

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - En procesos en los que intervenga una empresa de servicios públicos mixta / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA - Naturaleza jurídica / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA - Naturaleza pública / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia para conocer de controversias contractuales o precontractuales de entes de carácter estatal / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Cláusula general de asignación de competencias / CLAUSULA GENERAL DE ASIGNACION DE COMPETENCIAS - Criterio orgánico / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Objeto / OBJETO DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Determinado por el sujeto

La Sala reitera el criterio adoptado conforme al cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de procesos en los que intervenga una empresa de servicios públicos mixta, entidad cuya naturaleza jurídica, según definió la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, es pública. Al amparo de la mencionada jurisprudencia constitucional, se entrará a conocer y resolver el recurso interpuesto por la parte actora, como quiera que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, la jurisdicción en lo contencioso administrativo conoce de las controversias que se presenten con ocasión de la actividad contractual o precontractual de entes que ostenten el carácter estatal, sin importar si éstos se someten o no al estatuto general de contratación de la administración pública y sus modificaciones. En efecto, como lo ha señalado la Sala, mediante esta reforma legal operó la sustitución de un criterio funcional por uno orgánico de la cláusula general de asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Se reitera, entonces, que: “ (...) la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al ‘juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado’, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga. (...)”

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 30

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-736 de 2007; en el mismo sentido, se puede consultar el auto del Consejo de Estado, de diciembre 12 de 2007, exp. 33645, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En relación con la sustitución de criterio, de funcional a orgánico en la cláusula general de asignación de competencias en la jurisdicción contenciosa administrativa, ver providencias del Consejo de Estado, de febrero 8 de 2007, exp. 30903, C.P. Enrique Gil Botero y auto de marzo 26 de 2007, exp. 25619, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia para conocer de la actividad contractual y precontractual de las entidades públicas / ACTIVIDAD CONTRACTUAL Y PRECONTRACTUAL DE LAS

ENTIDADES PUBLICAS - Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo / CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA - Criterio orgánico / CRITERIO ORGANICO - No tiene en cuenta el régimen de derecho aplicable / ETB - Entidad pública / DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA - Entidad pública

Por manera que la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la ETB y el Distrito Capital de Bogotá son entidades públicas. Y por tratarse de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden distrital y por actuarse en ejercicio de la acción de nulidad, en segunda instancia es de competencia del Consejo de Estado (arts. 129 y 132 numeral 1 del CCA). Ahora, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer y decidir sobre el contencioso objetivo formulado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, ambos expedidos por esta Corporación, por cuya virtud conoce de los procesos de simple nulidad que versen sobre asuntos contractuales o precontractuales, con prescindencia de que estos estén o no regulados por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 132 NUMERAL 1 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13 / ACUERDO 55 DE 2003 - ARTICULO 1

NOTA DE RELATORIA: En relación con la competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de febrero 3 de 2010, exp. 19526, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO - Régimen legal. Regulación / ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - No se rige por el estatuto de contratación estatal sino por la Ley 226 de 1995 y sus decretos reglamentarios / DISEÑO DEL PROGRAMA DE ENAJENACION - Titularidad

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

la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (art. 7 eiusdem). Ello supone que por mandato legal se encomendó esta delicada tarea a las instituciones cabeza de la administración, como una actividad administrativa propia de ellas.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 2 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 7 / LEY 80 DE 1993

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA - Entidades territoriales y sus descentralizadas / ENAJENACION DE LA PARTICIPACION DE ENTIDADES TERRITORIALES Y SUS DESCENTRALIZADAS - Régimen legal

Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se regirán por las disposiciones de la Ley 226, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de éstas y aquéllas y los concejos municipales o distritales o las asambleas departamentales, según el caso autorizarán, en el orden territorial las enajenaciones correspondientes.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 17

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencia de la Corte Constitucional, C-391 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

ENAJENACION DE ACCIONES DE LA ETB - Autorización del Consejo Distrital de Bogotá al Alcalde Mayor de la capital / REGLAMENTO DE ENAJENACION Y ADJUDICACION DE ACCIONES - No puede asimilarse al pliego de condiciones propio de la contratación estatal pese a sus similitudes / REGLAMENTO DE ENAJENACION Y ADJUDICACION DE ACCIONES - Objeto / REGLAMENTOS DE ENAJENACION Y ADJUDICACION PARA LA PRIMERA Y SEGUNDA FASE - Pueden ser modificados o aclarados mediante adendos que expida la ETB / MEDIDAS ADOPTADAS EN EL PROCESO DE ENAJENACION DE ACCIONES - Ejercicio de función administrativa

En el sub lite en virtud del artículo 1 del Acuerdo No. 07 de julio 6 de 1998 el Concejo Distrital de Bogotá autorizó al Alcalde Mayor de la capital, para enajenar a personas jurídicas y naturales, públicas o privadas, parte de las acciones que posee el Distrito Capital en ETB. En desarrollo de este acuerdo, el Alcalde Mayor expidió el Decreto 787 de 1999. Este decreto además de precisar las fases del programa de enajenación, se ocupó del procedimiento mismo. Todo lo anterior sujeto a lo dispuesto por el reglamento de enajenación y adjudicación de acciones, de que trata el artículo 18 del decreto citado. De modo que dentro de este proceso ocupa un lugar fundamental el reglamento de enajenación y adjudicación de acciones, el cual si bien prima facie acusa evidentes similitudes con los pliegos de condiciones propios del estatuto de contratación estatal, no pueden asimilarse de manera simplista a éstos. Con todo, unos y otros (si bien gobernados por marcos jurídicos diversos) delimitan sin duda el ámbito de acción de la administración y buscan garantizar que la decisión de ésta última se produzca alejada de motivaciones de carácter subjetivo y por ello ambos mecanismos se ocupan de

prever factores determinantes para la escogencia. (...) En definitiva, conforme al Decreto 787 de 1999 el reglamento de venta y adjudicación de acciones debe ocuparse de todos los aspectos que se requieran para concretar el programa de enajenación de las acciones de ETB, de propiedad del Distrito Capital. Asimismo, el artículo 18 del Decreto 787 de 1999 dispuso que los reglamentos de enajenación y adjudicación para la primera y segunda fase fueran expedidos por el Alcalde Mayor, previo concepto de la Junta Directiva de ETB y que serían dados a conocer por conducto del Presidente de ETB. Este acto administrativo también previó que los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidieran para la primera y segunda fase, podrían ser modificados o aclarados “mediante adendos que expida ETB”. De la lectura de este decreto, se desprende indudablemente el carácter de función administrativa de las distintas medidas que corresponde adoptar a diversas instancias distritales dentro del proceso de enajenación de acciones. No sobra resaltar que este decreto, así como sus modificaciones (Decreto 928 de 1999 y 690 de 2000), no fueron impugnados en este proceso y gozan por lo mismo de presunción de legalidad, por cuya virtud la manifestación de voluntad de la administración se tiene como conforme a derecho, la cual no ha sido desvirtuada ante su juez natural y por lo mismo de obligatorio cumplimiento (art. 66 CCA).

FUENTE FORMAL: ACUERDO 07 DE 1998 - ARTICULO 1 / DECRETO 787 DE 1999 / DECRETO 787 DE 1999 - ARTICULO 18 / DECRETO 928 DE 1999 / DECRETO 690 DE 2000 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 66

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

PROCESOS DE ENAJENACION ACCIONARIA - Régimen especial / PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO - Transferencia / TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO - Desarrollo de la democracia participativa / PROCESO DE DEMOCRATIZACION - Principios básicos / PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE PREFERENCIA DE CIERTOS SECTORES SOCIALES - Principios básicos del proceso de democratización

En la misma línea de previsión de normas de orden público tendientes a delimitar el marco de acción de la administración cuando quiera que esta decida enajenar su propiedad accionaria, en perfecta consonancia con el mandato constitucional, el legislador reguló aspectos adicionales, como la definición de las etapas de ese procedimiento (art. 10 Ley 226 de 1995). De modo que cuando el artículo 2 de la ley que se examina dispone que “[l]a Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria”, lo que quiso el legislador fue someter ese proceso a las reglas especiales allí previstas y no a las generales contenidas para los contratos del Estado en la Ley 80 y sus modificaciones, tal y como lo puso de presente el Ministerio Público en esta instancia. No se puede perder de vista que la Ley 226 de 1995 es desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 60 Superior, que justamente partió del supuesto conforme al cual la enajenación de la participación que tenga el Estado en una empresa deba adelantarse conforme a un régimen singular. Así lo indicó la exposición de motivos (art. 27 del C.C. voluntas legislatoris) de esta ley: “[e]ste artículo constitucional [60] consagra dos principios básicos los cuales deben gobernar todo el proceso de democratización. Estos son, el de legalidad y el de preferencia de ciertos sectores sociales. El primero implica que el legislador debe establecer el marco general por el cual se desarrolla el proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la cual sea titular el Estado. El segundo, se expresa en el hecho de (sic) dentro del

mismo tengan un derecho preferencial los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores” (...) Y no podría ser de otra manera, porque mientras que en el Estatuto General de Contratación lo que se pretende es la colaboración de los particulares para el logro de los fines del Estado (art. 3 de la Ley 80 de 1993), la enajenación de la propiedad accionaria de la cual el Estado es titular, a su vez, supone la celebración de una serie de negocios jurídicos particulares que entrañan el desprendimiento del derecho de dominio de lo que es del Estado para que sea enajenado a los particulares.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 2 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 10 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 60

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO - Concepto. Desarrollo de la democracia participativa / PROCESO DE ENAJENACION ACCIONARIA DEL ESTADO - Función administrativa / PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA - Finalístico funcionales y organizacionales

Por lo demás, la transferencia de la propiedad estatal no significa simplemente el cambio de la titularidad de la propiedad accionaria, sino que debe ser entendido como un desarrollo de la democracia participativa. Todo lo cual impone el sometimiento a un marco jurídico distinto, por supuesto. Por ello, mientras la normatividad aplicable a los contratos estatales por regla general es la contenida en las disposiciones comerciales y civiles pertinentes salvo las materias particularmente reguladas por el Estatuto de Contratación Estatal (art. 13 de la Ley 80 de 1993); en contraste, lo que se advierte en la Ley 226 [la cual fija su ámbito de aplicación en el art. 1] es una regulación detallada de orden público que no hace ningún reenvío expreso al derecho común como regla general, sino que tan sólo aclara que no se aplica la Ley 80 de 1993. Obviamente, en lo no regulado por la Ley 226, como es apenas natural, habrá de remitirse a los principios y reglas del derecho privado, en cuanto no sean incompatibles con aquella. Es así como, este proceso participa, en tanto expresión de la función administrativa, de los postulados previstos en la Constitución en su artículo 209, que enlista los principios que orientan la función administrativa. y que la jurisprudencia constitucional clasifica en tres grupos: i) “finalístico”: el interés general; ii) “funcionales”: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y iii) “organizacionales”: Descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209

