantivos, el compromiso de la acción gubernamental en favor de quienes se ubican en condiciones de desigualdad manifiesta, el deber de intervención a los fines de garantizar un orden económico y social justo orientado hacia la satisfacción del interés general y el reconocimiento y garantía de derechos sociales como auténticos derechos subjetivos justiciables que ligan al Estado a la ejecución de prestaciones positivas de orden fáctico [hacer positivo] o normativo [institucionalización de procedimientos e instancias].

Tal carga social y prestacional activa no es ajena a la Administración, por el contrario, la sujeción a ésta deviene, directamente, de la permeabilidad de los principios, valores y reglas constitucionales en la totalidad de la estructura estatal y, además, en razón a la adscripción de las puntuales y específicas competencias que el legislador le atribuya para la realización, en determinados escenarios sectoriales, de la cláusula social, lo que deviene armónico, en un todo, con el especial mandato que el constituyente le ha adscrito en el artículo 209 superior: “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”. En suma, es en virtud de esa cláusula social que la Administración ha evolucionado progresivamente a ámbitos normativos de prestación, planeación y dirección incursionando en diversos segmentos de la realidad social sobre la que el Estado está llamado a actuar.

La jurisprudencia constitucional ha visto en el artículo 60 superior una manifestación concreta de la cláusula social del Estado³³. De su lectura se desprenden un mandato programático de promoción en cuanto al acceso a la propiedad, lo que bien puede ser considerado como una política pública de origen constitucional: “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad”; a su turno, del segundo inciso se desprende una regla relativamente amplia que concreta ese principio por cuanto allí se formula el mandato específico

³² Cuyos fundamentos positivos se ubica en el preámbulo y los artículos 1° y 2° constitucionales

³³ Cfr., entre otros pronunciamientos de la Corte Constitucional, Sentencias C-074 de 1993, C-037 de 1994, C-474 de 1994, C-393 de 2012.

de democratización de la propiedad accionaria empresarial del Estado elaborando instrumentos para preferir o dar prioridad a los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores generando “condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria” y difiriendo al legislador la regulación de esa materia³⁴. Puede verse acá la realización de los fines sociales a partir de la preferencia del constituyente para que, ante la decisión política y jurídica de enajenación de la participación estatal, sean esas formas asociativas las que cuenten con un derecho preferente, lo que responde a la lógica social y solidarista que filosóficamente subyace a esos colectivos.

Repárese cómo el segundo inciso del artículo 60 constitucional puede ser considerado como un desarrollo peculiar del mandato de igualdad en sentido material o sustancial, dispuesto en el artículo 13 superior, por cuanto se ordena disponer de una regulación jurídica [acción positiva normativa] que garantice el derecho preferente de un grupo poblacional o social específico en relación a la propiedad accionaria empresarial estatal, lo que, de otra parte, repercute también en el marco de la economía de mercado promovida por el constituyente con arreglo a los artículos 58, 84, 333 y 334 de la Carta, pues la intervención del legislador limita o condiciona, bajo criterios de razonabilidad, el libre mercado al ordenarse una preferencia a favor de los grupos solidarios y de trabajadores cuando se trata de enajenación de propiedad accionaria estatal [libre concurrencia de intereses privados circunscrita por el mandato de democratización solidaria].

En orden a cumplir la función reglamentaria encomendada por el constituyente al legislador éste expidió la Ley 226 de 1996, por medio de la cual se establecen las reglas para la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de las acciones o bonos de propiedad del Estado y, en general, de su participación en el capital social de cualquier empresa³⁵, mediante el denominado proceso de democratización.

A la sazón, la mencionada Ley, luego de definir su campo de aplicación (art. 1°); previó los principios que rigen la materia, tales como democratización, preferencia,

³⁴ Se concede así un margen de libertad de configuración legislativa relativamente limitada por cuanto la Constitución precisó aspectos tales como: i) el supuesto específico de enajenación sobre el que recae (enajenación de participación accionaria del Estado en una empresa), ii) un derecho de preferencia que impone el otorgamiento de “condiciones especiales” esto es, mejores o más cómodas en relación a los demás interesados y iii) limitó el grupo de beneficiarios al enlistar a tres sujetos: trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores. Esos parámetros vinculan al legislador a la hora de desarrollar y concretar el mandato del constituyente de reglamentación de esta materia.

³⁵ Art. 1 Ley 226 de 1995

protección del patrimonio público y continuidad del servicio (arts. 2 a 5°); estableció el procedimiento especial que debe seguirse en la enajenación y las actuaciones administrativas que deben cumplirse (art. 6° a 13 y 17); así como las normas de exclusión, disposiciones sobre el tratamiento presupuestal y destinación de los recursos producto de la enajenación (art. 18 a 23).

Ahora, es de anotar que los procesos de democratización, entendidos estos como aquellos a través de los cuales las personas naturales o jurídicas tienen acceso a la propiedad accionaria del Estado³⁶, deben darse con plena salvaguarda del patrimonio público³⁷ y de la continuidad del servicio de interés general que preste la entidad objeto de privatización³⁸.

Y, asimismo habrá de garantizarse la participación masiva en la propiedad accionaria objeto de ofrecimiento, mediante la amplia publicidad, la libre concurrencia³⁹ y el derecho de preferencia contenido en el artículo 3, que otorga condiciones especiales para facilitar la adquisición de la participación social estatal a favor de⁴⁰: (i) los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización; (ii) las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; (iii) los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización; (iv) los ex trabajadores de las entidades donde la entidad democratizada tenga participación mayoritaria⁴¹; (v) las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza; (vi) los sindicatos de trabajadores; (vii) las federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; (viii) los fondos de empleados; (ix) los fondos mutuos de inversión; (x) los fondos de

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1994; C-211 de 1994 y C-452 de 1995.

³⁷ Artículo 4°.- *Protección del patrimonio público*. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad.

³⁸ Artículo 5°.- *Continuidad del servicio*. Cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicio de interés público, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio.

³⁹ Artículo 2°.- *Democratización*. Todas las personas, naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. En consecuencia, 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.

⁴⁰ De acuerdo con el "Artículo 19°.- No estarán incluidos dentro de los beneficiarios de condiciones especiales los fondos parafiscales, los fondos agropecuarios y pesqueros, [ni] los fondos ganaderos y el Fondo Nacional del Café".

⁴¹ Los ex trabajadores tendrán derecho de preferencia siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono.

cesantías y de pensiones; y (xi) las entidades cooperativas definidas por la correspondiente legislación⁴².

Entonces, con el derecho de preferencia establecido en el artículo 3 de la Ley 226 de 1995 se desarrolla lo dispuesto en el 60 constitucional⁴³, en cuyo favor deben establecerse condiciones especiales de participación, tales como las contenidas en el artículo 11 de la ley en mención que dispuso a favor de los grupos objeto de preferencia que:

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

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

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

a. El plazo de amortización no será inferior a 5 años;

b. La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria, vigente al momento del otorgamiento del crédito,

c. El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados, para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital;

⁴² Artículo 3º.- *Preferencia*. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo el artículo 60 constitucional.

Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización 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 ex empleados 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.

⁴³ Artículo 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

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

d. Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.

4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.”

De otra parte, en lo que respecta al procedimiento de enajenación propiamente dicho, debe preverse que éste se divide en dos grandes etapas, la primera de carácter previo, correspondiente al diseño, adopción y aprobación del programa de enajenación y, una segunda, correspondiente a la ejecución del mismo, la cual, a su vez, se subdivide en dos fases, la inicial reservada para los sectores destinatarios del derecho de preferencia, y una subsiguiente destinada al público en general, que, valga decir, sólo tendrá lugar cuando la negociación no se concrete con alguno de los señalados en el artículo 60 constitucional y 3 de la ley 226 de 1995.

Ahora bien, la ley radicó en cabeza del Gobierno Nacional la labor de diseñar y adoptar el programa de enajenación⁴⁴ (etapa I), mediante el correspondiente ministro y en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para lo cual podrán actuar directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado⁴⁵.

Al respecto, también es de anotar que la elaboración del programa de enajenación accionaria, que constituye el soporte económico y financiero de la operación, debe atender a los estudios técnicos que incluyan la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar.

Esta valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, debe considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos y los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación⁴⁶.

En este sentido, el programa de enajenación, en cada caso particular, debe comprender, como mínimo: (i) las etapas en que se realizará el procedimiento,

⁴⁴ Artículo 6.

⁴⁵ Artículo 7.

⁴⁶ Artículo 9.

teniendo en cuenta que la primera debe estar orientada a los destinatarios de las condiciones preferenciales antes indicadas; (ii) los requisitos a los que se refiere el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, esto es, las condiciones especiales que regularan la oferta dirigida a los destinatarios del derecho de preferencia; (iii) el precio mínimo de las acciones; (iv) la forma de pago del precio de las acciones; (v) las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten los principios generales de esta ley⁴⁷; (vi) las condiciones que deba reunir cada potencial adquirente y (vii) los demás aspectos que se consideren pertinentes, propios de cada negocio.

En síntesis, la Ley 226 de 1995 establece los principios y el procedimiento que debe cumplirse en los procesos de democratización de las Empresas donde el Estado ostenta una participación accionaria, esto es, la enajenación o transferencia del sector público al sector privado de la participación estatal en una empresa.

Ahora bien, no todas las enajenaciones que realice el Estado de su patrimonio se sujetan a lo dispuesto en el artículo 60 de la C.P. y la ley 226 de 1995, pues de ella se exceptúan: (i) las negociaciones correspondiente a la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴⁸; (ii) Las enajenaciones de acciones de los fondos ganaderos⁴⁹; (iii) Las que se realizan entre órganos estatales y (iv) Las de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones⁵⁰. En los dos últimos eventos, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes, por cuanto lo dispuesto en los artículos 60 constitucional y la ley 226 de 1995, sólo aplican a los procesos de privatización, circunstancia que no se verifica cuando la operación se da entre órganos estatales, pues “cuando una entidad estatal enajena sus acciones a otra entidad de la misma naturaleza, entonces **no hay, en**

⁴⁷ Artículo 14.

⁴⁸ Artículo 18°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, cuando se trate de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplicarán las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁴⁹ Artículo 22°.- La enajenación accionaria de los fondos ganaderos se hará conforme a lo dispuesto en la Ley que regule la materia.

⁵⁰ Artículo 20°.- la enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en este Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación.

sentido estricto, una privatización, pues no hay transferencia de propiedad del sector público al sector privado.”⁵¹.

En otras palabras, cuando se enajenan acciones entre órganos estatales las acciones no salen del ámbito estatal, de manera que no se presenta un proceso de privatización dentro de una estrategia de democratización de la propiedad accionaria, que es la materia objeto de regulación de la ley 226 de 1995.

5. Excepción de inconstitucionalidad

El principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución y la propia ley⁵².

De manera que, en general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y tanto las autoridades como los particulares tienen el deber de acatar las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, so pena de incurrir con su incumplimiento en las diferentes tipologías de responsabilidad – ya sea de carácter sancionatorio o resarcitorio- que el mismo ordenamiento reconoce.

A la sazón, el artículo 6º constitucional establece que “[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Entonces, es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, cumplir la Constitución y las leyes, y responden tanto por infracción como por omisión o extralimitación en su ejecución.

Pero, adicionalmente, debe preverse que las mismas autoridades públicas son las encargadas de hacer efectivo el cumplimiento de las normas, aunque, paralelamente, el artículo constitucional antes citado y el inciso segundo del artículo 4º *ibídem* determinan que “sólo” “es deber de los nacionales y de los

⁵¹ Corte Constitucional en la Sentencia C – 392 de 1996

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-600 de 21 de octubre de 1998.

extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

Sin embargo, el mismo artículo 4º constitucional prevé como excepción al principio de ejecutividad de las normas la excepción de inconstitucionalidad, por medio de la cual en un proceso judicial o administrativo hay lugar inaplicar una norma que se considera violatoria de la constitución, lo cual se encuentra fundamentado en que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución.

“ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

Así, el juez o autoridad correspondiente inaplica la norma mediante un verdadero juicio de constitucionalidad, para definir si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales, pero hay que tener en cuenta que no se puede hacer uso indiscriminado de la excepción de inconstitucionalidad, pues esta figura solo puede producirse dentro de un marco jurídico concreto, esto es, bajo un caso específico, singular, preciso, y exclusivo de las personas involucradas, ya que sus efectos son inter partes, o se circunscriben a quienes tienen interés en el caso, y no afectan la vigencia general de la norma inaplicada, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha determinado:

“La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.”⁵³

Ahora bien, de acuerdo con lo preceptuado en el párrafo del artículo 20 de la Ley 393 de 1997, debe anotarse que no puede hacerse uso de la excepción de inconstitucionalidad cuando se trate de normas sobre las cuales haya habido pronunciamiento de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado. Por ende, ni las autoridades ni los particulares podrán alegar la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar una norma cuando esta ya ha sido objeto de estudio por parte del máximo juez constitucional.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-600 de 21 de octubre de 1998.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

“La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado”⁵⁴.

En síntesis, para la viabilidad de la excepción de inconstitucionalidad debe estarse ante una norma violatoria de la constitución, la cual no puede haber sido declarada exequible por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado.

6. La cláusula de trato igual y el juicio integrado de igualdad.

Averiguado se tiene que la igualdad de trato se erige en uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico contemporáneo. Prueba de ello es su amplio y profuso reconocimiento en los ámbitos constitucionales, en el escenario convencional de los Derechos Humanos y su adscripción como norma que ha ingresado en el dominio de la categoría de jus cogens: “101. (...) [E]l principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”⁵⁵.

La igualdad se cuenta, como derecho básico de las personas y como meta-criterio que dice relación no solo con el deber formal de aplicación igual del derecho a quienes están sujetos a la jurisdicción [que el sistema de normas jurídicas se aplique imparcialmente o con la misma regularidad a todos], sino también como fundamento o estructura que refiere a la distribución y asignación de derechos básicos en términos iguales, en este último sentido, se trata ya de una exigencia de justicia en términos sustantivos [la legítima expectativa de que se asignen los

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T – 103 de 16 de febrero de 2010.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, párr. 97-101. En el mismo sentido: Caso Yatama Vs Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184; Caso Comunidad Xámok Kásek Vs Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 269; Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.

bienes, cargas y derechos básicos de manera justa y equitativa, en atención a dignidad intrínseca del ser humano⁵⁶].

Además, siendo que el derecho no es indiferente a las dinámicas sociales, surge la necesidad, las más de las veces, de establecer instrumentos jurídicos que lleven al reconocimiento de la igualdad en términos de oportunidades, otorgando trato diferenciado y positivo⁵⁷ en favor de quienes se encuentran en circunstancias desventajosas, demandando para sí acciones afirmativas⁵⁸, fácticas o normativas, para el ejercicio o goce de sus derechos, la superación de contextos de marginación o desigualdad estructural⁵⁹ y para mejor promoción y protección de sus intereses⁶⁰. Inclusive se asume que escenarios de discriminación estructural pueden comprometer la responsabilidad de los Estados cuando fallan en su deber de respetar las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos frente a quienes se ubican en esas condiciones de vulnerabilidad⁶¹.

⁵⁶ “55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona (...)” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización; párr. 55.

⁵⁷ “La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (étnicas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta”. Corte constitucional. Sentencia T-422 de 1992.

“101. El Estado social de derecho exige también a las autoridades adoptar medidas de trato diferencial y positivas a favor de grupos que tradicionalmente han sido víctimas de discriminación, y promover el bienestar de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Estos últimos mandatos se entrelazan con normas específicas de la Carta, que definen los grupos merecedores de tales medidas.” Corte Constitucional. sentencia C-330 de 2016.

⁵⁸ “Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.”. Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000. Véase, en el mismo sentido, sentencia C-293 de 2010.

⁵⁹ “1. La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación.

(...)

12. El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.”. Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20 2 de julio de 2009.

⁶⁰ “El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18. No discriminación. párr. 7. (Aprobada en el 37° periodo de sesiones. 1989).

⁶¹ Así, en el reciente Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs Brasil la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre discriminación estructural consideró: “337. La Corte se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una

En ese orden de ideas, con la asunción de una igualdad material se afirma como deber jurídico la promoción de acciones de distribución, re-distribución, reconocimiento, participación e inclusión a favor de grupos desventajados, excluidos, marginados o ignorados bien sea por circunstancias fácticas (estigmas históricos, políticos, ideológicos o culturales) o jurídicas (regulaciones y/o interpretaciones no inclusivas o deficiente protección normativa)⁶².

Sin embargo, no se trata de predicar que en virtud de la igualdad todos deben tener adscritos los mismos derechos y obligaciones⁶³, sino que en la distribución que de estos haga la autoridad normativa no se incurra en discriminación alguna. Entonces, la premisa universal de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales admite ser descompuesta en cuatro escenarios⁶⁴: i) trato igual a los que se encuentran en situaciones idénticas, ii) trato diferenciado a situaciones que no comparten ningún elemento en común, iii) mandato de trato paritario a quienes presenten situaciones en las que pese a mediar diferencias las similitudes son más relevantes y iv) mandato de trato diferenciado a situaciones en las que

protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre⁶¹, como la extrema pobreza o marginación⁶¹. 338. **La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas.**” (Resaltado propio) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 337-338.

Ya en anterior oportunidad, en el caso González y Otras “Campo Algodonero” Vs México la Corte había referido al concepto de discriminación estructural, pero como criterio orientativo a la hora de dictar medidas de reparación en ese caso. Sostuvo el Tribunal: “450. (...) teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación (...)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 450.

⁶² “220. (...) **la Corte ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.** Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (Resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Espinoza González Vs Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 220.

⁶³ “Sin embargo, la igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. En tal virtud, admite la generalidad de la doctrina de que el legislador no puede estar sometido a la exigencia de que, a fin de no desconocer el principio de igualdad, deba tratar a todos de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos. En este orden de ideas, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual””. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1996.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1125 de 2008.

mediando similitudes las diferencias se presentan como más relevantes, estadios estos que, pueden ser planteados bajo dos premisas y una precisión: Si no existe razón suficiente que ordene trato desigual, se impone observar un trato igual⁶⁵ y si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, está ordenado un trato desigual⁶⁶. Una y otra fórmula garantizan la igualdad al afirmar como principio general aquella y sólo permitir esta sí y solo si se ha satisfecho la carga argumentativa que así lo haga saber.

Finalmente, la precisión que debe ser introducida dice relación a que la igualdad presenta un carácter relacional, no se es igual o desigual en abstracto y/o en general, se es sólo frente a determinado estado de cosas, por manera que cualquier examen sobre la igualdad presupone un juicio de comparación entre cosas, sujetos o situaciones en específico consideradas. De ahí que, con acierto, la jurisprudencia constitucional ha identificado, desde sus inicios, que sólo tiene sentido hablar de igualdad o desigualdad “en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?”⁶⁷

Así, la discriminación, directa⁶⁸ o indirecta⁶⁹, es el contrapuesto de la igualdad en cualquiera de sus manifestaciones concretas. Si se comprende así, la cláusula de trato igual trae consigo, interpretativamente, tres normas adscritas, a saber: i) está prohibido discriminar, ii) está permitido (y en ocasiones será imperativo) introducir diferenciaciones entre sujetos y situaciones y iii) está ordenado que, cuando esto último se haga, esas distinciones consulten criterios de razonabilidad. Ergo, serán legítimas y válidas, en términos constitucionales y convencionales, aquellas disposiciones jurídicas que sean halladas razonablemente justificadas.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 360.

⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 362.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996.

⁶⁸ La discriminación directa refiere a actos o acciones que recurren a criterios sospechosos o potencialmente prohibidos para coartar o excluir un grupo o persona del ejercicio o goce de un derecho o beneficio. (Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2009).

⁶⁹ Discriminación que se deriva de aplicación de normas que se basan en criterios aparentemente neutros pero que, a la postre, en la práctica revelan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo marginado o discriminado. (Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2009).

Recién la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia definió el término “discriminación indirecta” como “la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos” (Art. 1º, núm. 2).

Por ello es que se ha dicho, con razón, que no cualquier trato jurídico diferente admite ser calificado como discriminatorio o violatorio de la igualdad⁷⁰ encontrándose, en esa misma línea conductora, que la distinción entre discriminación y diferenciación está dada por la razonable justificación que posee esta última y de la que carece la primera⁷¹.

No obstante, en cuanto hace al criterio de distinción, debe advertirse que no toda categoría resulta jurídicamente admisible para fijar un trato diferenciado, para lo cual se ha recurrido a la noción de categorías sospechosas⁷² como criterio

⁷⁰ “la igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una tal justificación se debe apreciar a partir del objetivo y los efectos de la medida considerada teniendo en cuenta los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica. Sentencia de 23 de julio de 1968.

⁷¹ “la distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta esta constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuanto tengan una base objetiva y razonable” Corte Constitucional. Sentencia C-530 de 1993.

“84. En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

“una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile. Fallo de 29 de mayo de 2014, párr. 200.

“90. Una diferencia es discriminatoria si no se basa en una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable entre los medios empleados y el objetivo buscado. El concepto de discriminación en virtud del artículo 14 incluye también los casos en que se considere un individuo o grupo, sin justificación adecuada, menos favorable que otra, a pesar de que el Convenio no prevé un trato más favorable” Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala. Caso Biao Vs Dinamarca. Sentencia de 24 de mayo de 2016, párr. 90.

“7. (...) El Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18. No discriminación. 37º periodo de sesiones HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

⁷² Todos o algunos de esos motivos están recogidos en el artículo 13 constitucional y en instrumentos tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 1.1), Protocolo de San Salvador (Art. 3º), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2º núm. 2º); Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 2º), Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (Art. 1. Nota: Este instrumento no ha entrado en vigor); Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial (Art. 1º), Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 1º), Convenio C111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) (Art. 1º), Convención Interamericana sobre el racismo, las discriminación racial y formas conexas de intolerancia (Art. 1º), Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Art. 7º), Convención

explicativo de un control judicial más estricto “por cuanto son potencialmente discriminatorias y por ende se encuentran en principio prohibidas”⁷³ en razón a vincular como elemento diferenciador cuestiones tales como i) rasgos permanentes de la persona de la que no se puede prescindir so pena de perder su identidad, ii) características asociadas históricamente a patrones de valoración cultural que tiende a menospreciar a las personas y iii) elementos que no constituyen per se criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional o equitativo de bienes, derecho o cargas sociales⁷⁴. Sin embargo, conviene precisar que esos criterios no son los únicos que pueden generar discriminación, pues la cláusula de igualdad de trato tiene un contenido abierto que puede comprender dentro de su ámbito normativo protegido cualquiera otra situación o medio que pueda llegar a ser considerado como discriminatorio. Así, la verdadera valía de esas categorías sospechosas reside en la activación de un control judicial más riguroso.

A los fines de examinar cuándo un trato resulta ajustado o no al principio de igualdad, la jurisprudencia⁷⁵ ha construido el juicio integrado de igualdad, denominado así en razón a ser un desarrollo sintético de las pautas decantadas por la práctica estadounidense y europea para valorar el derecho a la igualdad⁷⁶. Este juicio está estructurado a partir de tres escenarios escalonados que pasan a exponerse en los siguientes términos:

Interamericana sobre protección de los Derechos Humanos de las personas mayores (Art. 2º), entre otros varios instrumentos.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los criterios del artículo 1.1 de la Convención constituyen “categorías protegidas” por esta. Al respecto véase Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 91; Caso Norín Catrimán y otros Vs Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 206; Caso Duque Vs Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 104; Caso Flor Freire Vs Ecuador, sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 118.

⁷³ Corte Constitucional. sentencia C-112 de 2000.

⁷⁴ Corte Constitucional Sentencias C-481 de 1998; C-112 de 2000, C-371 de 2000

⁷⁵ El criterio jurisprudencial actual tiene como sustento primordial las sentencias C-093 de 2001 y C-741 de 2003 las que precisaron el test integrado de igualdad. La vigencia de este criterio se puede corroborar en recientes sentencias sobre la materia tales como C-445 de 2011, C-014 de 2014, C-424 de 2015; C-601 de 2015; C-448 de 2015; T-323 de 2015; C-468 de 2016; C-335 de 2016; C-085 de 2016; C-390 de 2016; C-179 de 2016; C-520 de 2016, C-104 de 2016 entre otras decisiones reiteradas de la Corte Constitucional. La caracterización que a continuación se ofrece de ese juicio de igualdad tiene como sustento jurídico tales decisiones.

⁷⁶ “Un análisis elemental muestra que estos dos enfoques [americano y europeo], lejos de ser contradictorios, son complementarios. Así, ambos pretenden determinar si el trato diferente tiene o no un fundamento objetivo y razonable, para lo cual examinan si dicho trato es o no un instrumento idóneo para alcanzar ciertos propósitos admitidos por la Constitución. Esta complementariedad explica que esta Corte, cuando ha tenido que estudiar problemas de igualdad, ha privilegiado en ocasiones el juicio de proporcionalidad mientras que en otras sentencias ha preferido recurrir a la metodología de los escrutinios de distinta intensidad.” Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001.

- **Paso I** precisar el criterio de comparación o tertium comparationis con arreglo al cual se puede determinar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se trata de sujetos y/o situaciones de la misma naturaleza, con otras palabras, este primer paso no es más que la aproximación inicial que permite averiguar si se está ante magnitudes (sujetos o estados de cosas) que admiten ser comparadas.

- **Paso II** Constatar si desde las perspectivas fáctica y jurídica existe en el caso analizado un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; esto es, si se logra constatar que el impacto jurídico del acto o medida en cada uno de los escenarios objeto de comparación pone en tensión prima facie el derecho de igualdad traduciéndose en trato diferente (a mismas situaciones) o igualitario (a situaciones diferentes).

- **Paso III** averiguar si esa diferencia o ese trato igualitario está constitucional y convencionalmente justificado. A diferencia de las primeras dos etapas que significativamente comprenden una constatación o atestación de situaciones fácticas y jurídicas, este último escenario abre paso a la valoración argumentativa de la igualdad, esto es, girará en torno a la problematización de la valoración dispensada por la autoridad normativa en orden a determinar si la misma se ajusta al contenido jurídico del principio de igualdad.

No obstante, tiene averiguado la jurisprudencia que el examen de igualdad admite diferentes grados de intensidad, esto es, no en todas las ocasiones se indaga con el mismo rigor la validez de una medida controvertida a la luz del principio de igualdad. Es este, en suma, el aporte más relevante que se ha identificado de la doctrina anglosajona⁷⁷, que ha llevado a clasificar los niveles de escrutinio judicial en una escala tríadica de leve, intermedio y estricto, según la materia abordada o las categorías sobre las que se apoya la distinción, dependiendo de esa catalogación la determinación de los referentes jurídicos que debe satisfacer la medida para ser encontrada acorde a la igualdad de trato.

⁷⁷ “La jurisprudencia constitucional colombiana ha aplicado un test de razonabilidad en materia de igualdad y ha distinguido entre un test estricto, un test intermedio y uno leve. Cada uno de estos tipos del test supone una diferente intensidad. Las diferencias básicas entre estas tres modalidades del test estriban en su estructura, sus elementos de análisis y sus consecuencias en materia probatoria y argumentativa.” Corte Constitucional Sentencia C-673 de 2001.

Escrutinio leve. Ámbito de aplicación. Corresponde a la intensidad más baja en el control judicial de una medida que dice relación con la igualdad siendo, según la jurisprudencia, la regla general de estándar de control que se aplica, especialmente, a asuntos que per se comportan un amplio espectro de libertad de configuración de la autoridad legislativa, como son los propios de las materias económicas, tributarias, de política internacional o cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional o en los cuales se analiza normatividad preconstitucional derogada que aun surte efectos.

Elementos del juicio. En estos casos el control se circunscribe a establecer la legitimidad del fin y del medio lo que, a su vez, implica constatar que el fin y el medio no estén constitucionalmente prohibidos y que el medio sea adecuado o idóneo para conseguir el objetivo perseguido. Este juicio pretende responder a tres interrogantes “qué se busca con una norma, cómo se va a lograr lo buscado y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado”⁷⁸

Justificación. La jurisprudencia ha defendido la aplicación de este control en razón a la legitimidad democrática del legislador y la presunción de constitucionalidad de las decisiones legislativas, de ahí que en este nivel la revisión judicial sólo tenga por objeto “evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad”⁷⁹. No obstante, es claro que tratándose de medidas que no son adoptadas por el legislador la presunción de constitucionalidad tiende a ser menos robusta por cuanto no es posible predicar su origen en el foro democrático.

Escrutinio estricto. Ámbito de aplicación. Es la revisión judicial más rigurosa, aplicándose a casos en los cuales la medida involucra i) una categoría sospechosa, como las enunciadas, no taxativamente, en el artículo 13 de la Constitución, ii) la medida recae en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, pertenecen a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o son minorías insulares y discretas, iii) que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental o iv) se constituya un privilegio.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001.

⁷⁹ *Ibíd.*

Elementos del juicio. Como se trata del test más exigente, la valoración contiene los siguientes aspectos: i) el fin perseguido con la medida debe ser legítimo, importante e imperioso, nótese que no basta con argumentar que el mismo no está constitucionalmente prohibido sino, por el contrario, las notas de “importante” e “imperioso” enfatizan en que la finalidad debe provenir de un mandato constitucional u otro interés o bien jurídico constitucional apremiante, pues sólo así puede darse cabal comprensión a los términos citados, ii) el medio adoptado debe ser legítimo, adecuado y necesario, esto es, debe ser único y no existir otro medio alternativo menos lesivo y iii) el elemento de proporcionalidad estricta, lo que implica constatar que los beneficios de los fines de la medida excedan las restricciones sobre los otros bienes o derechos.

Justificación. La rigidez de este control, que es el único que trae el ingrediente de proporcionalidad en estricto sentido, responde a la lógica del limitado margen de configuración que posee la autoridad normativa, la necesidad de proteger los derechos fundamentales de ciertas minorías o grupos desventajados frente al poder normativo y el hecho de que la decisión verse sobre categorías identificadas como sospechosas, razón por la cual, en ocasiones, la jurisprudencia señale que sobre medidas de esa naturaleza recae una presunción de inconstitucionalidad⁸⁰.

Nota especial merece el recién pronunciamiento en el Caso Gonzales Lluy Vs Ecuador donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos refirió expresamente a la metodología del escrutinio estricto cuando un Estado fija una distinción con fundamento en alguna de las categorías protegidas del artículo 1.1 de la Convención, anotando la necesidad de adosar razones imperiosas como justificación de la medida e imponiendo sobre el Estado esa carga argumentativa:

“256. La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que **el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías**. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y **solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría**. Como ejemplo del juicio estricto de igualdad se pueden señalar algunas decisiones adoptadas por la Corte

⁸⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-147 de 1996, T-352 de 1997, C-112 de 2000, C-534 de 2005, entre otras.

Suprema de Justicia de Estados Unidos⁸¹, la Corte Constitucional de Colombia⁸², la Corte Suprema de Argentina⁸³ y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica⁸⁴.

257. En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, **la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba**, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio⁸⁵. (...) Para examinar la justificación esgrimida por el Estado, **la Corte utilizará entonces, en el marco del juicio estricto de igualdad, el llamando juicio de proporcionalidad**, que ya ha sido utilizado en ocasiones anteriores para medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención Americana⁸⁶.⁸⁷ (Resaltado propio).

⁸¹ “[...] Classifications based on race or national origin [...] and classifications affecting fundamental rights, [...] are given the most exacting scrutiny. Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy. [...] To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective”. Cfr. *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944) y *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1964).

⁸² En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: “[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o test de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada”. El test integrado fue aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013.

⁸³ “Presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Caso Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 16 de noviembre de 2004, párr. 6.

⁸⁴ La Sala Constitucional ha enfatizado que cuando se imponen las restricciones innecesarias e irrazonables en el lugar de empleo a personas con SIDA constituye una discriminación. Se exige una justificación fuerte, razonable y proporcionada de toda distinción de trato o de toda singularidad normativa. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia n° 01874 de 29 de enero de 2010.

⁸⁵ Cfr. *Mutatis mutandi*, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 124 y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 228.

⁸⁶ Este principio exige que una medida tenga un fin o propósito legítimo, y que sea un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzar el propósito. Para ello, la Corte: i) verificará si la diferenciación de trato se fundamentó en una finalidad legítima de acuerdo con la Convención; ii) examinará si la diferenciación fue adecuada o idónea para lograr la finalidad perseguida, es decir si existió una relación lógica

Escrutinio intermedio. Ámbito de aplicación. Se aplica cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Igualmente la jurisprudencia constitucional también incluyó dentro de ese nivel de revisión las medidas de promoción de los desfavorecidos⁸⁸ o en las que se emplean algunos de los criterios sospechosos pero con el fin de favorecer o proteger a esos grupos poblacionales⁸⁹.

Elementos del juicio. Como este control media entre los extremos leve y estricto, la revisión judicial está determinada por los siguientes aspectos de mediana intensidad: i) el fin perseguido debe ser importante, bien sea por promover intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver y ii) el medio debe ser adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto.

Justificación. Se suele defender el empleo de este nivel en razón a que, cuando se trata de acciones afirmativas, no es posible acudir al test leve toda vez que se está empleando una categoría sospechosa, sin embargo, tampoco se justifica

de medio a fin entre el objetivo y el medio. (Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina, párr. 70); iii) evaluará la necesidad de tal medida, esto requiere examinar si hay alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas (Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93; Caso Kimel Vs. Argentina, párr. 74; Caso Castañeda Gutman Vs. México, párr. 196; Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 72), y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, es decir, si la diferenciación de trato garantizó en forma amplia el fin legítimo perseguido, sin hacer nugatorio el derecho a la igualdad y el derecho a la educación. Para efectuar esta ponderación se debe analizar tres elementos: el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario; y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro (Caso Kimel Vs. Argentina, párr. 84; Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, párr. 80; Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, párrs. 273 y 274, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 144).

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y Otros Vs Ecuador. Sentencia de 1° de septiembre de 2015, párr. 256. En sentido similar, donde se recordó que una eventual restricción de un derecho con base en alguno de los criterios protegidos del artículo 1.1 exige una fundamentación rigurosa, véase Caso Duque Vs Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 104 y Caso Flor Freire Vs Ecuador, sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 118.

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2005.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-445 de 1995 “también se considera que en ciertos campos -como los relativos a las acciones afirmativas- son procedentes las pruebas intermedias del respeto a la igualdad por las autoridades, en virtud de las cuales es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante.”, C-221 de 2011 “el escrutinio judicial debe ser de carácter intermedio, puesto que se está ante una medida que incorpora una discriminación inversa a favor de la población marginada en razón de la ausencia de recursos materiales”, C-880 de 2014 “el juicio intermedio es una categoría que se sitúa entre los dos niveles de intensidad anteriormente descritos. Se aplica en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente desfavorecidos”, T-323 de 2015 “Respecto del escrutinio intermedio se afirma que este busca no desfavorecer a los grupos tradicionalmente vulnerados sino intentar fortalecerlos y así alcanzar una igualdad real” SU-696 de 2015, C-104 de 2016, entre otras decisiones.

recurrir al escrutinio más intenso habida consideración de que la finalidad de la medida es la de promover una medida que favorece, no perjudica, al grupo señalado⁹⁰. De ahí que pueda decirse que el test ordinario para juzgar las acciones afirmativas lo sea el intermedio⁹¹. También se ha defendido este escrutinio en los casos donde se han empleado criterios sensibles, como la edad, en la medida juzgada⁹².

Finalmente, en cuanto a la identificación del criterio de intensidad del escrutinio, la jurisprudencia ha señalado que los parámetros identificados en cada nivel no son definitivos dependiendo del peso de las particularidades de cada caso. Si las peculiaridades del sub judice reflejan una colisión de criterios de diferentes escrutinios (v.gr. una medida preconstitucional -leve- pero que versa sobre una categoría sospechosa -estricto-) es necesario “realizar una ponderación entre dichos criterios, unidos a otros propios del caso, con miras a determinar la intensidad del test de razonabilidad a emplear”⁹³

En este orden de ideas, una presentación resumida y esquemática de los tópicos que componen el juicio integrado de igualdad puede ser del siguiente tenor:

Test integrado de igualdad			
Paso I			
Presupuesto	Constatar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se trata de sujetos y/o situaciones de la misma naturaleza.		
Paso II			
Presupuesto	Constatar si fáctica y jurídicamente existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.		
Paso III			
Presupuesto	Averiguar si el trato diferenciado o igualitario está justificado		
Niveles de	Asuntos o ámbito de	Elementos de	Carga

⁹⁰ Es el caso, entre otros, de la sentencia C-227 de 2004 de la Corte Constitucional donde se resolvió someter a un juicio intermedio una norma que otorgaba un beneficio pensional a las madres de hijos menores de 18 años con invalidez física o mental. En ese caso la Corte reconoció, *ab initio*, que como la medida versaba sobre personas discapacitadas sería el caso acometer un escrutinio estricto, sin embargo, tomó partido por el escrutinio intermedio debido a que ese criterio no fue utilizado para establecer un trato desfavorable sino preferencial para ese grupo.

⁹¹ “esta Corporación ha indicado que las acciones afirmativas están sometidas a una prueba intermedia del respeto a la igualdad, en virtud de la cual es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”. Corte Constitucional. sentencia C-112 de 2000.

⁹² Como tuvo lugar, entre otros, en la Sentencia C-093 de 2001 donde se señaló que debían ser consideradas como “problemáticas” o semi-sospechosas las medidas que establecen límites máximos a partir de los cuales se excluye a una persona de una actividad o beneficio con base en la edad. Se dijo que esas medidas “están sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio”.

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001. Reiterado en sentencia C-702 de 2002.

escrutinio	aplicación	valoración	argumentativa
Leve	(i) Regla general, (ii) materias económicas, tributarias, de política internacional, (iii) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional y (iv) cuando se analiza normativa preconstitucional derogada pero que aún surte efectos.	- Fin perseguido: No debe estar constitucionalmente prohibido. - Medio empleado: No debe estar constitucionalmente prohibido y debe ser idóneo para conseguir el objetivo perseguido.	A cargo de quien cuestiona la medida
Intermedio	(i) Cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, (ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, y (iii) igualmente cuando se revisan acciones afirmativas.	- Fin perseguido: Debe ser importante. - Medio empleado: Debe ser adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto	A cargo de quien cuestiona la medida
Estricto	(i) cuando la medida se basa en una categoría sospechosa, como las enunciadas, no taxativamente, en el artículo 13 de la Constitución, (ii) la medida recae en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, pertenecen a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas, (iii) que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental o (iv) se constituya un privilegio.	- Fin perseguido: Debe ser legítimo, importante, imperioso. - Medio empleado: Debe ser legítimo, adecuado y necesario, no debe existir medio alternativo menos lesivo. - Proporcionalidad en estricto sentido: Los fines de la medida exceden a los sacrificios de los bienes o derechos restringidos.	A cargo de quien defiende la medida
Flexibilidad interpretativa en la determinación del nivel de escrutinio: i) los parámetros de cada nivel no son concluyentes y ii) en caso de existir colisión de criterios de diferentes niveles debe realizarse una ponderación entre dichos criterios			

Previas las anteriores consideraciones se pasará a estudiar el caso concreto.

7. Caso concreto.

En el escrito de demanda, la parte actora censura el Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de las acciones de

Termotasajero S.A ESP de propiedad de la Nación [de aquí en adelante Reglamento de Venta y Adjudicación] por ser violatorio del Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996 del Gobierno Nacional y de los derechos de igualdad y a la democratización dispuesta en el artículo 60 constitucional. En razón a lo cual se solicita que se de aplicación a la excepción de inconstitucionalidad recogida en el artículo 4° superior.

En orden a abordar lo pertinente la Sala seguirá el siguiente esquema de razonamiento: expondrá los argumentos de la parte accionante, describirá y comparará las exigencias establecidas en las normas administrativas y según los parámetros del juicio integrado de igualdad revisará si el reglamentador violó el mandato constitucional de trato igual en la vertiente específica que trae el inciso segundo del artículo 60 constitucional.

7.1.- Alegaciones del actor.

7.1.1.- el actor consideró que se violaba el derecho de igualdad toda vez que el Reglamento de Venta y Adjudicación estableció que el sector solidario, en la primera etapa, debía pagar por anticipado el 40% del precio de las acciones, mientras que para el sector privado, en la segunda etapa, se dispuso presentar una “garantía de seriedad” por una suma equivalente al 10% de las acciones ofrecidas. Cuestiona que esa garantía de seriedad se obtiene con una compañía de seguros cuyo valor oscila entre el 6% y el 10% del 10% del valor de las acciones, mientras que el sector solidario debe hacer el pago inmediato del 40% del precio total. Ve en ello un trato discriminatorio pues el constituyente pretendía favorecer al sector solidario, lo que considera que no se ve reflejado en el citado reglamento.

7.1.2.- Precisa que el derecho de igualdad se desconoció no entre los integrantes del sector solidario sino entre estos y el capital privado pues, a su juicio, “todos los sindicatos fueron tratados en forma discriminatoria respecto del capital privado que participaba en la segunda fase”.

7.1.3.- De otra parte considera que “lo que el Ministerio leyó de la solicitud o contrapropuesta de Sintraelecól fue una discriminación en contra de los otros aspirantes que si consignaron el 40% del precio de las acciones”, anotando que los otros participantes desconocían el daño que sufrió la planta de Termotasajero,

que de haber sabido no se hubieran hecho a las acciones, que por esa razón el sector privado no compró “porque ya sabía del daño” y los que compraron “están hoy al borde de la quiebra y han perdido más de US 10 millones de dólares”. Sostiene que Sintraelecól habría pagado el 40% del valor de las acciones “de no haberse enterado del daño de la planta, al igual que lo hicieron los demás”.

En suma, los argumentos de la actora se reconducen a la imposibilidad de exigírsele el cumplimiento de la obligación contractual de pago al no poder la Nación cumplir (por imposibilidad física) con su obligación de entregar la empresa en marcha a los trabajadores.

7.2.- Las condiciones establecidas en el Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996 y el Reglamento de Venta y Adjudicación.

7.2.1.- Mediante el referido Decreto el Gobierno Nacional aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee o llegue a poseer en TermoTasajero S.A ESP., en el mismo se establece que i) el ofrecimiento de venta de las acciones se haría a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Art. 2º), ii) el programa de enajenación se desarrollaría en dos fases (Art. 3º), iii) el precio de las acciones objeto de enajenación sería de tres mil pesos (\$3.000) cada una (Art. 4º). Además el Decreto contiene disposiciones que versan sobre iv) las condiciones especiales otorgadas para el acceso a las acciones de TermoTasajero (Art. 5º), v) las limitaciones para presentar Oferta Especial (Art. 6º), vi) créditos para los destinatarios de la Oferta Especial (Art. 7º), vii) requerimientos para la continuidad en el servicio (Art. 8º), viii) requisitos para la aceptación y adjudicación por parte de las personas indicadas en el artículo 3.2 (Art. 9º y 10), ix) la forma de pago del precio, que será en efectivo (Art. 11), x) la autorización o atribución de competencia a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público para dictar el Reglamento de Venta y Adjudicación y en él los aspectos necesarios para llevar a cabo la ventas, previniéndose que, entre otras cuestiones, abordará el método de aplicación de las condiciones especiales de que trata el artículo 5º, la acreditación de la idoneidad y capacidad de los aceptantes, la indicación de que el pago será de contado, entre otras cuestiones.

7.2.2.- En cuanto hace, en específico, al trato preferente brindado a favor del sector solidario y de los trabajadores en comparación con el sector privado en general, se pueden destacar, los siguientes aspectos:

Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996		
	Sector Solidario y trabajadores	Sector privado
Fase en la que interviene	<p>Primera Fase</p> <p>Se ofertará la totalidad de las acciones a los siguientes destinatarios:</p> <p>Los trabajadores y extrabajadores de CENS, los trabajadores activos y pensionados en Termo Tasajero S.A ESP., los trabajadores y extrabajadores de las entidades donde CENS tenga participación mayoritaria, los extrabajadores de Termo Tasajero S.A ESP salvo aquellos que hayan sido desvinculados por justa causa, las asociaciones de empleados o exempleados de Termo Tasajero S.A, sindicatos de trabajadores, federaciones y confederaciones de sindicatos de trabajadores, los fondos de empleados, los fondos mutuos de inversión, los fondos de cesantías y pensiones y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa.</p>	<p>Segunda fase.</p> <p>Se ofertará las acciones que no sean adquiridas en la primera fase a los siguientes destinatarios:</p> <p>Personas nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, patrimonios autónomos con capacidad legal y estatutaria para participar en el capital de Termo Tasajero.</p>
Exigencia de monto de acciones mínimo o máximo para ofertar	<p>El artículo 6° regula los montos máximos según se trate de personas naturales no obligadas a declarar renta (hasta 5 veces los ingresos que figuren en el certificado de ingresos de 1995), obligadas (hasta 3 veces el monto de su patrimonio líquido según la declaración tributaria del año gravable 1995), si son funcionarios de cargos directivos de Termo Tasajero S.A. ESP (hasta 5 veces el valor de su remuneración anual), 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 entidades cooperativas (hasta el límite máximo autorizado por las normas legales que regulan la actividad de tales entidades).</p> <p>Al respecto es importante resaltar que los adquirentes de la primera fase no se encuentran obligados a adquirir la totalidad de las acciones ofertadas sino que pueden aceptar sólo una parte de ellas, según su capacidad y condiciones.</p>	<p>Debe ofertarse por la totalidad de las acciones restantes.</p>
Precio de venta y/o adjudicación	<p>La oferta se hará a precio fijo.</p>	<p>Se adjudicará al mejor postor.</p>

Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996		
	Sector Solidario y trabajadores	Sector privado
Exigencias para la aceptación	Se podrá exigir que las aceptaciones de oferta especial estén respaldadas por una garantía de seriedad de la oferta por el 10% del valor de las acciones que se pretenden adquirir.	Se debe constituir garantía de seriedad de la oferta por una suma no inferior al 10% del valor de las acciones ofrecidas.
Condiciones Especiales	Sí. Posibilidad de adquirir sólo una porción, sin exigencia de adquirir la totalidad En el precio (precio fijo) Créditos para financiación (otorgamiento de líneas especiales de crédito) y posibilidad de uso de las cesantías para adquisición de las acciones.	No.
Limitación para enajenación futura	Sí. Solo se considerará aceptada la oferta si se manifiesta voluntad de no transferir la propiedad de las acciones en los dos (2) años siguientes a la fecha de adquisición. Incumplimiento acarrea multas	No.
Forma de pago	Se pagará de contado.	Se pagará de contado.

7.2.3.- Con fundamento en la anterior atribución de competencia la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público dictó el Reglamento de Venta y Adjudicaciones el cual, en cuanto hace al tratamiento para el sector solidario y grupos de trabajadores y sector privado, contiene las disposiciones que se presentan como sigue:

Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de las acciones de Termotasajero S.A ESP de propiedad de la Nación		
	Sector Solidario y Trabajadores	Sector Privado
Fase en la que interviene	Primera Fase Dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226 de 1995. (5.1)	Segunda Fase Se ofertará las acciones que no sean adquiridas en la primera fase por el sector preferente (5.1)
Número de acciones a ofertar	10.389.000 (5.2)	Las que no sean objeto de adquisición en la primera fase por el sector preferente (6.1)
Precio	Valor de \$3.000 cada acción (5.3)	El que determine cada aceptante según su propia valoración sin ser inferior al precio mínimo de 3.000 pesos cada acción (6.2) – adjudicación al mejor postor

Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de las acciones de Termotasajero S.A ESP de propiedad de la Nación		
	Sector Solidario y Trabajadores	Sector Privado
Forma de pago	<p>En pesos mediante cheque de gerencia, efectivo, cheques girados por una corporación de Ahorro y Vivienda y compromisos de desembolso por parte de la FEN o de la entidad crediticia que esté redescotando en la FEN el crédito otorgado a un Aceptante del Sector Solidario.</p> <p>Se pagará el cuarenta por ciento (40%) al tiempo de la entrega de la aceptación y el saldo se cancelará en los tres (3) días siguientes a la fecha en que se comunique al aceptante que ha sido declarado adjudicatario. (5.4)</p>	<p>De contado en pesos o dólares el 26 de diciembre de 1996 (6.3).</p>
Aceptaciones	<p>Debe allegarse original y copia de documento de aceptación de oferta de acciones.</p> <p>Documentación exigida según su calidad de persona jurídica, natural no declarante, natural declarante, funcionario de nivel directivo de Termo Tasajero S.A ESP y, en todos los casos, debe allegarse constancia de haber efectuado el pago del cuarenta por ciento (40%) del valor de las acciones. (5.5)</p>	<p>Las aceptaciones deben cumplir con la totalidad de requisitos del Reglamento de Venta y, además, que</p> <p>i) Se presenten por la totalidad de las acciones ofrecidas en la segunda etapa</p> <p>ii) Se presenten por precios iguales o superiores al Precio Mínimo.</p> <p>iii) Se presenten por un operador idóneo o un consorcio. (se hace una evaluación de idoneidad)</p> <p>iv) Expresen las cifras de dinero incluidas en ella en pesos.</p> <p>La oferta se presentará en dos sobres cerrados, uno contentivo de los documentos de la aceptación y otro con el formulario del aceptante.</p> <p>Debe diligenciarse contrato de compraventa de acciones, garantía de seriedad por suma igual al diez por ciento (10%) del valor total de las acciones ofrecidas; lista de integrantes del consorcio y poder. (6.4 y 6.5)</p>
Financiación	La Financiera Energética	No

Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de las acciones de Termotasajero S.A ESP de propiedad de la Nación		
	Sector Solidario y Trabajadores	Sector Privado
	<p>Nacional FEN estableció una línea de crédito especial para financiar la adquisición de las acciones por el sector solidario.</p> <p>Línea de crédito por un monto de \$3.120.000.000. (5.6)</p>	
Limitaciones	<p>Las aceptaciones se sujetan a limitaciones de tope máximo según si se trata de persona natural no declarante, declarante, si son funcionarios que ocupen cargos de nivel directivo en TermoTasajero S.A ESP, los sindicatos, federaciones de sindicatos y demás.</p> <p>Sólo se considerarán aceptaciones en las que se manifieste la voluntad de no transferir la propiedad de las acciones dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de la compra. El incumplimiento acarreará multas. (5.7)</p>	<p>Con el hecho de presentar la aceptación el Operador Idóneo se obliga a adquirir y mantener participación accionaria mínima del veinte por ciento (20%) de las acciones de la segunda etapa, por un periodo mínimo de tres (3) años.</p> <p>Se impondrán multas a quien disminuya ese porcentaje señalado sin autorización. (6.8)</p>
Adjudicación	<p>Se adjudicará a todas las aceptaciones oportunamente presentadas que cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento.</p> <p>Si la totalidad de las aceptaciones válidas se hace por número de acciones superiores a las ofrecidas se adjudicará a prorrata de las aceptaciones válidas recibidas. (5.8)</p>	<p>Dos etapas: i) Precalificación como operador idóneo y ii) adjudicación.</p> <p>i) Precalificación (9)</p> <p>Para ser precalificado como Operador Idóneo se debe cumplir los siguientes requisitos: a) operar plantas de generación eléctrica, térmica, hidráulica no inferior a 1000 megavatios, b) tener activos por valor superior a US\$1.000.000.000 y c) patrimonio neto no inferior a US\$200.000.000.</p> <p>El Comité Técnico verificará la documentación y reúne los requisitos exigidos en el Reglamento. El Ministerio de Hacienda informará al interesado para qué programas de enajenación ha sido precalificado para los</p>

Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de las acciones de Termotasajero S.A ESP de propiedad de la Nación		
	Sector Solidario y Trabajadores	Sector Privado
		que podría presentar aceptación. ii) Adjudicación (7). Se adjudicará al aceptante que ofrezca el mayor precio por las acciones (mejor postor mediante puja)
Suministro de información e inspecciones	El sector solidario tendrá acceso gratuito a la Sala de información "Data Room". (8.3.1)	Las demás personas deben adquirir derecho a ingresar pagando quince millones de pesos (\$15.000.000). (8.3.1)

7.3 Juicio integrado de igualdad en el caso concreto

7.3.1.- Cuestiona el demandante la violación al principio de igualdad y a la propiedad solidaria, ambos protegidos constitucionalmente, en razón a que, en su sentir, las medidas diseñadas por el Gobierno Nacional en el Decreto 1742 de 1996 y en el Reglamento de Venta y Adjudicación de Termotasajero S.A ESP no se ajustan a los postulados que dimanen de uno y otro derecho.

7.3.2.- En este orden de ideas, procede la Sala a valorar los cargos a la luz de la metodología del juicio integrado de igualdad del que se ha dado cuenta en esa providencia.

7.3.3.- Así, refulge la satisfacción de la primera de las pautas metodológicas planteadas, esto es, i) el que los supuestos cuenten con la aptitud como para ser comparados entre sí, para lo cual encuentra la Sala que los sujetos a comparar se ubican en un mismo plano toda vez que tanto el sector solidario y grupos de trabajadores, de una parte, y los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación, son a quienes, en abstracto, va dirigida la normativa que reglamenta las condiciones y requisitos bajo los cuales se realizará la enajenación de los activos estatales en la sociedad Termotasajero S.A. ESP.

Por consiguiente, este primer elemento da por acreditada la relatividad del juicio de igualdad: unos y otros sujetos se ubican frente a un mismo plano objeto de la

regulación jurídica controvertida: la enajenación de las acciones de titularidad estatal y la potencial condición de adquirentes de estos y aquellos.

7.3.4.- En este mismo sentido se advierte que el presupuesto ii) sobre la constatación fáctica y jurídica de un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales se reúne cabalmente toda vez que el Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996 del Gobierno Nacional y el Reglamento de Venta y Adjudicación, establecen un trato desigual entre iguales, como se describió en los numerales 7.2 – 7.2.2 de esta decisión, elementos que pueden ser identificados de la siguiente manera: en cuanto a i) la oportunidad para participar⁹⁴, ii) los montos mínimos y/o máximos para ofertar⁹⁵, iii) el precio de venta y el criterio de adjudicación⁹⁶, iv) las exigencias para la aceptación⁹⁷, v) las condiciones especiales para financiación⁹⁸, vi) la limitación para la enajenación⁹⁹ y vii) el acceso a la Sala de información¹⁰⁰.

7.3.5.- Revisados los anteriores aspectos que abren paso a la indagación sobre la justificación del trato diferenciado se advierte que el nivel de intensidad del escrutinio judicial que debe ser asumido por esta judicatura es el intermedio en

⁹⁴ Sector solidario y grupos de trabajadores intervienen en una primera fase. Los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación intervienen en una segunda fase luego de surtida y agotada la primera.

⁹⁵ Sector solidario y grupos de trabajadores cuentan con topes máximos para adquirir las acciones atendiendo la naturaleza de cada uno de los interesados (persona natural declarante, no declarante, funcionario directivo de Termotasajero, sindicatos, federaciones y confederaciones de sindicatos, fondos de empleados, etc.). Los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación sólo pueden ofertar por la totalidad de las acciones restantes.

⁹⁶ Sector solidario y grupos de trabajadores adquieren las acciones con el precio base fijado de \$3.000 y se les adjudica el número de acciones aceptadas, si las aceptaciones se hacen por un número de acciones superiores a las ofrecidas se adjudicarán a prorrata. Los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación deben superar una primera fase de 'precalificación como operador idóneo', luego de ello se adjudicará al aceptante que ofrezca el mayor precio por las acciones.

⁹⁷ El Sector solidario y grupos de trabajadores, además de la documentación solicitada, debe allegar con la aceptación la constancia de haber efectuado el pago del cuarenta por ciento (40%) del valor de las acciones. Los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación deben presentar oferta por la totalidad de las acciones restantes por un precio igual o superior al mínimo, debe ser calificado como operador idóneo y otorgar una garantía de seriedad por sima igual al diez por ciento (10%) del valor total de las acciones ofrecidas.

⁹⁸ El Sector solidario y grupos de trabajadores cuentan con regulación especial de financiación toda vez que la FEN estableció una línea de crédito con condiciones favorables para financiar la adquisición de las acciones, además se permitió la posibilidad de hacer uso de las cesantías de los trabajadores para ese mismo fin. En cuanto a los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación no se estableció condición especial de financiación.

⁹⁹ El Sector solidario y grupos de trabajadores deben manifestar, con la aceptación, su voluntad de no transferir la propiedad de las acciones dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de compra. Los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación deben mantener la participación accionaria mínima del veinte por ciento (20%) por un periodo mínimo de tres (3) años. En ambos casos se estableció la posibilidad de imponer multas por incumplimiento.

¹⁰⁰ El Sector solidario tendrá acceso gratuito a la Sala de información "Data Room". Los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación deben adquirir ese derecho pagando una suma de quince millones de pesos (\$15.000.000).

razón a que a) las decisiones cuestionadas involucran un tipo de acción afirmativa, puntualmente un trato preferencial frente a la adquisición de bienes o derechos limitados como puede ser la participación accionaria estatal en una sociedad comercial, b) por cuanto no se está empleando una categoría sospechosa de aquellas referidas en el artículo 13 constitucional pero más aún la identificación de cierta clase o grupo de destinatarios de la medida (que aquí ha sido denominada brevemente como sector solidario y grupos de trabajadores) se hace con una finalidad benévola para su beneficio y no para limitar o restringir el ejercicio de sus derechos, c) en razón a que existe norma constitucional expresa que ordena otorgar al sector solidario y grupos de trabajadores un trato favorable cuando se trata de enajenación de participación accionaria estatal, d) debido a que éste ha sido el nivel de escrutinio recurrentemente empleado por la jurisprudencia constitucional para revisar medidas afirmativas¹⁰¹ y, finalmente, e) en razón a que en esta causa los recurrentes no cuestionan si las medidas afirmativas lesionan la igualdad de los demás sujetos potencialmente interesados en la enajenación (o es desproporcionada para estos) sino que estas no se ajustan al mandato de promoción constitucional de la propiedad solidaria e igualdad, con otras palabras, los actos sub judice son tachados por incurrir en protección deficiente al no favorecer el derecho de igualdad y de propiedad solidaria en la mayor medida posible.

7.3.6.- Así, atendiendo el nivel de escrutinio judicial se tiene que la medida será encontrada ajustada al ordenamiento jurídico, si persigue un fin importante y el medio es adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto.

7.3.7.- **El fin perseguido.** Como se señaló páginas arriba y aquí se vuelve a refrendar, el artículo 60 constitucional ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como un desarrollo de la cláusula de Estado Social.

De la misma manera, se sabe que el constituyente en el inciso segundo de ese artículo pretendió, objetivamente, el otorgamiento de un trato diferenciado y especial en favor de las organizaciones solidarias y de trabajadores, sin embargo, el precepto constitucional no fijó reglas específicas para concretar ese postulado, reservando a la Ley ese desarrollo normativo, de ahí que bien pueda decirse que lo que allí existe es un mandato positivo o afirmativo de privilegio o promoción de los sectores solidarios y de trabajadores que les permita ubicarse en una posición

¹⁰¹ Cfr., entre otras, Corte Constitucional Sentencias C-434 de 2010; C-221 de 2011, C-296 de 2012.

competitiva más favorable, a partir de las condiciones especiales dispensadas por el legislador, en la carrera por hacerse con la participación estatal en una empresa¹⁰².

7.3.8.- Corolario de lo anterior se evidencia que las medidas diferenciadas adoptadas en el Decreto No. 1742 de 20 de septiembre 1996 del Gobierno Nacional y el Reglamento de Venta y Adjudicación, se dirigen a satisfacer una finalidad expresamente ordenada por el constituyente que admite ser calificada como importante toda vez que es conducente a promover un interés público reconocido por la Constitución como lo es la democratización de la propiedad estatal empresarial y el impulso de formas económicas asociativas especiales como son las solidarias y de los trabajadores.

Esta razón es suficiente para calificar la admisibilidad del fin perseguido por las disposiciones revisadas.

7.3.9.- **Medio empleado.** Se dejó sentado que el escrutinio intermedio llama a constatar que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto, a lo cual esta Sala agrega, teniendo en cuenta la doctrina sobre el artículo 60, que esas condiciones especiales que allí se indican deben consistir en “mecanismos **eficientes** e **idóneos** para lograr el objetivo constitucional fijado en el artículo 60”¹⁰³ (Resaltado propio).

7.3.10.- Se revisará, entonces, la **aptitud de los medios para lograr el fin constitucional perseguido**, para lo cual recuerda la Sala que los actos jurídicos establecieron siete (7) tratos diferenciados entre el sector solidario y de trabajadores, frente a los demás potenciales interesados en la adquisición de acciones – público en general.

7.3.11.- Así, en cuanto a la medida i) **sobre la oportunidad para participar**, se evidencia que la Administración introdujo, en favor del sector solidario y de trabajadores, elementos de idoneidad en términos de probabilidad y eficacia pues,

¹⁰² “Por ello, el derecho de acceso a la propiedad implica el deber general a cargo del Estado de proveer lo necesario para su realización, particularmente en relación con la propiedad estatal y su función social, de acuerdo con la ley. En ese orden, la situación en que se encuentran los grupos solidarios y de trabajadores para colocarse en posición competitiva frente a los sujetos económicos convencionales, debe ser reforzada a través de 'condiciones especiales' que obren como mecanismos eficientes e idóneos para el logro del objetivo constitucional fijado en el artículo 60.” Corte Constitucional. Sentencia C-885 de 2007.

¹⁰³ *Ibíd.*

estos contaban con la primera opción para adquirir las acciones, sin competir con el público en general.

Esto genera una mayor seguridad para alcanzar el fin constitucional propuesto de democratización de la propiedad estatal, pues el sector solidario y de trabajadores cuenta con un espacio cerrado, sin participación de otros sujetos, para adquirir, de primera mano las acciones ofertadas.

7.3.12.- Respecto de ii) **montos mínimos y/o máximos para ofertar**, se tiene que la medida realiza aspectos relativos o inherentes al fin propuesto pues el sector solidario y de trabajadores podía adquirir el número de acciones que conviniera a sus intereses negóciales, contrario a lo dispuesto para el público en general, donde el adquirente debía hacerse a la totalidad de acciones ofertadas.

Con el reconocimiento de esa libertad de ofertar por cualquier número de acciones, se garantiza el ejercicio de la autonomía negocial para adquirir las que se deseen sin que se imponga un número fijo obligatorio e inamovible, como si ocurre con los demás potenciales oferentes para los cuales, tanto en la oferta como en la adjudicación, aplica la regla todo o nada.

En este mismo sentido, se garantiza la posibilidad de adquirir acciones acorde a la condición o capacidad económica de quienes integran el grupo beneficiario preferencial.

7.3.13.- En cuanto hace a iii) **precio de venta y criterio de adjudicación**, se advierte que la medida resulta idónea por cuanto consulta elementos de mayor probabilidad y eficacia.

En efecto, el que la adjudicación no sea excluyente (se asignan las acciones a todos los aceptantes, inclusive en proporción) y no se exija presentar oferta económica superior al precio mínimo genera, en la mayor medida de las posibilidades, que todos o la gran mayoría de los grupos solidarios y de trabajadores pueden hacerse, de manera conjunta, a las acciones objeto de la enajenación estatal.

Dicho de otra manera, se incentiva de manera real y eficaz el acceso democrático y plural a la propiedad estatal empresarial, previendo además que entre los

participantes del sector solidario y de trabajadores – preferencial - las acciones se ofrecieron bajo el precio fijo de 3.000 pesos cada una, sin que existiera la necesidad de presentar una mayor propuesta (puja) para resultar adjudicatario.

7.3.14.- De otra parte, en cuanto iv) **las exigencias para la aceptación**, esta judicatura al examinar esta medida constata que la misma realiza aspectos relativos o inherentes al fin perseguido.

Ello es así si se toma en consideración que los grupos solidarios y de trabajadores están eximidos de la exigencia de ser precalificados como operadores idóneos (valoración técnica) lo que permite, de manera adecuada y conducente, una participación directa en la adquisición de las acciones, sin someterse a los rigores propios de una calificación técnica.

De manera que, en el sector solidario basta la presentación de la aceptación junto con los requisitos exigidos, para hacerse adjudicatario directo del número de acciones aceptadas, contrario a lo dispuesto para el sector privado, donde el aceptante entra al proceso de precalificación de su idoneidad como adquirente, y de puja frente a los demás aceptantes.

7.3.15.- Al hilo de lo que se acaba de anotar, esta Sala considera que el requerimiento al sector preferente del pago efectivo de un porcentaje de las acciones por anticipado – 40% (lo que no se exige al sector privado) tiene plena y coherente justificación razonable, conclusión a la que se llega con la lectura e interpretación armónica e integral de las demás exigencias y condiciones fijadas por las normas administrativas, pues el sector solidario y de trabajadores siempre sí o sí tendrá derecho a la adjudicación de las acciones (en última instancia de manera proporcional) de ahí que sea exigencia razonable que la autoridad demande el pago parcial del importe de las acciones que, con absoluta certeza, se le asignarán.

Por el contrario, la adjudicación directa de acciones no es predicable frente a los demás potenciales adquirentes – público en general de la segunda etapa, pues éstos con la sola presentación de su oferta no garantizan ninguna adquisición de acciones, ya que dicha adquisición sólo será fruto de la puja entre oferentes y la calificación de la idoneidad y de la mejor oferta económica, con la que se suscribirá el contrato de compraventa por la totalidad de las acciones, razón ésta

suficiente para que en esta segunda fase del proceso, no sea posible exigir un pago anticipado pues el solo hecho de participar no garantiza un resultado favorable sino la sola expectativa de tomar parte en el procedimiento precontractual y el derecho a ser calificado, sin otra consideración adicional.

Por ello es que a los participantes de la segunda fase se les exige la constitución de una garantía de seriedad por el 10% del valor de las acciones restantes sobre las que se pueda ofertar en la segunda etapa del procedimiento de enajenación.

Si se quiere, y de modo más breve, dígase que esta exigencia diferenciada para el sector solidario y de trabajadores es consecuencia directa del trato preferencial para la adquisición de las acciones lo que, se repite, no ocurre respecto de los demás interesados.

7.3.16.- A continuación, el trato diferenciado v) **condiciones especiales para financiación**, realiza aspectos relativos o inherentes al fin constitucional perseguido pues el otorgamiento de líneas de crédito con condiciones especiales y favorables y la posibilidad de emplear las cesantías como medio de pago estructuran elementos que realizan y/o posibilitan la democratización de la propiedad accionaria del Estado, por cuanto esta medida contribuye a paliar situaciones de limitación o insuficiencia económica de los grupos solidarios y de trabajadores.

De este modo se introduce una determinación que robustece la posición competitiva del sector solidario y de trabajadores al proveer instrumentos exclusivos de apoyo económico.

7.3.17.- En cuanto hace a vi) **limitación para la enajenación** la Sala considera que esa exigencia, aun cuando diferenciada para uno y otro grupo, no está dirigida a proteger y/o a realizar el trato preferencial de los grupos solidarios y de trabajadores sino que constituye una regla de protección para garantizar la marcha de la empresa durante cierto tiempo posterior a la enajenación, asegurando temporalmente el mantenimiento de la participación accionaria de los inversores en esta.

Sin embargo, tampoco se evidencia que el trato diferenciado afecte, discrimine o disminuya la protección constitucional ordenada en el artículo 60 constitucional.

7.3.18.- Finalmente, la última de las medidas diferenciadas que se desprenden de las disposiciones administrativas y que es vii) **acceso a la sala de información**, realiza, sin duda alguna, los aspectos relativos a la eficacia en el entendido que el libre y gratuito acceso a la sala de información de Termotasajero S.A. ESP deviene en eficaz para obtener el fin constitucional propuesto por cuanto facilita las condiciones de obtención de información veraz, completa y suficiente sobre los aspectos técnicos, operativos, inventarios, contratos y otras cuestiones afines a TermoTasajero S.A ESP, máxime cuando no implica erogación alguna para el sector solidario y de trabajadores; lo que no se predica respecto de los demás potenciales oferentes quienes deben asumir el pago de un estipendio para obtener acceso a esa información.

7.3.19.- En suma, los anteriores argumentos evidencian, de modo claro e irrefutable, que los medios dispuestos en el Decreto 1742 de 20 de septiembre de 1996 y el Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de acciones de Termotasajero S.A ESP de propiedad de la Nación, se ajustan a los requerimientos del escrutinio intermedio del juicio de igualdad habida cuenta de la constitucionalidad e importancia del fin propuesto y la adecuación, idoneidad y efectiva conducencia de los medios previstos en esas decisiones administrativas para garantizar la consecución del mandato de preferencia constitucional ordenada en el artículo 60 superior.

7.3.20.- Ahora bien, contrario a lo afirmado por el apelante, para la Sala es claro que el juez de instancia cuenta con la facultad funcional de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pero no comparte el razonamiento que lo llevó a encontrar acreditada la inconstitucionalidad en el caso concreto.

Al respecto se observa que el A quo, en una lectura insular y parcial del texto reglamentario carente de argumentación suficiente concluyó la prosperidad de la excepción de inconstitucionalidad “en la medida que el punto 5.4 [exigencia del pago del 40% de las acciones] y el numeral 5 [adjuntar constancia del pago del porcentaje junto al escrito de aceptación], mencionados, son los que materializan la discriminación en detrimento del sector solidario, colocado de este modo en condiciones indiscutibles de desigualdad, lo que implica desconocimiento directo del artículo 13 constitucional”; razonamiento que la Sala no comparte, toda vez que pierde de vista el contexto normativo en el cual se inserta ese precepto, la

operatividad y el modo en que ocurre la adjudicación de acciones para el sector solidario y de trabajadores.

Peor aún, el análisis del Tribunal no evidenció de manera integral la totalidad de las medidas adoptadas por la Administración para asegurar el mandato de protección constitucional de donde, lejos de estar ante una pretendida discriminación en detrimento del actor, se advierte un escenario normativo ajustado, en términos de fines perseguidos y medios instrumentados para ello, al principio de igualdad de trato y la protección constitucional preferente en pro de la democratización de la propiedad accionaria estatal empresarial.

En este orden de ideas, la Sala debe anotar que no evidencia que el actor haya sido sometido a trato discriminatorio alguno, por el contrario, su participación en el proceso de democratización se dio en igualdad de condiciones dentro del sector preferente de la fase uno, aunque con una desventaja dada por el mismo Sintraelec, pues mientras los demás aceptantes del sector solidario sí cumplieron con los requisitos exigidos por la normatividad legal y reglamentaria, el Sindicato, a su acomodo, omitió dichas exigencias porque pretendió unilateralmente acogerse a las reglas dispuestas para la segunda fase, en donde era destinatario el público en general, sin ninguna preferencia, y al cual le aplicaba un modelo de negociación absolutamente diferente, que no era de adjudicación directa sino de participación dentro de un proceso de precalificación de la idoneidad y de la mejor y mayor propuesta para la suscripción de un contrato de compraventa.

A la sazón debe decirse que la Sala no comparte los argumentos expuestos por el actor, según el cual se abstuvo de cancelar el 40% del valor de las acciones, como lo exigía el reglamento, en razón al daño en la planta generadora de energía, pues debe preverse que el objeto de la oferta no recaía sobre la maquinaria sino que lo configuraban las acciones de propiedad del Estado, a quien le correspondía garantizar la continuidad en la prestación del servicio, de modo que el daño en la planta justifica, aún más, la necesidad de capitalizar la empresa.

Así las cosas la Sala no evidencia que el Reglamento de Enajenación dispuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la democratización de las acciones de Termotasajero vulnere el derecho a la igualdad de Sintraelec, en razón a lo cual no había lugar a declarar la excepción de inconstitucionalidad

dispuesta en la sentencia apelada, que será revocada y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

8. Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia del 27 de octubre de 2005¹⁰⁴ proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Y en su lugar dispone:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Ausente con excusa

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado Ponente

¹⁰⁴ Fls.879-914 C.P