

CIRCULAR DE SERVICIO - Control jurisdiccional / ACTO ADMINISTRATIVO - Concepto / ACTO ADMINISTRATIVO - Control jurisdiccional

Resulta útil e ilustrativo partir del concepto de acto administrativo, el cual ha sido desarrollado tanto por la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así se ha entendido como acto administrativo “toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares tendiente a la producción de efectos jurídicos. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo”. También se ha sostenido que “...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión...Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención,... en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho”. Bajo este mismo lineamiento la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con las circulares de servicio, como lo es el oficio acusado -a propósito del control jurisdiccional previsto por el artículo 84 del C.C.A. en comento-, ha hecho varios y reiterados pronunciamientos en el sentido de que dichas circulares son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando contienen una decisión de la autoridad administrativa capaz de producir efectos jurídicos, de suerte que puedan tener fuerza vinculante. Siguiendo estos lineamientos de la jurisprudencia de la Corporación, resulta claro que siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de un sujeto diferente, en ejercicio de la función administrativa a él atribuida conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, es decir, que produzca efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, habrá un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad. No importa, como se aprecia, la calificación formal de la decisión que se demanda; la misma podría denominarse “acto administrativo”, “resolución”, “circular” o de cualquier otra manera; puesto que lo determinante es que contenga los elementos referidos y de ser así, resulta procedente el juicio de legalidad que se proponga ante esta jurisdicción. Al contrario, cuando las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que contengan decisiones en estricto sentido, se está en presencia de simples actos de servicio que escapan al control jurisdiccional. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 22 de enero de 1987; M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 549; Sentencia de 14 de octubre de 1999 M.P. Manuel Urueta Ayola; Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero; Sentencia del 3 de febrero de 2000, Exp. 5236, M. P. Manuel Santiago Urueta; sentencia de 21 de septiembre de 2001, Exp. 6371, M.P. Olga Inés Navarrete; de 9 de mayo de 2002, Exp. 6604, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; de 1º de octubre de 2004, Exp. 8092, M.P.

Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Exp. 19142, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

ACTO ADMINISTRATIVO - Elementos / CESION DE PARTICIPACION ACCIONARIA - Concesionarios. Invías / CONTRATO DE CONCESION - Invías. Cesión de participacion accionaria / ACCION DE NULIDAD - Oficio circular número SCO-07544 de 06 de abril de 2000, expedido por el Subdirector de Concesiones del Instituto Nacional de Vías

Al analizar el oficio circular materia del examen de legalidad, sin lugar a duda, se observa que el aparte demandado contiene una manifestación o expresión de voluntad de la Administración con aptitud y efecto de modificación del ordenamiento jurídico, en la medida en que señala un presupuesto fáctico -la cesión de participaciones accionarias- y un efecto jurídico que se deriva de la ocurrencia (eventual) de dicho supuesto- el surgimiento de la obligación de consultar y obtener la autorización previa de la Entidad, para que sea posible la materialización del referido supuesto-, es decir, la celebración del negocio jurídico conducente a la cesión de las participaciones accionarias, al interior de la sociedad concesionaria. Por consiguiente, esa manifestación de voluntad de la Administración constituye un acto administrativo de carácter general, pasible de control por esta jurisdicción, mediante la acción de nulidad que ha sido incoada y que se resuelve mediante el presente proveído.

ACCIONES - Títulos indivisibles / ACCIONES - Titularidad

Cabe precisar que como las acciones son títulos indivisibles y, por tanto, independientemente de su titularidad, éstas forman un todo representado en una persona jurídica que permanece intacta hasta su liquidación, sin importar los cambios que en su devenir sufra la composición del capital, por lo tanto, la persona jurídica del contratista con la cual contrata la entidad estatal permanecerá y tendrá la obligación de cumplir con la prestación del servicio objeto de la contratación.

ACCIONES - Libre negociabilidad. Límites / LIBRE NEGOCIABILIDAD DE ACCIONES - Límite. Violación

La Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, en este mismo proceso, señaló que limitar más allá de lo dispuesto por la ley, el ejercicio de las facultades que se derivan de dicho aporte, como lo es la disposición del mismo, comporta sin lugar a duda un desconocimiento de la libertad contractual y de empresa garantizado por los artículos 84 y 333 de la Constitución Política, criterio que en esta oportunidad reitera. En este orden de ideas, la libre negociabilidad de las acciones por parte de los socios que integran una sociedad, sólo se encuentra menguada por los precisos límites impuestos en la misma ley sin que sea posible que por vía de reglamento se impongan otras limitaciones no permitidas ni autorizadas legalmente. En el asunto subjudice resulta evidente que el Subdirector de Concesiones del INVÍAS, mediante un oficio circular dirigido a los concesionarios de dicha institución, estableció limitaciones a la libertad de negociación de las acciones para los socios integrantes de las empresas concesionarias, al ordenar que la cesión de las participaciones accionarias estarían condicionadas a la consulta y aprobación de la entidad pública concedente, con fundamento en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, limitaciones que hacen referencia a un supuesto bien distinto, cual es la

figura de la cesión del contrato. Como corolario de lo anterior, cabe destacar que el acto administrativo contenido en el oficio circular No SCO-07544 de 6 de abril de 2000, expedido por el Subdirector de Concesiones del Instituto Nacional de Vías, contiene una abierta transgresión de la normatividad superior, artículos 58, 84 y 333 de la Carta Constitucional, por imponer limitaciones a la libre negociabilidad de las acciones, que en manera alguna han sido previstas ni autorizadas por la ley, hecho que da lugar a la existencia de un vicio de nulidad por violación de normas superiores, que afecta la validez del acto e impone la declaratoria de su nulidad.