NOTA DE RELATORIA: En relación con los principios que orientan la función administrativa, ver sentencias de la Corte Constitucional, C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-561 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

PROCESO DE ENAJENACION ACCIONARIA ESTATAL - Principios / DEMOCRATIZACION - Principio particular del proceso de enajenación accionaria estatal / DEMOCRATIZACION - Concepto / PREFERENCIA -

Principio particular del proceso de enajenación accionaria estatal / PREFERENCIA - Concepto / PROTECCION DEL PATRIMONIO PUBLICO - Principio particular del proceso de enajenación accionaria estatal / PROTECCION DEL PATRIMONIO PUBLICO - Concepto / ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Es un instrumento de intervención estatal según la ley 142 de 1994

A su vez, la Ley 226 consignó unos principios generales que obligatoriamente han de seguirse en caso de enajenación total o parcial a favor de particulares de la participación estatal en el capital social de cualquier empresa, bien porque esté en cabeza de órganos públicos o de las personas jurídicas de las cuales éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del tesoro público. La Sala reitera que el primero de esos principios particulares es la democratización, conforme al cual todas las personas naturales y jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. Este principio, a su vez impone, la aplicación de otros principios como el de publicidad y libre concurrencia (arts. 2 Ley 226, 27.2 Ley 142 y 77 Ley 143). Conforme al principio de preferencia, para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, deben otorgarse condiciones especiales a ciertos sectores para así facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 constitucional (art. 3 de la Ley 226). Especial interés reviste el principio de protección del patrimonio público, por cuya virtud la enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público (art. 4 Ley 226). Por último, el legislador dejó en claro que cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio (artículo 5. Ley 226). Al descender estas consideraciones al caso sub lite, se impone concluir el carácter de función administrativa que reviste toda la expedición de medidas por parte del Distrito en el programa de enajenación de las acciones de ETB. Estímulo a la inversión de los particulares que es calificada por el numeral 8 del artículo 3 de la Ley 142 de 1994 como un verdadero instrumento de intervención estatal, esto es, de una evidente función administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 2 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 3 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 5 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 27.2 / LEY 142 DE 1994 / LEY 143 DE 1994 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 60

NOTA DE RELATORIA: Sobre los principios del proceso de enajenación accionaria estatal, consultar sentencia del Consejo de Estado, de febrero 3 de 2010, exp. 19526, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

ADENDO AL REGLAMENTO DE ENAJENACION DE ACCIONES - Es un acto administrativo / ACTOS PRECONTRACTUALES - Reglamento de convocatoria de enajenación de acciones y sus adendos / ADENDO AL REGLAMENTO DE ENAJENACION DE ACCIONES DE ETB - No es un acto de trámite sino definitivo y por tanto enjuiciable

Tanto el reglamento de venta y adjudicación de acciones de ETB como sus adendos fueron expedidos en ejercicio de una función administrativa y lo que en ellas se declara unilateralmente tiene efectos jurídicos tanto sobre las eventuales oferentes, como respecto de la propia administración. De consiguiente, esta

declaración unilateral efectuada por el Presidente de la ETB contenida en el adendo 13 del Reglamento de convocatoria constituye un acto administrativo general, susceptible de demanda ante esta jurisdicción en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.). Finalmente, la Sala advierte que tanto el Reglamento de Convocatoria de enajenación de acciones que se expida en cada una de las fases de que trata la Ley 226 de 1995, como sus adendos hacen parte de aquellos actos que devienen de la actividad pre-contractual de la Administración, esto es, que nacen antes del contrato, con ocasión del mismo. Actividad contractual, que como quedó dicho está gobernada por una normativa especial y no por las reglas generales del estatuto de contratación de la administración pública. Y no puede afirmarse que el reglamento de convocatoria y sus adendos sean simples actos de trámite. Todo lo contrario. Allí se consigna una genuina decisión definitiva, que no es otra que sentar las bases mismas del proceso de enajenación accionaria: su objeto, los plazos para adelantar el proceso y los sujetos a quienes está dirigido, entre otros aspectos. Es por ello, que se impone reconocer la procedencia de la impugnación judicial autónoma de estos actos. En tal virtud, la acción que ahora se ha ejercido para obtener la declaratoria judicial de nulidad de un adendo al programa de enajenación accionaria de la ETB es procedente, por cuanto a las pretensiones son ajenos los pedimentos de restablecimiento del derecho, y éste no se produciría automáticamente como consecuencia de la anulación del acto.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / LEY 226 DE 1995

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

LA DEROGATORIA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO - No impide su estudio judicial / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - Concepto / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Concepto / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No impide el juicio de legalidad del acto / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Efectos / ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de legalidad. Validez / EXCEPCION DE DEROGATORIA TACITA DEL ACTO IMPUGNADO - Improcedente

La Sala adelantará el estudio del acto acusado en tanto la modificación y derogación de normas sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de su legalidad, mientras estuvo vigente en su texto original. Y aunque el proceso de enajenación de la propiedad accionaria finalmente no se llevó a cabo, como lo aseguran los accionados, dado que fue cancelado, ello no inhibe de pronunciamiento judicial, como pasa a verse. En efecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone: “Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 5. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...)” A partir de este precepto, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del “decaimiento del acto administrativo” como una suerte de “extinción” del mismo. Sin embargo, esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro (...) En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que ni el “decaimiento” del acto administrativo ni su derogatoria traen aparejado el

juicio de validez del mismo. En consecuencia, tal y como lo señaló el a quo y lo planteó el Ministerio Público en las dos instancias, la excepción propuesta en el sentido aludido no está llamada a prosperar, pues ni la derogatoria ni el decaimiento de un acto administrativo impiden su control judicial, en tanto la validez debe apreciarse al momento en que entró a regir y a producir efectos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 66

NOTA DE RELATORIA: En relación con la presunción de legalidad del acto administrativo, ver sentencia del Consejo de Estado, de julio 5 de 2006, exp. 21051, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

VICIO DE INCOMPETENCIA PUEDE SER DECLARADA INCLUSO OFICIOSAMENTE - Es una de las formas de ilegalidad más grave del acto administrativo / VICIO DE INCOMPETENCIA - Infracción del principio de legalidad

La Sala recuerda que la incompetencia del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que corresponden a otra autoridad, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad. Conforme a este postulado, a los servidores públicos les está vedado ejercer funciones que no le han sido asignadas (preámbulo, arts. 6, 121, 122 y 123 constitucionales), normas de distribución de competencia que por lo mismo revisten el carácter de orden público y que cuando son inobservadas acarrear que se desvanezca la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos expedidos con desconocimiento de las mismas. La magnitud de la irregularidad autoriza al fallador para destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, y en consecuencia invalidarlo incluso oficiosamente cuando en el ejercicio de las acciones pertinentes los interesados no hayan invocado esta agresión grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad, resultante de la usurpación de atribuciones que competen a otras autoridades.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

VICIO DE INCOMPETENCIA - Excepción de ilegalidad / EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Concepto / ORDENAMIENTO JURIDICO - Jerarquía. Características

Este vicio puede dar incluso lugar a dar aplicación a la denominada “excepción de ilegalidad” prevista en la Ley 153 de 1887 en su artículo 12. Al revisar la constitucionalidad de este precepto, la Corte Constitucional advirtió que si bien no existe una norma constitucional que refiera inequívocamente a la superioridad

jerárquica de la ley sobre el acto administrativo, la posición prevalente de la ley en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico, sin duda podría inferirse de varios de sus preceptos, consideración que hizo extensiva a los actos que profieren los entes autónomos e independientes de que trata el inciso segundo del artículo 113 Constitucional (...) En el mismo fallo la Corte subrayó que la unidad del sistema jurídico, así como su coherencia interna y armonía, dependen de la jerarquía de sus preceptos y esto es lo que convierte al conjunto de preceptos en un verdadero sistema, de suerte que no todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía, y por lo mismo existe entre ellas “una estratificación” que supone que las normas descendentes deban sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores. De ahí que la no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento. De dicha condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende para la Corte la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Por lo mismo, aunque la excepción de ilegalidad no esté prevista expresamente en la Constitución está perfectamente autorizada sobre la base de esta concepción sistemática y jerárquica del ordenamiento jurídico nacional.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 12 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 113

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Diferencia

La Corte Constitucional puso de presente, además, que tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. Fundamentó su decisión en el hecho de que los fenómenos jurídicos de excepción de inconstitucionalidad y excepción de ilegalidad distan de ser análogos.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Solo la jurisdicción contenciosa es competente para aplicarla / ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de legalidad / VICIO DE INCOMPETENCIA - Excepción de ilegalidad / EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Improcedencia

Asimismo, el juez constitucional estimó que la existencia de una justicia administrativa de rango constitucional impide que cualquier persona pueda pretextar ilegalidad de un acto administrativo para desobedecerlo (...) De lo anterior se colige que sólo la jurisdicción contencioso administrativa puede hacer uso de la llamada “excepción de ilegalidad”, y ello podría hacerlo, obviamente cuando media un vicio de incompetencia. Sin embargo, en el caso sub examine no se reúnen las condiciones para que ello suceda.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

ACTOS ADMINISTRATIVOS - Prohibición a las autoridades administrativas de inaplicarlos por presuntas violaciones de la ley / EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Oposición manifiesta u ostensible entre el acto administrativo y la norma legal respectiva

La Corte Constitucional concluyó que fuera del contexto judicial en sede de la justicia administrativa no es posible aplicar la excepción de ilegalidad y por lo mismo las autoridades administrativas [en este caso la ETB] no pueden invocar esta figura para sustraerse de la obligación de acatar actos administrativos, o lo que es igual, no puede servir de pretexto para dejar de observar el ordenamiento jurídico, pues ello propiciaría la anarquía, menoscabaría la seguridad jurídica y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. (...) Sobre la base de las consideraciones expuestas por el juez constitucional no resulta admisible el razonamiento del Tribunal según el cual la ETB debía sustraerse del cumplimiento del parágrafo 2 del Decreto 787 de 1999, por el cual se aprueba el programa de enajenación de parte de las acciones que el Distrito Capital posee en la ETB. Norma que habilita a la ETB justamente para modificar los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para la primera y segunda fase, mediante adendos. Ahora, tampoco en este caso la justicia contencioso administrativa está habilitada para inaplicar el citado precepto y, en consecuencia, anular el adendo acusado expedido a su amparo. A partir de lo consignado en la citada sentencia C-037 de 2000, que como ya se indicó la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 12 de la ley 153 de 1887 -fundada en el principio de obligatoriedad y vigencia efectiva del ordenamiento jurídico-, esta Corporación ha dejado en claro que para que opere la llamada "excepción de ilegalidad" es menester que medie una oposición manifiesta u ostensible entre el acto administrativo y la norma legal respectiva.

FUENTE FORMAL: DECRETO 787 DE 1999 - PARAGRAFO 2 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 12

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCION DE ILEGALIDAD - No media violación manifiesta o grosera del orden legal superior / ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de legitimidad o ejecutividad / ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de validez iuris tantum / ADENDO AL REGLAMENTO DE ENAJENACION DE ACCIONES DE LA ETB - No es evidente la ilegalidad del decreto 787 de 1999 que autoriza su expedición al Presidente de la ETB y por lo tanto no puede inaplicarse por ilegal

Si la condición de aplicación del instituto de la excepción de ilegalidad por parte de la justicia administrativa es que medie una violación manifiesta o grosera del orden legal superior y si esta no es advertida por el juez natural del acto que sería objeto de inaplicación por ilegalidad, es claro que la figura resulta improcedente en el sub examine. No se olvide que la presunción de legalidad de la actividad administrativa le da plena eficacia y obligatoriedad. Presunción de legitimidad o de ejecutividad que comporta -en sustancia- una presunción de regularidad del acto administrativo, y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como uno de los elementos característicos de la actividad administrativa. Presunción de validez del acto administrativo que, como enseña Díez, parte de que la actividad del Estado es jurídica, pues si faltara la legalidad en la administración habría disminuido el valor del estado de derecho. Esta presunción se basa, además, en la idea según la cual los órganos administrativos son instrumentos desinteresados

que sólo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva dentro del orden jurídico. Se trata -por supuesto- de una presunción iuris tantum, de ahí que pueda ser desvirtuada en sede judicial, pero entretanto se dilucida la conformidad o no a derecho precisa -en principio- que el acto pueda desplegar los efectos que le son propios, esto es, sea eficaz. De cuanto antecede se concluye que como el adendo No. 13 atacado es fiel desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, norma que al no estar suspendida goza de presunción de legalidad, o lo que es igual, no podía aducirse que aquel fuera manifiestamente contraria al ordenamiento legal superior. En tal virtud, no le asistía razón al a quo habida cuenta que la figura de la excepción de ilegalidad no era procedente en el sub examine: (i) porque con arreglo al pronunciamiento de constitucionalidad antes referido -que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional erga omnes (artículo 243 superior)- este instituto está reservado a su juez natural (la jurisdicción en lo contencioso administrativo) y (ii) porque tampoco se reunía la segunda condición de aplicación de esta figura, esto es, la oposición manifiesta u ostensible entre el acto administrativo y la norma legal correspondiente. En consecuencia, el cargo formulado no está llamado a prosperar.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 66 / DECRETO 787 DE 1999 - ARTICULO 18 PARAGRAFO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la presunción de legalidad, ver sentencia del Consejo de Estado, de febrero 17 de 1994, exp. 6264, M.P. Alvaro Lecompte Luna.

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

ARTICULO 158 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - No aplica cuando la suspensión provisional tiene lugar con posterioridad a la expedición del acto que se demanda

Como segundo cargo el actor invocó violación del artículo 158 del CCA., en tanto esta norma señala que ningún acto suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó. Aseveró que el Adendo 13 de la ETB reproduce los adendos 6 y 7 suspendidos por el Tribunal Contencioso Administrativo el 10 de agosto de 2000, esto es, 10 días después de haber sido proferido el adendo que se impugna. Se trata, a su juicio, de una "ilicitud sobreviviente". Por lo que dice relación con el artículo 158 del CCA, que establece que ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión, tampoco se evidencia infracción alguna toda vez que lo planteado por el actor no se subsume en la previsión legal en cita. La Sala precisa que el artículo 158 del C.C.A. (subrogado por el artículo 34 del Decreto 2304 de 1989) prevé las consecuencias que acarrea la reproducción de un acto suspendido o anulado, mientras que la situación que se propone corresponde a una suspensión que tiene lugar con posterioridad a la expedición del acto que se demanda. De lo anterior resulta que, en tanto no se está delante de una reproducción de una norma que haya sido sacada del ordenamiento jurídico o suspendidos sus efectos, no hay lugar a comunicarse y cumplirse inmediatamente, tal y como lo ordena el inciso segundo del precepto mencionado. En efecto, lo que el demandante alega es que el adendo 13 "reproduce" lo que unos adendos que, como el mismo admite, fueron suspendidos con posterioridad, luego es claro que la norma que se

dice infringida no aplica en este tipo de eventos. Por lo anterior, también se negará la prosperidad de este cargo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 158 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 34

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto) PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650)

Actor: SIXTO ACUÑA ACEVEDO Y OTRO

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA-E.T.B.

Referencia: ACCION DE NULIDAD-FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 25 de octubre de 2001, la cual será revocada. Mediante la sentencia apelada se resolvió declarar la nulidad del adendo No. 13 al reglamento de convocatoria para la venta de una participación en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá-E.T.B., expedido por el presidente de esa entidad.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

El proceso se originó en la demanda presentada el 20 de marzo de 2001 por Sixto Acuña Acevedo en contra de la E.T.B., instaurada directamente y en ejercicio de la

acción de nulidad simple, en la que solicitó la declaración de nulidad del Adendo No. 13 del Reglamento de Convocatoria para la recepción de ofertas para la compra de una participación estratégica en la ETB, del 1 de agosto de 2000.

2. Hechos

Puso de presente que la facultad para modificar los reglamentos de venta de acciones de la ETB ha sido ejercida por el Presidente de la ETB, mediante numerosos adendos al Reglamento de Convocatoria expedido por el Alcalde Mayor. Señaló que el adendo número 13 acusado modifica la fecha de presentación de ofertas (12 de septiembre) y de cierre (15 de septiembre) del proceso de venta de la ETB para la segunda fase.

Destacó que mediante auto de 10 de agosto de 2000, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso radicado con el n.º 000488, decretó la suspensión provisional de dos adendos semejantes a este, que también fijaban fechas para la venta en la segunda fase del proceso, por violación manifiesta del Decreto ley 1421 de 1993, al estimar que el Alcalde no puede delegar esta función en un presidente de una empresa de nivel descentralizado.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Expuso que con los actos acusados se violaron las siguientes disposiciones: artículos 6, 60, 121, 210, 211, 322 y 365 de la Constitución y el Estatuto Orgánico de Bogotá (Decreto Ley 1421 de 1993, numerales 4 y 15 del artículo 38). Expresó que según la Constitución sólo la ley puede fijar las condiciones para delegar en ciertos subalternos específicos. El Decreto Ley 1421 de 1993 consagra dos delegaciones: una general para todo tipo de funciones (artículo 40) y una especial en materia de contratación (artículo 38 numeral 15). Según el primero, podrán recibir funciones generales cinco tipos de funcionarios: secretario de despacho, jefe de departamento administrativo, gerente o director de entidad descentralizada, funcionario del sector tributario, juntas administradoras locales (JAL) y alcaldes locales. Y según el segundo, que es específico para contratación, sólo se podrá delegar tal función en dos tipos de funcionarios: secretarios de Despacho y jefes de departamento administrativo. Para el proceso de venta de acciones se aplica el artículo 38 numeral 15 del Decreto ley 1421 de 1993. El propio Decreto 797 en su encabezamiento, cita tan sólo ese precepto. Destacó que lo que está en venta no

es la ETB, ni las acciones de particulares en la ETB, sino las acciones de propiedad del Distrito Capital en la ETB y el representante legal de esa entidad territorial es el Alcalde Mayor.

El ciudadano Jaime Castro presentó, el 20 de marzo de 2001, escrito por el que coadyuvó la acción de nulidad interpuesta, así como la solicitud de suspensión provisional respectiva.

3. Admisión y contestación de la demanda

Mediante proveído de septiembre 7 de 2000 el *a quo* admitió la demanda formulada, decretó la suspensión provisional y aceptó la coadyuvancia. Al decretar la suspensión indicó que las determinaciones dispuestas por el gerente de la ETB constituyen trámites propios del procedimiento de contratación pública para la transferencia de unos bienes del distrito capital, cuya implementación le corresponde al alcalde de Bogotá, según el artículo 38 numeral 15 del Estatuto Orgánico de la ciudad. Estimó que la violación de la normatividad superior invocada por el accionante es manifiesta, comoquiera que la delegación para el proceso de adjudicación y celebración de contratos solo puede hacerse en los secretarios del despacho y los jefes de departamentos administrativos y el gerente de la ETB no ostenta ninguna de tales calidades para ser receptor de la delegación. Esta decisión fue revocada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 13 de diciembre de ese año, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la ETB.

El Distrito Capital al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Indicó que el artículo 40 del Decreto Ley 1421 de 1993 dispone que el Alcalde Mayor puede delegar las funciones que le asigne la ley y los acuerdos, entre otras autoridades, en los gerentes o directores de entidades descentralizadas. Norma que fue subrogada por el artículo 162 del Decreto 266 de 2000. Observó que según concepto 1192 de 5 de agosto de 1999 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado el gerente de la ETB es un empleado público, porque se trata de una entidad de servicio público oficial y por ello es destinatario de la Ley 200 de 1995.

Esgrimió que cuando se expidió el acto acusado, la ETB tenía la naturaleza de empresa oficial de servicios públicos y por ende, entidad descentralizada del Distrito. Después de la conversión en ESP mixta, el acto acusado no es ilegal

pues la Ley 489 permite en su artículo 110 la delegación a particulares. Y se cumplió en este caso con las exigencias de ley, pues la delegación fue precedida de un acto administrativo: el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787.

