

ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA - Reglamentación constitucional: fines / DEMOCRATIZACION ACCIONARIA - Mecanismos preferenciales; participación en vida económica del país

La enajenación de la propiedad accionaria estatal tiene primer fundamento en el artículo 60 de la Constitución Política que señala sus principios rectores, en los siguientes términos: (...). El propósito de la norma es dar fuerza a fines específicos del Estado Social de Derecho, como la función social de la propiedad, el impulso de la propiedad asociativa, la promoción del acceso a la propiedad y el estímulo de los trabajadores para que participen en las empresas, previstos en los artículos 1, 57, 58 y 60 de la Constitución Política (Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001). Según el precepto esta democratización se logra a través de mecanismos que consagran derechos preferenciales a favor de los trabajadores de la empresa que se enajena y de las organizaciones solidarias, con el fin de que en su privatización puedan competir con algunas ventajas con los grupos económicos particulares fuertes que participan con mayor facilidad y de esta manera la propiedad quede en manos de más personas. Para la Sala, además de los principios invocados por la Corte, en la enajenación de una entidad financiera, como en este caso, la democratización de la propiedad accionaria cumple con uno de los fines esenciales del Estado: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (artículo 2 de la Constitución Política). Y es que conforme al artículo 335 de la Carta, son de interés público las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a los que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 ib. El interés público sería más fácil de cobijar con la participación de todos en la vida económica del País.

DEMOCRATIZACION ACCIONARIA - Reglamentación; principios rectores; mecanismos de publicidad, libre concurrencia y masiva participación; destinatarios de condiciones especiales; limitaciones a la negociabilidad / ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO - Limitaciones a los destinatarios de condiciones especiales

Ahora bien, mediante la Ley 226 de 1995 se reglamentó la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa (artículo 1). Cuando se trate de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplican, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 226, las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículo 18 Ley 226 de 1995). Sus principios rectores son: la democratización, la preferencia, la protección del patrimonio público y la continuidad del servicio, los cuales se garantizan mediante ciertos mecanismos que la misma ley señala. En relación con la democratización, se prevé que todas las personas naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene; por tanto, se deben acudir a mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria (artículos 2 y 9). El artículo 3 ib., enunció como destinatarios de las condiciones especiales a: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se

privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión: los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas, por la legislación cooperativa. No son destinatarios de condiciones especiales los fondos parafiscales, los fondos agropecuarios y pesqueros, incluyendo los fondos ganaderos y el Fondo Nacional del Café (artículo 19). Las condiciones especiales están consagradas en el artículo 11 así(...). El procedimiento para la enajenación está regulado por las siguientes reglas: (...). Ahora bien, el artículo 14 de la Ley establece que el programa de enajenación debe disponer las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley, las cuales “podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación” y sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de 5 veces su remuneración anual. En todo caso, el negocio es ineficaz, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real.

FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS - Etapas del Programa de Enajenación; fines de las condiciones especiales / DEMOCRATIZACION ACCIONARIA - Fines; reglas para personas naturales y otros aceptantes: legalidad / GRANAHORRAR - Programa de enajenación accionaria: legalidad de los procedimientos

Pues bien, mediante el Decreto 2540 de 22 de julio de 2005 el Gobierno Nacional aprobó el programa de enajenación de las cuarenta y dos billones doscientas doce mil seiscientas veinte millones quinientas sesenta y tres mil doscientas trece (42.212.620.563.213) acciones ordinarias que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras poseía en Granahorrar Banco Comercial S.A. correspondiente al 99,961799% del total de las acciones en circulación. Las Etapas del Programa de Enajenación fueron las siguientes (artículo 3): (...). El artículo 5 del Decreto 2540 de 2005, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, estableció las siguientes condiciones especiales: (...). Ahora bien, en la primera etapa, el Decreto distingue las reglas para presentar aceptaciones de compra, una por parte de las personas naturales Destinatarios de las Condiciones Especiales, a las cuales se dedica el artículo 7 y; otra para los aceptantes diferentes a personas naturales destinatarias de las condiciones especiales, que están señaladas en el artículo 8. La finalidad de las reglas es promover la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las Acciones corresponda a la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes, impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en el artículo 60 de la Constitución Política y evitar la concentración de la propiedad accionaria de carácter estatal. Las reglas para cada una de las personas naturales son, entre otras: (...). Y para los aceptantes diferentes a personas naturales Destinatarios de las Condiciones Especiales, las reglas que dispone el artículo 8, entre otras son las siguientes: (...). Pues bien, a juicio de la Sala la limitación en cuanto al monto de acciones que pueden adquirir las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales no violan las disposiciones

constitucionales y legales a las que debía sujetarse el Gobierno Nacional en el Programa de Enajenación de esa entidad financiera, como pasa a explicarse.

INDIVIDUALIZACION DE PRETENSIONES - Proposición jurídica completa / PROPOSICIÓN JURIDICA COMPLETA - Individualización de pretensiones en acción de nulidad

El impugnante alega que se debió demandar toda la disposición, sin embargo, la Sala considera que si bien, el anterior enunciado forma junto con cada una de las reglas una proposición jurídica completa, para efectos de una demanda de nulidad no es indispensable que se demande en su totalidad, basta que se precise la parte de la norma que se considera contraria al ordenamiento jurídico como lo establece el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, para que con el concepto de violación se establezca el marco dentro del cual va a efectuarse el análisis de legalidad. Si a juicio del actor sólo el numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 es ilegal, sólo dicho numeral debía demandarse, pues aunque haga parte de una regla jurídica, tal expresión es autónoma dentro del texto que la contiene y no afecta ninguna otra disposición. Además, un fallo de nulidad debe recaer sólo sobre la norma demandada, salvo que por cuestiones de entendimiento o de conexión deban cobijarse otras expresiones no demandadas o deba dársele un entendido a la norma en aras de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico analizado. Sin embargo esto no se presenta en el sub iudice. De otra parte, en relación con la expresión “y en todo caso” que considera el impugnante debió demandarse porque es parte indisoluble de la norma y le da sentido, estima la Sala que no puede entenderse excluida de la impugnación la frase “y, en todo caso” pues, se trata de una conjunción final que encadena las oraciones que contiene cada numeral sobre los montos máximos para adquirir las acciones, así: (...). De manera que de acuerdo con la demanda, es evidente que la petición de nulidad se dirige contra la prohibición de que en todo caso las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales no puedan adquirir más de 126.686.256.676 acciones.

ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA - Programa; principios de la Ley 226; limitaciones a las condiciones de preferencia / DEMOCRATIZACION ACCIONARIA - Principio de preferencia / DERECHO DE PREFERENCIA - Límites a los destinatarios de condiciones especiales en enajenación accionaria de la propiedad estatal

El artículo 6 de la Ley 226 de 1995, dispuso que el Gobierno Nacional es quien en cada caso decide la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional y elabora un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular. Según el artículo 14 de la Ley, el programa de enajenación debe disponer las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley, los cuales como se mencionó, son la democratización, la preferencia, protección del patrimonio público y la continuidad del servicio. En cuanto a la preferencia es evidente su cumplimiento mediante la oferta pública a los destinatarios de las condiciones especiales como desarrollo de la primera etapa, de manera exclusiva, de la totalidad de las acciones de propiedad de Fogafín. De manera, que sólo en el evento en que no se enajenaran todas las acciones en esa etapa, se daría lugar a la segunda etapa, con un precio diferente de acción (precio mínimo de \$0.010177 incrementado en un 2%), mientras que para los destinatarios de las condiciones especiales, el precio fijo por acción fue de \$0.010177. La preferencia también estaba dada en la condición especial de los créditos que les serían otorgados. Ahora bien, para dar cumplimiento a la democratización de la propiedad accionaria, el Gobierno debía

también dictar las medidas correspondientes, “puramente administrativas”, como lo condicionó la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996 que declaró la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 226 de 1995. Sobre el particular, a juicio de la Sala no era necesaria la condición impuesta por la Corte Constitucional, toda vez que el legislador no puede desprenderse y entregar al Ejecutivo una competencia que la Constitución Política ha puesto en su cabeza, como el caso de la enajenación de la participación del Estado en una empresa. Por ello, a juicio de la Sala, cuando el artículo 14 de la Ley 226 de 1995 señala que el Gobierno tomará las medidas correspondientes para lograr los principios generales de la ley, no son otras medidas que las administrativas que dicta en ejercicio del poder reglamentario para la cumplida ejecución de la Ley (artículo 189 numeral 11 de la Carta).