LIBRE NEGOCIACION DE ACCIONES - Límites / LIBRE NEGOCIACION DE ACCIONES - Derecho de preferencia

La primera de las normas que se dice violada, (art 403 C.Co), disposición que consagra el principio de la libre negociación de las acciones, cuya excepción más importante deviene del pacto de derecho de preferencia, es decir, que a falta de estipulación estatutaria que restrinja su libre transferencia, sus titulares pueden negociarlas en cualquier tiempo, de acuerdo con las normas de enajenación según estén, o no, inscritas en bolsa. Cabe recordar que tampoco es posible la negociación de acciones gravadas con prenda -salvo autorización expresa del acreedor- y las acciones de industria que no hubiesen sido totalmente liberadas a cargo del aportante industrial. El artículo 406 establece que la enajenación de acciones podrá hacerse por el simple acuerdo de voluntades pero esta negociación solo será oponible frente a la sociedad y a terceros una vez efectuada su inscripción en el libro de registro de acciones. Dentro de este contexto normativo se tiene que cada acción entendida como “una parte del capital social de la compañía”, otorga a su poseedor el derecho de “negociarlas libremente”, así que resulta indiscutible el derecho que en los términos del Código de Comercio le asiste a un socio, cualquiera sea el tipo societario y grado de su participación, de negociar las acciones de las cuales es titular (artículo 379) , siempre dentro de los estrictos límites que para el efecto ha señalado el legislador y ceñidos a las claras y puntuales excepciones, las cuales por su carácter, no podrán ser modificadas, suprimidas o ampliadas, dada la naturaleza especial de las normas comerciales que para el efecto se aplican.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación de competencia / CESION DE CONTRATO - Diferente a cesion de acciones / CESION DE ACCIONES - Diferente a cesion de contrato / CESION DE CONTRATO - Autorizacion. INVÍAS

Por vía de reglamento no es posible crear, modificar o extinguir derechos y, que en todo caso, el reglamento debe encontrarse subordinado a la ley, de manera que el ejecutivo sólo podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho, pues si ello no sucede así y el nuevo precepto adiciona o recorta la norma reglamentada, incurre con ello en violación de norma superior y en extralimitación de competencia, como en efecto sucedió en el caso sub-lite, situación que conlleva a la nulidad del texto acusado, la cual será declarada. Finalmente resulta pertinente precisar que el Subdirector de Concesiones del INVÍAS, señaló como fundamento jurídico de la decisión contenida en el oficio circular que ha sido impugnado -para exigir consulta y aprobación previa del INVÍAS a efecto de ceder las participaciones accionarias-, el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, norma que se refiere expresamente a la “cesión de contratos”, figura jurídica que se diferencia materialmente del

fenómeno de la “cesión de acciones” en cuanto este atañe directamente a la composición del capital social como elemento especial del contrato de sociedad, según lo prescribe el artículo 98 del Código de Comercio, independientemente de los vínculos contractuales que como persona jurídica ostente la sociedad. En efecto, la autorización previa para la cesión de un contrato estatal, consagrada en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, guarda absoluta armonía con lo prescrito en el artículo 887 del Código de Comercio, en cuanto que para su validez se requiere de la “autorización escrita de la entidad contratante”, quien atendiendo objetivamente al interés público íncito en la ejecución del contrato, podrá aceptarla o rechazarla. Tema bien diferente es el de la cesión accionaria, materia que la ley ha definido de manera especial en cuanto a la mayor o menor flexibilidad de la circulación de las participaciones de capital, según la tipología societaria de que se trate, negociación que no se encuentra sometida a autorizaciones previas por parte del ente estatal contratante, cuando quiera que alguno de los socios integrantes de la sociedad contratista, pretenda enajenar sus acciones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00062-01(21845)

Actor: PEDRO JOSE BAUTISTA MOLLER

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Procede la Sala a decidir la acción pública de nulidad incoada por el ciudadano Pedro José Bautista Moller, contra la circular número SCO- 07544, de 6 de abril de 2000, expedida por el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), mediante la cual se dispuso, en relación con todos los concesionarios de la Entidad, que la cesión de participaciones accionarias debía ser consultada y aprobada previamente por el INVÍAS.

ANTECEDENTES.

1.- Hechos.

El actor refiere como hechos en su libelo inicial, los siguientes (fl. 2 a 5, cd. Ppal):

El INVÍAS expidió el día 6 de abril de 2000, el oficio circular No. SCO 07544, dirigido a sus “concesionarios”, mediante el cual dispuso que la cesión de

las “participaciones accionarias” en las sociedades concesionarias del INVÍAS, debía “ser consultada y aprobada previamente por esta Entidad”.

Las consecuencias prácticas de este apartado de la circular -que es aquel cuya declaratoria de nulidad se demanda-, se reflejan, a juicio del actor, en que el INVÍAS ha rechazado, dentro de algunos procesos licitatorios, ofertas presentadas por sociedades que efectuaron cesiones accionarias sin haber requerido el permiso del INVÍAS, a pesar de haber llenado todos los requisitos legales. Además, refiere el censor que en comunicaciones escritas emanadas de la jefatura de la oficina jurídica del INVÍAS -cita concretamente la OJ No. 026525, de septiembre 19 de 2001-, “[...]invocando equivocadamente como soporte el parágrafo 3º del numeral 2º del artículo 7º de la ley 80/93, el INVÍAS concluye que así se hubieran cumplido (sic) los trámites de ley para la cesión de las acciones, el accionista primigenio sigue siendo solidario con la sociedad concesionaria en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del respectivo contrato de concesión”.

Todo lo anterior, a su entender, supone el desconocimiento por parte del INVÍAS, de que la negociación o venta de acciones es libre, resultando vulneradas las disposiciones tanto constitucionales como legales que refiere en su demanda.

2. Pretensión única.

Solicita el actor que se declare la nulidad del oficio circular SCO - 07544 de abril 6 de 2000, expedido por el Subdirector de Concesiones del INVÍAS, dirigido a los “concesionarios”, específicamente en la parte en que dispuso que la cesión de las participaciones accionarias debía ser “[...]consultada y aprobada previamente por esta Entidad[...]” (fl. 2 cd. Ppal)

3. Normas violadas.

El actor considera infringidos, por el acto administrativo que se acusa, en la parte pertinente, los siguientes preceptos:

De la Constitución Política, los artículos 4, 6, 13, 58, 84, 90 y 333.

De la ley 80 de 1993, los artículos 7º, numeral 1º y parágrafo 3º; 16; 24, numeral 5º, literal d, y numeral 8º; 25, numeral 15; 26, numerales 2º, 4º y 5º; y, 28.

Del Código Civil, el artículo 669.

Del Código de Comercio, los artículos 403, “406 y s.s.” y 893.

4.- Concepto de la violación.

El concepto de la violación lo explica el demandante de la siguiente manera (fls. 5 a 13, cd. Ppal):

4.1. Violación del artículo 403 del Código de Comercio el cual establece que las acciones son libremente negociables, con las excepciones que la misma norma prevé, entre las cuales no se encuentra la exigencia establecida por el acto administrativo tachado de nulo. Igualmente el citado acto incurrió en desconocimiento del artículo 406 de la misma codificación, norma según la cual la cesión a terceros opera una vez inscrita en el libro de registro de acciones.