Puso de presente, que la Ley 226 establece en su artículo 6 que la enajenación debe decidirse y llevarse a cabo con fundamento en un programa de enajenación que expida el gobierno para el efecto.

La ETB, por su parte, al contestar la demanda también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y expuso argumentos similares a los esbozados por el Distrito. Encontró que no se violó el artículo 38 numeral 15 del Decreto 1421 de 1993, en tanto la delegación autorizada opera para adjudicar y celebrar contratos de la administración central. No puede predicarse violación de este precepto, pues el Presidente de la ETB no ejerció facultad alguna para adjudicar o celebrar los contratos relacionados con la enajenación de las acciones del Distrito en ETB, sino simplemente estableció fechas para presentar comentarios a los documentos de enajenación y fijó fechas para la presentación y fijó el calendario del proceso de enajenación.

4. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 24 de agosto de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Los accionados reiteraron lo expuesto en sus escritos de contestación de la demanda. El actor guardó silencio.

El Ministerio Público estimó que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad por cuanto defiere una competencia que por mandato legal no puede delegarse en la ETB. De conformidad con lo estatuido en los artículos 6 y 17 de la Ley 226 de 1995, es al Gobierno Distrital a quien corresponde adoptar el programa de enajenación de las acciones, asunto que únicamente puede delegarse en los términos del artículo 38-15 del Decreto Ley 1421 de 1993 en los secretarios y jefes de Departamento Administrativo.

5. La sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 25 de octubre de 2001, declaró la nulidad del adendo acusado. Estimó que no encontraba

procedente la solicitud hecha por el apoderado de la ETB de abstenerse de fallar este proceso hasta que hubiera una decisión definitiva sobre la demanda radicada en esa Corporación bajo el No. 00490, en tanto la posible anulación del acto general no impide el control de los restantes actos expedidos a su amparo.

Al estudiar el objeto de la demanda, señaló que ese Tribunal había estudiado demandas similares contra otros adendos del reglamento de convocatoria del suspendido proceso de enajenación de acciones de la ETB. Observó, citando dichas decisiones, que era inobjetable que tratándose de disposición de la propiedad de una persona, sólo es ella quien tiene la potestad y titularidad para realizar actos de señor y dueño. Estimó que si bien el artículo 2 del Acuerdo 7 de 1998 dispuso que será responsabilidad del Alcalde Mayor, del Presidente y de la Junta Directiva de la ETB la adopción plena de las medidas establecidas en tales disposiciones, ello no puede confundirse con la posibilidad de arrogarse una facultad y una titularidad de un bien que no le correspondía.

Señaló que tratándose del Distrito Capital, por expresa disposición especial del numeral 15 del artículo 38 del Estatuto Orgánico de la Capital, la facultad del Alcalde Mayor única y exclusivamente puede ser delegada en los secretarios de despacho y en los jefes de departamento administrativo. Norma especial que debe preferirse en su aplicación al artículo 40 del mismo Decreto que autoriza al alcalde a delegar las funciones que le asignen la ley y los acuerdos en distintas autoridades, entre ellas, en los gerentes o directores de entidades descentralizadas.

6. Razones de la apelación

La ETB, a más de repetir los argumentos ya esbozados, concretó su desacuerdo con la sentencia en que el fallador hizo una indebida aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, pues a su juicio lo atinente a la adjudicación y celebración de los contratos de compraventa de acciones en primera y segunda fase del programa de enajenación, no se reguló en el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, sino en los artículos 12, 14 y 11- parágrafo 2 *idem*.

Señaló que conforme al parágrafo segundo del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, nunca se otorgó al Presidente de la ETB facultad alguna para adjudicar o celebrar los contratos relacionados con la enajenación de las acciones del Distrito

en ETB. El Distrito Capital, por su parte, esgrimió razones similares a las ya esbozadas en el proceso.

7. Actuación en segunda instancia

Luego de ser remitido por competencia el expediente por la Sección Primera a esta Sección, dentro del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones, por auto de 6 de febrero de 2003, el ciudadano Néstor Raúl Correa presentó un escrito “como agente oficioso” del actor. Calidad que no le fue reconocida, según se desprende de lo anotado en providencia de 1 de abril de 2011, adoptada por el Magistrado Sustanciador. La ETB reprodujo las razones contenidas en el escrito de impugnación.

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado conceptuó que el adendo no vulneró las normas aducidas en la demanda y por ello solicitó la revocatoria del fallo impugnado. Precisó que la limitación contenida en el numeral 15 del artículo 38 del Decreto 1421 de 1993 se refiere específicamente a la función de adjudicar y celebrar contratos, pero si se analiza el contenido del párrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999 así como el del acto acusado, fácilmente se concluye que, ni en el primero se están delegando aquellas funciones, ni en el segundo se está ejerciendo alguna de ellas, puesto que mediante tal acto no se está adjudicando un contrato, ni mucho menos se está celebrando.

Anotó que el artículo 40 del Estatuto Orgánico del Distrito le confiere al Alcalde Mayor la facultad de delegar las funciones que le asignen la ley y los acuerdos entre otros, en los gerentes o directores de entidades descentralizadas, y eso fue precisamente lo que hizo al establecer en el párrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, la facultad de la ETB de modificar, a través de adendos, los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidieran en la primera y segunda fase del programa de enajenación de parte de las acciones que el Distrito Capital poseía en la misma empresa.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia recurrida será revocada, dado que el acto acusado fue expedido conforme a lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 18 del Programa de Enajenación de parte de las acciones que posee el Distrito Capital en ETB, contenido en el Decreto 7897 de 1999, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

1. Competencia

La Sala reitera el criterio adoptado conforme al cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de procesos en los que intervenga una **empresa de servicios públicos mixta**, entidad cuya naturaleza jurídica, según definió la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, es pública¹.

Al amparo de la mencionada jurisprudencia constitucional, se entrará a conocer y resolver el recurso interpuesto por la parte actora, como quiera que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, la jurisdicción en lo contencioso administrativo conoce de las controversias que se presenten con ocasión de la actividad contractual o precontractual de entes que ostenten el carácter estatal, sin importar si éstos se someten o no al estatuto general de contratación de la administración pública y sus modificaciones.

En efecto, como lo ha señalado la Sala², mediante esta reforma legal operó la sustitución de un criterio funcional por uno orgánico de la cláusula general de asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Se reitera, entonces, que:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 33645, auto de 12 de diciembre de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Mediante este auto la Sala resolvió los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., y la sociedad COMCEL S.A., contra el auto proferido el 3 de agosto de 2007 mediante el cual se había declarado la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción en dicho proceso. Sobre los alcances de este pronunciamiento de constitucionalidad *vid.* “¿Las empresas de servicios públicos privadas son entidades estatales? (A propósito de la sentencia C 736 de 2007)”, en *Elementos de juicio, Revista de temas constitucionales*, No.9, mayo-septiembre de 2008, pp. 161 y ss.

² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2007, Rad. 05001-23-31-000-1997-02637-01, C.P. Enrique Gil Botero y auto de 26 de marzo de 2007, Rad. 66001233100020030016701 (25619), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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

(...) Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deberán ser interpretadas a la luz de esta modificación. Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida (...)”³

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

“ (...) el artículo 1 de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006⁴, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa para dirimir las controversias y litigios originados en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas y no solo las referidas a ‘*controversias y litigios administrativos*’, modificación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate-contratual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que de un criterio eminentemente material u objetivo, que permitía distinguir las actividades de las entidades públicas entre aquellas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no, **pasó a un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad.**”⁵ (subrayas originales, negrilla fuera de texto)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, Rad. 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ El artículo 1º de la citada ley dispuso: “El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

”Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. (...)”

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2009, Rad. 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Por manera que la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable⁶, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la ETB y el Distrito Capital de Bogotá son entidades públicas.

Y por tratarse de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden distrital y por actuarse en ejercicio de la acción de nulidad, en segunda instancia es de competencia del Consejo de Estado (arts. 129 y 132 numeral 1 del CCA).

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

2. Fijación del litigio en esta instancia

La Sala adelantará el análisis de legalidad del adendo número 13 al Reglamento de Convocatoria del Programa de Enajenación de parte de las acciones que posee el Distrito Capital en ETB, expedido por el entonces Presidente de la ETB el 1 de agosto de 2000, únicamente en relación con el cargo formulado y sólo respecto de las normas expresamente invocadas por el actor como infringidas.

Dicho adendo modificó: (i) la sección “comentarios a los documentos de la enajenación contenida en la página 3 del Reglamento de Convocatoria⁷ y (ii) el

⁶ Con arreglo a lo previsto en el artículo 2º de la Ley 226 de 1995 a los procesos de enajenación accionaria estatal no le son aplicables las normas propias de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, como lo ha advertido la Sala, ello no implica un reenvío automático al derecho común, sino la sujeción a normas especiales de orden público perfiladas en la citada, en acato del artículo 60 CN, en el marco -en este caso además- de un actividad no sólo evidentemente administrativa sino también de intervención económica, vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2010, rad. 1100-10-326-000-20010-0015-01 (19.526), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ El cual quedará así: “Comentarios a los documentos de enajenación. A más tardar el 31 de agosto de 2000 se entregarán a cada uno de los Inversionistas Calificados los proyectos definitivos del Reglamento de Convocatoria y de los Documentos de la Enajenación. El Distrito Capital y ETB podrán con posterioridad al 28 de junio de 2000 definir de manera directa con los Inversionistas Calificados, el contenido de los documentos de que trata el párrafo anterior, con salvaguarda de

anexo A “calendario del proceso de enajenación” contenido en la página A-1 del Reglamento de convocatoria⁸ (copia auténtica fls. 56 y 306 c. 1)

3. Regulación de la enajenación de la propiedad accionaria estatal: Idoneidad del medio de impugnación judicial utilizado

La enajenación de la propiedad accionaria del Estado no se rige por el estatuto de contratación estatal, según se desprende de lo previsto por el artículo 2 de la Ley 226 de 1995⁹, que señala con claridad meridiana que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos¹⁰.

El procedimiento de enajenación de la participación del Estado en el capital social de cualquier empresa está sometido a una regulación especial fundamentalmente prevista en la Ley 226 de 1995 y en los decretos que a su desarrollo debe expedir el Gobierno Nacional y –en casos como el que se estudia el Alcalde respectivo- en particular en lo relativo a los principios generales que gobiernan la materia y los procedimientos de enajenación, las medidas adoptadas para garantizar la democratización, todo lo cual supone la adopción de múltiples decisiones de carácter unilateral de la administración, que producen efectos jurídicos, los cuales –por supuesto- son pasibles de control judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Con esta perspectiva, el **diseño del programa de enajenación** respectivo fue atribuido por el legislador -en el orden nacional- al ministerio titular o al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (art. 7 *eiusdem*). Ello supone que por

los principios contenidos en la Ley 226 de 1995. ETB informará por escrito a cada uno de los Inversionistas Calificados, el lugar, fecha y hora donde tendrán lugar dichas reuniones”.

⁸ El cual quedará así: “Calendario del proceso de enajenación.

A continuación se establece un calendario ilustrativo para el proceso de enajenación. ETB se reserva el derecho de modificar este calendario en cualquier momento y en forma periódica.

Fecha de presentación de ofertas: 12 de septiembre de 2000

Fecha de cierre: 15 de septiembre de 2000

Si alguna de dichas fechas límite cae en un día que no sea un Día Hábil, dicha fecha límite se prorrogará hasta el siguiente Día Hábil”.

⁹ Si bien el artículo 27.7 de la Ley 142 dispone que los aportes efectuados por la Nación se rigen por las normas de derecho privado, no lo es así su enajenación que, en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, está sometida a unas reglas especiales previstas en la Ley 226 de 1995 (D.O. 42.159 de 1995).

¹⁰ El artículo 7º *ibid.* prevé que el diseño del programa de enajenación respectivo se podrá hacer a través de entidades –públicas o privadas- contratadas para el efecto “según las normas de derecho privado”.

mandato legal se encomendó esta delicada tarea a las instituciones cabeza de la administración, como una **actividad administrativa** propia de ellas¹¹.

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

Ahora bien, según el artículo 17 de la misma ley, las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se regirán por las disposiciones de la Ley 226, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de éstas y aquéllas¹² y los concejos municipales o distritales o las asambleas departamentales, según el caso autorizarán, en el orden territorial las enajenaciones correspondientes

En el *sub lite* en virtud del artículo 1 del Acuerdo No. 07 de julio 6 de 1998 el Concejo Distrital de Bogotá autorizó al Alcalde Mayor de la capital, para enajenar a personas jurídicas y naturales, públicas o privadas, parte de las acciones que posee el Distrito Capital en ETB (copia auténtica fls.297 a 300, 325 y 326 c. ppal.¹³)

En desarrollo de este acuerdo, el Alcalde Mayor expidió el Decreto 787 de 1999 (copia fls. 375 a 400 c. ppal.¹⁴). Este decreto además de precisar las fases del programa de enajenación, se ocupó del procedimiento mismo. Todo lo anterior sujeto a lo dispuesto por el reglamento de enajenación y adjudicación de acciones, de que trata el artículo 18 del decreto citado.

¹¹ Así lo puso de relieve el Gobierno en la exposición de motivos del proyecto de Ley 150 de 1995 Senado (a la sazón Ley 226): "El procedimiento de enajenación comprende toda la serie de actos administrativos por medio de los cuales la propiedad accionaria del Estado pasa a manos de los particulares (...)" (Gaceta del Congreso No.367, 30 de octubre de 1995, p. 7).

¹² Aparte subrayado, declarado exequible Corte Constitucional, sentencia C-391 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía.

¹³ Este acuerdo aparece publicado en el Registro Distrital No. 1691 de julio 6 de 1998, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>.

¹⁴ Publicado en el Registro Distrital N° 2029 de 23 de noviembre de 1999, modificado y adicionado por el Decreto 928 de 1999 (Registro Distrital N° 2054 de 29 de diciembre de 1999) y por el Decreto 690 de 2000 (Registro Distrital 2211 de 18 de agosto de 2000). Todos estos actos administrativos están disponibles en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>.

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

El artículo 18 del Decreto 787 de 1999 antes referido defirió al reglamento de enajenación y adjudicación de las acciones la definición de los aspectos necesarios para llevar a cabo la enajenación de la propiedad accionaria del Distrito en ETB, cuyas condiciones y procedimientos estableció ese decreto. Agregó la norma en cita que dicho reglamento contendría “*entre otros aspectos*” los siguientes:

- a) las reglas y procedimientos correspondientes a la oferta pública de venta de acciones;
- b) las condiciones especiales de acceso a la propiedad accionaria de que trata el artículo 5 del citado decreto;
- c) las reglas aplicables para presentar aceptaciones de compra;
- d) las reglas correspondientes a la adjudicación de aceptaciones;
- e) las condiciones de experiencia, capacidad técnica, operativa y financiera que deba reunir el operador para garantizar la continuidad en la prestación del servicio por parte de ETB;
- f) las reglas correspondientes a la recepción de ofertas;
- g) la forma de acreditar los requisitos que se establezcan para garantizar la continuidad en la prestación del servicio por parte de ETB;
- h) el monto y la calidad de las garantías de seriedad de la oferta;

i) el precio y la forma de pago;

j) los instrumentos que incentiven la participación de inversionistas interesados en adquirir acciones de ETB;

En definitiva, conforme al Decreto 787 de 1999 el reglamento de venta y adjudicación de acciones debe ocuparse de todos los aspectos que se requieran para concretar el programa de enajenación de las acciones de ETB, de propiedad del Distrito Capital.

Asimismo, el artículo 18 del Decreto 787 de 1999 dispuso que los reglamentos de enajenación y adjudicación para la primera y segunda fase fueran expedidos por el Alcalde Mayor, previo concepto de la Junta Directiva de ETB y que serían dados a conocer por conducto del Presidente de ETB. Este acto administrativo también previó que los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidieran para la primera y segunda fase, podrían ser modificados o aclarados “mediante adendos que expida ETB”.

De la lectura de este decreto, se desprende indudablemente el carácter de **función administrativa** de las distintas medidas que corresponde adoptar a diversas instancias distritales dentro del proceso de enajenación de acciones. No sobra resaltar que este decreto, así como sus modificaciones (Decreto 928 de 1999 y 690 de 2000), no fueron impugnados en este proceso y gozan por lo mismo de presunción de legalidad, por cuya virtud la manifestación de voluntad de la administración se tiene como conforme a derecho, la cual no ha sido desvirtuada ante su juez natural y por lo mismo de obligatorio cumplimiento (art. 66 CCA).

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

De modo que cuando el artículo 2 de la ley que se examina dispone que “[/]a Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria”, lo que

quiso el legislador fue someter ese proceso a las reglas especiales allí previstas y no a las generales contenidas para los contratos del Estado en la Ley 80 y sus modificaciones, tal y como lo puso de presente el Ministerio Público en esta instancia.

No se puede perder de vista que la Ley 226 de 1995 es desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 60 Superior, que justamente partió del supuesto conforme al cual la enajenación de la participación que tenga el Estado en una empresa deba adelantarse conforme a un régimen singular. Así lo indicó la exposición de motivos (art. 27 del C.C. *voluntas legislatoris*) de esta ley:

“[e]ste artículo constitucional [60] consagra dos principios básicos los cuales deben gobernar todo el proceso de democratización. Estos son, el de legalidad y el de preferencia de ciertos sectores sociales. El primero implica que el legislador debe establecer el marco general por el cual se desarrolla el proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la cual sea titular el Estado. El segundo, se expresa en el hecho de (sic) dentro del mismo tengan un derecho preferencial los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores” (subrayas fuera de texto original)¹⁵

Anticipándose al ulterior desarrollo legal del artículo 60 Constitucional citado, la Corte Constitucional había señalado sin ambages que debía expedirse una normatividad que al consignar las condiciones especiales de este tipo de negocios jurídicos, desarrollase ese mandato superior:

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

(...) La utilización de criterios técnicos para establecer el valor de los activos y pasivos de una entidad que se va privatizar, garantizará la estabilidad de la misma y salvaguardará el patrimonio de la Nación.

¹⁵ Perry Rubio, Guillermo, *Exposición de motivos al proyecto de ley No. 150 de 1995 Senado*, por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones, en Gaceta del Congreso No. 367, 30 de octubre, 1995, p. 6.

En consecuencia, si bien tales medidas no son contrarias a las disposiciones constitucionales, su aplicación estará necesariamente condicionada a las disposiciones de la ley que expida el legislativo, para efectos de reglamentar el proceso de democratización de la propiedad accionaria estatal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta.

(...) El artículo 310 no es en sí mismo violatorio de los preceptos de Carta, pues en tratándose de un organismo de carácter técnico, como lo es el FOGAFIN, éste tiene plena capacidad para, a través de contratos, prestar asesoría, apoyar y orientar técnicamente los procesos de cada entidad financiera en la que el Estado tenga participación, que se pretenda enajenar, siempre que el proceso se soporte y de cumplimiento estricto a las condiciones especiales que establezca el legislador en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta."¹⁶

Y no podría ser de otra manera, porque mientras que en el Estatuto General de Contratación lo que se pretende es la colaboración de los particulares para el logro de los fines del Estado (art. 3 de la Ley 80 de 1993), la enajenación de la propiedad accionaria de la cual el Estado es titular, a su vez, supone la celebración de una serie de negocios jurídicos particulares que entrañan el desprendimiento del derecho de dominio de lo que es del Estado para que sea enajenado a los particulares.

Por lo demás, la transferencia de la propiedad estatal no significa simplemente el cambio de la titularidad de la propiedad accionaria, sino que debe ser entendido como un desarrollo de la democracia participativa¹⁷. Todo lo cual impone el sometimiento a un marco jurídico distinto, por supuesto.

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

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C 452 de 1995, MP Fabio Morón Díaz.

¹⁷ Cfr. Exposición de motivos, cit. p. 6.

Es así como, este proceso participa, en tanto expresión de la función administrativa, de los postulados previstos en la Constitución en su artículo 209, que enlista los principios que orientan la función administrativa. y que la jurisprudencia constitucional clasifica en tres grupos: i) “**finalístico**”: el interés general; ii) “**funcionales**”: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y iii) “**organizacionales**”: Descentralización, delegación y desconcentración de funciones¹⁸.

A su vez, la Ley 226 consignó unos principios generales que obligatoriamente han de seguirse en caso de enajenación total o parcial a favor de particulares de la participación estatal en el capital social de cualquier empresa, bien porque esté en cabeza de órganos públicos o de las personas jurídicas de las cuales éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del tesoro público.

La Sala reitera¹⁹ que el primero de esos principios particulares es la **democratización**, conforme al cual todas las personas naturales y jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. Este principio, a su vez impone, la aplicación de otros principios como el de **publicidad** y **libre concurrencia** (arts. 2 Ley 226, 27.2 Ley 142 y 77 Ley 143)

Conforme al principio de **preferencia**, para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, deben otorgarse condiciones especiales a ciertos sectores²⁰ para así facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 constitucional (art. 3 de la Ley 226).

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

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias C 496 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C 561 DE 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹ Sobre estos principios se sigue el criterio sentado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2010, rad. 1100-10-326-000-20010-0015-01 (19.526), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ 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.

Por último, el legislador dejó en claro que cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la **continuidad del servicio** (artículo 5. Ley 226).

Al descender estas consideraciones al caso *sub lite*, se impone concluir el carácter de **función administrativa** que reviste toda la expedición de medidas por parte del Distrito en el programa de enajenación de las acciones de ETB. Estímulo a la inversión de los particulares que es calificada por el numeral 8 del artículo 3 de la Ley 142 de 1994 como un verdadero **instrumento de intervención estatal**, esto es, de una evidente función administrativa.

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

La Sala encuentra que el reglamento y sus adendos producen efectos jurídicos directos, al crear una situación jurídica, que por sí misma y una vez en firme es vinculante tanto para los eventuales oferentes como para la propia administración y que fue expedida en ejercicio de la función administrativa²¹.

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

De consiguiente, esta declaración unilateral efectuada por el Presidente de la ETB contenida en el adendo N.º 13 del Reglamento de convocatoria constituye un acto administrativo general, susceptible de demanda ante esta jurisdicción en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.).

²¹ Sobre el alcance del concepto de acto administrativo, como declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos vid. DROMI, Roberto, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2000, Cap. I, Apto. 2 p. 16 y ss. y Berrocal Guerrero, Luis Enrique, *Manual de Acto Administrativo*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. Cap. III.

Finalmente, la Sala advierte que tanto el Reglamento de Convocatoria de enajenación de acciones que se expida en cada una de las fases de que trata la Ley 226 de 1995, como sus adendos hacen parte de aquellos actos que devienen de la actividad pre-contractual de la Administración, esto es, que nacen antes del contrato, con ocasión del mismo. Actividad contractual, que como quedó dicho está gobernada por una normativa especial y no por las reglas generales del estatuto de contratación de la administración pública.

Y no puede afirmarse que el reglamento de convocatoria y sus adendos sean simples actos de trámite. Todo lo contrario. Allí se consigna una genuina decisión definitiva, que no es otra que sentar las bases mismas del proceso de enajenación accionaria: su objeto, los plazos para adelantar el proceso y los sujetos a quienes está dirigido, entre otros aspectos. Es por ello, que se impone reconocer la procedencia de la impugnación judicial autónoma de estos actos.

En tal virtud, la acción que ahora se ha ejercido para obtener la declaratoria judicial de nulidad de un adendo al programa de enajenación accionaria de la ETB es procedente, por cuanto a las pretensiones son ajenos los pedimentos de restablecimiento del derecho, y éste no se produciría automáticamente como consecuencia de la anulación del acto.

4. Excepción de derogatoria tácita del acto impugnado

Tanto el Distrito Capital como la ETB advirtieron a lo largo de este proceso que no era posible pronunciarse de fondo en tanto el Alcalde de Bogotá expidió el 23 de agosto de 2000 el Adendo 14 al Reglamento de Convocatoria, el cual tuvo como finalidad modificar los mismos apartes del Adendo 13, con fecha anterior a la presentación de la demanda.

Argumentaron, además, que el Alcalde profirió el Decreto 792 de 21 de septiembre de 2000, por medio del cual se ordenó no continuar con el trámite de enajenación de las acciones que posee el Distrito Capital en la ETB, habiendo perdido no solo sus efectos el Adendo 13, sino también todo el proceso de enajenación de la propiedad accionaria distrital en la ETB.

Efectivamente está acreditado en el plenario que el Adendo 14 al Reglamento de Convocatoria, expedido por el entonces Alcalde Mayor de Bogotá el 23 de agosto de 2000, efectivamente regula la misma materia de que trata el Adendo acusado²² (copia, fl. 85 y 307 c. 1).

Igualmente está demostrado que el Alcalde Mayor de Bogotá mediante Decreto 792 de 21 de septiembre de 2000, declaró agotada la Segunda Fase del Programa de Enajenación de parte de las acciones que el Distrito Capital posee en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá y dispuso no desarrollar la Tercera fase (copia fls. 86 a 90²³).

No obstante lo anterior, la Sala adelantará el estudio del acto acusado en tanto la modificación y derogación de normas sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de su legalidad, mientras estuvo vigente en su texto original.

Y aunque el proceso de enajenación de la propiedad accionaria finalmente no se llevó a cabo, como lo aseguran los accionados, dado que fue cancelado, ello no inhibe de pronunciamiento judicial, como pasa a verse. En efecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone:

²² Modificó parcialmente el Reglamento de Convocatoria en su sección “comentarios a los documento de la enajenación contenida en la página 3 del Reglamento de Convocatoria El cual quedará así: “Comentarios a los documentos de enajenación.

A más tardar el 1 de septiembre de 2000 se entregarán a cada uno de los Inversionistas Calificados los proyectos definitivos del Reglamento de Convocatoria y de los Documentos de la Enajenación.

El Distrito Capital y ETB podrán con posterioridad al 28 de junio de 2000 definir de manera directa con los Inversionistas Calificados, el contenido de los documentos de que trata el párrafo anterior, con salvaguarda de los principios contenidos en la Ley 226 de 1995. Se informará por escrito a cada uno de los Inversionistas Calificados, el lugar, fecha y hora donde tendrán lugar dichas reuniones”.

Igualmente modificó el anexo A “calendario del proceso de enajenación” contenido en la página A-1 del Reglamento de convocatoria El cual quedará así: “Calendario del proceso de enajenación.

A continuación se establece un calendario ilustrativo para el proceso de enajenación. ETB se reserva el derecho de modificar este calendario en cualquier momento y en forma periódica.

Fecha de presentación de ofertas: 12 de septiembre de 2000

Fecha de cierre: 15 de septiembre de 2000

Si alguna de dichas fechas límite cae en un día que no sea un Día Hábil, dicha fecha límite se prorrogará hasta el siguiente día hábil”.

²² El cual quedará así: “Comentarios a los documentos de enajenación.

A más tardar el 31 de agosto de 2000 se entregarán a cada uno de los Inversionistas Calificados los proyectos definitivos del Reglamento de Convocatoria y de los Documentos de la Enajenación.

El Distrito Capital y ETB podrán con posterioridad al 28 de junio de 2000 definir de manera directa con los Inversionistas Calificados, el contenido de los documentos de que trata el párrafo anterior, con salvaguarda de los principios contenidos en la Ley 226 de 1995. ETB informará por escrito a cada uno de los Inversionistas Calificados, el lugar, fecha y hora donde tendrán lugar dichas reuniones”.

²³ Publicado en el Registro Distrital N° 2234 de 21 de septiembre de 2000, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/>

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

(...) 5. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...).”

A partir de este precepto, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del “*decaimiento del acto administrativo*” como una suerte de “extinción” del mismo.

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

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

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

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992²⁴, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc (sic), desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

(...) Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo”²⁵ (subrayas de la Sala).

²⁴ Sección Primera, expediente 1948, consejero ponente: dr. Miguel González Rodríguez.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de agosto 3 de 2000, rad. 5722, C.P. Olga Inés Navarrete.

En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que ni el “*decaimiento*” del acto administrativo ni su derogatoria traen aparejado el juicio de validez del mismo²⁶.

En consecuencia, tal y como lo señaló el *a quo* y lo planteó el Ministerio Público en las dos instancias, la excepción propuesta en el sentido aludido no está llamada a prosperar, pues ni la derogatoria ni el decaimiento de un acto administrativo impiden su control judicial, en tanto la validez debe apreciarse al momento en que entró a regir y a producir efectos.

5. Estudio de la censura

5.1 Incompetencia del Presidente de la ETB para expedir el Adendo 13 acusado

El actor sostuvo que ETB no tiene competencia para ejercer las funciones reguladoras contenidas en el adendo acusado. Afirmó que la ETB no puede ejercer tales competencias, pues es una sociedad por acciones, regida por el derecho privado, que no encaja en el grupo de posibles destinatarios únicos que la ley ha previsto para ejercer funciones delegadas por parte del Alcalde Mayor (artículo 38 numeral 15, Decreto 1421 de 1993), lo cual acarrea violación del principio de legalidad, en tanto las competencias públicas son regladas, no se presumen y no son de aplicación analógica sino restrictiva. Como la ETB no es secretario de despacho ni jefe de departamento administrativo del Distrito, no podía ejercer las facultades reguladoras que la ley le confiere al Alcalde Mayor de Bogotá.

El Distrito Capital planteó que el acto demandado fue expedido con fundamento en lo previsto en el artículo 2 del Acuerdo 7 de 1998, expedido por el Concejo Distrital y con base en lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, con arreglo al cual los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para primera y segunda fase, podrán ser modificados o aclarados mediante adendos que expida la ETB.

²⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad.: 25000232600019990048201 (21051), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Añadió que el Acuerdo fue demandado y el Tribunal de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda. El Decreto también fue demandado y aún no ha sido anulado por el contencioso, razón por la cual se debe dar aplicación al artículo 66 del CCA.

Por su parte la ETB, destacó que la facultad de adoptar el programa de enajenación es del resorte del Gobierno Distrital, conforme los artículos 6 y 17 de la Ley 226 de 1995. La autorización prevista en el párrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999 versa sobre la modificación o aclaración de tal programa y no sobre la facultad de adjudicar o celebrar contratos. De modo que la facultad contenida en las normas citadas de la Ley 226 es materia delegable y se encuentra autorizada por el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, que autoriza la delegación de funciones en el gerente de la ETB.

A su turno, el *a quo* -al declarar la nulidad del acto acusado- juzgó que “el presidente de la ETB carecía constitucional y legalmente de competencia para la modificación del reglamento de convocatoria para la venta de las acciones que posee el distrito capital en la citada empresa de servicios públicos”. La delegación no podía hacerla el alcalde mayor en el presidente de la ETB, pues el Estatuto Orgánico del Distrito Capital previó únicamente la posibilidad de transferir la competencia a los secretarios y jefes de departamento administrativo. La condición de funcionario que pueda tener el presidente de la ETB, según concepto del Consejo de Estado, no constituye respaldo suficiente para amparar la pretendida delegación.

La Sala recuerda que la **incompetencia** del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que corresponden a otra autoridad, **es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave** que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad.

Conforme a este postulado, a los servidores públicos les está vedado ejercer funciones que no le han sido asignadas (preámbulo, arts. 6, 121, 122 y 123 constitucionales), normas de distribución de competencia que por lo mismo revisten el carácter de orden público y que cuando son inobservadas acarrear que se desvanezca la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos expedidos con desconocimiento de las mismas.

La magnitud de la irregularidad autoriza al fallador para destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, y en consecuencia invalidarlo incluso oficiosamente cuando en el ejercicio de las acciones pertinentes los interesados no hayan invocado esta agresión grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad, resultante de la usurpación de atribuciones que competen a otras autoridades.

Dada la naturaleza de orden público de las normas atributivas de competencia, el de incompetencia es el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad²⁷. Vicio de incompetencia que además *“no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, ni ésta puede renunciar a ella en beneficio de un administrado (...) Tampoco puede ser la competencia objeto de convención entre las partes ni modificarse, en principio, por razones de urgencia”*.²⁸

Este vicio puede dar incluso lugar a dar aplicación a la denominada **“excepción de ilegalidad”** prevista en la Ley 153 de 1887 en su artículo 12²⁹. Al revisar la constitucionalidad de este precepto, la Corte Constitucional advirtió que si bien no existe una norma constitucional que refiera inequívocamente a la superioridad jerárquica de la ley sobre el acto administrativo, la posición prevalente de la ley en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico, sin duda podría inferirse de varios de sus preceptos, consideración que hizo extensiva a los actos que profieren los entes autónomos e independientes de que trata el inciso segundo del artículo 113 Constitucional:

“Esta conclusión se extrae de diversas disposiciones, entre otras aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le *impone ‘promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento’* (numeral 10°), y *‘ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos,*

²⁷ Así lo ha señalado la Sala en otras ocasiones, *vid.* Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 16 de diciembre de 1994, exp. 7879, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de mayo 11 de 1999, exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 16 de febrero de 2006, rad. 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 25 de febrero de 2009, rad. 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493) y sentencia de 15 de abril de 2010, rad. 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Seña Editora, 2002, pp. 218 y 219.

²⁹ “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a la leyes ni a la doctrina legal más probable”.

resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes' (numeral 11°). Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley³⁰.

En el mismo fallo la Corte subrayó que la unidad del sistema jurídico, así como su coherencia interna y armonía, dependen de la jerarquía de sus preceptos y esto es lo que convierte al conjunto de preceptos en un verdadero sistema, de suerte que no todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía, y por lo mismo existe entre ellas “*una estratificación*” que supone que las normas descendentes deban sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores.

De ahí que la no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento. De dicha condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende para la Corte la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Por lo mismo, aunque la excepción de ilegalidad no esté prevista expresamente en la Constitución está perfectamente autorizada sobre la base de esta concepción sistemática y jerárquica del ordenamiento jurídico nacional:

“resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad (sic), resulta acorde con la Constitución.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional.”³¹

La Corte Constitucional puso de presente, además, que tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. Fundamentó su decisión en el hecho de

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C 037 de 2000, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

³¹ *Ibid.*

que los fenómenos jurídicos de excepción de inconstitucionalidad y excepción de ilegalidad distan de ser análogos.

A su juicio, el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que profieren los organismos y las autoridades competentes, de modo que la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva:

“(...) tratándose de una excepción al principio de aplicabilidad y obligatoriedad de normas jurídicas, la misma debe ser de interpretación restringida. En efecto, la aplicación analógica debe desecharse cuando la disposición que se pretende extender contiene una excepción a la norma general, pues en este caso es la norma general y no la excepción lo que debe ser aplicado. En el caso presente, la norma general –de rango constitucional- es el principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, el cual es consubstancial a la noción misma de Estado de Derecho, pues justamente lo que distingue las normas jurídicas de los demás sistemas normativos, es esta característica de ser de imperativa observación por parte de sus destinatarios.

(...) Siendo entonces que todo el soporte de la eficacia del ordenamiento jurídico radica en el principio de obligatoriedad del mismo, los casos excepcionales en los cuales los particulares o las autoridades pueden inaplicar las normas o las disposiciones de las autoridades, no pueden ser deducidos analógicamente. Si bien frente a la supremacía de la Constitución ella misma incluye cláusulas abiertas como las contenidas en los artículos 4° y 91 superiores, que indican que en todo caso de incompatibilidad entre su texto y las normas inferiores debe dársele aplicación preferente a aquel, esta misma posibilidad de inaplicación directa y extrajudicial no está contemplada para el caso de desconocimiento, no ya de la Constitución, sino de cualesquiera otras normas de la jerarquía normativa. En cambio, diversos textos superiores si refrendan el principio de obligatoriedad de las normas y de las disposiciones proferidas por las autoridades competentes, como lo son, por ejemplo, el artículo 95 que enumera entre los deberes de los las personas residentes en Colombia el acatar la Constitución y las leyes y el respetar a las autoridades legítimamente constituidas, lo cual evidentemente, incluye el acatamiento a sus disposiciones.

(...) la extensión analógica del principio de inaplicación de las normas manifiestamente contrarias a la Constitución para referirlo a todo tipo de disposiciones contrarias a otras jerárquicamente superiores, no consulta realmente la razón de ser de la aplicación analógica de las normas. En efecto, dicha manera de llenar los vacíos legales se fundamenta en el aforismo jurídico según el cual *ubi éadem (sic) ratio, ibi éadem (sic) juris dispositio*. En lo que concierne a la

inaplicación de las normas por causa de su inconstitucionalidad manifiesta, permitida a cualquier autoridad, las razones que llevaron al constituyente a consagrarla tienen que ver con la garantía de la supremacía del orden superior, razones (sic) que no están siempre presentes en los casos de simple disconformidad entre una norma inferior y otra superior.”³².

Asimismo, el juez constitucional estimó que la existencia de una justicia administrativa de rango constitucional impide que cualquier persona pueda pretextar ilegalidad de un acto administrativo para desobecerlo:

“La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde ‘*Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley*’. De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente ‘*los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*’ ”³³.

De lo anterior se colige que sólo la jurisdicción contencioso administrativa puede hacer uso de la llamada “excepción de ilegalidad”, y ello podría hacerlo, obviamente cuando media un vicio de incompetencia. Sin embargo, en el caso *sub examine* no se reúnen las condiciones para que ello suceda.

Dijo el *a quo*: “si bien es cierto el acto administrativo emanado del Despacho del Alcalde Mayor en referencia [parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999], sí facultada la elaboración por parte de la ETB de los adendos modificatorios, una medida en tal sentido es transgresora de la Constitución y de la Ley, por tanto la ETB estaba obligada a inaplicar el acto transgresor, concretamente el parágrafo segundo del artículo 18 del Decreto Distrital 787 de 1999”.

El criterio transcrito no lo comparte la Sala: (i) porque está vedado a las autoridades administrativas dejar de aplicar los actos administrativos por

³² *Ibid.*

³³ Corte Constitucional, sentencia C 037 de 2000, MP Vladimiro Naranjo Mesa, AV Eduardo Cifuentes.

presuntas violaciones de la ley y (ii) porque en este caso tampoco el juez administrativo está habilitado a apartarse de lo dispuesto por un acto administrativo.

En efecto, la Corte Constitucional concluyó que fuera del contexto judicial en sede de la justicia administrativa no es posible aplicar la excepción de ilegalidad y por lo mismo las autoridades administrativas [en este caso la ETB] no pueden invocar esta figura para sustraerse de la obligación de acatar actos administrativos, o lo que es igual, no puede servir de pretexto para dejar de observar el ordenamiento jurídico, pues ello propiciaría la anarquía, menoscabaría la seguridad jurídica y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común.

Con arreglo a la jurisprudencia sentada³⁴ por la Corte en la *ratio decidendi* del fallo de constitucionalidad modulada en cita:

“De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de

³⁴ Razonamientos que -huelga decirlo- hacen tránsito a cosa juzgada constitucional implícita en tanto guardan unidad de sentido con lo decidido en la parte resolutive.

las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos³⁵ (subrayas fuera de texto original).

Sobre la base de las consideraciones expuestas por el juez constitucional no resulta admisible el razonamiento del Tribunal según el cual la ETB debía sustraerse del cumplimiento del párrafo 2 del Decreto 787 de 1999, por el cual se aprueba el programa de enajenación de parte de las acciones que el Distrito Capital posee en la ETB. Norma que habilita a la ETB justamente para modificar los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para la primera y segunda fase, mediante adendos.

Ahora, tampoco en este caso la justicia contencioso administrativa está habilitada para inaplicar el citado precepto y, en consecuencia, anular el adendo acusado expedido a su amparo.

A partir de lo consignado en la citada sentencia C-037 de 2000, que como ya se indicó la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 12 de la ley 153 de 1887 - fundada en el principio de obligatoriedad y vigencia efectiva del ordenamiento jurídico-, esta Corporación ha dejado en claro que para que opere la llamada “excepción de ilegalidad” es menester que medie una **oposición manifiesta u ostensible** entre el acto administrativo y la norma legal respectiva, en tanto

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C 037 de 2000, MP Vladimiro Naranjo Mesa, AV Eduardo Cifuentes.

entraña en la práctica la suspensión de los efectos de un acto para un caso concreto:

“8) Por tanto, una interpretación dialéctica de la procedencia de la excepción de ilegalidad propiamente dicha, que no contradiga el artículo 85 y el 136 del C.C.A., es aquella que permite a las partes de un proceso solicitar la aplicación de dicha excepción respecto de actos reglamentarios, siempre y cuando la parte que invoca la excepción no sea afectada directa del acto jurídico que solicita inaplicar, pues en éste evento, si pretende romper su presunción de legalidad, deberá demandarlo y, si a bien lo tiene y se presentan las causales, solicitar su suspensión provisional.

9) Adicionalmente, según lo expuso la Corte en la sentencia citada y se ha dejado sentado por esta Corporación, la invocación de la excepción de ilegalidad, puede hacerse cuando quiera que la vulneración del acto sea manifiesta u ostensible³⁶, conclusión ésta que la Sala ratifica atendiendo a que en efecto, la aplicación de la excepción de ilegalidad implica la suspensión de los efectos de un acto para un caso concreto. Siendo ello así, se acude entonces a la Constitución Política que otorgó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la potestad de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean objeto de impugnación por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley (Art. 238), los cuales se encuentran consagrados en el artículo 152 del C.C.A., que indica, entre otras razones, que basta que el acto sea manifiestamente contrario a la ley para que proceda sus suspensión.

10) Lo anterior, implica necesariamente, que la alegada excepción de ilegalidad que se invoque por las partes, deberá ser acreditada por éstas, aportando para el efecto el acto administrativo que se dice ilegal, expresando por qué lo es de manera manifiesta y, finalmente, cuál es la relación que éste tiene con el interés que se debate en el proceso en el que se invoca la mencionada excepción de ilegalidad.

Adicionalmente y en este mismo sentido, teniendo en cuenta que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la única competente para conocer de la excepción de ilegalidad, su invocación debe hacerse aportando el acto administrativo que se dice ilegal, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 139 del C.C.A.³⁷ (...)”³⁸ (se subraya).

³⁶ En palabras de la Corte, cuando se refiere a la posibilidad de discutir actos administrativos, sostiene que: “...cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad. En el Consejo de Estado, puede verse, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 6 de junio de 2003, Exp. 8715, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola.

³⁷ “A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso (...)”

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 20 de octubre de 2005, exp. 11726, CP Germán Rodríguez.

Al descender estas consideraciones al caso *sub judice*, la Sala encuentra que no se cumple tampoco con este segundo presupuesto de la manifiesta infracción del orden legal superior.

Como se ha indicado en esta providencia, mediante el adendo N° 13 acusado el presidente de la ETB modificó el reglamento de convocatoria de enajenación de las acciones del Distrito en la ETB, en lo que refiere a la fecha de entrega de los proyectos definitivos de dicho reglamento, al trámite de comentarios respecto del mismo y al calendario para presentación de ofertas, con fundamento en las facultades determinadas en el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, que establece que *“Los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para la Primera y Segunda Fase, podrán ser modificados o aclarados mediante adendos que expida la ETB”*.

Ahora bien, la Sala tuvo ocasión de pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del citado parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999. Al hacerlo precisó que éste no es manifiestamente contrario a lo dispuesto en el artículo 38 num. 15 del Decreto Ley 1421 de 1993, Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá.

En efecto, la Sala en su momento estimó que no era evidente la prohibición de efectuar una delegación como la prevista en el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, cuya inaplicación por ilegalidad estimó procedente el fallo recurrido:

“como la norma superior [artículo 38 num. 15 del Decreto Ley 1421 de 1993] considerada por el accionante manifiestamente infringida, tan solo limita la posibilidad de delegar las funciones de adjudicación del contrato, entendida ésta como el acto administrativo mediante el cual se determina y acepta la mejor propuesta, y, la celebración del mismo, es decir su suscripción y perfeccionamiento, en Secretarios y Jefes de Departamento Administrativo, se puede concluir que, en principio, no es evidente la prohibición de efectuar una delegación como la prevista en la disposición normativa acusada.”

De otra parte, debe tenerse en cuenta que el Decreto 787 de 1999 no solo se fundamenta en el Decreto-Ley 1421 de 1993, sino que además encuentra también sustento en la Ley 226 de 1995, que desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, así como en el Acuerdo No. 07 de 1998 del Concejo Distrital de Santa Fe de Bogotá

mediante el cual se autoriza al Alcalde Mayor para enajenar las acciones que posea en la ETB.

De allí que, siendo necesario recurrir a elementos probatorios adicionales para determinar la infracción ostensible del ordenamiento jurídico superior por parte de la norma acusada, debe agotarse el procedimiento pertinente y diferir el pronunciamiento sobre su validez para el momento en que se dicte sentencia.”³⁹ (se subraya)

Si la condición de aplicación del instituto de la excepción de ilegalidad por parte de la justicia administrativa es que medie una violación manifiesta o grosera del orden legal superior y si esta no es advertida por el juez natural del acto que sería objeto de inaplicación por ilegalidad, es claro que la figura resulta improcedente en el *sub examine*.

No se olvide que la presunción de legalidad de la actividad administrativa le da plena eficacia y obligatoriedad⁴⁰. **Presunción de legitimidad o de ejecutividad** que comporta -en sustancia- una presunción de regularidad del acto administrativo⁴¹, y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como uno de los elementos característicos de la actividad administrativa⁴².

Presunción de validez del acto administrativo que, como enseña Díez, parte de que la actividad del Estado es jurídica, pues si faltara la legalidad en la administración habría disminuido el valor del estado de derecho. Esta presunción se basa, además, en la idea según la cual los órganos administrativos son instrumentos desinteresados que sólo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva dentro del orden jurídico.⁴³

Se trata -por supuesto- de una presunción *iuris tantum*, de ahí que pueda ser desvirtuada en sede judicial, pero entretanto se dilucida la conformidad o no a

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 12 de julio de 2001, exp. 20388, C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de febrero de 1994, rad. 6264, CP Álvaro Lecompte Luna.

⁴¹ “Es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que son legales, es decir, que se presume (sic) válidos y que respetan las normas que regulan su producción.”: Dromi, Roberto, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2000, p. 76.

⁴² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1999, p. III-13.

⁴³ Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1993, p. 278.

derecho precisa -en principio- que el acto pueda desplegar los efectos que le son propios, esto es, sea eficaz⁴⁴.

De cuanto antecede se concluye que como el adendo No. 13 atacado es fiel desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, norma que al no estar suspendida goza de presunción de legalidad, o lo que es igual, no podía aducirse que aquel fuera manifiestamente contraria al ordenamiento legal superior.

En tal virtud, no le asistía razón al *a quo* habida cuenta que la figura de la excepción de ilegalidad no era procedente en el *sub examine*: (i) porque con arreglo al pronunciamiento de constitucionalidad antes referido -que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional *erga omnes* (artículo 243 superior)- este instituto está reservado a su juez natural (la jurisdicción en lo contencioso administrativo) y (ii) porque tampoco se reunía la segunda condición de aplicación de esta figura, esto es, la oposición manifiesta u ostensible entre el acto administrativo y la norma legal correspondiente.

En consecuencia, el cargo formulado no está llamado a prosperar.

5.2 Violación del artículo 158 del CCA

Como segundo cargo el actor invocó violación del artículo 158 del CCA., en tanto esta norma señala que ningún acto suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó. Aseveró que el Adendo 13 de la ETB reproduce los adendos 6 y 7 suspendidos por el Tribunal Contencioso Administrativo el 10 de agosto de 2000, esto es, 10 días después de haber sido proferido el adendo que se impugna. Se trata, a su juicio, de una "ilicitud sobreviviente".

Por lo que dice relación con el artículo 158 del CCA, que establece que ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión, tampoco se evidencia infracción alguna toda vez que lo planteado por el actor no se subsume en la previsión legal en cita.

⁴⁴ Parejo Alfonso, Luciano et al., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1, Barcelona, Ariel Derecho, ,1988, p. 721.

La Sala precisa que el artículo 158 del C.C.A. (subrogado por el artículo 34 del Decreto 2304 de 1989) prevé las consecuencias que acarrea la reproducción de un acto suspendido o anulado, mientras que la situación que se propone corresponde a una suspensión que tiene lugar con posterioridad a la expedición del acto que se demanda.

De lo anterior resulta que, en tanto no se está delante de una reproducción de una norma que haya sido sacada del ordenamiento jurídico o suspendidos sus efectos, no hay lugar a comunicarse y cumplirse inmediatamente, tal y como lo ordena el inciso segundo del precepto mencionado. En efecto, lo que el demandante alega es que el adendo 13 “reproduce” lo que unos adendos que, como el mismo admite, fueron suspendidos con posterioridad, luego es claro que la norma que se dice infringida no aplica en este tipo de eventos. Por lo anterior, también se negará la prosperidad de este cargo.

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

F A L L A

REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 25 de octubre de 2001, y en su lugar se dispone:

Primero. DESESTIMANSE las excepciones propuestas por los accionados.

Segundo. NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Presidenta
Con aclaración de voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH

**CON ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. STELLA CONTO DIAZ DEL
CASTILLO**

EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Obligación. Competente

Mi inconformidad tiene que ver con que el artículo 4 de la Carta Política impone, sin límites, la obligación de inaplicar las disposiciones incompatibles con el orden jurídico superior, no se comprende cómo, restringir sin más, el cometido constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4

NORMA DEMANDADA: ADENDO NUMERO 13 DE 2000 (1 de agosto)
PRESIDENTE DE LA ETB - (no anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650)

Actor: SIXTO ACUÑA ACEVEDO Y OTRO

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA-E.T.B.

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Si bien acompaño la decisión, en cuanto revoca la sentencia apelada, desestima las excepciones y niega las pretensiones de la demanda, debo aclarar que me aparto parcialmente de la motivación acogida por la Sala.

Señala la providencia:

La Corte Constitucional puso de presente, además que tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contenciosa administrativa. Fundamentó su decisión en el hecho de que los fenómenos jurídicos de excepción de inconstitucionalidad y excepción de ilegalidad distan de ser análogos.

(...)

Y más adelante dice:

“Así mismo, el juez constitucional estimó que la existencia de una justicia administrativa de rango constitucional impide que cualquier persona pueda pretextar ilegalidad de un acto administrativo para desobedecerlo:

La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde "Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley". De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente "los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

De lo anterior se colige que sólo la jurisdicción contencioso administrativa puede hacer uso de la llamada “excepción de ilegalidad” y ello podría hacerlo, obviamente cuando media un vicio de incompetencia. Sin embargo, en el caso *sub examine* no se reúnen las condiciones para que ello suceda⁴⁵.

Mi inconformidad tiene que ver con que el artículo 4 de la Carta Política impone, sin límites, la obligación de inaplicar las disposiciones incompatibles con el orden

⁴⁵Corte Constitucional, sentencia C 037 DE 2000, MP Vladimiro Naranjo Mesa, AV Eduardo Cifuentes

jurídico superior, no se comprende cómo, restringir sin más, el cometido constitucional.

En los anteriores términos sustentó mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Magistrada