ENAJENACION ACCIONARIA DEL ESTADO - Medidas administrativas: limitaciones razonables y justificadas a la negociación

Entonces, hay que mirar en cada caso si las medidas tomadas por el Gobierno son administrativas o son de reserva legal. Son medidas administrativas aquellas que dicta el Gobierno Nacional como suprema autoridad administrativa y debe sujeción tanto a la Constitución Política como a la ley. Su propósito es dar aplicación a la ley mediante el desarrollo de su alcance. En la sentencia que se cita, la Corte Constitucional aunque condicionó la exequibilidad de la norma, aclaró que “no es éste el caso en que se desconozcan tales reservas, pues se repite que el legislador, por sí mismo, estableció la normatividad excepcional aplicable a los adquirentes que la Ley buscó proteger, según la Constitución, y confió al Gobierno tan sólo la definición del tiempo durante el cual permanecerá, en cada programa de venta, la restricción de origen legal”; Además señaló que “en modo alguno se atribuye al Gobierno facultad legislativa, y, en consecuencia, en nada resulta transgredida la Constitución Política” Sin embargo, concluyó que como “los términos de la disposición podrían dar lugar a extender o a ampliar el alcance de las atribuciones del Gobierno en su desarrollo, la Corte Constitucional condicionará la exequibilidad, de acuerdo con las consideraciones precedentes”. Tampoco comparte la Sala el argumento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia que se cita, de que el legislador “confió al Gobierno tan sólo la definición del tiempo durante el cual permanecerá, en cada programa de venta, la restricción de origen legal”, pues, las medidas que puede tomar el ejecutivo son varias, siempre dentro del marco legal y constitucional, ya que el artículo 14 establece textualmente: “... Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: (...). sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de 5 veces su remuneración anual”. A juicio de la Sala, las medidas administrativas sí pueden contener ciertas restricciones a los destinatarios de las condiciones especiales, siempre y cuando no interfieran con la finalidad de la ley y del artículo 60 de la Constitución Política, es decir, con la democratización de la propiedad accionaria.

ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA - Banco Granahorrar: venta de la totalidad en la primera etapa a beneficiarios especiales / BANCO GRANAHORRAR - Programa de enajenación accionaria: legalidad de los límites fijados por el gobierno nacional

En este evento la Corte declaró inexecutable el inciso 3 del artículo 306 del decreto 663 de 1993 que establecía un reducto de acciones (15%) a las cuales podían acceder los beneficiarios de los procesos de privatización de organismos del Estado según el artículo 60 de la Constitución Política, pues, se reducían de

antemano las opciones a que tenían derecho, restringiéndolas a una cifra inmodificable, cerrada y sin ninguna racionalidad que la justificara. Esto no es lo que aquí se presenta. En el programa de enajenación del Banco Granahorrar en la primera etapa, se ofrecía públicamente a los destinatarios de las condiciones especiales, la totalidad de las acciones que poseía FOGAFIN en la entidad financiera, de manera que si todas ellas eran adquiridas por los beneficiarios de las condiciones especiales, no había lugar a la segunda etapa. La restricción en cuanto al monto que cada uno de los destinatarios de las condiciones especiales podía adquirir en el trámite de la primera etapa, corresponde a un mecanismo necesario para cumplir con el propósito de la democratización accionaria, pues, sólo así se permitía que un mayor número de personas adquirieran la propiedad de la entidad y se evitaría la concentración en manos de un solo beneficiario de condiciones especiales. Otra medida administrativa que adoptó el Gobierno Nacional en el Decreto 2540 fue la forma de adjudicar las acciones cuando se superaba el tope de las ofrecidas en venta, para ello, el artículo 12 numeral 2 dispuso que si el total de Acciones sobre el cual se presentaba aceptación a la oferta sobrepasaba la cantidad de Acciones ofrecidas, la adjudicación se haría a prorrata, en forma directamente proporcional a las cantidades demandadas. En este evento, sólo se tendrían en cuenta las aceptaciones que hubieren admitido reducción de la cantidad de Acciones demandadas o donde se hubiera guardado silencio. Las aceptaciones en las cuales se manifestara expresamente que no se aceptaban reducciones, se tendrían por no presentadas. Este tipo de limitaciones ya ha sido avalado por la Corporación en distintas ocasiones, entre ellas, cuando se demandó la nulidad del programa de enajenación del Banco Popular (Decreto 814 de 1994) y se estableció un límite para los Fondos de Cesantías, los Fondos de Pensiones, los Fondos Mutuos de Inversión de Empleados, los Sindicatos de Trabajadores, las Federaciones y las Confederaciones de Sindicatos de Trabajadores, sobre lo cual, señaló la Sección Primera de la Corporación que “la limitación impuesta en el numeral 1 literal b) del artículo 6 del Decreto 814 de 1994, tiene su razón de ser en la finalidad misma del artículo 60 de la Carta Política, cual es democratizar la propiedad accionaria estatal, permitiendo con dicho límite que un mayor número de los beneficiarios preferenciales puedan acceder a ella”(Sentencia de la Sección Primera de 16 de agosto de 1995, Exp. 2958). De acuerdo con lo anterior, la disposición demandada no contraría las condiciones especiales que fijó el legislador para los trabajadores de las entidades sometidas a procesos de privatización ni a los sectores solidarios; tampoco merma la preferencia que en este tipo de negociaciones deben tener; sólo se trata de un mecanismo concreto a favor del propósito, no sólo constitucional de la democratización de la participación accionaria del Estado, sino como medida preventiva de que se adquieran por interpuesta persona, acciones de la entidad en venta, con las condiciones especiales previstas para otras personas. En consecuencia, no prospera su nulidad.

BANCO GRANAHORRAR - Enajenación accionaria; aprobación previa de la Superbancaria: legalidad

El artículo 23 del decreto demandado dispone que para adquirir las acciones del Banco que son de propiedad de FOGAFÍN se requiere aprobación previa de la Superintendencia Bancaria, cuando sea superior al 5% de las acciones, lo cual, a juicio del demandante, contraría el artículo 88 del E. O. del S. F. que señala que tal aprobación procede cuando la transacción tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a vigilancia de la Superbancaria. Pues bien, los artículos 303 y siguientes del E. O. del S. F. consagran el procedimiento de venta de acciones del Estado en instituciones financieras y entidades aseguradoras, normas que son aplicables en virtud de lo

dispuesto en el artículo 18 de la Ley 226 de 1995 y siempre dentro del marco previsto en el artículo 60 de la C. Política. En efecto, el artículo 18 de la Ley 226/95 señala: (...). Por su parte, el artículo 303 del E. O. del S. F. establece las reglas para la privatización de entidades con participación estatal, el régimen general de la privatización, la participación de la Superintendencia de Valores para el funcionamiento de los martillos de las bolsas de valores y el capital garantía de la Nación. El artículo 304 ib se refiere al procedimiento y dispone que la enajenación deberá efectuarse preferentemente a través de operaciones de martillo en bolsas de valores o, subsidiariamente, mediante otros procedimientos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia. Y finalmente para lo que interesa al proceso, el artículo 305 señala: (...). De acuerdo con lo anterior, la previsión del artículo 23 del Decreto demandado se ajusta a la normatividad aplicable a la enajenación de la participación del Estado en las instituciones financieras conforme al E. O. del S. F. y la Ley 226 de 1995. Como el mismo artículo 305 advierte, el artículo 88 del Estatuto se aplica para las transacciones de acciones y de bonos obligatoriamente convertibles en acciones no contemplados en el presente artículo, es decir cuando no se trata de una privatización de una entidad financiera o aseguradora. Por las consideraciones precedentes, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que las disposiciones acusadas no violan los preceptos legales ni constitucionales invocados en la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00055-00(15739)

Actor: JAIME OSWALDO POMA AVILA

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional contra el Decreto 2540 del 2005

FALLO

La Sala decide la demanda de nulidad instaurada por JAIME OSWALDO POMA ÁVILA contra el numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 y del inciso primero del artículo 23 del Decreto 2540 del 2005 *“Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras posee en Granahorrar Banco Comercial S.A.”*, expedido por el Gobierno Nacional.

Aunque el demandante había instaurado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala en el auto admisorio de la demanda dispuso que la acción procedente era la de simple nulidad y que así debía tramitarse.

EL ACTO DEMANDADO

La demanda recae sobre el numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 y el inciso primero del artículo 23 del Decreto 2540 del 2005, cuyo texto es el siguiente:

Ministerio de Hacienda y Crédito Público
DECRETO 2540
22 de julio de 2005

Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras posee en Granahorrar Banco Comercial S.A.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 6 de la Ley 226 de 1995

(...)

DECRETA:

(...)

Artículo 7º. Reglas para presentar aceptaciones de compra en la Primera Etapa por parte de personas naturales destinatarios de las condiciones especiales. Con el fin de promover la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las Acciones corresponda a la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes, impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en el artículo 60 de la Constitución Política, y evitar la concentración de la propiedad accionaria de carácter estatal, la aceptación que presente cada una de las personas naturales Destinatarias de las Condiciones Especiales en desarrollo de la Primera Etapa, estará sujeta a las siguientes reglas:

(...)

2. No podrán adquirir acciones por un monto superior a: (i) Dos (2) veces su patrimonio líquido a diciembre 31 del año correspondiente a la declaración de renta presentada, ni (ii) Por un valor que supere cinco (5) veces sus ingresos anuales y; para el caso específico de las personas que ocupen cargos de nivel directivo en el Banco Granahorrar, por un valor que supere cinco (5) veces su remuneración anual y, en todo caso, **(iii) No podrán adquirir más de ciento veintiséis mil seiscientas ochenta y seis millones doscientas cincuenta y seis mil seiscientas setenta y seis (126.686.256.676) acciones.**

(...)

Artículo 23. Aprobación de la Superintendencia Bancaria. *Las personas que pretendan adquirir directa o indirectamente un porcentaje igual o superior al 5% de las Acciones, deberá solicitar autorización a la Superintendencia Bancaria para llevar a cabo la respectiva adquisición. Todo lo anterior de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o en las leyes que lo modifique o sustituyan [...]”.*

LA DEMANDA

Como hechos de la demanda relata que el 22 de julio de 2005, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2540, aprobó el programa de enajenación de las 42.212.620.563.213 acciones ordinarias que poseía FOGAFÍN en el Banco Granahorrar y estableció sus etapas y condiciones.

La primera etapa con una duración de dos meses, sería mediante una oferta pública a precio fijo de la totalidad de las mencionadas acciones a los destinatarios de las condiciones especiales, es decir, a los miembros del sector solidario.

En la segunda etapa, todas las acciones que no fueran adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales de la primera etapa, se ofrecerían a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Finalmente, en la tercera etapa, se ofrecerían en venta las acciones no adquiridas en la segunda etapa, para lo cual el Gobierno debería emitir un nuevo decreto para establecer las reglas de enajenación.

En los artículos 7 y 8 del Decreto se consagraron ciertas limitaciones para la oferta a los destinatarios de las condiciones especiales (Primera Etapa), entre ellas, que no podían adquirir más del 0.3% del total de las acciones suscritas de la entidad financiera. Mientras que los destinatarios de la Segunda Etapa podían adquirir individualmente, la totalidad de las acciones sin ninguna limitación o restricción.

Invocó como normas violadas los artículos 13 y 60 de la Constitución Política; 3, 11 y 14 de la Ley 226 de 1995 y 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuyo concepto de violación desarrolló así:

a. Incompetencia del Ejecutivo para señalar las condiciones excepcionales a los sectores solidarios que pueden ejercer un derecho preferencial de compra

La Constitución previó que los programas de enajenación o privatización de participaciones del Estado en toda clase de empresas debe desarrollarse conforme a los principios constitucionales establecidos en el artículo 60 de la Constitución Política y por tanto, la reglamentación de los procesos de privatización es asunto que sólo concierne al legislador quien no puede delegarla en el ejecutivo.

En desarrollo del mandato constitucional se expidió la Ley 226 de 1995 y estableció en el artículo 14 que el Gobierno expediría para cada caso un programa de enajenación en el que dispondría de medidas que evitaran conductas que atentaran contra los principios generales de esta ley; esta norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en el entendido de que las medidas que puede adoptar el Gobierno son de carácter puramente administrativo¹.

En consecuencia, el Gobierno Nacional no podía, so pretexto de una atribución amplia para regular operativamente cada proceso de privatización, imponer restricciones o limitaciones a los destinatarios de las condiciones especiales, en el sentido de que ninguno de ellos podía adquirir más de 126.686.256.676 acciones, traspasando los límites de competencia gubernamental. Lo que el Ejecutivo podía definir, era el término de la restricción que resultara adecuado a las circunstancias y, las sanciones en caso de incumplimiento. Las condiciones especiales fueron establecidas por el legislador y el Gobierno no podía limitarlas.

b. Limitación de acceso a la propiedad de los destinatarios de condiciones especiales

El Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2540 de 2005 cercenó el derecho preferencial de los sectores sociales de adquirir el paquete accionario del Fondo Nacional de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFÍN. Este derecho preferencial de los trabajadores y de las organizaciones solidarias no admite limitaciones de ninguna clase, sino que es un propósito que persigue el Estado Social de Derecho y que la Corte Constitucional ha denominado democratización económica (Sentencia C-037 de 1994).

En este caso el Gobierno al ofrecer todo el paquete accionario al sector solidario, pero imponiendo límites, hace que ninguno de sus miembros pueda hacer efectivo

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-384 de 1996.

el principio de la democratización económica, es decir, impide que las organizaciones solidarias estén en capacidad efectiva de adquirir el 100% de las acciones ofrecidas; con la consecuencia de que en la segunda etapa un banco nacional o extranjero, un solo oferente, pueda adquirirlo en su totalidad.

El Ejecutivo amparado en el artículo 14 de la Ley 226 de 1995 dejó ver su afán de que el Banco no quedara en manos del sector solidario y desconoció que las limitaciones que se pueden imponer a los destinatarios de las condiciones especiales, solamente puedan tener origen en la ley, en los términos de la declaratoria condicionada del inciso 3 del artículo 14 de la Ley 226 de 1995 por la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996.

c. Desconocimiento del derecho a la igualdad

Para asegurar la igualdad efectiva a favor de los trabajadores y el sector solidario, la Constitución adoptó una acción afirmativa consistente en otorgarles de manera preferente y en “condiciones especiales” el derecho a adquirir el control de las empresas estatales que se privatizaran. Este objetivo fue desarrollado igualmente por la Ley 226 de 1995.

Sin embargo, el Gobierno pretende restringir el propósito, mediante las normas demandadas, pues, estableció que los trabajadores, jubilados, las cooperativas, los sindicatos y los fondos, no podían comprar más del 0.3% de las acciones del banco, a diferencia de una multinacional bancaria o uno de los grandes bancos colombianos, quienes sí podían hacerse a la mayoría de acciones según el Decreto 2540 de 2005.

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1994 señaló que una limitación del 15% para que el sector solidario pueda adquirir un paquete accionario dentro de un programa de enajenación desconocía el inciso segundo del artículo 160 de la Constitución Política.

d. Violación del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

El artículo 23 del decreto demandado dispone que para adquirir las acciones del Banco que son de propiedad de FOGAFÍN se requiere aprobación previa de la Superintendencia Bancaria, cuando sea superior al 5% de las acciones, lo cual viola el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que señala que

tal aprobación procede cuando la transacción tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a vigilancia de la Superbancaria.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El actor solicitó la suspensión provisional del inciso primero del artículo 23 del Decreto demandado por violar manifiestamente el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. La medida cautelar fue negada por auto de 17 de noviembre de 2005, porque era necesario analizar con detenimiento el procedimiento de enajenación en la primera etapa en especial en cuanto se refiere a los “destinatarios de las condiciones especiales”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** solicitó negar las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos de defensa:

a. Debido ejercicio de las competencias de Ejecutivo en el asunto

La demanda se sustenta en una serie de juicios subjetivos tendientes a demostrar la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto demandado, pero carece de soporte jurídico.

En virtud del artículo 60 de la Constitución Política es reserva del legislador reglamentar las condiciones especiales para que los trabajadores y las organizaciones solidarias y de trabajadores accedan a la propiedad accionaria del Estado cuando enajena su participación en una empresa. Pero esta reglamentación debe entenderse en sentido amplio porque no es función del legislador expedir reglamentos y le sería muy difícil un tipo de regulación minuciosa.

Para desarrollar el mandato constitucional se expidió la Ley 226 de 1995 en cuyos artículos 6 y 7 dispuso que el Gobierno Nacional debía resolver en cada caso la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, con un programa de enajenación particularmente diseñado, sujeto a las disposiciones legales y que en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se trazaría el programa de enajenación.

Para el caso de Granahorrar el Gobierno expidió el Decreto 2540 de 2005, el cual, contrario a lo señalado en la demanda, se desarrolla dentro de la limitada libertad de regulación consagrada en el artículo 14 de la Ley 226 de 1995 que señala que el programa de enajenación que para cada caso expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley, que esas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones a los destinatarios de condiciones especiales.

La vaguedad argumentativa de la demanda impide entender el porqué del reproche que el Ejecutivo haya expedido el Decreto acusado y no se observa que más bien el Decreto tomó las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las premisas constitucionales en relación con los destinatarios de las condiciones especiales, caso del demandante en su condición de extrabajador del Banco.

b. Posibilidad de adquirir las acciones del Banco

Según la demanda es necesario garantizar la posibilidad de que cualquier trabajador o miembro del sector solidario pueda hacerse a todas las acciones ofrecidas, lo cual, es precisamente contrario a una efectiva democratización y por ello, para garantizarla, se dispone que cada una de ellas pueda adquirir individualmente un cupo determinado de acciones y así el conjunto de personas pueda adquirir la totalidad de las acciones.

El sector solidario está amparado en la Constitución como categoría genérica, sin que se establezca un privilegio para cada individuo o persona integrante del sector, lo cual es cumplido por el decreto demandado.

Además las medidas adoptadas por el Gobierno no son condiciones especiales, sino ordinarias y administrativas, conforme lo dispuso la ley y lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-384 de 1996.

La Corte Constitucional² ha precisado que la Administración legalmente está habilitada de los poderes necesarios para imponer limitaciones razonables y justificadas a la negociación accionaria, que naturalmente conduzcan a impedir la

² Sentencia C-037 de 1994.

presencia de desviaciones y a evitar que se desconozca la voluntad del constituyente.

c. De la supuesta violación del derecho de igualdad

El actor aduce que se brinda un trato desigual a los sujetos pasivos de los derechos preferenciales, premisa que resulta imprecisa, pues confunde los conceptos de concentración accionaria y democratización accionaria. Pretende que se dé trámite a la concentración en desmedro de las demás consideraciones del mercado, los derechos de terceros e inclusive de los mismos trabajadores o extrabajadores del banco que pueden verse afectados frente a un compañero que podría acceder a dicha propiedad de manera monopolística.

La democratización que estimula la Constitución es contraria a la concentración accionaria en cada persona natural integrante del sector solidario, que al parecer postula el actor como mecanismo de democratización.

Como el actor no determina con precisión en qué consiste la supuesta desigualdad, cuestiona si ¿ésta no se pone de manifiesto más bien en el tratamiento preferencial de los sectores protegidos?

d. De la Supuesta violación del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

No se presenta la violación aducida, pues desconoce el actor que el artículo 305 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé la posibilidad de que se requiera la autorización de la Superintendencia Bancaria para dicha compra de acciones.

PARTES IMPUGNADORAS

- El **Fondo de Garantías de Instituciones Financieras** en defensa de la legalidad del decreto demandado controvierte los argumentos de los demandantes así:

a. Facultad del ejecutivo y la reglamentación de la ley

No tiene razón la demanda cuando señala que el Ejecutivo usurpó facultades del legislativo y creó unas condiciones especiales no previstas en la ley, pues, la Ley 226 de 1995 señaló y definió las condiciones especiales para beneficiar a los

trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores en la adquisición de acciones; y lo que hizo el Decreto fue garantizar esa democratización y evitar una indebida concentración de la propiedad accionaria, es decir, cumplir con la finalidad de la ley, como es el entendido que debe darse a la sentencia de la Corte Constitucional C-384 de 1996.

b. Negociabilidad de las acciones

La Disposición del Gobierno mediante las normas demandadas es que un solo destinatario de condiciones especiales no pueda adquirir todas las acciones, sino que para garantizar la efectiva democratización, cada uno de ellos pueda adquirir individualmente un cupo determinado de acciones y el conjunto de los mismos pueda adquirir la totalidad de las acciones, lo cual deja abierta la posibilidad de que se negocien todas las acciones. Se trata de medidas administrativas para la cumplida ejecución de la ley.

El argumento expuesto en la demanda es contradictorio pues, justamente el hecho de que un solo destinatario de condiciones especiales pueda adquirir ilimitadamente acciones, produce el efecto contrario al querido por la Constitución y ratificado por la jurisprudencia y, es que un menor número de personas accedería a las acciones y concentrarían la propiedad de las mismas.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme en declarar ajustadas a la legalidad este tipo de medidas o mecanismos, en otros casos de enajenación accionaria por parte del Estado que tienden a garantizar que la finalidad del artículo 60 de la Constitución Política se cumpla, es decir, que un mayor número de los beneficiarios preferenciales puedan acceder a ella³.

c. Violación al principio de igualdad

La Constitución señaló las reglas de privilegio para que los trabajadores e integrantes del sector solidario pudieran hacerse a la propiedad accionaria del Estado en condiciones más ventajosas que quienes no hacen parte de ese grupo, lo cual ya es un mecanismo de igualación.

³ Sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado de 10 de febrero y 16 de agosto de 1995.

Ahora, establecer medidas para evitar que en defecto del sector solidario que tuvo la oportunidad privilegiada de adquirir las acciones y no lo hizo, las pueda adquirir el sector financiero y bancario o los ciudadanos comunes y corrientes en condiciones de mercado, implica una discriminación injusta no consagrada en la Constitución y, una parálisis de la enajenación de acciones que el Estado no tiene interés de conservar en su poder.

d. La aprobación de la Superintendencia Bancaria

El argumento del demandante omite la regulación especial de la materia contemplada en el artículo 305 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

- El señor **Martín Bermúdez Muñoz** se opuso a la nulidad solicitada porque el Decreto reglamentario garantizó la participación de los destinatarios de condiciones especiales dentro de los principios constitucionales y legales de preferencia y logró una exitosa negociación de las acciones en provecho del patrimonio público.

Propuso la excepción de cosa juzgada, pues en relación con la supuesta violación por parte de las disposiciones demandadas, de los derechos fundamentales de las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales y en particular del demandante, en una acción de tutela que, con el mismo propósito, interpuso el actor, las pretensiones fueron rechazadas por sentencia de 18 de octubre de 2005 del Tribunal Superior de Bogotá y confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Solicitó el rechazo de las pretensiones, pues las normas demandadas forman parte de un decreto que ya produjo efectos, por lo cual resulta inútil e inócua un pronunciamiento de mérito.

El Gobierno estaba legitimado para tomar la medida demandada en desarrollo del artículo 14 de la Ley 226 de 1995 en aras de garantizar los principios de esa ley, como evitar el testaferrato o que las acciones quedaran en manos de unos pocos. Estas medidas son administrativas y se adoptaron con base en estudios técnicos de instituciones privadas contratadas para ello. Además, la facultad reglamentaria del Presidente para cada evento no se eliminó por el hecho de que el artículo 60 de la Constitución Política hubiese dicho que la ley reglamentaría la materia prevista en esa disposición.

No es lógico considerar que cuando el artículo 14 de la Ley 226 de 1995 dispone que “sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer” se refiera a otras limitaciones que la misma ley podría imponer.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló que la normatividad excepcional aplicable a los trabajadores y a los demás sectores solidarios de la economía fue establecida por la ley y solamente ella puede ampliarla o modificarla, por tanto es nulo el numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 del Decreto 2540 de 22 de julio de 2005, en cuanto dispone límites a las acciones que pueden adquirir los destinatarios de las denominadas condiciones especiales de la primera etapa del programa de enajenación de las acciones de Granahorrar, pues viola los artículos 60 de la Constitución Política y 14 de la Ley 226 de 1995.

Reiteró también violación del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por el artículo 23 del Decreto Demandado.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** insistió en el debido ejercicio de las competencias de Ejecutivo en el asunto, pues, las medidas adoptadas en el Decreto demandado no tienen el carácter de condiciones especiales sino administrativas conforme al artículo 14 de la Ley 226 de 1995 y 60 de la Constitución Política, para garantizar el cumplimiento de las premisas constitucionales en relación con los destinatarios de las condiciones especiales.

No existe el límite señalado en la demanda, pues de la disposición demandada se desprende que cada una de las personas que pertenecen a los destinatarios de condiciones especiales puede adquirir individualmente un cupo determinado de acciones y así el conjunto de personas pueda adquirir la totalidad de las acciones. Las medidas administrativas que se tomaron y su finalidad constan en el informe de FOGAFIN allegado en cumplimiento al auto de pruebas (fl. 249).

Insistió que el artículo 23 demandado tiene sustento en el artículo 305 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

El **Fondo de Garantías de Instituciones Financieras** solicitó tener en cuenta los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e insistió en que las

normas demandadas no señalan las condiciones especiales, porque estas fueron definidas por el legislador (artículo 11 de la Ley 226 de 1995). El Decreto tomó las medidas administrativas para lograr una efectiva democratización de la propiedad accionaria del Estado y no que un solo destinatario de condiciones especiales adquiriera la totalidad de las acciones.

Reiteró que el artículo 305 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es una norma especial para efectos de la aprobación de la Superintendencia Bancaria.

El señor **Martín Bermúdez Muñoz** reiteró su solicitud de fallo inhibitorio por sustracción de materia porque las normas impugnadas ya produjeron todos sus efectos y el contrato de venta de las acciones fue debidamente celebrado sin que hubiese sido impugnado. Esas normas tenían como objeto regular la participación de los destinatarios de condiciones especiales en la primera etapa del proceso de venta de las acciones de Granahorrar y dicha etapa ya se surtió, por lo que no es procedente un pronunciamiento de la jurisdicción, pues no regulaba ninguna otra situación jurídica distinta de la que ya se cumplió.

Además las normas regularon el procedimiento previo a la celebración de un contrato estatal, razón por la cual una vez celebrado no era procedente demandar el acto de forma exclusiva sino también la nulidad del contrato como lo establece el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Hay inepta demanda porque no se demandó todo el artículo 7 del Decreto 2540 de 2005, de manera que su pretensión parcial modifica el sentido de la disposición. Tampoco se demandó la expresión “y en todo caso” parte indisoluble de la norma y que le da sentido.

Reiteró que existe cosa juzgada en relación con la supuesta violación de derechos fundamentales, porque el demandante interpuso una tutela y fue negada por sentencia de 18 de octubre de 2005 del Tribunal Superior de Bogotá y confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

En lo de fondo, reiteró sus argumentos sobre la legalidad del acto demandado y aclaró que el artículo 7 estableció las condiciones especiales para cada uno de los aceptantes y no para la totalidad del grupo o destinatarios del mismo, como confusamente lo plantea la demanda.

Las disposiciones demandadas garantizaron la participación de los destinatarios de las condiciones especiales dentro de los principios constitucionales y legales de preferencia, ya que de no haberse establecido esos topes se habría permitido que en la primera etapa del proceso, grandes inversionistas hubieran podido adquirir, por interpuesta persona, la totalidad de las acciones por el precio preferencial fijo establecido para esa etapa.

Con la disposición demandada cada uno de los sujetos integrantes del sector beneficiado podía adquirir \$1.289.286.034 en acciones, concurrentemente con la posibilidad de que la totalidad de las acciones pudiera haber sido adquirida, de haber habido ofertas suficientes, por todo el sector en su conjunto.

Transcribió el artículo 305 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para señalar que el artículo 23 demandado se ajustó a su previsión.

El **Ministerio Público** solicitó negar las súplicas de la demanda, dado que el numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 del Decreto 2540 de 2005 no se contrapone al orden jurídico. El Gobierno Nacional la fijó con sujeción a los límites constitucionales y legales al momento de reglamentar la enajenación de la propiedad accionaria estatal, atendiendo a que esa medida administrativa, adecuada y complementaria permitiría alcanzar la operatividad consagrada en la Ley 226 de 1995, con el fin de no incurrir en concentración de la propiedad accionaria ni en la desnaturalización de la democratización de la titularidad de las acciones.

La Ley 226 de 1995 por la cual se desarrolló el artículo 60 de la Constitución Política, facultó al Gobierno para decretar en cada caso la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional y adoptar las medidas tendientes a evitar conductas atentatorias de los principios de dicha ley.

El aparte normativo no es contrario a los preceptos constitucionales y legales citados, por infracción del derecho a la igualdad y limitación a los sectores sociales de trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, del acceso a la propiedad accionaria y del derecho preferencial para adquirir el ciento por ciento de las acciones ofrecidas por el FOGAFÍN en el proceso de privatización, pues, tal afirmación desnaturaliza la democratización de la propiedad del Estado, que

propugna por el acceso a ella de determinados sectores y prevé prerrogativas especiales para quienes tienen tratamiento especial.

El objetivo de la medida que el Gobierno adoptó válidamente a través del aparte acusado del artículo 7 numeral 2 del Decreto 2540 del 2005, era lograr el cumplimiento de los principios generales que desarrolla la Ley 226 de 1995, y garantizar a todos destinatarios de condiciones especiales, la oportunidad de adquirir acciones en la primera etapa, a fin de que un solo trabajador no adquiriera la totalidad de la propiedad accionaria y se impidiera el desarrollo del principio de democratización.

Finalmente, no hay violación del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por el inciso 1 del artículo 23 del Decreto 2540 de 2005, toda vez que el actor desconoce el artículo 305 del Estatuto que se refiere de manera especial al proceso de privatización de las entidades financieras.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide sobre la legalidad del numeral iii) del numeral 2 del artículo 7 y del inciso 1 del artículo 23 del Decreto 2540 de 22 de julio de 2005, expedido por el Gobierno Nacional *“por el cual se aprueba el Programa de Enajenación de acciones que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras posee en Granahorrar Banco Comercial S.A.”*.

Previo al estudio de las pretensiones de la demanda, la Sala decidirá sobre las excepciones propuestas por el impugnante, señor Martín Bermúdez Muñoz, así:

1. Cosa juzgada

Sustenta la excepción en que las pretensiones del demandante sobre la supuesta violación por parte de las disposiciones demandadas, de los derechos fundamentales de las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales y en particular del demandante, fueron rechazadas por el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de tutela de 18 de octubre de 2005 y confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Considera la Sala que la excepción no está llamada a prosperar, pues en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 24 de noviembre de 2005 y del

Tribunal Superior de Bogotá de 18 de octubre de 2005, se consideró que la acción de tutela no era el medio para discutir la legalidad del acto que aquí se demanda y porque el demandante no había manifestado su interés de adquirir las acciones de acuerdo con sus posibilidades económicas, ni probó que se le hubiera impedido acceder a las mismas, por lo que no podía aducir que el Decreto le hubiera vulnerado sus derechos fundamentales (folio 209 del expediente).

Por lo anterior, no puede considerarse que en los fallos de tutela mencionados se hubiera decidido sobre las pretensiones de este proceso, máxime que se trata de dos acciones diferentes que tienen sus respectivos objeto y causa; aún, si se hubieran analizado los derechos fundamentales del actor en aquel proceso, su decisión no tendría efectos de cosa juzgada en éste, pues la acción de tutela busca la protección de derechos fundamentales en un caso particular, mientras, que la acción pública de nulidad tiene por objeto la protección del ordenamiento jurídico y donde no caben análisis subjetivos ni particulares. Además, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la única instituida para decidir sobre la legalidad de los actos de la Administración, por lo que carece de fundamento la excepción.

2. Sustracción de materia

Considera que es inocuo un pronunciamiento de mérito, pues las normas demandadas forman parte de un decreto que ya produjo efectos.

Esta excepción tampoco está llamada a prosperar pues aunque el Programa de Enajenación *de acciones que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras poseía en Granahorrar Banco Comercial S.A.*, aprobado por el Decreto 2540 de 2005, culminó el 7 de diciembre de 2005, fecha en la cual se llevó a cabo el Acto de Cierre de la Segunda Etapa⁴, es un acto administrativo que mientras se cumplió, produjo efectos y por tanto debe estudiarse su legalidad con el fin, no sólo de restablecer el orden jurídico y la legalidad, sino por esos efectos que pudo producir.

Ha sido criterio reiterado de la Corporación que aunque hayan desaparecido los fundamentos de hecho de un acto administrativo demandado, al estar cuestionada

⁴ Folio 119 del c.ppal.

su legalidad debe darse una decisión con el fin de salvaguardar el imperio de la legalidad, criterio que resulta aplicable al presente caso.

En efecto, mediante providencia de Sala Plena de 14 de enero de 1991, expediente S-157, con ponencia del Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, expresó la Corporación:

"Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho, ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad".

"Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares, por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podía controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo".⁵

Ahora bien, en los alegatos de conclusión el impugnante solicitó fallo inhibitorio, además de las excepciones ya estudiadas, porque, primero, las normas regularon el procedimiento previo a la celebración de un contrato estatal, razón por la cual una vez celebrado no era procedente demandar el acto de forma exclusiva sino

⁵ Esta posición ha sido reiterada en las Sentencias de la Sección de 2 de febrero de 2001, exp. 10474, C.P. Germán Ayala Mantilla, de 22 de junio de 2001, exp. 10164, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, de 23 de agosto de 2002, exp. 12311, C.P. Ligia López Díaz y de 3 de octubre de 2007, exp. 15900, C.P. Héctor Romero Díaz.

también la nulidad del contrato como lo establece el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo; y segundo, porque no se demandó todo el artículo 7 del Decreto 2540 de 2005, de manera que su pretensión parcial modifica el sentido de la disposición. Tampoco se demandó la expresión “y en todo caso” parte indisoluble de la norma y que le da sentido, por tanto hay inepta demanda.

La Sala no estudiará las anteriores excepciones, toda vez que su planteamiento en los alegatos de conclusión es extemporáneo. En efecto, conforme al artículo 207 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo la fijación en lista tiene por objeto que el demandado conteste la demanda, proponga excepciones y solicite pruebas, además para que se impugne o coadyuve la demanda por los terceros intervinientes, lo cual incluye la petición de pruebas y la proposición de excepciones.

A juicio de la Sala, proponer este tipo de excepciones en los alegatos de conclusión sorprende a las demás partes con argumentos respecto de las cuales ya no pueden ejercer ninguna clase de defensa o contradicción y por tanto, es improcedente su análisis en el fallo.

Pues bien, como las excepciones propuestas no tuvieron vocación de prosperidad, la Sala abordará el estudio de la legalidad del **numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 y del inciso primero del artículo 23 del Decreto 2540 de 22 de julio de 2005** expedido por el Gobierno Nacional, propuesto en la demanda y reiterado en el alegato de conclusión.

A. Numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 del Decreto 2540 de 2005 cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 7°. Reglas para presentar aceptaciones de compra en la Primera Etapa por parte de personas naturales destinatarios de las condiciones especiales. Con el fin de promover la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las acciones corresponda a la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes, impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en el artículo 60 de la Constitución Política, y evitar la concentración de la propiedad accionaria de carácter estatal, la aceptación que presente cada una de las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales en desarrollo de la Primera Etapa, estará sujeta a las siguientes reglas:

1. Deberá acompañar copia de: (i) La declaración de renta correspondiente al año gravable de 2004 para aquellos que estén obligados a presentar declaración, o (ii) El certificado de ingresos y retenciones del año 2004 para los no obligados a declarar.

Las personas que ocupen cargos de nivel directivo en el Banco Granahorrar deberán, adicionalmente, acompañar una certificación expedida por un representante legal de dicha sociedad, en que conste su remuneración anual a la fecha de expedición del presente decreto.

2. No podrán adquirir acciones por un monto superior a: (i) Dos (2) veces su patrimonio líquido a diciembre 31 del año correspondiente a la declaración de renta presentada, ni (ii) Por un valor que supere cinco (5) veces sus ingresos anuales y; para el caso específico de las personas que ocupen cargos de nivel directivo en el Banco Granahorrar, por un valor que supere cinco (5) veces su remuneración anual y, en todo caso, (iii) No podrán adquirir más de ciento veintiséis mil seiscientos ochenta y seis millones doscientas cincuenta y seis mil seiscientos setenta y seis (126.686.256.676) acciones.

Para efectos de dar aplicación a las reglas previstas en el presente artículo y determinar los anteriores límites se tomará: (a) El patrimonio líquido y los ingresos que figuren en la declaración de renta presentada; (b) Los ingresos que figuren en el certificado de ingresos y retenciones presentado, o (c) La remuneración anual certificada de cada una de las personas que ocupan cargos de nivel directivo, vigente a la fecha de expedición del presente decreto.

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

3. Cualquier aceptación de compra de acciones por un monto superior al previsto en el numeral anterior, si cumple con las demás condiciones establecidas en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa, se entenderá presentada, en cada caso, por la cantidad máxima indicada en el numeral 2 del presente artículo, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 2 del artículo 12 del presente decreto.

4. Únicamente se considerarán aceptaciones de compra en las cuales la persona manifieste por escrito su voluntad irrevocable de: (i) No negociar las acciones dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras; (ii) No realizar conductas que conduzcan a que personas diferentes del aceptante tengan dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el carácter de beneficiario real de los derechos derivados de las Acciones; (iii) No dar en pago las acciones dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras; (iv) No subrogar el crédito adquirido con base en la línea de crédito de que trata el artículo 6º del presente Programa de Enajenación, si lo hubiere recibido, ni prestar su consentimiento, ni participar directa o indirectamente ni en forma alguna en tal subrogación, ni en ningún acto o negocio que produzca el mismo o similar efecto, dentro de los dos (2)

años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las Acciones por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, y (v) Aceptar las condiciones de la oferta pública en los términos previstos en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa.

Para efectos del presente decreto, el término “beneficiario real” tendrá el alcance que le atribuye la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores y las demás normas que la sustituyan, modifiquen, adicionen o complementen.

5. Deberán acompañar los demás documentos que se establezcan en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa”.

Advierte la Sala en primer lugar que el enunciado del artículo 7 señala los propósitos de las reglas para presentar aceptaciones de compra en la Primera Etapa por parte de personas naturales destinatarios de las condiciones especiales, entre ellos, la promoción de la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las acciones corresponda a la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes e impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en el artículo 60 de la Constitución Política.

El impugnante alega que se debió demandar toda la disposición, sin embargo, la Sala considera que si bien, el anterior enunciado forma junto con cada una de las reglas una proposición jurídica completa, para efectos de una demanda de nulidad no es indispensable que se demande en su totalidad, basta que se precise la parte de la norma que se considera contraria al ordenamiento jurídico como lo establece el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, para que con el concepto de violación se establezca el marco dentro del cual va a efectuarse el análisis de legalidad.

Si a juicio del actor sólo el numeral (iii) del numeral 2 del artículo 7 es ilegal, sólo dicho numeral debía demandarse, pues aunque haga parte de una regla jurídica, tal expresión es autónoma dentro del texto que la contiene y no afecta ninguna otra disposición.

Además, un fallo de nulidad debe recaer sólo sobre la norma demandada, salvo que por cuestiones de entendimiento o de conexión deban cobijarse otras expresiones no demandadas o deba dársele un entendido a la norma en aras de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico analizado. Sin embargo esto no se presenta en el sub iudice.

De otra parte, en relación con la expresión “y en todo caso” que considera el impugnante debió demandarse porque es parte insoluble de la norma y le da sentido, estima la Sala que no puede entenderse excluida de la impugnación la frase “y, en todo caso” pues, se trata de una conjunción final que encadena las oraciones que contiene cada numeral sobre los montos máximos para adquirir las acciones, así:

*“2. No podrán adquirir acciones por un monto superior a: (i) Dos (2) veces su patrimonio líquido a diciembre 31 del año correspondiente a la declaración de renta presentada, **ni** (ii) Por un valor que supere cinco (5) veces sus ingresos anuales y; para el caso específico de las personas que ocupen cargos de nivel directivo en el Banco Granahorrar, por un valor que supere cinco (5) veces su remuneración anual y, **en todo caso**, (iii) No podrán adquirir más de ciento veintiséis mil seiscientos ochenta y seis millones doscientas cincuenta y seis mil seiscientos setenta y seis (126.686.256.676) acciones”.*

De manera que de acuerdo con la demanda, es evidente que la petición de nulidad se dirige contra la prohibición de que en todo caso las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales no puedan adquirir más de 126.686.256.676 acciones.

Precisado lo anterior, se procede al estudio de la legalidad del acto demandado.

En síntesis, el numeral 2 del artículo 7 del Decreto demandado señala que **cada una de las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales** en desarrollo de la Primera Etapa en la enajenación de las acciones que tiene FOGAFIN en el Banco Granahorrar, **no puede adquirir acciones por un monto superior a:**

- 1- **Dos (2) veces su patrimonio líquido** a diciembre 31 del año correspondiente a la declaración de renta presentada
- 2- **Cinco (5) veces sus ingresos anuales** y; para el caso específico de las personas que ocupen cargos de nivel directivo en el Banco Granahorrar, por un valor que supere cinco (5) veces su remuneración anual y;
- 3- En todo caso, **más de** ciento veintiséis mil seiscientos ochenta y seis millones doscientas cincuenta y seis mil seiscientos setenta y seis **(126.686.256.676) acciones.**

Sobre el último punto recae la demanda de nulidad porque a juicio del demandante, el Ejecutivo no tenía competencia para señalar las condiciones excepcionales a los sectores solidarios que podían ejercer un derecho preferencial de compra; porque se limitó el acceso a la propiedad de los destinatarios de condiciones especiales y se desconoció el derecho a la igualdad.

La enajenación de la propiedad accionaria estatal tiene primer fundamento en el artículo 60 de la Constitución Política que señala sus principios rectores, en los siguientes términos:

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

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

El propósito de la norma es dar fuerza a fines específicos del Estado Social de Derecho, como la función social de la propiedad, el impulso de la propiedad asociativa, la promoción del acceso a la propiedad y el estímulo de los trabajadores para que participen en las empresas, previstos en los artículos 1, 57, 58 y 60 de la Constitución Política (Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001).

Según el precepto esta democratización se logra a través de mecanismos que consagran derechos preferenciales a favor de los trabajadores de la empresa que se enajena y de las organizaciones solidarias, con el fin de que en su privatización puedan competir con algunas ventajas con los grupos económicos particulares fuertes que participan con mayor facilidad y de esta manera la propiedad quede en manos de más personas.

Para la Sala, además de los principios invocados por la Corte, en la enajenación de una entidad financiera, como en este caso, la democratización de la propiedad accionaria cumple con uno de los fines esenciales del Estado: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (artículo 2 de la Constitución Política). Y es que conforme al artículo 335 de la Carta, son de interés público las

actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a los que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 ib. El interés público sería más fácil de cobijar con la participación de todos en la vida económica del País.

Ahora bien, mediante la Ley 226 de 1995 se reglamentó la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa (artículo 1). Cuando se trate de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplican, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 226, las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículo 18 Ley 226 de 1995).

Sus principios rectores son: la democratización, la preferencia, la protección del patrimonio público y la continuidad del servicio, los cuales se garantizan mediante ciertos mecanismos que la misma ley señala.

En relación con la democratización, se prevé que todas las personas naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene; por tanto, se deben acudir a mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria (artículos 2 y 9).

El artículo 3 ib., enunció como **destinatarios de las condiciones especiales** a: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión: los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas, por la legislación cooperativa.

No son destinatarios de condiciones especiales los fondos parafiscales, los fondos agropecuarios y pesqueros, incluyendo los fondos ganaderos y el Fondo Nacional del Café (artículo 19).

Las **condiciones especiales** están consagradas en el artículo 11 así:

1. Se les debe ofrecer en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones que pretenda enajenarse. Las ofertas deben realizarse durante un plazo mínimo de 2 meses (artículo 25).
2. Se les debe fijar un precio accionario fijo equivalente al precio resultante de la valoración prevista en el artículo 7, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones, pues de lo contrario se podrá ajustar el precio fijo.
3. La ejecución del programa de enajenación se inicia cuando el titular, o una o varias instituciones hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una Financiación disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto de enajenación, con las siguientes características:
 - a. El plazo de amortización superior a 5 años
 - b. La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria, vigente al momento del otorgamiento del crédito
 - c. El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados, para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital
 - d. Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.
4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.

El procedimiento para la enajenación está regulado por las siguientes reglas:

- El Gobierno decide en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional y debe adoptar un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular⁶ y con base en

⁶ El programa es diseñado por el Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado y copia del diseño se envía a la Defensoría del Pueblo para que, si lo considera necesario, tome las

los estudios técnicos correspondientes, que deben incluir la valoración de la entidad a enajenar, teniendo en cuenta no sólo las condiciones y naturaleza del mercado, sino las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación (artículos 6 y 7)

- El programa de enajenación debe contener en cada caso los siguientes aspectos (artículo 10):

* Las etapas en que se realizará, teniendo en cuenta que de manera privativa, la primera estará orientada a los destinatarios de las condiciones especiales.

* Las condiciones especiales a las cuales se refiere el 11 de la Ley.

* La forma y condiciones de pago del precio de las acciones.

* El precio mínimo de las acciones que en desarrollo del programa de enajenación no sean adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales, el cual, en todo caso, no podrá ser inferior al que determinen tales condiciones especiales.

* Los demás aspectos para su debida ejecución.

Ahora bien, el artículo 14 de la Ley establece que el programa de enajenación debe disponer las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley, las cuales “podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación” y sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de 5 veces su remuneración anual.

En todo caso, el negocio es ineficaz, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real.

Pues bien, mediante el **Decreto 2540 de 22 de julio de 2005** el Gobierno Nacional **aprobó el programa de enajenación de las** cuarenta y dos billones

medidas conducentes para garantizar la transparencia del mismo (artículo 7). El ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentarán el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación (artículo 8).

doscientas doce mil seiscientas veinte millones quinientas sesenta y tres mil doscientas trece **(42.212.620.563.213) acciones ordinarias que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras poseía en Granahorrar Banco Comercial S.A.** correspondiente al 99,961799% del total de las acciones en circulación.

Las Etapas del Programa de Enajenación fueron las siguientes (artículo 3):

a) Primera Etapa: se haría oferta pública, en condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, a precio fijo de la totalidad de las Acciones a los destinatarios de las condiciones especiales, que son en forma exclusiva:

- (i) Los trabajadores activos y pensionados del Banco Granahorrar;
- (ii) Los trabajadores activos y pensionados de la Fiduciaria Granahorrar S.A. en Liquidación;
- (iii) Los ex trabajadores del Banco Granahorrar, siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono;
- (iv) Los ex trabajadores de la Fiduciaria Granahorrar S.A. en Liquidación, siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono;
- (v) Las asociaciones de empleados o ex empleados del Banco Granahorrar;
- (vi) Los sindicatos de trabajadores;
- (vii) Las federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores;
- (viii) Los fondos de empleados;
- (ix) Los fondos mutuos de inversión;
- (x) Los fondos de cesantías y de pensiones;
- (xi) Las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa; y,
- (xii) Las cajas de compensación familiar.

b) Segunda Etapa: se ofrecerían en venta, en condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras la totalidad de las Acciones que no sean adquiridas por los Destinatarios de las Condiciones Especiales en la Primera Etapa. Y se agota en el momento en que se produzca el registro de las Acciones en el libro de registro de accionistas del Banco Granahorrar a favor de quien resulte adjudicatario, o cuando FOGAFÍN la declare desierta, o por parte de la Bolsa de Valores en el evento en que la enajenación se realice por su conducto.

c) Tercera Etapa: se ofrecerían en condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, las Acciones no adquiridas en la Segunda Etapa, conforme con las reglas que establezca mediante decreto el Gobierno Nacional, como adición del presente Programa de Enajenación, previo concepto favorable del Consejo de Ministros.

El artículo 5 del Decreto 2540 de 2005, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 226 de 1995, estableció las siguientes **condiciones especiales**:

“a) Se les ofrecerá, en primer lugar y de manera exclusiva, la totalidad de las Acciones; la oferta pública tendrá una vigencia de dos

(2) meses contados a partir del día hábil siguiente al día en que se produzca la publicación del aviso de oferta de que trata el artículo 4° del presente decreto;

b) Las Acciones se ofrecerán **a un precio fijo por acción** en moneda legal colombiana, cada una **equivalente a cero punto cero uno cero uno siete pesos** (\$0,010177);

c) El precio fijo **se mantendrá vigente durante la Primera Etapa**, siempre y cuando no se presenten interrupciones, [...];

d) La oferta pública solo se realizará cuando una o varias instituciones financieras establezcan líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las Acciones, conforme a las disposiciones legales, dentro del monto y los requisitos que determine cada entidad crediticia y con las características a que se refiere el artículo 6° del presente Programa⁷;

e) Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas con la finalidad de adquirir las Acciones ofrecidas, conforme con las disposiciones contenidas en el Decreto 1171 de 1996;

Ahora bien, en la primera etapa, el Decreto distingue las reglas para presentar aceptaciones de compra, una por parte de las personas naturales Destinatarios de las Condiciones Especiales, a las cuales se dedica el artículo 7 y; otra para los aceptantes diferentes a personas naturales destinatarias de las condiciones especiales, que están señaladas en el artículo 8.

La finalidad de las reglas es promover la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las Acciones corresponda a la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes, impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en el artículo 60 de la Constitución Política y evitar la concentración de la propiedad accionaria de carácter estatal.

Las reglas para cada una de las personas naturales son, entre otras:

1. Deberá acompañar copia de la declaración de renta correspondiente al año gravable de 2004 para aquellos que estén obligados a presentar declaración o, el certificado de ingresos y retenciones del año 2004 para los no obligados a declarar. Quienes ocupen cargos de nivel directivo en el Banco Granahorrar

⁷ En cuanto al crédito para los Destinatarios de Condiciones Especiales el artículo 6 del Decreto repite en esencia las condiciones previstas en el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 226 de 1995.

deberán, adicionalmente, acompañar una certificación expedida por el representante legal de dicha sociedad, en que conste su remuneración anual a la fecha de expedición del decreto.

2. No podrán adquirir Acciones por un monto superior a: (i) dos (2) veces su patrimonio líquido a diciembre 31 del año correspondiente a la declaración de renta presentada, ni (ii) por un valor que supere cinco (5) veces sus ingresos anuales y; para el caso específico de las personas que ocupen cargos de nivel directivo en el Banco Granahorrar, por un valor que supere cinco (5) veces su remuneración anual y, en todo caso, (iii) no podrán adquirir más de ciento veintiséis mil seiscientos ochenta y seis millones doscientas cincuenta y seis mil seiscientos setenta y seis (126.686.256.676) Acciones.

Y para los aceptantes diferentes a personas naturales Destinatarios de las Condiciones Especiales, las reglas que dispone el artículo 8, entre otras son las siguientes:

1. Las asociaciones de empleados o ex empleados del Banco Granahorrar, los sindicatos de trabajadores, las federaciones de sindicatos de trabajadores, las confederaciones de sindicatos de trabajadores y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa que presenten aceptación de compra, deberán acompañar copia de: (i) Los estados financieros debidamente certificados con corte a diciembre 31 de 2004, y (ii) La declaración de renta correspondiente al año gravable de 2004, siempre y cuando esté obligado legalmente a presentarla.

2. Los fondos de empleados, los fondos mutuos de inversión, los fondos de cesantías y de pensiones y las cajas de compensación familiar que presenten aceptación de compra, deberán acompañar copia de la declaración de ingresos y patrimonio con corte a diciembre 31 de 2004, debidamente certificada,

3. Sólo podrán adquirir el siguiente monto de acciones:

- Hasta por un monto igual al límite máximo autorizado para esta clase de inversiones establecido en las normas legales que les sean aplicables, así como las previstas en las normas estatutarias que regulan la actividad de tales entidades;
- Que sumado su valor no exceda de dos (2) veces el valor del patrimonio

ajustado que figure en: (a) La declaración de renta o de ingresos y patrimonio según sea el caso, o (b) En los estados financieros debidamente certificados con corte a diciembre 31 de 2004, cuando no esté obligada a presentar declaración de renta o de ingresos y patrimonio; y

- En todo caso, no pueden adquirir más de ciento veintiséis mil seiscientos ochenta y seis millones doscientas cincuenta y seis mil seiscientos setenta y seis (126.686.256.676) acciones.

Pues bien, a juicio de la Sala la limitación en cuanto al monto de acciones que pueden adquirir las personas naturales destinatarias de las condiciones especiales no violan las disposiciones constitucionales y legales a las que debía sujetarse el Gobierno Nacional en el Programa de Enajenación de esa entidad financiera, como pasa a explicarse.

El artículo 6 de la Ley 226 de 1995, dispuso que el Gobierno Nacional es quien en cada caso decide la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional y elabora un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular.

Según el artículo 14 de la Ley, el programa de enajenación debe disponer las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley, los cuales como se mencionó, son la democratización, la preferencia, protección del patrimonio público y la continuidad del servicio.

En cuanto a la preferencia es evidente su cumplimiento mediante la oferta pública a los destinatarios de las condiciones especiales como desarrollo de la primera etapa, de manera exclusiva, de la totalidad de las acciones de propiedad de Fogafín. De manera, que sólo en el evento en que no se enajenaran todas las acciones en esa etapa, se daría lugar a la segunda etapa, con un precio diferente de acción (precio mínimo de \$0.010177 incrementado en un 2%), mientras que para los destinatarios de las condiciones especiales, el precio fijo por acción fue de \$0.010177. La preferencia también estaba dada en la condición especial de los créditos que les serían otorgados.

Ahora bien, para dar cumplimiento a la democratización de la propiedad accionaria, el Gobierno debía también dictar las medidas correspondientes,

“puramente administrativas”, como lo condicionó la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996 que declaró la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 226 de 1995.

Sobre el particular, a juicio de la Sala no era necesaria la condición impuesta por la Corte Constitucional, toda vez que el legislador no puede desprenderse y entregar al Ejecutivo una competencia que la Constitución Política ha puesto en su cabeza, como el caso de la enajenación de la participación del Estado en una empresa.

Por ello, a juicio de la Sala, cuando el artículo 14 de la Ley 226 de 1995 señala que el Gobierno tomará las medidas correspondientes para lograr los principios generales de la ley, no son otras medidas que las administrativas que dicta en ejercicio del poder reglamentario para la cumplida ejecución de la Ley (artículo 189 numeral 11 de la Carta).

Entonces, hay que mirar en cada caso si las medidas tomadas por el Gobierno son administrativas o son de reserva legal.

Son medidas administrativas aquellas que dicta el Gobierno Nacional como suprema autoridad administrativa y debe sujeción tanto a la Constitución Política como a la ley. Su propósito es dar aplicación a la ley mediante el desarrollo de su alcance.

En la sentencia que se cita, la Corte Constitucional aunque condicionó la exequibilidad de la norma, aclaró que *“no es éste el caso en que se desconozcan tales reservas, pues se repite que el legislador, por sí mismo, estableció la normatividad excepcional aplicable a los adquirentes que la Ley buscó proteger, según la Constitución, y confió al Gobierno tan sólo la definición del tiempo durante el cual permanecerá, en cada programa de venta, la restricción de origen legal”*; Además señaló que *“en modo alguno se atribuye al Gobierno facultad legislativa, y, en consecuencia, en nada resulta transgredida la Constitución Política”*.

Sin embargo, concluyó que como *“los términos de la disposición podrían dar lugar a extender o a ampliar el alcance de las atribuciones del Gobierno en su*

desarrollo, la Corte Constitucional condicionará la exequibilidad, de acuerdo con las consideraciones precedentes”.

Tampoco comparte la Sala el argumento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia que se cita, de que el legislador **“confió al Gobierno *tan sólo la definición del tiempo* durante el cual permanecerá, en cada programa de venta, la restricción de origen legal”**, pues, las medidas que puede tomar el ejecutivo son varias, siempre dentro del marco legal y constitucional, ya que el artículo 14 establece textualmente:

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

[...]

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

A juicio de la Sala, las medidas administrativas sí pueden contener ciertas restricciones a los destinatarios de las condiciones especiales, siempre y cuando no interfieran con la finalidad de la ley y del artículo 60 de la Constitución Política, es decir, con la democratización de la propiedad accionaria.

Sobre el alcance del artículo 60 constitucional, la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1994 consideró:

“en modo alguno, la Constitución Política entroniza la socialización de la propiedad; simplemente, promueve, protege y estimula las formas asociativas y solidarias de propiedad, las cuales concurren y contribuyen, junto con las empresas creadas al amparo de la libertad económica y de la iniciativa privada, al desarrollo económico del país.

“La democratización de la propiedad accionaria, mediante el acceso preferencial a dicha propiedad, por los trabajadores y “las organizaciones solidarias y de trabajadores”, constituye el

reconocimiento expreso del estímulo, protección y promoción que quiso el constituyente otorgar a las referidas formas de organización.

[...]

“Democratizar la propiedad accionaria en las empresas de participación oficial, exige el establecimiento de vías apropiadas para hacer viable la concurrencia de ciertos sectores económicos, que la Constitución señala, en el capital accionario de aquéllas, lo cual no significa que los beneficiarios estén constreñidos a utilizar los privilegios que se les ofrecen, ni tampoco que la propiedad oficial deba consolidarse irremediabilmente en cabeza de éstos. Lo que esencialmente persigue el inciso segundo del artículo 60 de nuestra Carta es impedir la concentración oligopólica del capital dentro de los medios de producción y del sistema financiero, e igualmente dirigir el proceso de desconcentración accionaria hacia unos beneficiarios particulares que son los propios trabajadores de las empresas y las organizaciones solidarias, con lo cual se avanza en el proceso de redistribución de los ingresos y de la propiedad, que es una meta esencial dentro de un Estado Social de Derecho.

[...]

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

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

En este evento la Corte declaró inexecutable el inciso 3 del artículo 306 del decreto 663 de 1993 que establecía un reducto de acciones (15%) a las cuales podían acceder los beneficiarios de los procesos de privatización de organismos del Estado según el artículo 60 de la Constitución Política, pues, se reducían de antemano las opciones a que tenían derecho, restringiéndolas a una cifra inmodificable, cerrada y sin ninguna racionalidad que la justificara.

Esto no es lo que aquí se presenta. En el programa de enajenación del Banco Granahorrar en la primera etapa, se ofrecía públicamente a los destinatarios de las condiciones especiales, **la totalidad** de las acciones que poseía FOGAFIN en la entidad financiera, de manera que si todas ellas eran adquiridas por los beneficiarios de las condiciones especiales, no había lugar a la segunda etapa.

La restricción en cuanto al monto que cada uno de los destinatarios de las condiciones especiales podía adquirir en el trámite de la primera etapa, corresponde a un mecanismo necesario para cumplir con el propósito de la democratización accionaria, pues, sólo así se permitía que un mayor número de personas adquirieran la propiedad de la entidad y se evitaría la concentración en manos de un solo beneficiario de condiciones especiales.

En la respuesta que da FOGAFIN a las pruebas solicitadas por las partes, se estima que el número de destinatarios de condiciones especiales eran un aproximado de 13.000, entre ellos, 2300 trabajadores activos y pensionados del Banco Granahorrar, 2800 sindicatos de trabajadores, 2000 fondos de empleados, 5996 entidades cooperativas⁸, de manera que si no se tomaban las medidas del Gobierno no se podía garantizar que la totalidad de las acciones quedara en muchas manos.

Precisamente, el monto cuestionado por el actor es una medida que no puede establecerse legalmente, pues, para cada enajenación debe adoptarse un programa, propio de un momento en el cual se analizan todos estos aspectos en aras a que se cumpla en cada caso, el cometido legal y constitucional.

Otra medida administrativa que adoptó el Gobierno Nacional en el Decreto 2540 fue la forma de adjudicar las acciones cuando se superaba el tope de las ofrecidas en venta, para ello, el artículo 12 numeral 2 dispuso que si el total de Acciones sobre el cual se presentaba aceptación a la oferta sobrepasaba la cantidad de Acciones ofrecidas, la adjudicación se haría a prorrata, en forma directamente proporcional a las cantidades demandadas. En este evento, sólo se tendrían en cuenta las aceptaciones que hubieren admitido reducción de la cantidad de Acciones demandadas o donde se hubiera guardado silencio. Las aceptaciones en las cuales se manifestara expresamente que no se aceptaban reducciones, se tendrían por no presentadas.

⁸ Folio 248 del c.ppal.

Este tipo de limitaciones ya ha sido avalado por la Corporación en distintas ocasiones, entre ellas, cuando se demandó la nulidad del programa de enajenación del Banco Popular (Decreto 814 de 1994) y se estableció un límite para los Fondos de Cesantías, los Fondos de Pensiones, los Fondos Mutuos de Inversión de Empleados, los Sindicatos de Trabajadores, las Federaciones y las Confederaciones de Sindicatos de Trabajadores, sobre lo cual, señaló la Sección Primera de la Corporación que *“la limitación impuesta en el numeral 1 literal b) del artículo 6 del Decreto 814 de 1994, tiene su razón de ser en la finalidad misma del artículo 60 de la Carta Política, cual es democratizar la propiedad accionaria estatal, permitiendo con dicho límite que un mayor número de los beneficiarios preferenciales puedan acceder a ella”*⁹.

De acuerdo con lo anterior, la disposición demandada no contraría las condiciones especiales que fijó el legislador para los trabajadores de las entidades sometidas a procesos de privatización ni a los sectores solidarios; tampoco merma la preferencia que en este tipo de negociaciones deben tener; sólo se trata de un mecanismo concreto a favor del propósito, no sólo constitucional de la democratización de la participación accionaria del Estado, sino como medida preventiva de que se adquieran por interpuesta persona, acciones de la entidad en venta, con las condiciones especiales previstas para otras personas.

Por ello, tampoco se violó el derecho a la igualdad, pues además de respetar las condiciones especiales que en sí mismas permiten equiparar en oportunidades a los trabajadores y al sector solidario frente a otros grupos de mejor poder económico, con la disposición acusada se logra que todos y cada uno de las personas destinatarias de las condiciones especiales puedan participar en igualdad de facilidades y con las mismas limitaciones, en cumplimiento de los objetivos constitucionales y legales vistos. En consecuencia, no prospera su nulidad.

B. Violación del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

El artículo 23 del decreto demandado dispone que para adquirir las acciones del Banco que son de propiedad de FOGAFÍN se requiere aprobación previa de la Superintendencia Bancaria, cuando sea superior al 5% de las acciones, lo cual, a

⁹ Sentencia de la Sección Primera de 16 de agosto de 1995, Exp. 2958.

juicio del demandante, contraría el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que señala que tal aprobación procede cuando la transacción tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a vigilancia de la Superbancaria.

Pues bien, como lo señalaron la demandada, los terceros impugnadores y el Ministerio Público, los artículos 303 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagran el procedimiento de venta de acciones del Estado en instituciones financieras y entidades aseguradoras, normas que son aplicables en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 226 de 1995 y siempre dentro del marco previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

En efecto, el artículo 18 de la Ley 226 de 1995 señala:

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

Por su parte, el artículo 303 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece las reglas para la privatización de entidades con participación estatal, el régimen general de la privatización, la participación de la Superintendencia de Valores para el funcionamiento de los martillos de las bolsas de valores y el capital garantía de la Nación.

El artículo 304 ib se refiere al procedimiento y dispone que la enajenación deberá efectuarse preferentemente a través de operaciones de martillo en bolsas de valores o, subsidiariamente, mediante otros procedimientos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia.

Y finalmente para lo que interesa al proceso, el artículo 305 señala:

“Artículo 305. Requisito previo de adquisición. Respecto de las transacciones que se produzcan en desarrollo de lo previsto en el artículo anterior deberá obtenerse la aprobación de la Superintendencia Bancaria cuando, como resultado de una de tales transacciones, se adquiera, directa o indirectamente, el 5% o más de las acciones suscritas o de los bonos obligatoriamente convertibles en acciones de la

correspondiente entidad o cuando teniendo un porcentaje igual o superior al antes indicado pueda incrementarse como consecuencia de dicha transacción, ya se realice mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas. La Superintendencia Bancaria, en tal caso, examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en efectuar las adquisiciones. Para las transacciones de acciones y de bonos obligatoriamente convertibles en acciones no contemplados en el presente artículo se continuará aplicando la disposición contenida en el numeral 1 del artículo 88 de este estatuto [...]”.

De acuerdo con lo anterior, la previsión del artículo 23 del Decreto demandado se ajusta a la normatividad aplicable a la enajenación de la participación del Estado en las instituciones financieras conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Ley 226 de 1995.

Como el mismo artículo 305 advierte, el artículo 88 del Estatuto se aplica para las transacciones de acciones y de bonos obligatoriamente convertibles en acciones no contemplados en el presente artículo, es decir cuando no se trata de una privatización de una entidad financiera o aseguradora.

Por las consideraciones precedentes, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que las disposiciones acusadas no violan los preceptos legales ni constitucionales invocados en la demanda.

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

F A L L A

1. DECLÁRANSE NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS
2. DENIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARÍA INES ORTIZ BARBOSA
PRESIDENTA

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

HÉCTOR ROMERO DÍAZ