4.2. El aparte del acto impugnado, vulnera el artículo 84 constitucional, toda vez que este enunciado normativo prohíbe a las autoridades públicas exigir permisos o establecer requisitos para el ejercicio de derechos que se encuentran regulados de manera general, como es el caso de la libre negociación de acciones -contemplada por los artículos 403 y 406 del Código de Comercio-.

4.3. Entiende el censor que el apartado normativo acusado, viola el artículo 58 de la Constitución Política que garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles y el artículo 669 del Código Civil que consagra, para el propietario, la facultad de gozar y disponer a su arbitrio de la cosa respecto de la cual ejerce el derecho de dominio. Ello en consideración a que estas situaciones jurídicas activas resultarían, según el demandante, eliminadas o cuando menos ilícitamente menguadas, a través de la exigencia de autorización para su cesión, que introduce la entidad pública contratante.

4.4. Expresa su discrepancia con el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 17 de mayo de 2001¹, puesto que el mismo contiene una interpretación equivocada del párrafo 3º, del numeral 2º, del artículo 7º de la ley 80 de 1993, como quiera que este precepto apenas establece la solidaridad por el cumplimiento del contrato a los socios de la empresa surgida como una promesa de asociación futura, que actúa como contratista, empero de ello no puede derivarse, ni la prohibición para los socios de enajenar sus cuotas de interés o acciones en la sociedad, ni que, de producirse la aludida cesión, el accionista cedente mantenga responsabilidad solidaria respecto de la sociedad respectiva.

Para el demandante, la correcta inteligencia del artículo 7º de la ley 80 de 1993, no implica una prohibición de ceder el contrato para los consorciados, lo que no obsta para que exista la limitante en cuanto que dicha cesión tenga lugar entre ellos -artículo 9º de la ley 80 de 1993-, o bien ese negocio puede válidamente celebrarse con terceros, previa autorización de la entidad contratante -artículo 41, inciso 3º *ejusdem*-. Pero tales situaciones difieren sustancialmente de la cesión de participaciones accionarias en una Sociedad que contrata con la Administración.

A juicio del actor, tanto en la cesión de acciones como en la del contrato, los cedentes no continúan respondiendo solidariamente por la gestión a cargo de la sociedad o del consorcio al cual dejaron de pertenecer, simplemente porque ni la ley 80, ni ninguna otra norma, así lo establecen. Y según el artículo 893 del Código de Comercio, la responsabilidad del cedente se

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de diecisiete (17) mayo de dos mil uno (2001). Consejero Ponente: César Hoyos Salazar, Radicación número: 1346. Actor: Ministro de Transporte.. Los apartes del concepto a que alude el demandante disponen:

“[...] si durante el desarrollo de la propuesta o el contrato adjudicado uno o varios socios de la sociedad constituida transfieren sus partes de interés, cuotas o acciones en ella a un tercero, dicho socio o socios no quedan por ese hecho liberados de la responsabilidad solidaria, por cuanto ella tiene su fuente en la ley, y no es en relación con las obligaciones que emanan del contrato de sociedad sino de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, a las cuales quedan ligados los socios desde el momento en que suscriben el documento de intención”.

conserva sólo en caso de reserva expresa, por parte del contratante cedido, en el sentido de no liberar a aquel en caso de incumplimiento del cesionario.

4.5. Violación del artículo 333 de la Carta Política que consagra las libertades de empresa y de iniciativa privada, como corolario de las cuales preceptúa que *“nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”*. La parte actora la sustenta en que esa libertad de empresa conlleva la facultad de ingresar a una sociedad y salir de ella sin ningún requisito adicional a los legalmente previstos, de suerte que la exigencia efectuada por el INVÍAS a través del acto administrativo en cuestión, en la parte que de él se pide anular, inequívocamente vulnera las anotadas garantías de estirpe constitucional.

4.6. En la misma dirección apunta la infracción, que se aduce, del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, habida cuenta que esta disposición igualmente prohíbe a las autoridades exigir *“formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales”* y el actor entiende que no existe ley que imponga el requisito del permiso previo de la entidad contratante para efectos de la cesión de acciones.

4.7. Por la misma razón considera que el acto impugnado, vulnera el numeral 4 del artículo 26 de la citada Ley y el artículo 28 del Estatuto Contractual el cual ordena que al interpretar la ley contractual se consideren, tanto los fines y principios de la misma, como los mandatos de la buena fe.

4.8. Señala que el acto acusado infringe el artículo 13 superior, toda vez que, con desconocimiento del principio-derecho a la igualdad, se coloca en situación de desventaja a los socios de sociedades concesionarias del INVÍAS frente a los de otras personas jurídicas, quienes sí pueden ejercer libremente el derecho a desarrollar una actividad comercial y desvincularse de la misma, sin precisar de autorizaciones administrativas previas.

4.9. Otra de las disposiciones que considera transgredidas es el artículo 16 de la ley 80 de 1993, como quiera que la facultad exorbitante en ella contenida debe ejercitarse a través de la expedición de un acto administrativo particular, debidamente motivado. No obstante, en el *sub exámine* tal decisión se produce acudiendo a proferir un acto administrativo general -la resolución SCO-07544-, mediante el cual el INVÍAS pretende modificar unilateralmente todos los contratos de concesión, con apoyo en el referido artículo 16 del Estatuto Contractual.

4.10. Con el acto acusado, también se infringe el artículo 1602 del Código Civil, norma a cuyo tenor *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

4.11. Alega el actor que la circular atacada incurre en el vicio de falta de competencia, como quiera que, de acuerdo con lo establecido por el numeral 5º del artículo 26 de la ley 80 de 1993, la competencia y responsabilidad de la dirección y el manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección, es del jefe o representante de la entidad estatal, y el contenido del acto demandado no permite establecer que quien lo suscribe -el Subdirector de Concesiones- hubiera actuado en ejercicio de una función delegada, toda vez que en la circular que se censura no se invoca dicha condición.

4.12. Con base en idénticos argumentos a los hasta aquí referidos, el censor, en el mismo libelo contentivo de la demanda, formuló solicitud de suspensión provisional del aparte que cuestiona de la Circular 07544 del 6 de abril de 2000, expedida por el INVÍAS.

5. Trámite del proceso.

5.1. La demanda fue admitida mediante providencia del 7 de febrero de 2000, en la cual, adicionalmente, se decretó la suspensión provisional de las expresiones “*en los contratos de concesión suscritos con el Instituto Nacional de Vías, cualquier cesión ... de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta Entidad*”, contenidas en el “oficio circular” número 0754, del 6 de abril de 2000, expedido por el Instituto Nacional de Vías. Los fundamentos de esta decisión pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) En el auto se analiza el alcance de la característica del “*intuitu personae*”, inherente a los contratos estatales, toda vez que el INVÍAS la invoca como fundamento del acto administrativo demandado, aduciendo que aquella, junto con la exigencia de autorización previa para la cesión de participación accionaria que se cuestiona, posibilitan a la entidad contratante garantizar que las condiciones que determinaron la adjudicación de los contratos, se mantengan durante la ejecución de los mismos.

Tras referir argumentos de índole legal², así como algunas posiciones doctrinales en relación con el asunto, la providencia en mención recurre a los planteamientos efectuados sobre el tema³, los cuales, por su pertinencia para sustentar el presente fallo, se transcriben a continuación:

“[...]debe comenzarse rechazando cualquier identificación automática entre el contrato administrativo y la derivación del mismo de conductas o actividades de realización o ejecución personalísima para el contratista, y de ahí la necesaria matización de su calificación como celebrado *intuitu personae*. En este sentido, el contrato celebrado *intuitu personae* implica que, como para contratar con la persona determinada se tuvo en cuenta su calidad y circunstancias ..., sólo él puede efectivamente cumplir la obligación asumida, sin que quepa que un tercero pueda cumplirla en su lugar, pues el acreedor no vería en tal caso satisfecho su interés en el contrato. Como destaca Hernández Gil, cuando se trata de un hacer personalísimo o infungible, no es el cumplimiento por el deudor sólo uno de los medios de satisfacción, sino el único posible.(...)’

‘(...) la realidad práctica y la regulación positiva ponen de manifiesto que precisamente lo normal es que las prestaciones que asume el contratista no necesariamente tienen que ser cumplidas personal o directamente por él, pues carecen de la referida condición de prestaciones de carácter personalísimo.(...)’

‘(...)Si se admitiera que el contrato administrativo se celebra por esencia *intuitu personae*, y se identificara tal calificación con la obligación para el contratista de que las prestaciones fueran realizadas únicamente por él (dotándole del citado carácter personal), se llegaría a la conclusión absurda ... de que todos los contratos

² Concretamente lo preceptuado por el artículo 1630 del Código Civil, a cuyas voces,

“(P)uede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su consentimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor.

Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”.

³ GARCÍA – TREVIJANO GARNICA, Ernesto. La cesión del contrato administrativo. La subcontratación. Cuadernos Civitas. Ed. Civitas. 1ª. Edición. 1997. Madrid.

administrativos se adjudicarían tomando en consideración como razón determinante las cualidades técnicas o personales del contratista (que pretende convertirse en cedente).

Como excepción a esa regla general, es viable que un determinado contrato administrativo se adjudique al contratista no simplemente tomando en consideración sus cualidades técnicas o personales, sino constituyendo tales cualidades razón determinante de dicha adjudicación. En este caso efectivamente podría admitirse que estamos ante prestaciones de carácter personalísimo, respecto de las que ni tan siquiera tendría cabida la subcontratación (...)'

'(...) admitido ya que no derivan como regla general del contrato administrativo prestaciones de carácter personalísimo, hay que resaltar que el contrato administrativo, en efecto, puede ser calificado *intuitu personae*, pero sólo si se entiende esta expresión en el sentido de que a la Administración contratante no le es indiferente la persona que con ella se vincula. (...)'

'(...)Se pretenden resaltar con ello las circunstancias objetivas que deben estar presentes al decidir sobre la adjudicación de un contrato, no tanto por la persona concreta de que se trate cuanto por sus cualidades también personales. Podría decirse que la referida calificación como *intuitu personae* conecta también directamente con la ya aducida limitación en la elección del contratista por parte de la Administración, resaltándose con ello que la elección de dicho contratista, en definitiva, debe obedecer a criterios estrictamente objetivos”.

Con base en la anotada precisión, la Sala concluyó que la calificación de *intuitu personae* que se preconiza de los contratos estatales, no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo, aserto éste que se ve corroborado por la circunstancia de que la Administración tiene prohibido seleccionar al contratista atendiendo consideraciones de naturaleza subjetiva, imponiéndole la ley, al contrario, el deber de seleccionarlo objetivamente⁴, en consideración a sus hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos.

b) La Sala encontró válido condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con la previa aquiescencia de la entidad contratante, en cuanto que la Administración tiene a su cargo la obligación de asegurar que las condiciones que se tuvieron en cuenta al contratar se mantengan durante la ejecución del contrato. Sin embargo, la previsión contenida en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993⁵, no puede constituirse en fundamento del requisito impuesto a los concesionarios del INVÍAS para ceder las participaciones accionarias, toda vez que dicha norma prevé claramente que la condición de autorización previa se refiere tan sólo a la cesión del contrato.

c) Agregó que el Código de Comercio, al regular lo concerniente a la disposición de las acciones, consagra como principio, su libre negociación (artículo 403), razón por la cual es posible sostener que lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 41 del Estatuto Contractual, no puede aplicarse de forma tal que condicione también la constitución misma del contratista como persona jurídica.

⁴ Como lo previene el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, *sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*» (Cursiva fuera del texto original).

⁵ «Los contratos estatales son *intuitu (sic) personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante».

d) A juicio de la Sala, “...se debe tener en cuenta que, en virtud de la ficción legal en la cual se sustenta el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos de derecho, la individualidad de cada uno de los sujetos, personas naturales, que las conforman se funde en dicho ente moral creando así un sujeto distinto, autónomo, independiente; luego, cuando en un proceso licitatorio participan como oferentes personas jurídicas, es claro que la administración, al aplicar los procedimientos de selección objetiva, pondera la capacidad técnica, administrativa y financiera de la persona jurídica como tal, no así de cada uno de sus socios, porque, se reitera, la sociedad se constituye como una persona distinta de los socios que la integran.”

e) Señaló igualmente lo siguiente:

“(...)De otra parte, siendo el aporte social uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad (art. 89 C. Co), y dependiendo de éste no sólo el grado de participación dentro de la sociedad, sino, en determinados casos, su vinculación o pertenencia a la misma⁶, limitar, más allá de lo dispuesto por la ley, el ejercicio de las facultades que se derivan de dicho aporte, como lo es la de disponer del mismo⁷, comporta sin lugar a dudas un desconocimiento de la libertad contractual⁸ y de empresa garantizadas en los artículos 84 y 333 de la Constitución Política.

(...)

Así las cosas, estando regulada de manera general en el código de comercio lo atinente a la disposición de acciones, las excepciones o limitaciones que eventualmente se produzcan a su libertad de negociación, establecida por regla general, pueden ser impuestas por la ley, más no en virtud de un acto administrativo”(Fl. 61 a 62, cd. Ppal) .

5.2. La demanda se notificó personalmente al representante legal del INVÍAS, el día 22 de febrero de 2002⁹.

6. Contestación de la demanda.

En escrito radicado ante la Secretaría de esta Sección, el día 9 de mayo de 2002, el INVÍAS, por intermedio de apoderado, contestó la demanda; como razones de la defensa expuso las siguientes:

a) De acuerdo con lo preceptuado por los artículos 7º, párrafo 3º y 41, de la ley 80 de 1993, la solidaridad en materia contractual es de origen legal y por ello, aún sin haber sido expedido el oficio demandado, resultaría igualmente obligatorio para las entidades estatales velar por la permanencia del contratista hasta el cabal cumplimiento del objeto del contrato, aspecto que adquiere especial relevancia, a juicio del INVÍAS, tratándose de los

⁶ “La libre negociabilidad es uno de los rasgos característicos de la acción (...). Además, esa libre negociabilidad es un modo expedito para que sucesivamente se vinculen o separen de la sociedad los accionistas, sin mengua de la subsistencia del ente social ni de la integridad de su capital.” NARVÁEZ GARCIA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Tipos de Sociedad. Legis Editores. Bogotá. 1998. Pág.383

⁷ “Es innegable a nivel mundial el derecho que posee el socio sobre las acciones acerca de su negociación. Este derecho, como cualquier otro no es absoluto, es decir, debe someterse a las normas contempladas por el Derecho Comercial para tal efecto. En razón de este derecho, los accionistas pueden vender sus títulos en cualquier tiempo y a cualquier persona ...”, GONZALEZ CAMACHO, Pedro Camilo. La Acción en la Sociedad Anónima. Pontificia Universidad Javeriana. 1984. Págs. 161, 162.

⁸ “Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce aunque no con carácter absoluto, la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley”. Corte Constitucional, Sentencia C-367 de 1995.

⁹ Según constancia obrante a folio 66.

contratos celebrados con sociedades de objeto único, que se constituyen con ocasión de la adjudicación del contrato, evento en el cual cada uno de los proponentes que suscriben la promesa de sociedad son evaluados en el procedimiento de selección y deben cumplir los requisitos exigidos.

En este tipo de sociedades la responsabilidad de los integrantes es solidaria como ocurre en los consorcios de tal suerte que si alguno de ellos cede sus acciones a una persona natural o jurídica que no haya sido evaluada por el INVÍAS, permanece -el cedente- respondiendo solidariamente por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, salvo que, previamente a la cesión, el INVÍAS haya evaluado las calidades técnicas, financieras y operativas del cesionario, y lo acepte expresamente como nuevo integrante de la sociedad concesionaria. A continuación, sostiene el apoderado del INVÍAS que:

“[A]firmar que las entidades públicas no tienen dicha facultad sería abocarlas a responsabilidades de toda índole, por el hecho de permitir que la desmembración de las sociedades de objeto único constituidas para la ejecución de un proyecto de concesión, diluya la responsabilidad contractual de los contratistas con las graves consecuencias que esto podría traer para el propio Estado”.

Adujo el INVÍAS, que esta es la posición expresada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de fecha 17 de mayo de 2001, que igualmente invoca el actor dentro de la explicación de los fundamentos de sus pretensiones. Añade que no pretende negar validez a la venta de acciones, ni desconocer el derecho otorgado a los accionistas por el artículo 379 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual éstos pueden negociar libremente sus acciones, puesto que lo único que se busca, con la expedición de la circular demandada, es mantener ligada la responsabilidad del socio cedente para con la entidad estatal, en todos aquellos casos en los cuales la cesión se produzca sin la previa autorización de ésta.

b) Sostuvo el apoderado de la entidad demandada, que el acto administrativo cuestionado no vulnera el artículo 333 de la Constitución Política, toda vez que tiene fundamento en los artículos 2° y 209 Superiores, así como en los artículos 4, 5, 7, parágrafo 3°, 13, 28, 32, parágrafo 2°, y 41, inciso 2°, de la ley 80 de 1993.

c) Igualmente, negó que la circular demandada pretendiera modificar todos los contratos de concesión, habida cuenta que no contiene nada distinto que el desarrollo de las disposiciones legales en materia de responsabilidad solidaria de los integrantes de sociedades de objeto único, siguiendo la interpretación que, sobre este aspecto, ha efectuado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

d) En cuanto a la competencia del Subdirector de Concesiones para la suscripción del acto administrativo demandado, sostuvo que mediante el mismo no se está modificando el clausulado de los contratos de concesión y que de conformidad con lo preceptuado por el numeral 4° del artículo 15 del decreto 081 del 28 de enero de 2000, por el cual se modifica la estructura del INVÍAS, es función de la Subdirección de Concesiones supervisar y efectuar el seguimiento de los contratos que se suscriban en desarrollo de la gestión integral de las concesiones.

e) Con base en los referidos planteamientos, el INVÍAS propone dos excepciones: “la consagrada en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo de lo que encuentre probado el Honorable Consejero” y la que denomina “facultad discrecional del ente público para hacer uso de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales”.

7. Alegato de conclusión.

Mediante auto de 10 de diciembre de 2002, se dispuso correr traslado, por el término de 10 días, a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto. Las partes guardaron silencio. (fl. 111, cd. Ppal)

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público en su vista de fondo solicitó la declaratoria de nulidad de los apartes de la circular demandada por existir razones de orden jurídico más que suficientes, tal y como fueron expuestas en el auto admisorio de la demanda , providencia en la cual se atendió favorablemente la solicitud de suspensión provisional del acto cuya ilegalidad se acusa.

Considera que el Subdirector de Concesiones del INVÍAS carecía de competencia para expedir el acto administrativo cuestionado, como quiera que el mismo se profirió en ejercicio de la potestad reglamentaria, que no le había sido atribuida por la ley puesto que esta facultad le concierne al Presidente de la República.

Adicionalmente, considera que la circular estaba afectada por un vicio de falta de competencia material, como quiera que introdujo en el ordenamiento exigencias que sólo puede establecer el Congreso de la República, por medio de ley, lo cual de manera concomitante, supone incurrir en el vicio de violación de norma superior, que de igual forma ha de conducir a la anulación del acto administrativo.

9. Aceptación de un impedimento.

En comunicación de 19 de febrero de 2008, el doctor Mauricio Fajardo Gómez, manifestó impedimento para conocer del proceso en segunda instancia, con fundamento en los artículos 160-2 del C.C.A. y 150-12 del C. de P. C., porque en su condición de abogado independiente, conceptuó, en varias oportunidades, que el acto administrativo acusado contrariaba los dictados de la Constitución Política y la ley. La Sala encontró fundado el impedimento y así lo admitió.

II. CONSIDERACIONES.-

1. Competencia.-

La Sala es competente para conocer del presente asunto por tratarse de la acción de nulidad de un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional, de conformidad con lo prescrito por el artículo 128 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998.

Asunto de fondo.

Se controvierte la legalidad del oficio circular No. 07544 de 6 de abril de 2000, expedido por el Subdirector de Concesiones del Instituto Nacional de Vías mediante el cual se impuso que en los contratos de concesión que celebrara dicha entidad, **“cualquier cesión ... de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta Entidad”**

La Sala reitera cada uno de los argumentos que de manera amplia y suficiente fueron expuestos en la providencia de 7 de febrero de 2002, por la cual se ordenó la suspensión provisional del acto demandado. En esos términos, centrará su atención sólo en aquellos puntos que requieren una especial referencia, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.

Para el análisis del asunto la Sala examinará los siguientes aspectos: 1) El acto acusado, su naturaleza y control jurisdiccional; 2) El examen de los cargos formulados.

2.1. El acto acusado, su naturaleza y control jurisdiccional.

El texto literal del “oficio circular” suscrito por el Subdirector de Concesiones del Instituto Nacional de Vías, dirigido a los “Concesionarios, cuyos apartes destacados con negrilla han sido acusados, es del siguiente tenor: (fl. 26):

“A través del presente oficio circular, me permito recordar a ustedes que de conformidad con las estipulaciones contractuales y lo prescrito en el inciso segundo de artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son *intuitu personae* y, por lo tanto no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. En consecuencia, en los contratos de concesión suscritos con el Instituto Nacional de vías, cualquier cesión de derechos y obligaciones y de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta Entidad.

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que el Instituto Nacional de Vías como entidad estatal que es, tiene la prerrogativa de constatar si la persona cesionaria, reúne los requisitos y las calidades técnicas, financieras y operativas que en su momento fueron evaluados y aceptados en relación con el cedente, así como, en el hecho de que el Estado amparado por el Estatuto de Contratación vigente, no puede permitir que durante la ejecución de los contratos varíen o se pierdan las calidades que determinaron la adjudicación de los mismos”. (Negrillas no son del texto)

De la lectura del texto transcrito se observa que el INVÍAS mediante el oficio circular pretende limitar el movimiento accionario de los entes societarios contratistas de la administración, sometiendo la cesión de participaciones a su consulta y autorización previa, aduciendo como fundamento de tal limitación, el carácter *intuitu personae* que caracteriza los contratos estatales, exigencia que se justifica, a juicio del INVÍAS, por cuanto de esa forma es posible garantizar que las condiciones que determinaron la adjudicación de los contratos, permanezcan durante su ejecución.

En primer lugar se habrá de establecer, en relación con el oficio circular dirigido a todos los concesionarios de la entidad demandada, si éste es susceptible de ser controlado por vía jurisdiccional.

Este tema resulta de la mayor importancia si se tiene en cuenta que el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo establece que la acción de

simple nulidad procede no sólo contra los actos administrativos¹⁰, sino también contra las “circulares de servicio”, norma a partir de la cual podría entenderse que, en todos los casos, las circulares de servicio tienen control jurisdiccional .

Para el efecto resulta útil e ilustrativo partir del concepto de acto administrativo, el cual ha sido desarrollado tanto por la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así se ha entendido como acto administrativo *“toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares tendiente a la producción de efectos jurídicos. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo”*¹¹

También se ha sostenido que “...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión...Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es un manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención,... en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho”¹²

Bajo este mismo lineamiento la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con las circulares de servicio, como lo es el oficio acusado -a propósito del control jurisdiccional previsto por el artículo 84 del C.C.A. en comento-, ha hecho varios y reiterados pronunciamientos en el sentido de que dichas circulares son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando contienen una decisión de la autoridad administrativa capaz de producir efectos jurídicos, de suerte que puedan tener fuerza vinculante.

A continuación se destacan algunos de los pronunciamientos más representativos que sobre el tema ha hecho la Corporación:

“Ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, que las circulares de servicio pueden ser acusadas ante la jurisdicción, sólo en cuanto sean actos administrativos, esto es, “conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia”.¹³

¹⁰ Se establece en esta disposición: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.”

¹¹ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El acto administrativo, Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 59

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 22 de enero de 1987; M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 549.

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 22 de enero de 1987, M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 549.

Dentro de este mismo contexto , con ponencia del Consejero Manuel Urueta Ayola, determinó:

“Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda. (...)”¹⁴ ¹⁵

Y en sentencia del 3 de febrero de 2000 reiteró el mismo argumento, providencia cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados”¹⁶.

La Sección Tercera en reciente pronunciamiento también se refirió al tema en los siguientes términos:

En cuanto a la naturaleza del acto demandado cabe precisar que al tenor del artículo 84 inciso 3º del C. C. A., las circulares de servicio pueden ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre que éstas constituyan verdaderos actos administrativos, pues la voluntad de la Administración puede revelarse de diferentes maneras y lo relevante, a efectos de establecer si una determinada manifestación de la voluntad de la Administración es un acto administrativo, es que tenga la aptitud de producir efectos jurídicos tales como la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas generales o particulares.¹⁷

Siguiendo estos lineamientos de la jurisprudencia de la Corporación, resulta claro que siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de un sujeto diferente, en ejercicio de la función administrativa a él atribuída conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, es decir, que produzca efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, habrá un acto susceptible de ser demandado ante la

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Exp. 5064., Sentencia de 14 de octubre de 1999 M.P. Manuel Urueta Ayola

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia del 3 de febrero de 2000, Exp. 5236, M. P. Manuel Santiago Urueta. Este mismo criterio fue reiterado en sentencias de 21 de septiembre de 2001, Exp. 6371, M.P. Olga Inés Navarrete; de 9 de mayo de 2002, Exp. 6604, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola y de 1º de octubre de 2004, Exp. 8092, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Exp. 19142, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad.

No importa, como se aprecia, la calificación formal de la decisión que se demanda; la misma podría denominarse “acto administrativo”, “resolución”, “circular” o de cualquier otra manera; puesto que lo determinante es que contenga los elementos referidos y de ser así, resulta procedente el juicio de legalidad que se proponga ante esta jurisdicción.

Al contrario, cuando las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que contengan decisiones en estricto sentido, se está en presencia de simples actos de servicio que escapan al control jurisdiccional.

Ahora bien, al analizar el oficio circular materia del examen de legalidad, sin lugar a duda, se observa que el aparte demandado contiene una manifestación o expresión de voluntad de la Administración con aptitud y efecto de modificación del ordenamiento jurídico, en la medida en que señala un presupuesto fáctico -la cesión de participaciones accionarias- y un efecto jurídico que se deriva de la ocurrencia (eventual) de dicho supuesto- el surgimiento de la obligación de consultar y obtener la autorización previa de la Entidad, para que sea posible la materialización del referido supuesto-, es decir, la celebración del negocio jurídico conducente a la cesión de las participaciones accionarias, al interior de la sociedad concesionaria.

Por consiguiente, esa manifestación de voluntad de la Administración constituye un acto administrativo de carácter general, pasible de control por esta jurisdicción, mediante la acción de nulidad que ha sido incoada y que se resuelve mediante el presente proveído.

2.2. El examen de los cargos formulados.

2.2.1. Violación de los artículos 58, 84 y 333 de la Carta Política.

Dice el demandante que el acto acusado, en la parte pertinente, viola los artículos 58, 84 y 333 de la Carta Política.

El derecho de libre negociabilidad de las acciones encuentra fundamento en los artículos 58 y 333 de la Carta Política, la primera de estas normas garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, la segunda protege todas las formas asociativas así como la libertad de actividad económica y la iniciativa privada, de forma tal que para su ejercicio “...nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos, sin autorización de la ley.”

Por su parte el artículo 84 constitucional dispone que cuando una actividad haya sido reglamentada de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

Según el artículo 333 superior, el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dicha libertad tiene unos límites que no

son otros que los que impone la preservación y la búsqueda del bien común, los cuales, serán fijados por el legislador.

Como una de las manifestaciones de la actividad económica e iniciativa privada la ley ha previsto la posibilidad de conformar sociedades, mediante el contrato de sociedad cuya definición ha sido prevista por el artículo 98 del C. de Co., norma según la cual, uno de los elementos esenciales para la existencia de la sociedad son los aportes en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero .

Así, los interesados en asociarse se obligan a hacer los correspondientes aportes, estos pueden encontrarse representados en acciones y de esta manera el aportante adquiere la calidad de accionista y el derecho a que le sea entregado el título correspondiente (art. 384 del C. de Co.); dichas acciones hacen parte del derecho de propiedad del aportante que conlleva la libertad de disponer de ellas con las únicas limitaciones que le imponga la ley.

Por su parte el artículo 403 del C. de Co. consagra la libre negociabilidad de las acciones como regla general y a la vez establece, únicamente, cuatro excepciones a dicha libertad de negociación, referidas a: i) las acciones privilegiadas; ii) las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado el derecho de preferencia; iii) las acciones de industria no liberadas y iv) las acciones gravadas con prenda.

Se ha entendido por la doctrina que “La libre negociabilidad es uno de los rasgos característicos de la acción (...)”, pero además es “un modo expedito para que sucesivamente se vinculen o separen de la sociedad los accionistas”, sin que por ello se mengue la subsistencia del ente social ni de la integridad de su capital”¹⁸

En este sentido cabe precisar que como las acciones son títulos indivisibles y, por tanto, independientemente de su titularidad, éstas forman un todo representado en una persona jurídica que permanece intacta hasta su liquidación, sin importar los cambios que en su devenir sufra la composición del capital, por lo tanto, la persona jurídica del contratista con la cual contrata la entidad estatal permanecerá y tendrá la obligación de cumplir con la prestación del servicio objeto de la contratación.

Igualmente ha sostenido la doctrina que el derecho que posee el socio sobre las acciones no es absoluto, vale decir que se encuentra sometido a las normas contenidas en el derecho comercial para el efecto, pero “*en razón a este derecho los accionistas pueden vender sus títulos en cualquier tiempo y a cualquier persona...*”¹⁹

La Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, en este mismo proceso, señaló que limitar más allá de lo dispuesto por la ley, el ejercicio de las facultades que se derivan de dicho aporte, como lo es la disposición del mismo, comporta sin lugar a duda un desconocimiento de la libertad

¹⁸ NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio, Derecho Mercantil Colombiano. Tipos de Sociedad. Legis Editores, Bogotá, 1998, pág. 83.

¹⁹ GONZÁLEZ CAMACHO, Pedro Camilo, La acción en la Sociedad Anónima, Pontificia Universidad Javeriana. 1984, Pág. 161 y 162.

contractual y de empresa garantizado por los artículos 84 y 333 de la Constitución Política, criterio que en esta oportunidad reitera.

En este orden de ideas, la libre negociabilidad de las acciones por parte de los socios que integran una sociedad, sólo se encuentra menguada por los precisos límites impuestos en la misma ley sin que sea posible que por vía de reglamento se impongan otras limitaciones no permitidas ni autorizadas legalmente.

En el asunto subjudice resulta evidente que el Subdirector de Concesiones del INVÍAS, mediante un oficio circular dirigido a los concesionarios de dicha institución, estableció limitaciones a la libertad de negociación de las acciones para los socios integrantes de las empresas concesionarias, al ordenar que la cesión de las participaciones accionarias estarían condicionadas a la consulta y aprobación de la entidad pública concedente, con fundamento en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, limitaciones que hacen referencia a un supuesto bien distinto, cual es la figura de la cesión del contrato.

Como corolario de lo anterior, cabe destacar que el acto administrativo contenido en el oficio circular No SCO-07544 de 6 de abril de 2000, expedido por el Subdirector de Concesiones del Instituto Nacional de Vías, contiene una abierta transgresión de la normatividad superior, artículos 58, 84 y 333 de la Carta Constitucional, por imponer limitaciones a la libre negociabilidad de las acciones, que en manera alguna han sido previstas ni autorizadas por la ley, hecho que da lugar a la existencia de un vicio de nulidad por violación de normas superiores, que afecta la validez del acto e impone la declaratoria de su nulidad.

Violación de los artículos 403 y 406 del Código de Comercio.

Otro de los cargos formulados se concreta en la violación de los artículos 403 y 406 del C. de Co.

La primera de las normas que se dice violada, fue referida en el acápite anterior, disposición que consagra el principio de la libre negociación de las acciones, cuya excepción más importante deviene del pacto de derecho de preferencia, es decir, que a falta de estipulación estatutaria que restrinja su libre transferencia, sus titulares pueden negociarlas en cualquier tiempo, de acuerdo con las normas de enajenación según estén, o no, inscritas en bolsa. Cabe recordar que tampoco es posible la negociación de acciones gravadas con prenda -salvo autorización expresa del acreedor- y las acciones de industria que no hubiesen sido totalmente liberadas a cargo del aportante industrial.

El artículo 406 establece que la enajenación de acciones podrá hacerse por el simple acuerdo de voluntades pero esta negociación solo será oponible frente a la sociedad y a terceros una vez efectuada su inscripción en el libro de registro de acciones.

Dentro de este contexto normativo se tiene que cada acción entendida como “una parte del capital social de la compañía”²⁰, otorga a su poseedor el

²⁰ LEAL PEREZ, Hildebrando. Títulos Valores, Séptima Edición. Pag.428. Editorial Leyer.

derecho de “negociarlas libremente”, así que resulta indiscutible el derecho que en los términos del Código de Comercio le asiste a un socio, cualquiera sea el tipo societario y grado de su participación, de negociar las acciones de las cuales es titular (artículo 379)²¹ , siempre dentro de los estrictos límites que para el efecto ha señalado el legislador y ceñidos a las claras y puntuales excepciones, las cuales por su carácter, no podrán ser modificadas, suprimidas o ampliadas, dada la naturaleza especial de las normas comerciales que para el efecto se aplican.

Acorde con lo hasta aquí expuesto, la Sala no encuentra soporte razonado para condicionar la circulación de las acciones a una “consulta y aprobación” previa del INVÍAS, porque tal exigencia, no fue prevista en la ley de circulación de las acciones, de forma que excede los requisitos de enajenación establecidos de manera amplia y suficiente por el artículo 406 y siguientes del Código de Comercio, así como por la Resolución 400 de 1995, que regula la oferta de acciones inscritas en bolsa.

Al respecto conviene recordar que corresponde al Congreso de la República la postestad de hacer las leyes, en ejercicio de la cual es su deber “*Interpretar, reformar y derogar las leyes*” y “*Expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones*” (artículo 150 numerales 1 y 2).

Ahora bien, en materia comercial el ejercicio de la función legislativa, a la luz de la Constitución de 1886 , derivó en la adopción de la Ley 57 de 1887 - Código Civil - y de la Ley 16 de 1968, cuyo artículo 20 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Comercio actualmente vigente -Decreto Ley 410 de 1971-, el cual ha sido objeto de modificaciones como la contemplada por la Ley 222 de 1995, en la que se reguló, entre otros aspectos, el derecho de propiedad y sus atributos, los diferentes tipos de sociedades y la libertad de negociación de acciones con sus respectivas excepciones. Estas normas, a su turno, han sido objeto de la potestad reglamentaria prevista en los artículos 115 inciso primero y 189 numeral 11 de la actual Carta Política, para efectos de establecer los procedimientos para adelantar la oferta de acciones.

En consecuencia, resulta flagrante la falta de competencia del Subdirector del INVÍAS para crear un “requisito” adicional para efectos de la enajenación de acciones por parte de sus concesionarios, pues como se deja en evidencia, esta competencia es privativa del Congreso de la República, mediante ley.

Cabe precisar, además, que por vía de reglamento no es posible crear, modificar o extinguir derechos y, que en todo caso, el reglamento debe encontrarse subordinado a la ley, de manera que el ejecutivo sólo podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho, pues si ello no sucede así y el nuevo precepto adiciona o recorta la norma reglamentada, incurre con ello en violación de norma superior y en extralimitación de competencia, como en efecto sucedió en el caso sub-lite, situación que conlleva a la nulidad del texto acusado, la cual será declarada.

²¹ El artículo 379 del C. de Co., prescribe: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos: ...3. El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad, de los accionistas o de ambos”,

Como quiera que se encuentra probada la prosperidad de los cargos anteriormente analizados y ellos son suficientes para declarar la nulidad contra los apartes del acto acusado, la Sala se eximirá del análisis de los demás cargos que fueron formulados.

Comentarios finales.

Finalmente resulta pertinente precisar que el Subdirector de Concesiones del INVÍAS, señaló como fundamento jurídico de la decisión contenida en el oficio circular que ha sido impugnado -para exigir consulta y aprobación previa del INVÍAS a efecto de ceder las participaciones accionarias-, el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, norma que se refiere expresamente a la “cesión de contratos”, figura jurídica que se diferencia materialmente del fenómeno de la “cesión de acciones” en cuanto este atañe directamente a la composición del capital social como elemento especial del contrato de sociedad, según lo prescribe el artículo 98 del Código de Comercio, independientemente de los vínculos contractuales que como persona jurídica ostente la sociedad.

En efecto, la autorización previa para la cesión de un contrato estatal, consagrada en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, guarda absoluta armonía con lo prescrito en el artículo 887 del Código de Comercio, en cuanto que para su validez se requiere de la “*autorización escrita de la entidad contratante*”, quien atendiendo objetivamente al interés público incito en la ejecución del contrato, podrá aceptarla o rechazarla.

Tema bien diferente es el de la cesión accionaria, materia que la ley ha definido de manera especial en cuanto a la mayor o menor flexibilidad de la circulación de las participaciones de capital, según la tipología societaria de que se trate, negociación que no se encuentra sometida a autorizaciones previas por parte del ente estatal contratante, cuando quiera que alguno de los socios integrantes de la sociedad contratista, pretenda enajenar sus acciones.

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

FALLA

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad del siguiente aparte del oficio circular número SCO-07544 de 06 de abril de 2000, expedido por el Subdirector de Concesiones del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS-:

“[...] cualquier cesión ... de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta Entidad.[...]”

SEGUNDO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA