



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 4 de mayo de 2022.

Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00105-02
Actor: Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros
Referencia: Acción popular

Temas: ACCIÓN POPULAR — HECHOS OCURRIDOS ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 472 DE 1998, PERO CON EFECTOS POSTERIORES – MORALIDAD ADMINISTRATIVA - DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO – Enajenación de un activo de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, con participación estatal mayoritaria en su capital, como medida de privatización.

Síntesis del caso: el actor popular solicitó que se declarara que la enajenación de la Central Hidroeléctrica de Chivor, de propiedad de ISAGEN, E.S.P., constituyó una privatización de la propiedad estatal y, por lo tanto, el 10% del valor de la venta debió invertirse en proyectos de desarrollo de la zona de influencia de la hidroeléctrica.

Decide la Sala el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia que amparó los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público y, por lo tanto, ordenó al Gobierno Nacional que incluyera, en el presupuesto nacional, un rubro destinado a realizar aportes para la financiación del pasivo pensional de los municipios de la zona de influencia de la Central Hidroeléctrica de Chivor, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 226 de 1995.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 129 y 134 numeral 10 del Código Contencioso Administrativo¹, la Sala es competente para proferir esta providencia, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia adoptada por un tribunal administrativo en un proceso de acción popular.

Contenido: I. Antecedentes - II. Consideraciones – II. Decisión

I. ANTECEDENTES

¹ Decreto Ley 01 de 1984, norma vigente para la época de presentación de la demanda y que, por lo tanto, rige el presente proceso.

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2 Posición de la parte demandada-
1.3 Sentencia de primera instancia. 1.4 Recurso de apelación y el trámite relevante de segunda instancia.

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 5 de julio de 2011 Wilson Alexander Calderón Roa, en ejercicio de la **acción popular**, prevista en el artículo 88 de la Constitución, presentó demanda contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Nación – Ministerio de Minas y Energía e ISAGÉN S.A. E.S.P. para que se protegieran los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, violados, a su juicio, por la enajenación de la Central Hidroeléctrica Chivor, sin el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995. El tribunal de primera instancia vinculó al INVÍAS, al Departamento Nacional de Planeación, al Departamento de Boyacá y a los municipios de San Luis de Gaceno, Santa María, Macanal, Almeida, Chivor, Guateque y Garagoa, Ubalá, Somondoco, Sutatenza y Miraflores como terceros interesados. La parte actora elevó pretensiones principales y subsidiarias así, (se transcribe):

“II. PRETENSIONES

1. *Que se declare la violación de los derechos colectivos a la MORAL ADMINISTRATIVA Y EL PATRIMONIO PÚBLICO, por parte de ISAGEN S.A. E.S.P. y/o MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en la venta por suscripción sucesiva de acciones de la CENTRAL HIDROELÉCTRICA CHIVOR, a través de CHIVOR S.A. E.S.P.*

2. *Que se ORDENE a ISAGEN S.A. E.S.P., y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, acatar lo previsto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1885 en la venta por suscripción sucesiva de acciones de la CENTRAL HIDROELÉCTRICA CHIVOR, a través de CHIVOR S.A. E.S.P., y en virtud de ello, se ORDENE INVERTIR los derechos que le (SIC) corresponden a las entidades territoriales en los que tiene asentamiento el ACTIVO denominado CENTRAL HIDROELÉCTRICA CHIVOR, en proyectos de desarrollo*

3. *Que se ORDENE a ISAGEN S.A. E.S.P., y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, coordinar y establecer una mesa de trabajo con la participación del actor popular de la presente demanda, de una entidad sin ánimo de lucro que propenda por la defensa de los derechos colectivos, las entidades territoriales beneficiarias de los derechos acá incoados y las demás organizaciones de carácter público o solidario que el DESPACHO considere pertinente, para establecer la determinación real y objetiva de la INVERSIÓN que debe hacer LA NACIÓN y que esta atienda situaciones reales de desarrollo comunitario y se aleje de intereses particulares o políticos, además de que dicha mesa de trabajo o junta, deba ejecutar actividades posteriores de veeduría a la ejecución de las inversiones a ejecutarse.*

4. *Que, se ORDENE a ISAGEN S.A. E.S.P., y/o MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO realizar la INVERSIÓN que ha OMITIDO realizar, en un término perentorio fijado por el DESPACHO, y en los valores que el DESPACHO determine después de un peritaje.*

5. *Que se nombre un PERITO que LIQUIDE el valor que debe INVERTIR el Gobierno en los entes territoriales titulares del derecho acá incoado, tenido en cuenta que*

el 10% del valor de la venta neta, debe ser objeto de una actualización y/o de unos intereses, y de la conversión de moneda extranjera a moneda nacional (si fuere el caso). Igualmente, debe tomarse en cuenta los perjuicios que ha (SIC) ocasionado a los entes territoriales y a sus ciudadanos, y liquidar lo que a ello corresponda.

6. Que se dicten las medidas cautelares necesarias.

7. Que se condene en costas a los demandantes."

2. En la **demanda** el actor narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes, como fundamento de sus peticiones:

3. (1) El 30 de diciembre de 1996, ISAGÉN enajenó uno de sus activos denominado Central Hidroeléctrica Chivor (**Chivor**, en adelante), bajo la modalidad de suscripción sucesiva de acciones, mediante la constitución y venta de acciones de la sociedad denominada CHIVOR S.A. E.S.P., creada específicamente para este fin. La operación fue realizada por el Ministerio de Hacienda, en calidad de mandatario de ISAGÉN, en cumplimiento del contrato de mandato 55 del 29 de abril de 1996 y en virtud del Decreto 1740 del 20 de septiembre de 1996.

4. (2) Como condición para la Constitución de la sociedad CHIVOR S.A. E.S.P. se previó en el acta de la Asamblea General Constituyente de dicha sociedad (Escritura 5100 de 1996), que con el valor de la suscripción o con el valor de la suscripción y los recursos de crédito que uno o más de los adjudicatarios hubieren ofrecido para la sociedad, se completaría el precio de enajenación de la central.

5. (3) Al momento de la suscripción sucesiva de acciones, el Ministerio de Hacienda poseía el 76.8844% de las acciones de ISAGÉN. Al haberse realizado la enajenación mediante la suscripción sucesiva de acciones, tuvo que regirse por la Ley 226 de 1995, como consta en el Decreto 1740 de 1996, por tratarse de una participación estatal. Sin embargo, en la operación se omitió el cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995 según el cual "*el 10% del producto neto de enajenación de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital, en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen*".

6. (4) El valor de las acciones de la Sociedad Chivor S.A. correspondió a \$222.818.836.000 y el valor de venta de la central hidroeléctrica fue de \$644.552.724.798 (valor aproximado de 500.000.000 US pagado por un grupo empresarial chileno).

7. (5) En 2011 se elevó petición a ISAGEN acerca del cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995 y, en respuesta, ISAGÉN indicó que para 1996 Chivor hacía parte de los activos de generación de ISAGÉN y que lo vendió mediante suscripción sucesiva de acciones. Indicó que no se trataba de un activo de la Nación, sino de una empresa de servicios públicos domiciliaria mixta, persona jurídica independiente de sus accionistas, como lo es la Nación. Allí se indicó que ISAGEN no estaba obligada al cumplimiento de la norma legal en cuestión y se desconocía si otra entidad tenía tal deber.

8. (6) En 2011 el Ministerio de Hacienda respondió una petición al respecto en la que indicó que la hidroeléctrica de Chivor no era un activo de la Nación, sino de ISAGÉN y que el Ministerio, únicamente, actuó como mandatario y promotor de la operación, de acuerdo con el contrato suscrito el 29 de abril de 1996. Por ello, aseguró que no le era aplicable la Ley 226 de 1995.

9. (7) En 2011, en respuesta a una petición, ISAGÉN indicó que era una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios mixta y que el Ministerio de Hacienda poseía el 76.8844% de sus acciones, al momento de la venta por suscripción sucesiva de acciones de Chivor S.A.

10. (8) El Decreto 1740 de 1996, en su parte motiva, aclaró que su objeto era promover la vinculación del sector privado en la reestructuración del sector eléctrico colombiano, por lo que la enajenación de la participación estatal en dicha actividad comprendía la Central Hidroeléctrica Chivor, activo de naturaleza pública.

11. (9) El Ministerio de Hacienda actuó como mandatario de ISAGÉN, no porque dentro de sus funciones estuviera la de representar a cualquier persona en sus negocios comerciales, lo que sería una indebida utilización de funcionarios y recursos del Estado para fines comerciales privados, sino porque el Ministerio era el accionista mayoritario de ISAGÉN, por lo que, debía velar, acatar y coordinar el cumplimiento de las normas relativas a la enajenación de activos estatales o participaciones estatales.

12. (10) De acuerdo con el artículo 2, numera 1 de la Ley 80 de 1993 ISAGEN era una entidad estatal, debido a la participación estatal mayoritaria en su composición accionaria.

13. (11) De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 y con la escritura pública 5000 del 30 de diciembre de 1996, los municipios de San Luis de Gaceno, Santa María, Macanal, Almeida, Chivor, Guateque, Garagoa, Somondoco, Miraflores y Umbalá tenían derecho a obtener el beneficio del 10% del valor de la venta de la central hidroeléctrica, a través de inversiones

en proyectos de desarrollo regional, por lo que sus alcaldes omitieron el deber de gestionar, cobrar o solicitar dichas inversiones.

14. (12) En un documento suscrito en el 2000 por el gobernador de Boyacá, dirigido al Procurador Regional de la época, se refiere que, con recursos de la venta de Chivor, transferidos al INVÍAS, de acuerdo con el Convenio 640 de 1999, se celebraron contratos en diciembre de 2000. Sin embargo, en respuesta a una petición formulada en 2012, el gobernador indicó que desconocía si dichos contratos tenían relación con el acatamiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995.

15. (13) En respuesta a una petición de 2012, el INVÍAS anexó copia del acuerdo 63 del 25 de octubre de 1995, donde se incorporó al presupuesto de la entidad para 1999, la suma de \$18.023.630.000. También anexó copia del documento CONPES 2960 de 1997 y de la Resolución 2296 del 21 de octubre de 1999.

16. (14) De acuerdo con los anteriores documentos, no se evidenciaba que el mantenimiento de las vías del Valle de Tenza, realizado en el año 2000, tenía relación con la venta de Chivor y, si en gracia de discusión ello se aceptara, el monto de la obra correspondía a una cuarta parte del 10% que le correspondía a la región, suma que asciende a \$64.455.272.479, y que debía actualizarse.

17. (15) Aparte de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, ISAGÉN es una sociedad anónima, perteneciente a la rama ejecutiva, descentralizada, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas, regulada y vigilada por los organismos de control.

18. (16) De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 142 de 1994, los activos de las Empresas de Servicios Públicos donde haya participación de la Nación son de la Nación y su enajenación debe atender a lo previsto en el artículo 60 de la Constitución.

19. (17) En concordancia con el artículo 7 de la Ley 226 de 1995, el diseño del programa de enajenación de la Central Hidroeléctrica Chivor correspondía a los ministerios de Minas y de Hacienda.

20. (18) La omisión causa daño antijurídico y daño contingente a las comunidades y a las entidades territoriales donde se encuentra la hidroeléctrica; se afectó la valorización de la finca raíz y se generó un atraso regional que debía cuantificarse.

21. En el escrito de adición de la demanda², el accionante refirió que, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 142 de 1994, la enajenación de los aportes de las entidades públicas en las empresas de servicios públicos domiciliarios debía respetar el artículo 60 de la Constitución y allí también se prevé que los aportes oficiales en dichas entidades son bienes de la Nación. Indicó que la sentencia debería evaluar los daños contingente y antijurídico, para que los residentes de las zonas tengan acceso a la información y a la administración de justicia. Indicó que el daño consiste en la falta de valorización de la propiedad raíz y en la afectación de la actividad económica de las entidades territoriales. Solicitó que se vinculara al Ministerio de Minas en calidad de demandado y no como tercero, ya que sobre él también recaía la obligación de realizar el programa de enajenación de la central hidroeléctrica, por lo que la omisión también le sería imputable.

1.2 Posición de la parte demandada

22. El **Ministerio de Hacienda** se opuso a las pretensiones³ porque consideró que el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 no era aplicable a la venta de un activo de una entidad con participación de capital estatal. Aseguró que tal operación no afectó la participación accionaria de la Nación en ISAGÉN. Indicó que las acciones fueron suscritas contra el capital autorizado de la sociedad nueva denominada Chivor S.A. y, por lo tanto, dichas acciones no tenían un dueño anterior, mucho menos, la Nación, por lo que no hubo vulneración de algún derecho o interés colectivo. Aseguró que no era cierto que se hubieran girado recursos a ciertos municipios, fruto de la enajenación de la central hidroeléctrica. Indicó que los recursos girados corresponden al cumplimiento del documento CONPES 2960 de 1997 y la redistribución de recursos del presupuesto nacional tampoco corresponde a los recursos de la venta de Chivor. Indicó que los recursos de la venta no ingresaron al presupuesto de la Nación. Para el **Ministerio de Minas**⁴ la operación no constituyó una enajenación de acciones o bonos del Estado en favor de particulares. **ISAGÉN** argumentó que no existió la vulneración alegada, que los bienes de ISAGEN no pertenecían a la Nación, que no se trató de una privatización y que la sociedad no estaba obligada a realizar inversiones pretendidas en la demanda. Indicó que el Ministerio de Hacienda, en su calidad de mandatario para la enajenación de Chivor, tenía la obligación de verificar que la operación fuera legal, por lo que si ocurrió “una falla en cualquiera de las actividades ejecutadas por el Ministerio”, sería este quien debería responder⁵. Expuso que no era posible aplicar la Ley 472 de 1998 a

² Folios 214-220 c. 1.

³ Folios 254-262 c. 1.

⁴ Folios 265-268 c. 1. El Ministerio de Minas y Energía fue vinculado como demandado, en el auto del 23 de mayo de 2013: Folios 304-305 c. 1.

⁵ ISAGEN llamó en Garantía al Ministerio de Hacienda, pero ello fue negado mediante el Auto del 12 de septiembre de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión n. 5. La determinación fue apelada y confirmada mediante Auto del 1 de junio de 2016, proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del

hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de esta norma, pues la escritura pública 5000 fue otorgada el 30 de diciembre de 1996. Solicitó que se condenara al accionante en costas, por la evidente improcedencia de las pretensiones.

23. En síntesis, El Ministerio de Hacienda y el de Minas y Energía propusieron, en común, las **excepciones** de (1) inaplicación de la Ley 226 de 1995 y de (2) inexistencia de vulneración de derechos o intereses colectivos. El Ministerio de Hacienda también alegó (3) la inexistencia de los derechos reclamados por las entidades territoriales. El Ministerio de Minas y Energía e ISAGÉN formularon, en común la excepción de (4) improcedencia de la acción popular, por imposible retroactividad. ISAGEN formuló, adicionalmente, las excepciones de (5) falta de legitimación en la causa por pasiva y (6) temeridad del accionante.

221.2 Posición de los terceros vinculados

24. El **Departamento de Boyacá** se opuso a las pretensiones⁶. Argumentó que no existía legitimación pasiva en la causa, porque el departamento no había participado en la suscripción de acciones en cuestión. Sostuvo que el Departamento no vulneró los derechos o intereses invocados, porque suscribió un Convenio de Cooperación Institucional con los municipios de Garagoa y Miraflores. Finalmente, sostuvo que no se integró adecuadamente el litisconsorcio necesario, porque había entidades responsables, que no fueron vinculadas. El **INVÍAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones⁷, porque aseguró que dicha entidad no era responsable de las vulneraciones alegadas. Igualmente, alegó que los recursos asignados mediante el documento CONPES 2960 de 1997 para el desarrollo de la infraestructura vial de la región del Valle de Tenza y que fueron transferidos por el Ministerio de Hacienda, fueron reasignados al Departamento de Boyacá a través del Convenio Interadministrativo 640 de 1999. El **DNP** se opuso a las pretensiones, porque se dirigían a otras entidades públicas. Los municipios de **Garagoa**⁸, **Santa María**⁹, **Miraflores**¹⁰ y **Macanal**¹¹ solicitaron que se acceda a las pretensiones de la demanda. Sin embargo, los municipios de Santa María, **San Luis de Gaceno** y Macanal argumentaron que la responsabilidad del cumplimiento de lo previsto en la Ley 226 de 1995 no recaía sobre los municipios, sino sobre las autoridades nacionales.

Consejo de Estado. Se concluyó que el llamamiento en garantía era improcedente en el trámite de las acciones populares.

⁶ Folios 301-304 c. 1.

⁷ Folios 432-440 c. 1.

⁸ Folios 274-282 c. 1.

⁹ Folios 290-291 c. 1.

¹⁰ Folios 438-486 c. 1.

¹¹ Folios 514-516 c. 1. El municipio de Macanal aseguró que la construcción de la central de Chivor ha producido daños ambientales en el municipio y ha causado diferentes perjuicios a sus habitantes.

1.3 Sentencia de primera instancia

25. El **Tribunal Administrativo de Boyacá**, Sala de Decisión n. 6, mediante Sentencia del 8 de marzo de 2018 **declaró que hubo violación de los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público**¹². Para el Tribunal, el problema jurídico a resolver consistió en determinar si existía amenaza o vulneración de los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público por parte de las accionadas. Para decidir, precisó que debía establecerse si las previsiones de la Ley 226 de 1995 eran aplicables a ISAGEN; si la enajenación del activo denominado Central Hidroeléctrica Chivor corresponde a un activo diferente a acciones o bonos convertidos en acciones, cuya venta debía someterse al régimen previsto en las normas de la contratación estatal, conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 226 y, finalmente, si la venta del activo Central Hidroeléctrica Chivor corresponde a una enajenación de la participación del Estado en el capital de ISAGEN, por lo que debía aplicarse el artículo 23 de la Ley 226 de 1995.

26. Consideró el Tribunal que el mandato del artículo 60 de la Constitución se predica de la enajenación de las acciones de propiedad estatal, pero, también de la enajenación de cuotas o partes de interés. Resaltó que la venta de activos de propiedad estatal no constituye, en principio, una enajenación de las acciones de propiedad estatal, pero con ello no se puede encubrir la enajenación de la participación del Estado en una empresa. Indicó que la acción popular era el mecanismo idóneo para resolver el asunto, ya que, aunque se pretendía el cumplimiento del artículo 23 de la Ley 225 de 1996, se acudió previamente a la acción de cumplimiento la que fue declarada improcedente en segunda instancia, por el Consejo de Estado, al considerar que su ejecución generaba gastos.

27. Puso de presente que, mediante el Documento CONPES 2960 de 22 de octubre de 1997 se aprobó un programa de mejoramiento vial, pero allí no se indica que los recursos provengan de la venta de la Central Hidroeléctrica de Chivor. Indicó que ISAGÉN tenía participación estatal en su capital *“de manera que en tratándose de la enajenación de su capital social, debe necesariamente atender los parámetros que en desarrollo del artículo 60 constitucional, consagra la ley 226 de 1995, siempre que tal enajenación se dirija al sector privado”*. Preciso que, si bien los bienes de la sociedad pertenecían a esta y no al socio, lo cierto era que se trataba de la participación del Estado aun cuando dicha participación *“esté en cabeza de la persona jurídica de la cual el órgano público haga parte, de manera que, no es de recibo concluir que la norma en mención excluye de su*

¹² Folios 1504-1536 del cuaderno 5.

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

aplicación a las sociedad de economía mixta”, más cuando, como en este caso, la Nación tenía propiedad mayoritaria. Aseguró que, en los términos de la Sentencia C-392 de 1996, la venta de la Central Hidroeléctrica de Chivor no se enmarcó dentro de la excepción prevista en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995. Sustentó tal conclusión en que (1) para la enajenación, se acudió al procedimiento previsto en dicha ley y no en el Estatuto de Contratación Estatal y, por ello, la primera emisión de acciones se dirigió al sector solidario. Es decir que *“tanto ISAGEN en calidad de vendedor, como el Ministerio de Hacienda en su condición de mandatario y promotor de la enajenación aludida, consideraron y comprendieron que la venta del activo en mención debía atender los parámetros fijados en la ley 226 de 1995”* como una enajenación de la participación estatal a los particulares, ya que el mayor comprador fue Energy Trade and Finance Corporation, es decir que se trató de una privatización.

28. Resaltó que el producto de la venta de la Hidroeléctrica no fue exclusivamente destinado inyectar capital a la empresa, caso en el cual no se habría descapitalizado la empresa y, por lo tanto, se mantendría la participación estatal, ya que parte de los dineros se utilizaron para sanear el problema fiscal del país. Por todo lo anterior, encontró configurado el elemento objetivo del desconocimiento del derecho o interés a la moralidad administrativa, así como el elemento subjetivo, pues los miembros de la junta directiva de ISAGEN y el ministro de Hacienda, debieron haber advertido la necesidad de cumplir el mandato del artículo 23 de la Ley 225 de 1996. También encontró vulnerado el derecho a la defensa del patrimonio público, toda vez que la omisión afectó el presupuesto de los municipios de la región en la que se encuentra ubicada la central hidroeléctrica.

29. Aclaró que las órdenes a impartir no las debería cumplir ISAGEN, ya que, a partir de 2016, ya no contaba con participación estatal pública. Por ello, dispuso que el Ministerio, en un término de dos meses, adelantara los trámites para acatar lo previsto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificada por el artículo 2, numeral 4 de la Ley 549 de 1999, es decir, para cubrir los pasivos pensionales, respecto de los municipios de Garagoa, Santa María, Macanal, Ubalá, Sutatenza, Somondoco, Almeida y Chivor, donde se ubica la central hidroeléctrica. Para calcular el monto de la inversión que debía realizarse, tomó el valor de la venta; de ella obtuvo el valor del porcentaje equivalente a las acciones de la Nación en ISAGEN y, a dicho monto, le restó los \$18.023.000.000 que el Departamento de Boyacá refirió como invertidos en mejoramiento vial, por convenio con el INVIAS y como fruto de la venta de la central hidroeléctrica. Finalmente, dispuso la indexación del monto a invertir y condenó al pago de intereses moratorios. Dispuso, igualmente, que esta condena debía incluirse en la planeación de la próxima vigencia fiscal. No condenó en costas, porque se trata de un asunto de interés público.

Finalmente, envió copias de lo actuado para que la Fiscalía investigara la actuación de quienes, en ese entonces, fungían como miembros de la junta directiva de ISAGEN y del entonces ministro de Hacienda. El magistrado Fabio Iván Afanador García salvó el voto porque consideró que la Ley 472 de 1998 no podía aplicarse a hechos anteriores a su vigencia; que no se configuró el supuesto de hecho del artículo 23 de la Ley 226 de 1995 y porque, a su juicio, no se vulneraron los derechos o intereses colectivos en cuestión.

1.4 Recurso de apelación y trámite relevante de segunda instancia

30. El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ISAGEN** y el accionante, Wilson Alexander Calderón Roa interpusieron y sustentaron el **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia. Las razones de su inconformidad se resumen a continuación:

31. Sostuvo el **Ministerio**¹³ que (1) la operación no pretendió ocultar una venta de participación accionaria. La creación de una sociedad para que se convierta en la propietaria del activo y, a través de ella, se haga su enajenación es un esquema que busca que no se suspenda la generación de energía, como actividad de servicio público, lo que impide su interrupción. El mecanismo fue mencionado en los considerandos del Decreto 1740 de 1996. Esta nueva sociedad ni siquiera tiene participación estatal y, por lo tanto, la operación realizada por Chivor S.A. no constituyó una enajenación de participación estatal y no se quiso “*camuflar o esconder este tipo de operaciones (...) bajo la figura de venta activos; siempre fue venta de activos*”. Indicó que el hecho de que se hubiera querido facilitar la adquisición de la central hidroeléctrica, por parte del sector solidario, no podía tomarse como una ineludible aplicación de la Ley 225 de 1996, porque lo único que se quería era la democratización, “*que no es otra cosa que ampliar la titularidad de los propietarios*”. Resaltó que el Ministerio de Hacienda actuó como promotor en la constitución y suscripción de las acciones de la nueva sociedad y, por ello, no enajenó su participación accionaria. El precio lo recibió ISAGEN al vender acciones de la sociedad que constituyó. (2) Los recursos de la enajenación de la central hidroeléctrica ingresaron a ISAGEN S.A., quien vendió dicho activo a Chivor S.A. Agregó que las acciones que se suscribieron de Chivor S.A. no eran de propiedad estatal, porque nunca tuvieron un propietario anterior. Por ello no era posible ordenar a la Nación que destinara esos recursos que no ingresaron al tesoro nacional. (3) La venta de un activo del sector privado no era una privatización. No se enajenó la totalidad de los activos de ISAGEN y, por eso, no perdió su carácter de entidad estatal. Si, voluntariamente, se

¹³ Folios 1545-1555 C. 5.

decidiera aplicar algunas de las reglas de la Ley 266, sin estar obligado a ello, lo que se busca es que dicha privatización “sea más amplia y democrática, concurrente e incluyente”. Aseguró que no hubo vulneración de la moralidad administrativa, porque la enajenación fue legal y la constitución de la sociedad buscaba garantizar la continuidad de la prestación del servicio público. En relación con la protección del patrimonio público, sostuvo que no se vulneró, porque el bien enajenado no era de propiedad del Estado y, por el contrario “los frutos pecuniarios de dicha propiedad estatal en ISAGEN S.A. ESP se ven reflejados en los dividendos (utilidades) que arrojó la empresa en la vigencia fiscal en que se realizó la enajenación los cuales ingresaron al patrimonio público precisamente como utilidades obtenidas por dicha operación”. Así la Nación fuera accionista mayoritaria, el propietario de la central hidroeléctrica era una persona jurídica diferente. Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y solicitó, entonces, que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarara la improcedencia de la acción popular. Aseguró que no se trató de una enajenación de participación estatal, sino de un proceso de capitalización accionaria de la sociedad Chivor S.A., a través de la suscripción de acciones, en la que se cumplió el precepto constitucional de vincular al sector trabajador y solidario en la propiedad de la nueva sociedad. Indicó que los recursos girados al INVIAS se hicieron en virtud del CONPES 2960 de 1997, como distribución de recursos del presupuesto, no como fruto del 10% de la supuesta enajenación de la participación estatal en una sociedad.

32. El recurso de apelación de **ISAGEN**¹⁴ cuestionó los numerales segundo, tercero, quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia. A pesar de que las órdenes no cobijan a ISAGEN, la apelación se fundó en los siguientes argumentos: (1) ISAGEN no era, al momento de los hechos, una sociedad de economía mixta, sino una empresa de servicios públicos mixta, constituida como sociedad anónima. Indicó que, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, independientemente de la porción del capital público en la sociedad, si existe capital privado, siempre será una ESP mixta y nunca tendrá el régimen de una empresa industrial y comercial del Estado, por lo que su contratación, a diferencia de la de las sociedades de economía mixta, se rige únicamente por el derecho privado; (2) las órdenes no podían recaer sobre ISAGEN, porque ésta no podía realizar las inversiones ordenadas por el artículo 23 de la Ley 226 de 1995; (3) En virtud del artículo 12 de la Ley 226 de 1995 ya se había extinguido cualquier obligación que pudiera tener ISAGEN, porque desde enero de 2016 esta empresa ya no tiene capital público- y ello debió declararse, en cumplimiento del artículo 281 del CGP; (4) La sentencia es incongruente entre la parte motiva y la resolutive, porque reconoce que ISAGEN ahora es una empresa privada, pero aun así, la declara responsable, la hace parte

¹⁴ Folios 1584-1610 C. 5.

del comité de verificación del cumplimiento y no resuelve lo relativo a la irretroactividad de la Ley 472 de 1998; (5) se malinterpretó el artículo 60 de la Constitución, al considerar que su respeto implica que se debía aplicar el artículo 23 de la Ley 226 de 1995. Si se concluía que la venta de un activo era, en realidad, una enajenación de participación estatal, ello daba lugar únicamente al derecho de preferencia en la venta; y (6) La operación cuestionada era una enajenación de activos, no sujeta a la Ley 226 de 1995.

33. El accionante, **Wilson Alexander Calderón Roa**¹⁵ presentó y sustentó el recurso de apelación con el objeto de que (1) se modifique el numeral dos, del resuelve cuarto de la sentencia de primera instancia. Sostuvo que no era correcto destinar los recursos a la financiación del pasivo pensional, porque la Ley 549 de 1999 no estaba vigente en la época de los hechos de la demanda, por lo que, en virtud del artículo 58 de la Constitución, existían derechos adquiridos anteriores a dicha ley. (2) Se modifique el numeral cuarto de la parte resolutive, para declarar la responsabilidad de ISAGEN, en su calidad de mandante y la sucesión procesal de ISAGEN, de acuerdo con los artículos 60 del CPC, 2180 y 2184 del Código Civil. (3) Se modifique el numeral cuarto de la parte resolutive, en el sentido de que no se realice descuento alguno, ya que no hay prueba de que los recursos girados al Departamento se destinaran a cumplir las obligaciones derivadas de la enajenación de Chivor. (4) Que se modifique el numeral cuarto, para que la liquidación de intereses se realice sobre el monto total, sin descuentos. (5) Que se revoque el numeral séptimo para, en su lugar, declarar la existencia de un daño antijurídico y se precise la fecha de ocurrencia de los hechos. Esto para que, quien lo considere pertinente, presente las demandas correspondientes¹⁶ (6) Que se reforme los numerales primero, segundo y cuarto de la parte resolutive para que la distribución de los dineros se realice entre los municipios, de acuerdo con los factores porcentuales de capacidad instalada de la Central Hidroeléctrica de Chivor, previstos en el Decreto 3356 de 1983 del Ministerio de Minas, para efectos de la distribución del impuesto de industria y comercio. (7) Se condene en “*costas, agencias en derecho y gastos procesales*”.

34. El recurso de apelación fue concedido en el efectivo suspensivo¹⁷. En alegatos de conclusión para la segunda instancia¹⁸, el DNP¹⁹ sostuvo que, desde 1994, dicha entidad no hacía parte de la junta directiva de ISA y no pasó a ser miembro de la junta directiva de ISAGEN, por lo que no debió haber sido vinculada al proceso. Agregó que la acción popular partía de una interpretación subjetiva del accionante respecto de cómo consideraba que debió realizarse la venta. Los municipios de Chivor y Somondoco

¹⁵ Folios 1605-1610 C.5.

¹⁶ Precisión hecha en el escrito presentado en el traslado de los recursos de apelación: folio 1697 c. 5.

¹⁷ Auto del ponente de la sentencia de primera instancia, del 4 de mayo de 2018, folio 1671 c. 5.

¹⁸ El Departamento de Boyacá presentó, ante el Tribunal de primera instancia, alegatos de conclusión, de manera extemporánea.

¹⁹ Folios 1732-1737 c. 5.

manifestaron que están conformes con la sentencia de primera instancia²⁰. El Ministerio de Hacienda²¹ insistió en que la operación cuestionada no constituyó una privatización y, por lo tanto, no le eran aplicables las previsiones de la Ley 226 de 1995 y los recursos que resultaron de la enajenación ingresaron a ISAGEN. Insistió en que el activo enajenado dejó de ser un activo de ISAGEN y se convirtió en uno de Chivor S.A., sociedad en la que la nación no tenía participación. La Procuraduría rindió concepto²² en el que consideró que no era posible aplicar la Ley 472 de 1998 a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, ya que sus efectos no eran, al momento de presentar la demanda, actuales, ya que no hay una continua y reiterada afectación y, en todo caso, se trató de la venta de un activo y no de una privatización.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: **2.1.** Exposición del caso y decisiones que se adoptarán. **2.2.** Cuestiones previas al examen sustantivo: (a) la aplicación de la ley 472 de 1998 a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia; (b) la procedencia de la acción popular para obtener el cumplimiento de normas con fuerza y rango de ley; (b). **2.3.** La moralidad administrativa y su vulneración en el caso bajo estudio. **2.4.** El derecho o interés colectivo al amparo del patrimonio público y su vulneración en el caso bajo examen. **2.5.** Las órdenes a impartir. **2.6.** La condena en costas.

2.1. Exposición del caso y decisiones que se adoptarán

35. Mediante una acción popular dirigida al amparo de los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público se solicitó que se ordenara a algunas entidades públicas que cumplieran el artículo 23 de la Ley 226 de 1996 y, por consiguiente, dispusieran el 10% del producto de la enajenación de la central hidroeléctrica de Chivor (**Chivor**, en adelante), para la realización de proyectos de desarrollo regional en la zona de su influencia. La primera instancia accedió a las pretensiones, pero tal decisión fue apelada. El asunto se centra en determinar si la operación mediante la cual se transfirió la propiedad de Chivor a particulares se encontraba dentro del supuesto de hecho previsto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1996 y, por esta vía, la elusión de su cumplimiento materializó una vulneración a los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

36. En esta providencia la Sala abordará el estudio del asunto, porque están reunidos los presupuestos procesales para fallar. Además, como la acción popular puede interponerse en cualquier tiempo, mientras subsista la

²⁰ Folios 1738-1741 c. 5.

²¹ Folios 1749-1759 c. 5.

²² Folios 1760-1767 c. 5.

amenaza o la vulneración del interés colectivo, conforme con lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 472 de 1998, se omite cualquier consideración sobre la caducidad de la acción.

37. La Sala confirmará parcialmente la decisión de primera instancia, porque: aunque sí se vulneró el derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público y se debía acatar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, (1) no existe prueba suficiente de la vulneración subjetiva de la moralidad administrativa y (2) el 10% del producto neto de la enajenación de Chivor debía destinarse en proyectos de desarrollo regional y no para la financiación del pasivo pensional. Igualmente, (3) debió condenarse en costas, asunto que fue expresamente apelado por el accionante, por lo que es posible revocar la exoneración que se hizo en primera instancia y, por lo tanto, se condenará en costas tanto de primera, como de segunda instancia.

38. Para sustentar la decisión, **(2.2.)** de manera previa al examen sustantivo del asunto se determinará si, en el presente caso, resulta procedente la acción popular, considerando que la venta de Chivor ocurrió antes de la vigencia de la Ley 472 de 1998 y teniendo en cuenta, por otra parte, que se pretende el cumplimiento de una norma legal. A continuación, **(2.3 y 2.4)** se expondrá de qué manera se vulneración a los derechos o intereses colectivos indicados en la demanda. Igualmente, **(2.5)** se precisarán las órdenes a impartir. Finalmente, **(2.6)** se resolverá lo relativo a la condena en costas.

2.2 Cuestiones previas al examen sustantivo

a) La aplicación de la Ley 472 de 1998 a hechos ocurridos antes de su vigencia, pero con efectos posteriores

39. A pesar de que la acción popular de rango constitucional fue creada por el Constituyente de 1991, el Consejo de Estado ha determinado que ella resulta procedente para el cuestionamiento de situaciones ocurridas antes de la expedición de la Ley 472 de 1998 (Ley de acciones populares y de grupo, **LAPAG**, en adelante), que desarrolló el artículo 88 de la Constitución y de la Constitución misma, siempre que se cumplan dos requisitos: 1) el derecho e interés colectivo que se invoca como vulnerado se encontraba consagrado expresamente, en la época en la que ocurrieron los hechos constitutivos de la vulneración y, 2) la acción popular de rango legal se encontraba prevista como instrumento procesal para la protección de ese interés colectivo que se alega como vulnerado²³. Tal rigor derivado del

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. 1188 AP; Consejo de Estado, Sección 3, Sentencia del 6 de marzo de 2013, exp. 2001-00051.

principio constitucional de seguridad jurídica se ha matizado en dos eventos: cuando el derecho o interés en cuestión es el patrimonio público²⁴ y, en general, cuando, a pesar de que los hechos ocurrieron de manera previa a la vigencia de la LAPAG, la vulneración persistió y extendió sus efectos después del 5 de agosto de 1999, fecha en que comenzó a regir esta ley (art. 86 de la LAPAG)²⁵, lo que ocurrió en el asunto bajo examen.

40. En efecto, en el presente caso debe tenerse en cuenta que la venta de Chivor se perfeccionó mediante la escritura pública 5000 de 30 de diciembre de 1996, es decir, antes de la vigencia de la LAPAG. Sin embargo, el hecho vulnerador de los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, expresamente previstos en el artículo 88 de la Constitución de 1991, no se predica del momento en el que se materializó la enajenación, sino de la omisión posterior por la no inversión del 10% del producto de tal operación. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en virtud de la exigencia de legalidad del gasto público (artículo 345 de la Constitución) y de planeación presupuestal anual (artículo 346 de la Constitución), las inversiones para el cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995 debían ser previstas en los presupuestos anuales posteriores.

41. Así, en los presupuestos generales de la Nación para 1997 (Ley 331 del 18 de diciembre de 1996, liquidado mediante el Decreto 2373 del 30 de diciembre 1996), 1998 (Ley 413 del 19 de noviembre de 1997, liquidado mediante el Decreto 2667 del 20 de noviembre de 1997) y 1999 (Ley 482 del 15 de noviembre de 1998, liquidado mediante el Decreto 2354 del 19 de noviembre de 1998) no se incluyeron partidas destinadas a cumplir el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, por la venta de Chivor. Sin embargo, en aplicación del artículo 25 de la Ley del presupuesto para 1999, que permitía realizar distribuciones en las partidas presupuestales, el Ministerio de Hacienda expidió la Resolución 2296 del 21 de octubre de 1999, mediante la cual realizó un traslado de recursos del presupuesto nacional al INVIAS, para la realización de proyectos de inversión en el departamento de Boyacá, en desarrollo del documento CONPES 2960 de 1997; al presupuesto del INVIAS se incorporó la suma de \$18.023.630.000, mediante el Acuerdo 63 de 1999 y dichos recursos fueron transferidos al Departamento de Boyacá mediante el convenio interadministrativo 0640 de 1999. En respuesta a una petición formulada por el accionante respecto de si el INVIAS había recibido recursos fruto de la venta de Chivor, tal entidad respondió: *"anexo copia del Acuerdo No. 63 del 25 de Octubre de 1999, por el cual se incorpora, en el*

²⁴ En atención a que, en muchos casos, su afectación permanece en el tiempo y *"aun sin consagración explícita como derecho o interés colectivo, no puede afirmarse, de manera alguna, que fue únicamente a partir de 1991 que la protección del patrimonio público fue considerada como un interés público"*: Consejo de Estado, Secc. 3, Sub. B, Sentencia del 8 de septiembre de 2021, exp. 25000 23 24 000 2011 00388 01.

²⁵ Es posible juzgar en acción popular hechos anteriores a la vigencia de la Ley 472 de 1998 *"siempre y cuando con ellos se hubiere vulnerado derechos o intereses colectivos y dicha vulneración persista"*: Corte Constitucional, Sentencia T-446/07.

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

*Presupuesto de Ingresos y Gastos de Inversión del Instituto Nacional de Vías, de la vigencia fiscal 1999, la suma de \$18.023.630.000.00. Se anexa copia Acuerdo 063 del 25 de Octubre de 1999, copia CONPES No. 2960 de 1997 y Resolución No. 2296 del 21 de Octubre de 1999*²⁶. Por su parte, el departamento de Boyacá certificó expresamente que los recursos del convenio interadministrativo 640 celebrado entre el INVIAS y el departamento provenían del producto de la venta de Chivor²⁷.

42. Lo anterior indica que, aunque la enajenación se materializó en diciembre de 1996, la omisión que se señaló como vulneradora de los derechos o intereses colectivos se encontraba carente de término para su cumplimiento, es decir que persistía al momento de la vigencia de la LAPAG y, aun con posterioridad, se realizaron movimientos presupuestales que, de acuerdo con lo señalado con anterioridad, tenían origen en los recursos recibidos por la enajenación de Chivor. Por lo tanto, no les asiste razón al Ministerio de Minas y Energía, a ISAGÉN y al Ministerio Público, quienes sostuvieron en este proceso que se trataría de una aplicación retroactiva de la LAPAG, ya que la omisión persistía al momento del comienzo de la vigencia de la LAPAG y, durante ella, ocurrieron hechos relevantes respecto del problema jurídico planteado.

b) La procedencia de la acción popular para obtener el cumplimiento de una norma legal

43. La acción popular no es un mecanismo subsidiario para la defensa de los derechos o intereses colectivos, sino un mecanismo principal que procede, incluso si su amparo es posible mediante el ejercicio de otro medio judicial idóneo y eficaz. Por lo tanto, la acción popular no deviene improcedente en los casos en los que el hecho vulnerador consiste en el incumplimiento de una norma legal o de un acto administrativo, cuya ejecución pueda solicitarse mediante una acción de cumplimiento, esta sí subsidiaria respecto de la acción de tutela y, en general, respecto de cualquier otro instrumento de defensa judicial (art. 9 de la Ley 393 de 1997).

44. Además de lo anterior, resulta relevante resaltar que, respecto de los hechos del presente caso, se incoó una acción de cumplimiento, que, en primera instancia, ordenó incluir en el presupuesto general de la Nación una partida destinada a la inversión del 10% del producto de la venta de Chivor, pero esta decisión fue revocada por la Subsección B, de la Sección 2 del Consejo de Estado, tras concluir, en aplicación del párrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997, que: *"la acción instaurada por los señores Alcaldes*

²⁶ Folio 110 c. 1.

²⁷ "EL DIRECTOR FINANCIERO Y FISCAL DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ CERTIFICA: Que producto de la venta del activo denominado Central Hidroeléctrica Chivor mediante Convenio No. 640 de 1999 celebrado entre el INVIAS y el Departamento de Boyacá, la Nación asignó la suma de \$18.023.000.000 para ser invertidos en los siguientes proyectos de inversión "; Folio 1278 c. 3.

de los Municipios de Macanal, Santa María y San Luis de Gaceno y algunos ciudadanos residentes en aquéllos, es improcedente, puesto que el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 a la luz de los preceptos analizados, genera gastos"²⁸. Finalmente, debe resaltarse que, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de esta corporación, no es posible declarar la improcedencia de la acción popular, cuando las pretensiones deban tramitarse mediante otro mecanismo²⁹.

2.3. El desconocimiento del derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa en el caso bajo estudio

45. La moralidad administrativa es un derecho o interés colectivo directamente previsto en el artículo 88 de la Constitución Política. Sin embargo, constituye un concepto jurídico indeterminado. Para precisar su contenido, la jurisprudencia ha recurrido a varios criterios o referentes de moralidad pública. Así, es posible identificar su vulneración a partir del análisis de tres elementos: uno *objetivo*, relativo al desconocimiento del ordenamiento jurídico; uno *subjetivo*, que indica el desconocimiento del interés general y de los fines del Estado y uno de *imputación y carga probatoria*, según el cual, para que se concluya la vulneración o amenaza a la moralidad administrativa, es necesario que el accionante cumpla con unas cargas argumentativas y explicativas suficientes, que indiquen la reunión de los elementos objetivo y subjetivo de inmoralidad administrativa³⁰. A continuación se analizará si, en el presente asunto, se configuraron los tres elementos de la inmoralidad administrativa:

2.3.1 El elemento objetivo de la inmoralidad administrativa

46. Existe, en principio, vulneración a la moralidad administrativa, si la actuación cuestionada desconoció el ordenamiento jurídico (el referente normativo de la moralidad, incluidos los principios generales o específicos del derecho); si se desconocieron los valores del ordenamiento jurídico (el referente axiológico); o si se materializó una vulneración o amenaza para el patrimonio público (el referente de protección al patrimonio público).

2.3.1.1. El referente normativo de moralidad:

²⁸ Consejo de Estado, Secc. 2, Sub. B, Sentencia del 14 de octubre de 1999, exp ACU-970.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión número catorce, Sentencia de Unificación del 26 de agosto de 2021, exp. 11001-33-31-017-2008-00266-01, que resolvió "**UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA** en el sentido de que, en las acciones populares no procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones, la inadmisión de la demanda o su rechazo, negar las pretensiones, declarar la improcedencia de la acción, ni la sentencia inhibitoria, cuando tales decisiones se funden en la inclusión de pretensiones incompatibles con la acción popular. En caso de que la demanda incluya pretensiones que no puedan resolverse mediante la acción popular, el juez debe readecuar oficiosamente el trámite, según el mecanismo que corresponda. La readecuación procesal de la demanda puede ser total o respecto de ciertas pretensiones" (subrayas originales).

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 1 de diciembre de 2015, exp. 11001-33-31-035-2007-00033-01 (AP).

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

47. Como una de las formas de desarrollar los postulados de la cláusula constitucional de Estado Social de Derecho, particularmente sus componentes de solidaridad y de igualdad material, el artículo 60 de la Constitución introdujo el principio constitucional de promoción del acceso a la propiedad. Como principio, se trata de un mandato amplio y general, que involucra, por sí mismo, un margen de apreciación y de acción, para su cumplimiento progresivo, en la medida de las posibilidades: “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad”. Igualmente, allí se introdujo una regla constitucional – mandato constitucional específico -, que concretó el principio, pero que, lógicamente, no lo agotó, ni excluyó la posibilidad de que el legislador incluyera reglas adicionales, al amparo del principio: “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”. También se previó que “La ley reglamentará la materia”. Dicha reglamentación ocurrió mediante 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”. Allí, en esencia, se determinó el campo de aplicación de la Ley – operaciones comprendidas y excluidas -, se desarrollaron los mecanismos para garantizar el derecho de preferencia en la adquisición de la propiedad estatal, se regularon los procedimientos que deben surtir para la enajenación de la propiedad accionaria pública – de la Nación y de las entidades territoriales - y, finalmente, se dispuso lo relativo al destino de los recursos obtenidos por la privatización.

48. La Ley 226 ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, que han permitido precisar su alcance: **(1)** en los términos del artículo 60 de la Constitución, la Ley 226 de 1996 se predica de *privatizaciones empresariales*³¹, es decir, de las transferencias a los particulares³² de la propiedad pública, representada en acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones, “y, general, a su participación en el capital social de cualquier empresa”³³, que resulta de una decisión de política pública privatizadora³⁴. Por ello **(2)** las exigencias de esta ley no se predicán

³¹ “Lo que sí impone la Carta es la obligación de dar prioridad, en cualquier caso de injerencia legítima del Estado, -privatización, venta de activos de sus empresas, participación en la gestión empresarial etc.- a estos tipos de propiedad que por su carácter democrático y participativo, contribuyen a realizar el Estado social de derecho. (...)”: Corte Constitucional, Sentencia C-074/93, respecto de la reestructuración de la Caja Agraria y, particularmente, de la liquidación de sus activos. En la versión inicial de la norma constitucional durante el debate en la Constituyente se utilizaba la expresión privatización: “Cuando el Estado por cualquier causa privatice una Empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar su propiedad” Gaceta Constitucional, n. 4, 13 de febrero de 1991, p. 2.

³² “Por “privatización”, se entiende el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado, dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y reducir, por otra parte, el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general”: Corte Constitucional, Sentencia C-037/94.

³³ Artículo 1 de la Ley 226 de 1995.

³⁴ Así fue interpretado el ámbito de aplicación de la Ley 226 de 1995, en el Concepto 1.513 de 2003, proferido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado: “la enajenación de la participación estatal en el capital social de una empresa, regulada por el artículo 60 del ordenamiento superior y la ley 226 de 1995, se refiere a la que se hace de manera voluntaria³⁴ por la entidad estatal propietaria, en desarrollo de un programa de privatización previsto dentro de las políticas y planes trazados por el Gobierno nacional”. Por lo tanto, se excluyen las enajenaciones

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

de las operaciones realizadas entre entidades públicas³⁵, ni respecto de la venta de activos públicos diferentes a acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, como lo dispone el artículo 20 de la Ley 226, ya que no se trata de una privatización de la propiedad accionaria estatal o, en general, de “*las participaciones del Estado en las empresas*”³⁶. No obstante, **(3)** desde la Sentencia C-074 de 1993, la Corte Constitucional advirtió que “(...) **la distinción debe ser interpretada y aplicada con máxima prudencia** a fin de no vulnerar el espíritu del artículo 60 de la Constitución. En efecto, bien puede suceder que mediante la liquidación de activos se produzca el efecto -querido o no- de desconocer el mandato constitucional sobre propiedad solidaria o asociativa y, en particular, las condiciones favorables de que son titulares tanto los trabajadores como las organizaciones solidarias para acceder a la propiedad en caso de enajenación de participaciones estatales en empresas”³⁷ (negritas no originales). En desarrollo de este precedente, la Sentencia C-474 de 1994 indicó que la exclusión de venta de activos, del campo de aplicación de la Ley 226 de 1995, debe hacerse con prudencia y caso a caso: “*Realmente, no escapa a la Corte que pueden presentarse "situaciones límite", en las que al socaire de una aparente venta de activos de una empresa estatal, en el fondo, se lleve a cabo la enajenación de su participación, sustrayendo por esta vía a los trabajadores y organizaciones solidarias la posibilidad que les depara la norma constitucional. Es evidente que en estos eventos, a los cuales se refiere la sentencia anterior de esta Corte, la distinción carece de sustento y no podrá formularse. El examen de la realidad de una particular negociación, deberá hacerse caso por caso*”³⁸(negritas no originales). En desarrollo de esta línea jurisprudencial, la Sentencia C-392 de 1996 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 20 de la Ley 226 de 1996, norma que excluye de su ámbito de aplicación la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, en los siguientes términos: “*la norma es exequible en el entendido de que ella es ejercida para la venta de activos estatales, y no para que se encubra la enajenación de la participación del Estado en una empresa bajo la forma de venta de activos, pues de ser así, estaríamos en frente de una clásica desviación de poder que implica la posibilidad de que se anule lo actuado*”³⁹ (negritas no originales).

49. La anterior posición jurisprudencial apunta a dar prevalencia material al principio previsto en el artículo 60 de la Constitución, más allá de las formas. Por lo tanto, el término “acciones” debe ser interpretado de manera amplia, en el sentido de privatización del capital público, a partir de un análisis caso a caso, en el que se reprochen operaciones que tengan por objeto o por efecto eludir su cumplimiento y, en caso de duda, el operador jurídico de la norma, en los términos de la Sentencia C-1260 de 2001, escoja la interpretación que haga efectivo el artículo constitucional, en lugar de

realizadas por mandato legal, como la enajenación de participaciones sociales en empresas por parte del ICBF que recibe, debido a su vocación hereditaria”: Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto del 7 de junio de 2007, rad. 11001-03-06-000-2007-00041-00(1827).

³⁵ Por ejemplo, la Sentencia C-632/96 concluyó que la operación prevista en el artículo 5 del Decreto 1297 de 1994 no era una privatización, sino una dación en pago entre entidades públicas (del Banco BCH a ICBF).

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-474/94, respecto de la venta activos de Colpuertos.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-074/93.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-474/94.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-392/96. “*cuando la venta de activos equivale a la enajenación a favor de particulares de la participación del Estado en una empresa”*: Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto del 7 de octubre de 2010, exp 11001-03-06-000-2010-00051-00 (2002)

restringirlo, por apego a las formas aparentes⁴⁰.

50. En desarrollo del artículo 60 de la Constitución, el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 dispuso que el 10% del producto neto de la enajenación "se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen". Se trata de una regla de rango legal, que desarrolló el principio constitucional previsto en el artículo 60 superior⁴¹ y que consulta la intención del constituyente en la materia⁴², pero además, que encuentra respaldo en el imperativo constitucional de descentralización, previsto en el artículo 1 superior, al destinar los recursos al desarrollo regional, con el fin de que la presencia empresarial pública no desaparezca, en beneficio de particulares, sin que la entidad territorial reciba parte de los beneficios de la operación, particularmente, en términos de desarrollo local.

51. En el caso bajo estudio, a pesar de que formalmente se trató de la venta de un activo perteneciente a una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, con capital público mayoritario, en realidad, **se enajenó la participación estatal en su capital** y, por lo tanto, la operación financiera cuestionada coincide con el condicionamiento introducido al artículo 20 de la Ley 226 de 1995, mediante la Sentencia C-392 de 1996. Por lo tanto, no era posible eludir el cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de dicha ley, respecto del deber de inversión del 10% del producto de la enajenación. Así, ISAGEN era, al momento de la operación, una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de naturaleza mixta, es decir, que contaba con participación estatal en su capital. Al respecto, la Ley 142 de 1994 previó, en su capítulo II, lo relativo a la "PARTICIPACION DE ENTIDADES PÚBLICAS EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS" y allí dispuso expresamente el deber de respetar el artículo 60 de la Constitución (artículo 27.2). También se precisó que, para efectos del control fiscal "27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles". Dichas

⁴⁰ "La interpretación restrictiva del término acciones comporta resultados indeseables, pues no sólo permite que la finalidad democratizadora del derecho de preferencia pueda ser eludida en la práctica, sino que podría estimular que las empresas con participación estatal asuman ciertas formas jurídicas, que no sean las más adecuadas. Por el contrario, una interpretación amplia del término acciones evita esos inconvenientes, pues fortalece la voluntad democratizadora del Constituyente y no genera incentivos inadecuados en el diseño de las empresas con participación estatal. Ahora bien, **es sensato asumir como principio hermenéutico que el funcionario judicial siempre debe preferir aquella interpretación que vigoriza el cumplimiento de los fines de la norma** y que evita consecuencias indeseables en su aplicación. Una conclusión se impone: el término acciones debe ser entendido en forma amplia, de tal manera que cubra a todas las formas de participación estatal en el capital social empresarial" (negritas no originales): C-12601/01. "Pero con la precisión terminológica no quería extender esa obligación de brindar un trato preferencial a otros casos de enajenación de bienes estatales, **a menos que tuviera alguna conexión con el primer imperativo**" (negritas no originales): Corte Constitucional, Sentencia C-1260/01.

⁴¹ Respecto de la regla constitucional del derecho de preferencia en la enajenación, "Bastaría entender que una de ellas tiene rango constitucional, mientras que la otra tiene tan sólo jerarquía legal": Corte Constitucional, Sentencia C-1260/01.

⁴² "Con el fin de que los eventuales procesos de privatización que puedan ocurrir en el futuro, no favorezcan en forma injusta e inequitativa a particulares que puedan obtener privilegios en las transacciones correspondientes a costa del interés colectivo (...) No puede olvidarse que en estos casos se enajenan bienes que le pertenecen a toda la sociedad" Asamblea Nacional Constituyente, citado en la Sentencia C-1260/01.

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

normas, combinadas con los artículos 20 y 23 de la Ley 226 de 1995, a luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, permiten concluir que, desde un punto de vista material, se trató de la enajenación de la participación estatal en ISAGEN. En efecto:

52. En primer lugar, aunque, en diferentes oportunidades (respuesta a peticiones, contestación de la demanda, apelación y alegatos de conclusión), las entidades públicas demandadas argumentaron que la venta de Chivor encuadraba en uno de los dos supuestos de hecho de exclusión del cumplimiento de la Ley 226 de 1995, previsto en su artículo 20, por tratarse de una enajenación de activos diferentes a acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, por lo que, "sólo se sujetará a las reglas generales de contratación" (art. 20 de la Ley 226 de 1995), llama poderosamente la atención el hecho de que sí se respetaron todas las previsiones de dicha ley, salvo el artículo 23. En efecto, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 226 "El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, adoptando un programa de enajenación", el que deberá ser diseñado por el ministerio al cual se adscriban o vinculen los titulares de la participación estatal, pero bajo coordinación del Ministerio de Hacienda. Teniendo en cuenta que ISAGEN era, al momento de la operación, una entidad vinculada al Ministerio de Minas, el programa fue elaborado por ambos ministerios y aprobado en Consejo de Ministros, como consta en el Decreto 1740 de 1996, que aprobó dicho programa de enajenación. Particularmente, allí se respetó, la exigencia de un mecanismo de amplia publicidad y libre concurrencia (art. 9 de la Ley 226) y su contenido se ajustó a las exigencias del artículo 10 de la Ley 226. Por ello, en el artículo 6 del programa de enajenación se previeron las condiciones especiales para la adquisición por parte de los sujetos privilegiados en términos de democratización de la propiedad accionaria estatal (arts. 3 y 11 de la Ley 226). Ello fue respetado en la práctica y, por consiguiente, la primera emisión de acciones de la sociedad Chivor S.A. fue adjudicada al sector solidario, según consta en la aprobación otorgada por la Resolución 2875 de 1996, proferida por el Ministerio de Hacienda.

53. El deber de respetar las previsiones de la Ley 226 de 1995 se encontraba en el contrato de mandato 55 que suscribieron ISAGEN y el Ministerio de Hacienda el 29 de abril de 1996, para la realización de la operación, donde se previó que en la operación debería tenerse en cuenta la aplicación del artículo 60 de la Constitución y las demás normas aplicables⁴³. Igualmente, en la parte motiva del decreto que aprobó el programa de enajenación se indicó expresamente que el Estado decidió "**desarrollar un programa de enajenación de una parte de la participación estatal en la actividad de generación eléctrica**" (negritas no originales) y se indicó que, "de conformidad con el artículo

⁴³ "2. Que en el evento en que "LOS ACTIVOS" se enajenen a particulares se deberá tener en cuenta la aplicación del artículo 60 de la Constitución Política y demás normas aplicables": Contrato de mandato 055, folio 130, c. 1.

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

60 de la Constitución, la Ley 226 de 1995 y el artículo 77 de la Ley 143 de 1995 y los pronunciamientos judiciales que se han proferido sobre el artículo 60 de la Constitución Política, se debe ofrecer a los trabajadores y organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones preferenciales para acceder a la propiedad estatal". Finalmente, se resaltó que "la Ley 226 de 1995 determina que **cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad** que preste servicios de interés público, se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad en el servicio" (negrillas no originales).

54. La **Central Hidroeléctrica de Chivor materializaba la participación estatal en el capital de ISAGEN**, teniendo en cuenta que el capital social es el conjunto de bienes y derechos patrimoniales, susceptibles de valoración económica, que son aportados por los socios para la constitución de la sociedad o para su capitalización posterior. En efecto, Chivor fue construida entre 1970 y 1982 con dineros de naturaleza pública⁴⁴, considerando que su propietaria, Interconexión Eléctrica, ISA, era una sociedad cuyos accionistas eran, en su totalidad, entidades públicas⁴⁵. La primera etapa de Chivor fue terminada 1977 y su construcción tuvo un costo final de 200 millones de dólares; la segunda etapa se inauguró en 1982, por un costo de 195 millones de dólares⁴⁶. Ante la crisis energética iniciada en 1991, las empresas del sector afrontaron graves dificultades financieras. Fue por ello que, con autorización legal⁴⁷, en 1991 la Nación y en 1993 la Financiera Energética Nacional (FEN) adquirieron acciones de ISA, con el objetivo de sacarla de la crisis financiera en la que se encontraba⁴⁸.

55. Por su parte, los artículos 167 de la Ley 142 de 1994 y 32 de la Ley 143 de 1994 autorizaron al Gobierno Nacional para realizar la modificación del objeto de ISA con el fin de que, a partir de sus activos de generación, incluido Chivor, naciera una Sociedad de Economía Mixta, vinculada al Ministerio de Minas, cuyo objeto sería la generación eléctrica, al tiempo que ISA se encargaría únicamente de la transmisión. Por el mandato legal de escisión, el Decreto 1521 de 1994 ordenó la creación de una "sociedad anónima, de economía mixta de servicios públicos, del orden nacional, de carácter comercial y vinculada al Ministerio de Minas y energía"⁴⁹. Allí se dispuso que "ISA procederá a transferir a aquella la parte de su patrimonio vinculado a

⁴⁴ "La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien **porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público**" (negrillas no originales): inciso 2 del art. 1 de la Ley 226 de 1995.

⁴⁵ Interconexión Eléctrica se creó el 14 de septiembre de 1967. Sus accionistas iniciales eran la Empresa de Acueducto de Bogotá, Empresas Públicas de Medellín, Corporación Autónoma del Cauca, la Central Hidroeléctrica del Río Anchicaya, Electraguas, luego convertida en ICEL (Instituto Colombiano de Energía Eléctrica) y la Central Hidroeléctrica de Caldas. En 1976 se asoció la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca).

⁴⁶ Datos suministrados por el DNP en la contestación de la demanda (Folio 829 c. 3) y en sus alegatos de conclusión Folio 1732 anverso c. 5.

⁴⁷ "El Racionamiento eléctrico a que se vio sometido el país desde marzo de 1992 obligó a tomar medidas de emergencia orientadas a superar la crisis de suministro de electricidad. Los proyectos de Ley presentados al Congreso tuvieron que ser modificados ante las circunstancias del racionamiento. (...) Se autoriza a la Nación para asumir obligaciones a cargo de las empresas del sector eléctrico a cambio de activos productivos, acciones o aportes sociales; igualmente se la autoriza para adquirir activos de las empresas eléctricas": Escritura pública 230, otorgada el 4 de abril de 1995, de escisión entre ECOGEN e ISA; Folios: 1109-1110 c. 3.

⁴⁸ Escritura pública 230, otorgada el 4 de abril de 1995, de escisión entre ECOGEN e ISA Folio 1108 c. 3.

⁴⁹ Escritura pública 230, otorgada el 4 de abril de 1995, de escisión entre ECOGEN e ISA folio 1149 c. 3.

la actividad de generación". La nueva empresa se denominó ECOGEN. Por autorización del Decreto 32 de 1995, la escisión entre ECOGEN e ISA se realizó mediante la escritura pública 230 otorgada el 4 de abril de 1995⁵⁰. La escritura pública de reforma 266 del 24 de abril de 1995 ECOGEN S.A. cambió de denominación por ISAGEN S.A. ESP. En dicha escritura se previó que el patrimonio de ISAGEN se compondría por las plantas de generación que inicialmente eran de ISA, incluida Chivor⁵¹. La participación estatal en ISAGEN fue del 76,8844% del total de las acciones suscritas y pagadas⁵² y dicho porcentaje, que se mantuvo invariable⁵³, equivalía, al momento de la venta de Chivor, a 512.828 acciones.

56. La venta de Chivor constituyó, entonces, un proceso de **privatización de la propiedad pública**, ya que la Central Hidroeléctrica había sido construida con dineros de naturaleza pública, la empresa propietaria recibió aportes públicos y, por ello, su capital ampliamente mayoritario era público. Chivor fue entregada como aporte social para la constitución de ECOGEN S.A., ahora ISAGEN S.A. y, fruto de la operación en cuestión – constitución de una sociedad, mediante la suscripción sucesiva de acciones-, Chivor pasó a manos de particulares. Dicha operación resultó de una política pública adoptada "*dentro del proceso de reestructuración del sector eléctrico colombiano y para promover la competencia mediante la vinculación del sector privado al mismo*", como lo explica la exposición de motivos del decreto que aprobó el programa de enajenación. En desarrollo de dicha política pública destinada a obtener recursos para el desarrollo vial del país, fueron vendidas a particulares la central hidroeléctrica de Chivor⁵⁴, la central hidroeléctrica de Betania, Termocartagena y Termotasajero y las de propiedad de Ecopetrol: Ocoa, Yumbo y Gundalay⁵⁵.

57. A pesar de que Chivor era un bien de ISAGEN, se trataba de un **activo organizado como una empresa**, no sólo por sus componentes físicos y organizacionales, sino por la capacidad que tenía para que, por sí sola, realizara una actividad económica, lo que justamente permitió que, con dicho bien, se constituyera una nueva empresa de propiedad de particulares, denominada Chivor S.A. Tal como lo reconoció ISAGEN en este proceso, Chivor fue vendida "*como una unidad de negocio*"⁵⁶. Esto resulta relevante, considerando que la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha interpretado que la exequibilidad condicionada prevista en la Sentencia C-

⁵⁰ Folios 1104-1175 c. 3.

⁵¹ Dato suministrado por ISAGEN en la contestación de la demanda: folio 316 anverso c. 1.

⁵² Folio 152 c. 1.

⁵³ Certificación de la Contralora delegada para minas y energía Folio 152 c. 1.

⁵⁴ La decisión de vender y dar mandato al Ministerio de Hacienda se decidió en la asamblea general extraordinaria de accionistas de ISAGEN, según actas 003 del 15 de febrero de 1996 y 0004 del 28 de marzo de 1996 según indicó ISAGEN al contestar la demanda: folio 310 c. 1.

⁵⁵ Todo esto se evidencia en la Resolución 2999 del 11 de diciembre de 1996, del Ministerio de Hacienda: folio 138 c. 1.

⁵⁶ "*Como en este proceso quedó comprobado que lo que en realidad ocurrió en el año de 1996 fue la venta de la CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CHIVOR, como una unidad de negocio*": Alegatos de conclusión de ISAGEN para primera instancia, folio 1479 c. 4.

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

392 de 1996 se refiere a aquellos eventos en los que se realiza la venta de "activos organizados como un negocio" o "activos organizados como empresa"⁵⁷, por lo que, las reglas derivadas del artículo 60 de la Constitución se activan cuando se realice la "enajenación de participaciones en el capital de una empresa, aplicable a los activos que equivalen o representen dichas participaciones"⁵⁸.

58. Pese a todo lo anterior, el Ministerio de Hacienda argumentó en este proceso que no eran aplicables las reglas de la Ley 226 de 1995 a esta operación, considerando que las acciones adquiridas por los particulares no pertenecían previamente a la Nación, al ser acciones de una sociedad que no existía previamente: Chivor S.A. Al respecto, debe indicarse que el mecanismo utilizado para la privatización, esto es, la constitución de una nueva sociedad comercial, mediante la suscripción sucesiva de acciones es, en efecto, una operación del mercado primario de acciones, diferente de la enajenación de acciones, que constituye una operación del mercado secundario. Sin embargo, ello no basta, por sí solo, para excluir la aplicación de la Ley 226 de 1995, teniendo en cuenta que, como se evidenció, esta operación corresponde a una enajenación de la participación estatal, en los términos de la exequibilidad condicionada del artículo 20 de la Ley 226. En este sentido, resulta relevante indicar que la Sección primera del Consejo de Estado negó las pretensiones de nulidad del Decreto 20 del 11 de enero de 2000 "por el cual se aprueba el programa de enajenación de la participación estatal en el complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte mediante la constitución por suscripción sucesiva de acciones de la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A.". La demanda argumentaba que el vicio consistió en que se acudió a la Ley 226, a pesar de tratarse de una suscripción sucesiva de acciones. Para fallar, la sentencia argumentó: "Expresado de otra manera, **si el artículo 60 de la Carta** es aplicable no solamente para la enajenación de acciones, cuotas, derechos, partes de interés o cualquier otra de las modalidades de derechos o títulos que pueden presentarse sino que **puede abarcar igualmente la enajenación de activos estatales**, necesariamente ha de entenderse también que la Ley 226 de 1995 tiene esos mismos alcances, pues al fin y al cabo la democratización de la propiedad, es un mandato constitucional que está llamado a orientar, en casos como este, la democratización de la propiedad. En ese orden de ideas, si la Corte Constitucional reconoce esos alcances tan extensos al artículo 60 constitucional, no es dable colegir que la norma legal que la desarrolla tenga el alcance restringido que señala el demandante"⁵⁹.

2.3.1.2. El referente de protección del patrimonio público:

59. Como se explicará en el examen de la vulneración del derecho o interés colectivo a la protección del patrimonio público, se constata que en este caso hubo un inadecuado manejo de los dineros, fondos o bienes públicos por lo que, de acuerdo con el referente de protección del patrimonio

⁵⁷ CE Sala de Consulta concepto del 23 de abril de 2007 rad 181211001-03-06-000-2007-00017-00 respecto de la venta de ECOGAS.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Consejo de Estado, Secc. 1, Sentencia del 23 de septiembre de 2010, rad. 11001-03-24-000-2006-00021-00.

público se evidencia la violación de la moralidad administrativa.

60. Así las cosas, la omisión del cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 constituyó, desde un punto de vista objetivo, una vulneración al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa. Por lo anterior, se analizará si ello se constata igualmente, a partir de un análisis subjetivo.

2.3.2 El elemento subjetivo de la inmoralidad administrativa

61. Habrá vulneración o amenaza a la moralidad administrativa, además de la constatación del elemento objetivo o, incluso sin que ello esté demostrado, si existen pruebas de que la actuación cuestionada no perseguía el interés general o no estaba dirigida a la satisfacción de los fines del Estado. Para ello, se recurre al referente teleológico de la moralidad:

2.3.2.1. El referente teleológico de moralidad:

62. Aunque el mecanismo de venta por suscripción sucesiva de acciones no es, en sí mismo, ilegal y se encuentra previsto en el artículo 50 y siguientes de la Ley 222 de 1995, “*por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio*”, fue utilizado por el Ministerio de Hacienda como argumento para excusar el cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995. En efecto, el ministerio sostuvo que la suscripción sucesiva de acciones tenía por objeto evitar la suspensión de la actividad de Chivor y, por lo tanto, dar continuidad al servicio público. Frente a ello, debe indicarse que la misma Ley 226 exige, en su artículo 5, que se garantice la continuidad en la prestación del servicio público, lo que indica que tal necesidad no era, en sí misma, incompatible con el respeto de dicha ley que desarrolló el artículo 60 de la Constitución. Es decir que el esquema, en sí mismo, no buscaba eludir la norma, pero fue utilizado como argumento para justificar su desconocimiento.

63. Ciertamente, desde un punto de vista formal, la operación no consistió en la enajenación de la participación accionaria del Estado en ISAGEN y, por lo tanto, luego de la venta, éste conservó la misma cantidad de acciones, desde un punto de vista nominal. Sin embargo, la venta de Chivor a los particulares generó la salida del patrimonio de ISAGEN de un activo trascendental para su operación. La finalidad de la operación no consistió en la capitalización de ISAGEN, ya que se buscaba el recaudo de recursos por parte de sus accionistas, mediante la obtención de utilidades por la venta del activo. Ello se evidencia claramente en documentos públicos previos y posteriores a la operación. Así, en el acta de la junta directiva de

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

ISAGEN en donde se discutió la venta de Chivor se indicó que la enajenación buscaba dejar a ISAGÉN “en un punto adecuado” y obtener “recursos que necesita el Estado para sanear su problema fiscal de hoy, que es en parte heredado del sector eléctrico”⁶⁰, es decir, que no se pretendía la reinversión de los recursos obtenidos en la misma ISAGEN. Por otra parte, el documento CONPES 2929, denominado balance de los procesos de vinculación capital privado - las privatizaciones / DNP se indicó que “La estructuración de la estrategia de privatización se fundamentó en un reciente marco legal y regulatorio. La Ley de Privatizaciones (Ley 226 de 1995), estableció un procedimiento para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, desarrollando así el Artículo 60 de la Constitución Política, que busca promover el acceso a la propiedad”. En la página 9 de dicho documento se incluyó un cuadro de las privatizaciones efectuadas: Chivor, Banco Popular, Betania, Termocartagena, Termotasajero, Gas Natural, EPSA, Cerromatoso e Invercolsa. Igualmente, resulta relevante indicar que, a diferencia de lo que ocurrió con la enajenación de la Central Hidroeléctrica de Chivor, mediante el documento CONPES 2931, del 11 de junio de 1997, se estableció el “Programa de inversiones en el departamento del Huila con cargo a la participación en el 10% del producto neto de la enajenación de la Central Hidroeléctrica de Betania” y las inversiones proyectadas ascendieron a 29.940.700.000.

64. Pese a ello, el Gobierno Nacional fue cuidadoso para no afirmar, en documento alguno, que recibió recursos provenientes de la enajenación de Chivor: en el documento CONPES 2960 del 22 de octubre de 1997⁶¹ se adoptó el “Programa de mejoramiento y rehabilitación de la malla vial secundaria y terciaria del área de influencia de la Central Hidroeléctrica de Chivor”. Sin embargo, allí no se indica que los recursos para el área de influencia de la Central Hidroeléctrica de Chivor provengan de la enajenación de Chivor. Igualmente, en la contestación de la adición de la demanda el Ministerio de Hacienda sostuvo que: “En el caso de CHIVOR S.A ESP la recepción de los recursos pagados por los inversionistas de esta nueva sociedad fueron recaudados a través de un patrimonio autónomo manejado por Fiduciaria Previsora S.A.”⁶². Igualmente, como respuesta al requerimiento del Tribunal de primera instancia, el ministerio respondió que “NO se tienen registros contables correspondientes al ingreso de recursos generados por la venta del activo denominado Central Hidroeléctrica de Chivor”⁶³ e, incluso, profirió una certificación en tal sentido⁶⁴. Finalmente, el ministerio agregó: “por lo tanto no podemos certificar en que (SIC) proyectos ubicados en los municipios que los oficios F.A.R.R. 0310 relacionan tales recursos fueron invertidos”⁶⁵.

65. Cuando en 2013 el Gobierno Nacional decidió finalmente enajenar las acciones de las que disponía en ISAGEN, aunque nominalmente eran las mismas con las que contaba en 1996, al momento de la venta de Chivor a

⁶⁰ Acta 18 de la reunión extraordinaria de la junta directiva de ISAGEN: Folio 69 del cuaderno de contestación de la demanda por parte de ISAGEN.

⁶¹ folios 1075-1078 c. 3.

⁶² Folio 506 c. 1.

⁶³ Folio 1094 c. 3.

⁶⁴ Folio 1095 c. 3.

⁶⁵ Oficio remitido por el Ministerio de Hacienda al Tribunal de primera instancia, folio 1267 C. 3.

particulares⁶⁶, del patrimonio de ISAGEN ya había salido este importante activo, se habían recaudado recursos por parte del Gobierno Nacional y no se habían realizado las inversiones en la región, que ordenaba el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, en detrimento del mandato constitucional de descentralización, que subyace en esta norma legal.

66. Es decir que existen importantes y suficientes evidencias de la **vulneración objetiva** de la moralidad administrativa, al haber materializado, en su conjunto, una elusión del cumplimiento pleno de la regla del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, en perjuicio de la región de influencia de Chivor y contrariando del fin esencial del Estado, previsto en el artículo 2 de la Constitución, consistente en "*promover la prosperidad general*". Sin embargo, no existen pruebas suficientes de que la actuación del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda, constituyera un acto **subjetivamente inmoral**. Los indicios que obran en el expediente respecto de la mala fe administrativa, como una actuación consciente y deliberada para eludir normas legales, en detrimento de fines constitucionales, no son suficientes para que esta corporación identifique cuáles fueron los motivos determinantes que impulsaron la estrategia, lo que impide, en el presente caso, afirmar que existió una actuación subjetivamente reprochable a la luz del mandato de moralidad.

2.3.3. El elemento de imputación y carga de la prueba

67. El accionante de este proceso explicó, de manera clara y suficiente, en qué consistió la vulneración a la moralidad administrativa. Sin embargo, no aportó pruebas suficientes destinadas a demostrar la vulneración subjetiva a la moralidad administrativa, lo que impide concluir que existió violación de este derecho o interés colectivo.

2.4 El derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público y su vulneración en el caso bajo examen

68. La importancia constitucional del patrimonio público radica en que, es a través de su gestión eficiente y eficaz que es posible satisfacer los fines esenciales del Estado (artículo 2 de la Constitución), al permitir el adecuado funcionamiento de los entes públicos, la prestación de servicios públicos y la puesta en marcha de políticas sociales propias del Estado Social de Derecho, en pro de la eficacia de los derechos fundamentales⁶⁷. La

⁶⁶ El Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 aprobó el programa de enajenación ISAGEN para la financiación de proyectos de infraestructura bajo el esquema de asociaciones público-privadas: cuarta generación de concesiones viales. Cf. Consejo de Estado, Secc. 1, Sentencia del 10 de septiembre de 2015, exp. 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

⁶⁷ Consejo de Estado, Secc. 1, Sentencia del 19 de febrero de 2004, rad. 52001-23-31-000-2002-00559-01(AP).

jurisprudencia de esta corporación ha precisado que la protección del patrimonio público no consiste necesariamente en su intangibilidad, sino implica, según el caso, su adecuada gestión⁶⁸.

69. En relación con la manera concreta como se debe examinar la vulneración del derecho a la protección del patrimonio público en eventos como este, esta corporación ha indicado que: “*la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción*”⁶⁹. No obstante, de acuerdo con lo expuesto en esta sentencia, a esos criterios es necesario agregar un criterio adicional: *iii) con el cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1996.*

70. En efecto, aunque en este proceso no se cuestiona la valoración dada a Chivor, para efectos de su venta, lo que se cuestiona es que con los recursos obtenidos por la enajenación no se realizaron las inversiones que ordenaba el artículo 23 de la Ley 226. Esta omisión materializa una vulneración del derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, en la medida en que significa una inadecuada gestión, uso o destinación de los recursos, apartada de mandatos legales que obligaban una destinación presupuestal específica. No se trata de una afectación del patrimonio de las entidades territoriales, teniendo en cuenta que lo dispuesto por dicha norma, en su versión original, no consiste en la transferencia de recursos a dichos entes, sino la realización de inversiones para el desarrollo regional, por parte del Gobierno Nacional, lo que, en efecto, no ocurrió. Se trata de una indebida e ilegal gestión del patrimonio de la Nación, lo que materializó una vulneración del derecho o interés colectivo a su protección, en los términos explicados y afectó el desarrollo regional, como fin constitucional.

71. La vulneración constatada del patrimonio público es exclusivamente imputable a la Nación, en cabeza del Ministerio de Hacienda. En efecto, si bien es cierto que el Ministerio de Minas y Energía e ISAGEN participaron en la enajenación de Chivor, el desconocimiento del derecho o interés colectivo no se predica de la operación, en sí misma considerada, sino de la omisión posterior que consiste en la no realización de las inversiones ordenadas por el artículo 23 de la Ley 226 de 1995. Tal deber legal recaía exclusivamente en la Nación, en su calidad de accionista mayoritario de

⁶⁸ “Ahora bien, por defensa del patrimonio público no debe entenderse su intangibilidad. En realidad, el correcto entendimiento de la protección debida del patrimonio público consiste en la gestión eficiente y eficaz de los bienes públicos, que resulta de los principios de la función administrativa, particularmente los de eficacia, economía y moralidad⁶⁸, (artículo 209 de la Constitución) y del control fiscal a partir de criterios financieros, operativos y de resultados (artículo 268.1 de la Constitución)”: Consejo de Estado, Secc. 3, Sub. B, Sentencia del 8 de septiembre de 2021, exp. 25000 23 24 000 2011 00388 01.

⁶⁹ Consejo de Estado, Secc. 1, Sentencia del 10 de septiembre de 2015, exp. 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

ISAGEN, como se desprende claramente del mismo artículo 23, según el cual el 10% “se invertirá, **por parte del Gobierno**, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional” (negritas no originales). Es decir que, a quien le correspondía incluir dichas partidas en el presupuesto general de la Nación era al Ministerio de Hacienda. Por lo tanto, contrario a lo sostenido por el demandante, tampoco son responsables los municipios de la zona de influencia de Chivor porque, aunque, en efecto, hubieran podido solicitar al Gobierno el cumplimiento de la norma, no existía deber legal alguno en tal sentido y, por el contrario, era sobre el Gobierno Nacional sobre quien recaía exclusivamente la obligación.

2.5. Las órdenes a impartir

72. Habiéndose evidenciado una vulneración al derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, de acuerdo con el artículo 34 de la LAPAG, esta Subsección proferirá órdenes de hacer, destinadas a corregir la vulneración identificada. Así, aunque se confirmará la sentencia proferida en primera instancia, la condena será modificada en cuanto al derecho o interés amparado; en lo relativo al destino de los recursos, en lo que le asiste razón al accionante en su escrito de apelación, y en cuanto a la conformación del comité de verificación del cumplimiento, asunto en el que tenía razón ISAGEN en su recurso de apelación.

73. En lo que respecta al **destino de los recursos**, aunque el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 disponía inicialmente que el 10 % de la enajenación se invertirá en la ejecución de proyectos de desarrollo regional, donde esté ubicada la actividad principal de la empresa, el artículo 2 de la Ley 549 de 1999 “Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional” previó unas fuentes de financiación del pago de los pasivos pensionales y, en su numeral dispuso que, con este fin, se utilizará “4. El diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen”. Esta norma sirvió de fundamento al tribunal de primera instancia para ordenar que los recursos se destinarían al pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales. Sin embargo, se trató de una aplicación indebida, de manera retroactiva, de una norma que no existía al momento la enajenación de Chivor, esto es, en 1996. No se trataba de una norma procesal, cuya aplicación inmediata hubiera estado justificada, sino de una norma sustancial, relativa al fondo de lo debatido, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, aun derogada, debe ser el fundamento de la presente sentencia⁷⁰. En virtud del principio constitucional de

⁷⁰ En Sentencia C-377 de 2004, en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 153 de 1887 y artículo 1043 del C.C. y se reiteró la sentencia C-329 de 2001 y se señaló: “(...) en principio, toda disposición legal

seguridad jurídica, que revela el Estado de Derecho, no es admisible que los cambios en las normas sustanciales ocurridos durante el tiempo que dure el proceso, varíen la manera de decidirlo. La obligación legal de invertir el 10 % del producto de la enajenación de Chivor surgió en vigencia de la versión original del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, razón por la cual, es necesario que la orden a impartir consista en el cumplimiento de lo allí dispuesto, es decir, que el destino de los recursos debe ser la realización de proyectos de desarrollo regional y no el pago del pasivo pensional territorial.

74. El **proyecto de desarrollo deberá beneficiar a los municipios** de Chivor, Santa María, Macanal, Almeida, Somondoco, Garagoa, San Luis de Gaceno, Miraflores, y Sutatenza, del Departamento de Boyacá y Ubalá, del Departamento de Cundinamarca, en los que, de acuerdo con la escritura 5000 del 30 de diciembre de 1996, se encuentra Chivor, de propiedad de Chivor S.A.⁷¹. Sin embargo, el proyecto no necesariamente deberá beneficiar a dichos municipios en idéntica y matemática proporción, sino en consideración razonada de la importancia de Chivor en cada municipio, debido, entre otros aspectos, a la extensión de la empresa en el territorio de cada municipio y al impacto de la misma en la vida local.

75. El monto de la inversión deberá ascender a la suma, en pesos colombianos, de **\$31.533.049.514.4**, cifra de 1996, por lo que se traerá a valor presente en la parte resolutive de esta sentencia. Tal monto resulta de considerar (1) que la enajenación de Chivor ascendió al monto \$644.552.724.798⁷². (2) Al momento de la enajenación, el Estado era propietario del 76,8844% de las acciones de ISAGEN, por lo que, del total de la operación, a partir de su participación accionaria, el producto de la enajenación corresponde la suma de \$495.560.495.144. (3) No obra en el expediente prueba alguna que demuestre el valor de los gastos en los que se incurrió para realizar la enajenación, razón por la cual, aunque el monto de las inversiones se debe calcular sobre el producto neto⁷³, no es posible realizar descuento alguno en el presente caso. (4) En virtud del Convenio 640 de 1999, celebrado entre el INVIAS y el departamento de Boyacá, se asignaron \$18.023.000.000, para el mejoramiento de las vías aledañas a Chivor, por lo que *dicho monto se descuenta*, considerando que se trató de dineros invertidos por el Gobierno Nacional, en proyectos de desarrollo regional, como pasa a explicarse.

surte efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones: 1. Que sean subsumibles dentro de sus supuestos. 2. Que ocurran durante la vigencia de la ley. Esto es, como regla general las normas jurídicas rigen en relación con los hechos que tengan ocurrencia durante su vigencia, lo cual significa que, en principio, no se aplican a situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a la fecha en que se hayan empezado a regir – no tienen efectos retroactivos –, ni pueden aplicarse para gobernar acontecimientos que sean posteriores a su vigencia – no tiene efecto ultraactivo (...). En sentido estricto la norma derogada no estaría produciendo efectos por fuera del ámbito temporal de su vigencia, porque los mismos, en este evento, se predicen a un supuesto de hecho que ocurrió antes de que fuera derogada".

⁷¹ Folio 76 c. 1.

⁷² Monto visible en la escritura 5000 del 30 de diciembre de 1996: Folio 75 c. 1. El valor de venta de Chivor ascendió a aproximadamente US 500.000.000, según afirmación de ISAGEN: folio 158 c. 1.

⁷³ Sobre el concepto de producto neto de la enajenación: Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto del 23 de abril de 2007, exp. 181211001-03-06-000-2007-00017-00.

76. Es cierto que el Ministerio de Hacienda afirmó, en repetidas oportunidades, que los recursos que fueron transferidos al INVIAS no provenían de la venta de Chivor, sino del documento CONPES 2790 de 1997 y de una distribución de recursos del presupuesto nacional⁷⁴, por lo que, sostuvo, de manera contundente, que dichos recursos “NO DEBEN SER CONSIDERADOS siquiera como pago parcial de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995”⁷⁵. Tales afirmaciones justificaron que el accionante, en su escrito de apelación, solicitara que, por lo tanto, no fueran descontados del monto a condenar. Sin embargo, las afirmaciones del Ministerio de Hacienda resultan contraevidentes, tal como quedó demostrado en esta sentencia. Debe resaltarse que el 30 de diciembre de 2011, el Municipio de Santa María informó que, en aplicación de la Ley 226, el gobierno ordenó liquidar el 10% que le correspondía a la región por la venta de Chivor y que eso se materializó en 18.000.000.000 que fueron invertidos por el gobierno departamental en mejoramiento vial⁷⁶. Igualmente, el Municipio de Chivor afirmó que “Mediante documento CONPES, de la época, se hicieron destinaciones específicas, para un proyecto de interés Regional, el cual fue gestionado por las autoridades locales de los municipios afectados”⁷⁷. También, director financiero fiscal del Departamento de Boyacá, mediante oficio del 1 de septiembre de 2015 certificó que producto de la venta de Chivor, se celebró el Convenio 640 de 1999, entre INVIAS y el Departamento, en el que se asignaron 18.023.000.000 para mejora vial⁷⁸. El gobernador de Boyacá, en oficio dirigido al Procurador Delegado, sostuvo “adjunto a la presente la relación de los contratos suscritos con los recursos provenientes de la venta de la Hidroeléctrica de Chivor, transferidos a través del Instituto Nacional de Vías, de acuerdo con el convenio 640 de 1999”⁷⁹. Adicionalmente, el mismo INVIAS, al responder una petición acerca de si fruto de la venta de Chivor dicha entidad recibió recursos, respondió: “anexo copia del Acuerdo No. 63 del 25 de Octubre de 1999, por el cual se incorpora, en el Presupuesto de Ingresos y Gastos de Inversión del Instituto Nacional de Vías, de la vigencia fiscal 1999, la suma de \$18.023.630.000.00. Se anexa copia Acuerdo 063 del 25 de Octubre de 1999, copia CONPES No. 2960 de 1997 y Resolución No. 2296 del 21 de Octubre de 1999”⁸⁰.

77. En efecto, el documento CONPES 2960, relativo al programa de mejoramiento y rehabilitación de la malla vial secundaria y terciaria “del área de influencia de la Central Hidroeléctrica de Chivor” previó que se asignarían recursos para tal fin y, aunque no indicó que los recursos provenían de la

⁷⁴ “Los recursos que recibe INVIAS para el mantenimiento y rehabilitación de la malla vial del departamento de Boyacá no provienen de la venta de la Central Hidroeléctrica de Chivor”: alegato de conclusión del Ministerio de Hacienda, folio 1754 c. 5. Y más adelante reiteró “pues el giro que se hizo en virtud del CONPES 2790 de 1997 (...) son recursos que NO provienen de venta del activo fijo denominado Central Hidroeléctrica Chivor sino de distribución de recursos del presupuesto”.

⁷⁵ Folio 1759 c. 5.

⁷⁶ Folio 102 c.1.

⁷⁷ Folio 106 c.1.

⁷⁸ “EL DIRECTOR FINANCIERO Y FISCAL DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ CERTIFICA: Que producto de la venta del activo denominado Central Hidroeléctrica Chivor mediante Convenio No. 640 de 1999 celebrado entre el INVIAS y el Departamento de Boyacá, la Nación asignó la suma de \$18.023.000.000 para ser invertidos en los siguientes proyectos de inversión”: folio 1278 c. 3.

⁷⁹ Folio 149 c. 1.

⁸⁰ Folio 110 c. 1.

enajenación de Chivor, sino se trataba de "recursos provenientes del Presupuesto Nacional", ello resulta coherente con el principio de unidad de caja. En desarrollo del documento CONPES, el Ministerio de Hacienda expidió la Resolución 2296 del 21 de octubre de 1999 "Por la cual se efectúa una distribución en el Presupuesto de Gastos de Inversión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para la vigencia fiscal de 1999". Allí se realizó un "Traslado de recurso al Departamento de Córdoba en virtud de la venta de Cerromatoso", recursos que se destinaron a proyectos de acueducto y saneamiento básico y, también, se dispuso un "Traslado de recursos al Departamento de Boyacá según el documento CONPES 2960 de 1997", a través del INVIAS. Finalmente, el Acuerdo 063 del INVIAS del 25 de octubre de 1999 incorporó a su presupuesto la suma de \$18.023.630.000. Tales obras fueron realizadas, como consta en el acta de liquidación del convenio 640 de 1999⁸¹. Es por lo anterior que dicho monto se descuenta del valor de las inversiones que deberán realizarse.

78. De conformidad con el principio de legalidad del gasto y, particularmente, con el artículo 70 de la Ley 179 de 1994, *Por el cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989 Orgánica de Presupuesto*⁸², se ordenará que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público **incluya en el presupuesto general de la Nación, para la próxima vigencia fiscal, una partida presupuestal** equivalente al monto indexado que se indicará en la parte resolutive de esta sentencia, destinada al cumplimiento de lo previsto en la Ley 226 de 1995, para la realización de proyectos de inversión de desarrollo regional, en los municipios de influencia de Chivor. Al tratarse de un ingreso no tributario, la destinación específica no contraría la prohibición de destinación específica de los recursos, tal como lo aclaró la Corte Constitucional en la Sentencia C-393 de 2012⁸³.

79. En los términos del artículo 34 de la LAPAG, se ordenará la integración de un **comité para la verificación del cumplimiento** de esta sentencia. Dicho comité estará integrado por el accionante, un representante del Ministerio de Hacienda, un representante de la Procuraduría General de la Nación, un

⁸¹ Acta de liquidación del convenio de INVIAS con Boyacá: folio 200 c. 1. Allí se relatan las obras realizadas. También en el acta de modificación de la liquidación: folio 203 c. 1. Las vías que fueron mejoradas se encuentran en el valle de Tenza: rehabilitación de la vía Puente Camacho – Jenesano; estudios y pavimentación de la vía Jenesano – Garagoa; Estudios y pavimentación de la vía El Crucero, - Tenza -Sutatenza – Guateque; terminación del acceso a La Capilla; terminación del acceso a Chivales; rehabilitación del acceso a Somondoco; estudios para los accesos a Almeida; estudios y pavimentación de accesos a Chivor: folio 1022-1023 c. 3.

⁸² ARTÍCULO 70. "En cualquier evento, las rentas que obtenga el Estado como consecuencia de la enajenación de acciones, bonos u otros activos, deberán incorporarse en los presupuestos de la nación o de la entidad territorial correspondiente".

⁸³ "En relación con la regla de destinación específica de los recursos, tampoco vulnera el artículo 359 superior, según la cual no habrá rentas nacionales de destinación específica, ya que el término de rentas nacionales, a partir del cual se define esta prohibición constitucional, se refiere exclusivamente a los ingresos tributarios de la Nación (...). En el caso de los recursos derivados de la venta de participaciones accionarias de las entidades públicas, no se trata de ingresos tributarios ordinarios, sino de recursos que se reciben por una sola vez, **a partir de la decisión de una entidad estatal de realizar un determinado activo**, usualmente con el ánimo de destinar el producido de esa venta a una finalidad pública concreta. Así, la situación difiere diametralmente de aquella que se plantea frente a la posible destinación específica de los ingresos tributarios de carácter ordinario, que es la que justifica la prohibición contenida en el artículo 359 constitucional." (negritas no originales): Corte Constitucional, Sentencia C-393/12.

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

representante de la Defensoría del Pueblo, un representante del Departamento de Boyacá y un representante de los municipios de Chivor, Santa María, Macanal, Almeida, Somondoco, Garagoa, San Luis de Gaceno, Miraflores, y Sutatenza, del Departamento de Boyacá y Ubalá, del Departamento de Cundinamarca. Le asiste razón a ISAGEN al argumentar, en su apelación, que las inversiones que debían realizarse eran responsabilidad del Gobierno Nacional, razón por la cual, su participación en el comité de verificación carece de razón.

80. Ahora bien, en atención al modelo constitucional de Estado unitario, pero descentralizado y con autonomía de las entidades territoriales y en aplicación del principio de coordinación, que rige las relaciones entre la Nación y los entes territoriales (artículo 288 de la Constitución), se dispondrá que **las inversiones** que deberán realizarse, en cumplimiento de esta sentencia, **deberán ser coordinadas con los municipios beneficiarios**, mediante la intermediación institucional del Departamento de Boyacá, en virtud de su función constitucional de coordinación intermunicipal y de intermediación entre la Nación y las entidades territoriales⁸⁴ (artículo 298 de la Constitución).

81. Finalmente, aunque la primera instancia ordenó remitir copias de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación para que investigara los delitos en los que se hubiera podido incurrir por la elusión del cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, esta Subsección no confirmará tal determinación, considerando que, aunque la apelación fue concedida con efectos suspensivos, las investigaciones correspondientes debieron haberse agotado y, en todo caso, no se advierte que, por los hechos de esta acción popular, se hubieran podido cometer delitos.

82. La orden de inversión ascenderá a la suma de **\$138.236.513.444,3493**, la que resulta de traer a valor presente el valor de **\$31.533.049.514.4**, cifra de 1996⁸⁵.

Conclusión

83. La venta de activos de propiedad de una empresa de servicios públicos domiciliarios, con participación accionaria estatal no exige, en principio, el respeto de las exigencias previstas en la Ley 226 de 1995, al ser una de las excepciones a su aplicación, previstas en su artículo 20. Sin embargo, cuando en los términos de la Sentencia C-392 de 1996, dicha venta equivalga a la enajenación de la participación pública el capital de dicha

⁸⁴ "De esta manera, la subordinación jerárquica y el control de tutela de los departamentos, respecto de los municipios, fueron reemplazados por un esquema en el que el departamento no dirige, no controla y no suplanta la acción municipal sino que, respeta su autonomía; la complementa, la coordina y se convierte en puente de intermediación entre los municipios y el nivel central": Corte Constitucional, Sentencia C-138/20.

⁸⁵ La indexación resultó de aplicar la siguiente fórmula: valor a actualizar = valor histórico x (IPC Final – marzo de 2022 - / IPC inicial – diciembre de 1996-).

empresa, particularmente cuando se trate de la venta de un activo que constituya una unidad empresarial, se exige el cumplimiento del artículo 60 de la Constitución y de las normas legales que lo desarrollaron.

84. La elusión del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 materializa una vulneración al elemento objetivo de la moralidad administrativa y una afectación a la defensa del patrimonio público.

85. Las inversiones para el desarrollo regional que debe realizar el Estado en la zona de influencia deberán ser coordinadas con las entidades territoriales, con la intermediación del correspondiente departamento.

2.6. Sobre la condena en costas

86. De acuerdo con la Sentencia de Unificación jurisprudencial del 6 de agosto de 2019⁸⁶, la condena en costas en las acciones populares se encuentra regulada en el artículo 38 de la LAPAG. En lo que respecta al accionado, su condena en costas responde a un criterio objetivo ya que, deberá ser condenado, si prospera la acción popular⁸⁷. Además, deberá imponérsele una multa, si se demuestra que actuó con temeridad o mala fe. En tal sentido, cometió una equivocación el tribunal de primera instancia, al considerar que la condena en costas no procedía en las acciones populares, al tratarse de un asunto de interés público. El accionante apeló tal determinación del Tribunal, por lo que, esta Subsección tiene competencia para pronunciarse respecto de la condena en costas de la primera instancia.

87. Las costas son un instituto procesal que comprende dos conceptos: las expensas o gastos procesales en los que se incurre para el trámite, impulso o desarrollo del proceso y, por otra parte, las agencias en derecho.

88. En el presente caso, la Subsección condenará en costas a la Nación – Ministerio de Hacienda, considerando que prosperó la acción popular. Sin embargo, se abstendrá de imponer una multa. Las expensas o gastos procesales serán liquidados secretarialmente por el tribunal de primera instancia. En lo que respecta a las agencias en derecho, de acuerdo con el Acuerdo 1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, aplicable a este proceso iniciado en 2011, para los procesos de acciones populares y de grupo, en primera instancia, las agencias en derecho pueden ascender hasta 4 SMLMV y, en segunda instancia, hasta 2 SMLMV. Considerando que el accionante cumplió todas las cargas procesales,

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete de Decisión, Sentencia del 6 de agosto de 2019, exp. 15001-33-33-007-2017-00036-01 (AP)REV-SU. Las reglas de unificación se encuentran explicadas en la Sentencia 6 de diciembre de 2021, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión Número Catorce, exp. 17001-33-31-003-2009-00807-02.

⁸⁷ Por el contrario, en lo que respecta al demandante, sólo podrá condenársele "cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe" (art. 38 de la LAPAG).

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

propias de ambas instancias, particularmente, aportó pruebas que fundaron esta decisión y ejerció el derecho de contradicción probatoria, asistió a la audiencia de pacto de cumplimiento, presentó alegatos de conclusión, apeló la sentencia y presentó alegatos de conclusión para la segunda instancia, se fijará el monto de la condena en 6 SMLMV, correspondientes a 4 SMLMV, por la primera instancia, condena que debió realizarse por parte del Tribunal y el asunto fue apelado, y 2 SMLMV, por concepto de la segunda instancia.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la Sentencia de del 8 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión n. 6, que declaró la violación de los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público pero, únicamente, en lo que respecta a la vulneración del derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público. Por consiguiente, la parte resolutive de la sentencia será la siguiente:

Primero: DECLARAR que el derecho o interés a la defensa del patrimonio público fue vulnerado por la omisión en la que incurrió la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995.

Segundo: ORDENAR a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público que incluya en el presupuesto general de la Nación, para la próxima vigencia fiscal, una partida presupuestal equivalente a \$138.236.513.444,3493, destinada a la realización efectiva de proyectos de inversión de desarrollo en los municipios de Chivor, Santa María, Macanal, Almeida, Somondoco, Garagoa, San Luis de Gaceno, Miraflores, y Sutatenza, del Departamento de Boyacá y Ubalá, del Departamento de Cundinamarca. Dichos proyectos no necesariamente deberán beneficiar a tales municipios en idéntica y matemática proporción, sino en consideración razonada de la importancia de la Central Hidroeléctrica de Chivor en cada uno de ellos, debido, entre otros aspectos, a la extensión de la empresa en el territorio de cada municipio y al impacto de la misma en la vida local.

Tercero: ORDENAR la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de esta sentencia. Dicho comité estará integrado por el accionante, un representante del Ministerio de Hacienda, un representante de la Procuraduría General de la Nación, un representante de la Defensoría del Pueblo, un representante del Departamento de Boyacá y un representante de los municipios de Chivor, Santa María, Macanal, Almeida, Somondoco, Garagoa, San Luis de Gaceno, Miraflores, y Sutatenza, del Departamento de Boyacá y Ubalá, del Departamento de Cundinamarca.

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00105-01
Actor: Wilson Alexander Calderón Roa
Demandado: Ministerio de Hacienda y otros
Decisión: Confirma parcialmente la sentencia de primera instancia

Cuarto: DISPONER que la definición de las inversiones de desarrollo en la zona de influencia de la Central Hidroeléctrica de Chivor, conformada por los municipios indicados en el resuelve segundo, deberán ser coordinadas con los municipios beneficiarios, mediante la intermediación institucional del Departamento de Boyacá, en virtud de su función constitucional de coordinación intermunicipal y de intermediación entre la Nación y las entidades territoriales.

Quinto: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – al pago de las costas procesales, en los siguientes términos: los gastos o expensas procesales deberán ser liquidados secretarialmente, por el Tribunal de primera instancia; por concepto de agencias en derecho, se condenará al pago, en favor del accionante, de 6 SMLMV.

SEGUNDO: por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
FREDDY IBARRA MARTÍNEZ

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
-Salvamento de voto-

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA