

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 11001-03-27-000-2016-00004-00 (22324)
Demandante: Óscar Alveiro Vallejo
Demandados: Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público y
Ministerio de Minas y Energía–
Referencia: Medio de Control de Nulidad

SENTENCIA

Procede la Sala a dictar sentencia en el proceso donde es actor Óscar Alveiro Vallejo contra la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Minas y Energía, en el que se pretende la nulidad (i) del aparte relativo a la “*única oferta económica aceptable*”, contenido en el Anexo 6, numeral 2 (iv)(a) del Reglamento de Enajenación y Adjudicación, emitido en la segunda etapa del proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN S.A., y, (ii) del acto de adjudicación del 13 de enero de 2016, por medio del cual se adjudicó el paquete accionario a BRE Colombia Investments LP.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La Sala sistematizará los argumentos expuestos por el demandante para efectos de la motivación y decisión que adoptará.

1.1. Desconocimiento del precedente del Consejo de Estado en materia de subastas

Para el actor no era factible que la subasta se realizara con oferente único ya que de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado al resolver el proceso del

“*Tercer Canal*”¹, ese mecanismo impone la pluralidad de participantes con el fin de “*maximizar*” u “*optimizar*” los beneficios económicos que percibiría la Nación.

Esa regla jurisprudencial resulta aplicable al presente caso, porque se trata de un procedimiento no regulado por el Estatuto General de Contratación, el cual, a diferencia de lo que se discute aquí, sí permite adelantar subasta con un solo oferente. También, por la importancia y la naturaleza escasa del bien que está en juego en el proceso de enajenación, por el servicio público asociado a la venta y por las necesidades que pueden satisfacerse con su cabal prestación.

1.2. Desconocimiento de la libre competencia económica

El solicitante estima vulnerados los artículos 88 y 333 constitucionales al limitarse injustificadamente la amplia concurrencia, elemento indispensable para garantizar la libre competencia económica establecida en esas disposiciones.

La plural concurrencia comporta el deber de asegurar dos o más oferentes durante todo el proceso contractual, a fin de garantizar una competencia real que permita la configuración dinámica del precio, esto es, su determinación por las fuerzas del mercado. Esos aspectos constituyen el núcleo esencial de la libre competencia para evitar la determinación o fijación unilateral y arbitraria del precio por parte de la administración.

La subasta adelantada en el caso concreto implicó la eliminación de “*los aspectos positivos de la competencia entre agentes, desechando desde un comienzo las ventajas de acudir a tal mecanismo de selección*”².

1.3. Vulneración de la Ley 226 de 1995

Para el accionante, al no garantizarse una amplia concurrencia en la subasta, que equivale a pluralidad de oferentes, se violaron los principios de democratización y protección del patrimonio público, previstos en los artículos 2 y 4 de la Ley 226, respectivamente.

A su juicio, la Ley 226 no estableció previsión que autorizara la subasta con un solo participante habilitado, por lo que permitiría atenta contra la libertad de concurrencia. Cuando el legislador lo ha querido, así lo ha previsto, como sucede

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del cinco (05) de octubre de 2009, M.P.: William Zambrano Cetina, exp.: 1966. Y, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del catorce (14) de febrero de 2012, M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rdo.: 110001-03-26-000-2010-00036-01 (IJ).

² Fl. 24, cuad. Medidas cautelares.

con los Decretos Reglamentarios 2474 de 2008 (artículo 90) y 1082 de 2015 (artículo 2.2.1.1.2.2.6) que expresamente disponen la posibilidad de que las entidades estatales que adelanten procedimientos de contratación regidos por el Estatuto de Contratación Estatal puedan adjudicar el contrato cuando se haya presentado una sola oferta, siempre que ella cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones.

En consecuencia, como la Ley 226 no previó una regulación semejante, debe concluirse que la intención del legislador fue la de no permitir o autorizar la subasta con un único oferente.

Es cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido subastas con un solo oferente, sin embargo, esa regla sólo aplica a procedimientos surtidos bajo el Estatuto General de Contratación, normativa que no disciplina la enajenación de la propiedad accionaria del Estado por expresa disposición legal (art. 2, L. 226).

Bajo esta perspectiva, la libre competencia y la masiva participación son incompatibles con la realización de subastas con un solo oferente pues se limita injustificadamente la participación en el proceso de enajenación, vulnerando los objetivos de la Ley 226, el principio de libre competencia económica que aplica al caso y el contenido de la regla jurisprudencial del “*Tercer Canal*”.

OPOSICIÓN

1. Nación – Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía se opuso a las pretensiones de la demanda. Descartó la vulneración de la libre competencia, porque el mecanismo para la venta de la propiedad accionaria no otorgó ventajas injustificadas a alguno o algunos de los interesados en el negocio, y tampoco dispuso prácticas que “desalentaran” la competencia a la subasta, más cuando el retiro del otro inversionista precalificado y habilitado para presentar oferta (Colbún S.A.) obedeció a un aspecto no imputable a la Nación, como lo fue el incremento del precio base de la acción en un 21.5%.

Rechazó la afectación del patrimonio público no solo porque se respetó la regla de sostenibilidad fiscal, sino, también, porque existieron los estudios de valoración del precio de la acción exigidos por la Ley 226 (art. 7), según lo expuso el Consejo de

Estado en sentencia del 10 de septiembre de 2015 al declarar la legalidad de los Decretos 1609 y 2316.

Por último, estimó que el incremento del precio base de la acción no restringió la libre competencia y concurrencia. Se trató de una actuación que propendió por la protección del patrimonio público mediante la maximización de los recursos a obtener por la venta del capital accionario.

Formuló tres excepciones:

- Carencia de objeto por la culminación del proceso de enajenación y el agotamiento normativo de los efectos de los actos demandados.
- Cosa juzgada respecto de la sentencia del 10 de septiembre de 2015 que examinó la legalidad de los Decretos 1609 y 2316, pues en este pronunciamiento se afirmó que el proceso de enajenación de Isagen cumplió con el principio de protección del patrimonio público, por lo que conservó la moralidad administrativa y la libre competencia económica³.
- Improcedencia de la acción, pues debió acudir a una acción popular atendiendo los derechos e intereses colectivos cuya vulneración se alega; de ahí que a la demanda se le impartiera un trámite que no le correspondía, esto es, diferente al previsto en la Ley 472 de 1998.

2. Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

2.1.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda porque se garantizaron los principios de libre concurrencia, libre competencia y protección del patrimonio público.

2.2.- La libre concurrencia en los procesos de enajenación de la participación accionaria del Estado se limita a garantizar la posibilidad de acceso o concurrencia, sin que la Administración resulte obligada a asegurar la permanencia de los participantes habilitados. De una parte, porque la Ley 226 no impone el deber de mantener un número plural de concurrentes durante todo el proceso de enajenación; por el contrario, permite que se adjudique con una oferta

³ De no haber sido así, se hubiera anulado parcialmente el apartado del Reglamento que permitió la adjudicación con una oferta económica viable.

económicamente aceptable, de acuerdo con lo previsto para las operaciones de martillo en las que se admite expresamente tal posibilidad⁴.

De otra, porque el precedente establecido en el Tercer Canal no es aplicable al presente asunto al tratarse de la interpretación de una norma especial que no regula el proceso de enajenación de capital accionario público, caso este último en el que tiene lugar la regla general conforme la cual la libre concurrencia **no** exige pluralidad de participantes durante todo el proceso contractual o de negociación. Aspecto que, por demás, ha sido sostenido por la jurisprudencia de lo contencioso al avalar adjudicaciones con un solo oferente.

Bajo esa interpretación, el principio se conservó porque **i)** se establecieron reglas que permitían el acceso al proceso de enajenación en términos de igualdad, **ii)** se buscaron mecanismos para promover la libre concurrencia⁵, **iii)** se prorrogó el término de vigencia del programa de enajenación a fin de que los interesados en participar pudieran hacerlo⁶ y, **iv)** se procedió a confirmar la intención de los interesados una vez se revocó la suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado en el procedimiento de enajenación.

Lo anterior se confirma por la manifestación de interés de 14 empresas⁷, la precalificación de cinco interesados⁸ e, incluso, por el otorgamiento de garantías de seriedad de la oferta por las firmas BRE Colombia Investments L.P., Colbún S.A. y GDF Suez.

2.3.- La libre competencia se preservó porque la Administración cumplió con la prestación positiva del artículo 333 constitucional, al evitar la conformación de monopolios, la configuración de prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posición dominante. Por esto exigió la aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio para integraciones empresariales, con

⁴ Para el efecto menciona lo previsto en la Resolución No. 327 de 1995, vigente para el momento de expedición de la Ley 226, con base en la cual deduce la intención del legislador de permitir la adjudicación en supuestos de una única oferta económica aceptable. Además, el supuesto se ha registrado sin que se hubiere anulado el procedimiento correspondiente, tal como sucedió en los casos de Terpel del Sur S.A. y Fogansa S.A.

⁵ Hace referencia al Contrato existente entre FONADE y la Unión Temporal Credit Suisse-Inverlink, cláusula 7, parágrafo 9 (condiciones de pago de comisión de éxito) en la cual se sujetó el pago de la comisión de éxito a la concurrencia: si participaba una sola oferta económica aceptable el porcentaje de la comisión era del 70%; si participaban dos ofertas económicas aceptables el porcentaje de la comisión era del 100%; si participaban más de dos ofertas económicas aceptables el porcentaje de la comisión era del 110%.

⁶ Decreto 1512 de 2014

⁷ Expresado en la suscripción de Acuerdo de confidencialidad. Entre otras, lo firmaron: Empresas Públicas de Medellín, Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., Cesia, GenerCO S.A./Suez, CEMIG, AES Chivor, Macquarie, Corficolombiana, Duke Energy International España Investments, China Huadian Corporation, Gas natural SDG S.A., BRE Colombia Investments L.P., y Colbún S.A.

⁸ BRE Colombia Investments L.P., Colbún S.A., GDF Suez, Gas natural SDG S.A., y China Huadian Corporation.

ocasión de lo cual se presentó el retiro de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.

2.4.- El patrimonio público no se afectó porque la fijación del precio se sustentó en estudios técnicos de valoración cuya idoneidad no se cuestionó, ni se desvirtuó por el actor. Además, porque el precio fue óptimo dada la ausencia de margen de mejora o incremento, según lo informa el retiro de Colbún S.A., la existencia de un solo participante en la subasta y el hecho de que el precio superó “casi en un 20%” el valor en Bolsa de las acciones de Isagen.

2.5.- Por otra parte, sostuvo que la anulación de los actos demandados no es apta para modificar la titularidad de las acciones, por cuanto no se demandó la nulidad absoluta del contrato o negocio. Adicionalmente, porque la propiedad del paquete accionario se consolidó antes de que se presentara la demanda de la referencia, por lo cual no podía desconocerse la obligación de transferir la titularidad de las acciones, so pena de comprometer la responsabilidad del Estado al desconocer un acto propio y vulnerar la confianza legítima de quien participó en el proceso de enajenación y adquirió el bien conforme los actos que regulaban el negocio.

2.6.- Formuló tres excepciones:

- Ausencia de legitimación en la causa por activa, puesto que el hoy demandante no participó en la segunda etapa del proceso de enajenación de Isagen, de conformidad con la pauta establecida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 03 de febrero de 2010⁹.

- Ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control, ya que la nulidad del artículo 137 del CPACA es improcedente para discutir la legalidad del acto de adjudicación; pretensión que debe formularse mediante los mecanismos de nulidad y restablecimiento del derecho o de controversias contractuales, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

- “[A]usencia de concepto de violación necesario para que prosperen los cargos de nulidad”, toda vez que no se acreditó la vulneración alegada por el accionante.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del tres (03) de febrero de 2010, exp.: 19526.

3. BRE Colombia Investments L.P.

BRE Colombia Investments L.P., en su calidad de tercero con interés directo en el proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que los estudios que precedieron la fijación del precio de la acción se ajustaron a los mandatos de la Ley 226.

Formuló las siguientes excepciones:

- Carencia de objeto y hecho superado, por la finalización de la segunda etapa de enajenación de Isagen
- Cosa Juzgada respecto de lo decidido en la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 10 de septiembre de 2015 en la que se concluyó que el proceso de venta de Isagen respetó la Ley 226, especialmente los principios de democratización, preferencia, salvaguarda del patrimonio público y continuidad del servicio.
- Improcedencia del medio de control frente a las acciones adquiridas por BRE al no ser viable el decreto de medidas de restablecimiento sobre el capital accionario adjudicado, debido a su adquisición de buena fe exenta de culpa y a la aceptación de las órdenes de transferencia de valores por el sistema de compensación y liquidación, conforme lo previsto en los artículos 2º y 10 (parágrafo 1) de la Ley 964 de 2005.

4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

4.1.- La Agencia se opuso a las pretensiones de la demanda. En primer lugar, porque la regla establecida en el precedente del Tercer Canal no es aplicable al caso concreto, ya que en ambos supuestos el marco normativo es diferente.

El espectro electromagnético se rige por lo dispuesto en el artículo 75 Superior y en la Ley 1341 de 2009, codificaciones que imponen la pluralidad de oferentes en el mecanismo de asignación del espectro, como medida para garantizar la libre competencia y, por ende, el pluralismo informativo. No obstante, para la enajenación de participación accionaria estatal, regulada en el artículo 60 Superior y en la Ley 226 de 1995, no se deduce una obligación similar bien se acuda a un criterio literal de interpretación ora a uno sistemático.

Como sustento de su posición se permitió citar apartes del auto mediante el que se negó el amparo cautelar solicitado en la demanda y en el que se adujo la existencia de diferencias normativas y fácticas que impedían la aplicación del precedente del “Tercer Canal” al proceso de enajenación de Isagen.

4.2.- En segundo lugar, porque no se desconoció el principio de libre competencia, ya que dentro del procedimiento de enajenación se aseguró amplia publicidad. Prueba de esto son las campañas de divulgación en diferentes medios de comunicación, las que favorecieron la participación de un número plural de personas que suscribieron Acuerdo de Confidencialidad, adquirieron la calidad de “inversionistas precalificados” y otorgaron garantía de seriedad de la oferta.

También, porque no se limitó injustificadamente la posibilidad de participar en el proceso de enajenación. El Reglamento parcialmente acusado se diseñó para favorecer la pluralidad de oferentes e interesados, puesto que permitió el acceso de cualquier tipo de empresa y dispuso reglas aplicables a todos los interesados por igual. Cuestión diferente es que se registrara el retiro de inversionistas precalificados, por causas ajenas al dominio, manejo o responsabilidad de la Nación.

Eso permite deducir, a su juicio, el cumplimiento de la Ley 226 que no impone la concurrencia, sino que garantiza la existencia de mecanismos que no la limiten. Así lo puso de presente esta Sección en la sentencia del 10 de septiembre de 2015 al señalar el cumplimiento de esa codificación; también se impone al considerar que una posición contraria podría lesionar el patrimonio público pues el precio mínimo de la acción tendría que fijarse en un valor “muy bajo” para garantizar un número plural de concurrentes al proceso de enajenación.

4.3.- Por último, rechazó la afectación del patrimonio público. Su protección se verificó con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos con la venta y con la valoración del activo a partir de estudios técnicos que permitieron fijar el justo precio de la acción, conforme lo sostenido por esta Sección en la sentencia del 10 de septiembre de 2015.

4.4.- Formuló la excepción de inepta demanda atendiendo la falta de certeza, especificidad y pertinencia del concepto de violación, toda vez que, a su parecer, los argumentos expuestos en la demanda fueron vagos, indeterminados y abstractos, lo que impide examinar la contradicción normativa anunciada por el actor.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.- El demandante presentó alegatos en los que, en términos generales, reiteró los cargos expuestos en la demanda.

Sostuvo, además, que la etapa de pre-calificación no asegura la pluralidad de oferentes exigida para mantener la libre competencia, por tratarse de una fase que no habilita para participar en la subasta, más si se tiene presente la colusión que tuvo lugar en la segunda etapa de enajenación del activo estatal, cuya *“prueba ... saldrá a la luz cuando Brookfield...termine deshuesando o fraccionando [la entidad] para su venta a diferentes beneficiarios y algunos de ellos sean los que de manera aparente y solo formal se inscribieron en el escalafón de precalificados pero sin la firme intención de entrar en el escalón de puja¹⁰”*.

5.2.- Los Ministerios demandados presentaron alegatos de conclusión en los que, en términos generales, reiteraron los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda. El Ministerio de Minas y energía insistió en la configuración de la excepción de cosa juzgada.

5.3.- El tercero con interés directo en el proceso presentó alegatos de conclusión en los que señaló el cumplimiento del principio de libre concurrencia a través de acciones y prescripciones tendientes a lograr una amplia participación en el proceso de venta¹¹. También afirmó que se cumplió con el principio de salvaguarda del patrimonio público pues el precio mínimo de la acción fue óptimo, considerando, entre otras, su incremento en un 21.5%.

Insistió en la configuración de la excepción de cosa juzgada, así como la improcedencia de medidas de restablecimiento sobre el paquete accionario adjudicado por adquirirse a título de buena fe exenta de culpa y tratarse de una orden de transferencia debidamente aceptada por el sistema de liquidación y compensación (L. 964 de 2005).

5.4.- La Agencia presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, así como la excepción propuesta en esa etapa procesal, bajo el entendido de que no se resolvió en la audiencia inicial.

¹⁰ Fl. 653, cuad. 4.

¹¹ Esas actuaciones correspondieron, entre otras, a la publicación en medios masivos de los avisos y anuncios expedidos en el proceso de venta, el establecimiento de un cuarto de datos con información pertinente a la enajenación, la disposición de etapas de pre-calificación inicial y adicional, y la prórroga del proceso por un año para que varios interesados determinara la conveniencia de su participación en el mismo.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, en tanto no se desconocieron los principios de libre concurrencia y salvaguarda del patrimonio público.

La libre concurrencia se garantizó por la inexistencia de limitación u obstaculización en el acceso al proceso de venta, como lo demuestra la participación de diversos inversionistas en el mismo; cuestión diferente es que los retiros se hayan presentado por razones ajenas, no imputables, a la administración, v.gr., el alto precio de la acción según lo manifestó Colbún S.A. Además, el precedente del “Tercer Canal” no es aplicable al sub examine por las diferencias en materia de objeto y régimen aplicable, pues uno recae sobre el espectro electromagnético, cuyo uso se concede en el marco del artículo 75 constitucional, mientras que el restante alude a la participación social pública, regulada en el artículo 60 superior, cuya transferencia del sector público al privado se concreta mediante una venta.

Tampoco se desconoció la protección del patrimonio público. El precio de venta de la acción no fue inferior al establecido a partir de las valoraciones técnicas efectuadas en desarrollo del artículo 7 de la Ley 226; es más, el precio fijado fue alto, como lo informa el retiro de Colbún S.A. al mencionar ese aspecto.

Por último, estimó que no es procedente el reclamo relativo a la vulneración de la libre competencia económica, que debió proponerse en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad. Todo, porque exige la confrontación directa de los artículos 88 y 333 constitucionales, puesto que en la demanda no se propuso una norma de orden legal por medio de la que se materializara su afectación.

CONSIDERACIONES

1. De las excepciones

Los Ministerios demandados y los terceros intervinientes formularon diferentes excepciones¹², las cuales fueron resueltas desfavorablemente por el Magistrado

¹² Carencia de objeto o agotamiento normativo de los actos acusados, ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control, improcedencia de la acción por impartirse a la demanda el trámite de un proceso diferente al que le corresponde, improcedencia del medio de control frente a las acciones adquiridas por BRE, ausencia de legitimación en la causa por activa; falta de certeza, especificidad y pertinencia del concepto de violación; ausencia de concepto de violación necesario para que prosperen los cargos de nulidad; y, cosa juzgada.

Ponente al denegar la solicitud de medida cautelar y en el trámite de la audiencia inicial.

En esa oportunidad no se decidió sobre la cosa juzgada, ya que la Sala de Decisión no estaba conformada en ese momento. Así las cosas, al tratarse de una excepción mixta, la Sala procede a su resolución¹³.

1.1. Cosa Juzgada

1.1.1.- Para los Ministerios demandados, al igual que para los terceros intervinientes se configuró la cosa juzgada con base en la sentencia proferida por esta Sección el 10 de septiembre de 2015 (exp. 21025)¹⁴ en la que se negó la nulidad de los Decretos 1609 y 2316 de 2013, por medio de los que se aprobó el programa de enajenación de Isagen y se fijó el precio de la acción, respectivamente.

Todo, porque en ese pronunciamiento se descartó la vulneración de la Ley 226 y del principio de protección del patrimonio público con ocasión del proceso de venta de la participación accionaria estatal en Isagen.

1.1.2.- La cosa juzgada impone la obligatoriedad de las sentencias y su inmutabilidad, por lo que resuelto un asunto se impide su discusión posterior. De ahí que, conforme lo señalado por la jurisprudencia, se le asocian dos efectos: uno positivo, *“en cuanto atribuye un derecho e imposibilita que sobre el punto que se ha fallado se profiera nueva decisión”*; y, uno negativo, *“porque excluye que el mismo derecho pueda ser negado posteriormente”*.

Según lo previsto en el artículo 189 del CPACA., las sentencias que niegan la nulidad de actos administrativos, como la proferida por esta Sección en el año 2015, producen cosa juzgada erga omnes en relación con la causa petendi juzgada. Por tal razón, su estructuración en el caso concreto exige identidad de objeto, entendido como las prestaciones o declaraciones formuladas, e identidad de causa, esto es, de los motivos que sustentan las pretensiones.

1.1.3.- La excepción no está llamada a prosperar, debido a la inexistencia de identidad de objeto y de causa entre el proceso de la referencia y los resueltos por

¹³ No proveerá sobre la *“falta de certeza, especificidad y pertinencia del concepto de violación”* debido a su resolución en la audiencia inicial. Asunto diferente es que al abordar el fondo del asunto se decida sobre la aptitud de los cargos para sustentar la anulación de los actos acusados.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta, sentencia del diez (10) de septiembre de 2015, M.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp.: 21025

esta Sección en la sentencia del 10 de septiembre de 2015 (exp. 21025), toda vez que las pretensiones recaen sobre actos administrativos distintos, los hechos que las apoyan son diferentes, y los vicios propuestos en uno y otro caso son disímiles.

Petitum. Las pretensiones del proceso 21025 tuvieron por objeto la anulación de los Decretos 1609 y 2316, específicamente de los apartes relativos a la aprobación del programa de enajenación de la participación pública en Isagen, la determinación de las prescripciones aplicables a ese proceso de venta, las condiciones especiales establecidas para que personas naturales adquirieran capital accionario en la primera etapa de ese proceso, y el precio de la acción en esa misma fase.

A diferencia de eso, las pretensiones anulatorias del presente proceso discuten la legalidad del Reglamento de la segunda etapa de enajenación de Isagen y el acto de adjudicación que tuvo lugar dentro de la misma por la adjudicación con oferente único. Adicionalmente, se solicitó la nulidad de lo actuado en la segunda etapa para convocar a una nueva subasta, petición que no se propuso en el proceso ya resuelto por esta Sección.

Supuestos fácticos. En el proceso definido en el año 2015, los hechos que sustentaron las pretensiones anulatorias corresponden a los siguientes: **(i)** diseño del Programa de Enajenación por un Ministerio que no era el titular de la participación accionaria a enajenar; **(ii)** límites prohibitivos para la adquisición de acciones por las personas naturales beneficiarias de “*condiciones especiales*”; **(iii)** ofrecimiento parcial del paquete accionario en la primera etapa del proceso de enajenación; **(iv)** ausencia de estudios técnicos de viabilidad económica, conveniencia y oportunidad que sustentaran la decisión de venta de Isagen respecto de otros activos estatales; **(v)** insuficiencia de los motivos expuestos para adoptar la decisión de venta; **(vi)** desconocimiento de las observaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo; **(vii)** no aprobación, ni control político del Congreso sobre el programa de enajenación de la participación accionaria pública en Isagen; **(viii)** no inclusión de la venta en el Marco Fiscal de Mediano Plazo, ni en el Plan Nacional de Desarrollo; e, **(ix)** incremento del precio mínimo de la acción en la primera etapa del proceso de venta sin sustento legal.

Las pretensiones que ahora convocan la atención de la Sala no se fundamentan en esos hechos. Se soportan en el desarrollo de subasta con un único oferente dentro de la segunda etapa de enajenación de Isagen, pues la otra entidad

habilitada no concurrió a la audiencia; la adjudicación del paquete accionario al único participante en la subasta; y, la existencia de un precedente jurisprudencial aplicable que se estima aplicable al caso concreto.

Cargos de invalidez o anulación. Los vicios propuestos contra los Decretos 1609 y 2316 correspondieron **(i)** a la incompetencia del Gobierno para adoptar la decisión de venta; **(ii)** al desconocimiento de los principios de democratización y preferencia en la primera etapa de la enajenación¹⁵; **(iii)** la vulneración de los principios de protección del patrimonio público y de continuidad del servicio; **(iv)** la incompetencia para el diseño del programa de enajenación y la no participación de la Defensoría del Pueblo en esa actuación; **(v)** la falta de control del programa de enajenación por parte del Congreso; **(vi)** el incremento ilegal del precio de la acción en la primera fase del proceso de venta; **(vii)** el desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal y la regla fiscal; y, **(viii)** el incumplimiento de normas relativas al Plan Nacional de Desarrollo.

Esos cuestionamientos no se formularon en el asunto de la referencia, en el que lo discutido es la vulneración del principio de pluralidad de oferentes por el desconocimiento de la regla establecida en el proceso del “Tercer Canal”; la afectación de la libre competencia económica por la no conformación dinámica del precio en la subasta adelantada en la segunda etapa del proceso de venta, y la no protección del patrimonio público, ni de la democratización.

1.1.4.- La Sala no desconoce que en ambos procesos se adujo la afectación de los principios de democratización y protección del patrimonio público de la Ley 226. Sin embargo, lo cierto es que esos cargos se soportan en argumentos distintos, por lo que no es posible predicar identidad de causa.

En efecto, la vulneración del principio de democratización en el proceso 21025 radicó en el carácter restrictivo o limitativo que se imputó a las condiciones dispuestas para la adquisición de acciones en la primera etapa del proceso de venta de Isagen, mientras que lo discutido en el presente asunto se relaciona con la ausencia de amplia publicidad y libre concurrencia en la subasta dispuesta para la venta del paquete accionario en la segunda etapa del proceso en comento.

¹⁵En sentir de los accionantes, las medidas dispuestas para la adquisición de acciones por personas naturales fueron restrictivas, pues su finalidad fue limitar la venta en la primera etapa en el proceso de enajenación para, de esa manera, lograr una mayor participación accionaria en la segunda etapa del mismo proceso.

Por su parte, la no protección del patrimonio público imputada en el proceso definido en el año 2015 se sustentó en la ausencia de estudios de conveniencia sobre la enajenación de Isagen y no de otro activo estatal; cuestión que no se expuso en el presente proceso, en el que se imputa la no maximización del recurso público ante la participación de un único oferente en la subasta adelantada en la segunda etapa de la venta del capital social estatal.

2. Del fondo del asunto.

Le corresponde a la Sala determinar la legalidad **(i)** del aparte relativo a la “*única oferta económica aceptable*”, contenido en el Anexo 6, numeral 2 (iv)(a) del Reglamento de Enajenación y Adjudicación, emitido en la segunda etapa del proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN S.A., y, **(ii)** del acto de adjudicación del 13 de enero de 2016, por medio del cual se adjudicó el paquete accionario a BRE Colombia Investments LP.

De acuerdo con los argumentos expuestos por las partes y la fijación del litigio, los problemas jurídicos específicos que deben resolverse son los siguientes:

- i)** Si los actos demandados desconocen el precedente jurisprudencial en materia de subastas, establecido por el Consejo de Estado al resolver el caso del “*Tercer Canal*”.
- ii)** Si los actos demandados vulneran el principio de libre competencia económica, ya que durante toda la segunda etapa del proceso de enajenación del capital accionario público no se mantuvo un número plural de participantes.
- iii)** Si los actos demandados afectan los principios de democratización y salvaguarda del patrimonio público, contemplados en la Ley 226 de 1995, al permitir la realización de la subasta para la enajenación de participación accionaria pública con un solo oferente.

En ese orden se procederá a su estudio.

2.1. Del precedente del Consejo de Estado en materia de subastas

A juicio del demandante, el precedente del Consejo de Estado en materia de subastas, expuesto al resolver el caso del “*Tercer Canal*”, es aplicable al caso concreto, por la importancia del bien asociado con la venta (energía eléctrica) y su

relación con un servicio público (prestación del servicio de energía eléctrica). Por tal razón, afirma que la subasta es inválida al realizarse con un solo oferente, lo que impidió la conformación dinámica del precio y, por ende, la maximización de los recursos a percibir por el erario público.

La Sala considera que el precedente mencionado no es aplicable por las diferencias jurídicas y fácticas que se registran en materia de objeto, régimen legal y supuestos fácticos.

2.1.1. Improcedencia de aplicar el precedente del “Tercer Canal” por tratarse de objetos y regímenes legales diferentes

2.1.1.1.- La libre concurrencia es un principio de la contratación pública, criterio interpretativo y orientador acogido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (L. 80/93). Por eso, deben considerarlo y aplicarlo las entidades excluidas de ese estatuto general (art. 3, L. 1150/07), y, por lo tanto, se aplica en la privatización de la participación estatal en el capital social de las empresas (art. 2, L. 226), por citar algunos ejemplos.

2.1.1.2.- Este principio se orienta a permitir u obtener la más amplia participación en los procesos de selección, con el objetivo de afianzar la posibilidad de competencia y oposición entre quienes se presenten.

Se integra por la igualdad de oportunidades de acceso concedidas a quienes tengan la posibilidad real de ofrecer lo requerido por la administración, y excluye las condiciones discriminatorias o restrictivas que impiden o dificultan injustificadamente la concurrencia. En consecuencia, permite las limitaciones tendientes a asegurar la capacidad civil, técnica, jurídica, económico-financiera y la idoneidad moral de los concurrentes, al tratarse de presupuestos necesarios para el cumplimiento cabal y satisfactorio de las obligaciones contractuales respectivas.

Por norma general, no es imperativa la presentación plural de ofertas dentro del procedimiento contractual correspondiente, ya que la obligación de la administración es la de asegurar condiciones que garanticen una libre participación de los interesados, no su efectiva concurrencia: obligar a los entes públicos o privados a participar en un proceso determinado vulnera, en principio, la libertad de empresa y, por ende, de competencia. De ahí que ante la concurrencia de un oferente único, siempre que se garanticen las condiciones dichas, sea

factible su selección, cuando su oferta sea la más favorable para la administración por cumplir con los requisitos y condiciones objetivas dispuestas en el acto que regula el proceso.

Siendo esa la regla general en materia de libertad de concurrencia, su derogatoria o excepción requiere una norma especial o exceptiva que establezca un contenido o alcance diferente del principio. En esa medida, solo puede descartarse cuando el legislador o el gobierno prohíben la posibilidad de un único oferente mediante reglas especiales.

2.1.1.3.- En los procesos de asignación del espectro electromagnético con pluralidad de interesados, supuesto del “*Tercer Canal*”, existió una regla especial que requería la pluralidad de oferentes durante todo el proceso contractual. Ese fue el alcance que de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado determinó en la sentencia del 14 de febrero de 2012¹⁶ para el inciso 3º del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, lo que explica, entonces, que no se aplicara la regla general de la libre concurrencia.

Sin embargo, en la enajenación de la participación estatal en Isagen no existe una regla especial que exceptúe la aplicación de la norma general que opera en materia de libre concurrencia. El artículo 60 superior, la Ley 226, los Decretos por medio de los que se aprobó el programa de venta de participación accionaria de la Nación en la empresa¹⁷, y el Reglamento parcialmente acusado, no prevén la presentación plural de oferentes durante el proceso de privatización, como parte de la libertad de concurrencia.

Luego, en este caso, no es procedente descartar la regla general que opera en materia de libre concurrencia: posibilidad de oferta única.

2.1.1.4.- Lo anterior se explica, además, por la diferencia entre los bienes objeto de uso, explotación o venta: el espectro o espacio electromagnético en el caso del “*Tercer Canal*”, y la enajenación de la participación estatal en el capital social de una empresa en el proceso de la referencia, conforme pasa a exponerse.

2.1.1.5.- El espectro electromagnético es un elemento del territorio que pertenece a la Nación (arts. 101 y 102 constitucionales), que por su naturaleza y razones de interés general no hace parte de la capacidad patrimonial, ni de la autonomía

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del catorce (14) de febrero de 2012, M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rdo.: 11001-03-26-000-2010-00036-01(IJ).

¹⁷ Decretos 1609 y 2316, ambos de 2013, 1512 de 2014, y, 2468 de 2015.

negocial de los particulares. En esta medida, es un bien público inembargable, inenajenable e imprescriptible, cuyo uso se permite, sin que se transfiera su titularidad (art. 75 constitucional).

Está sujeto a la regulación y control del Estado para asegurar la competencia y el pluralismo informativo, en orden a lo cual se establecen dos mandatos constitucionales. De un lado, la democratización en su uso, esto es, garantizar el concurso de los posibles interesados que reúnan las condiciones para acceder a su utilización, sin desconocer que se trata de un bien escaso. Del otro, la prohibición de prácticas monopolísticas o de concentración del mercado para eliminar barreras de entrada, evitar la concentración de fuentes de información y prevenir el monopolio de los medios.

Esos elementos adquieren especial relevancia tratándose de la intervención del espectro electromagnético para la prestación del servicio de televisión, supuesto del “Tercer Canal”. Primero, se repite, porque la prestación de ese servicio requiere el acceso a una porción del espectro electromagnético¹⁸. Segundo, se insiste, por la relevancia de ese servicio en el proceso de consolidación y profundización de la democracia¹⁹. Tercero, por el principio del pluralismo informativo que impone la existencia de distintos operadores, diversidad de contenidos y de programación²⁰, para evitar la concentración en manos de la mayoría política o de grupos de económicos o de interés dominantes y, en últimas, para salvaguardar la democracia.

2.1.1.6.- La enajenación a particulares del capital social estatal no es una habilitación de uso de un bien público. Es un negocio jurídico de venta por medio del cual se transfiere la titularidad de ciertos activos estatales²¹ al sector privado²²,

¹⁸ Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que: “[a] diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales a su vez, en parte se explican por razones técnicas entre las cuales, una significativa es el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión.”. Sentencia C-093 de 1996, reiterada, entre otras, en las C-350 de 1997 y C-654 de 2003.

¹⁹ A nivel jurisprudencial esa importancia se reconoció, entre otras, en las sentencias C-497 de 1995, C-350 de 1997, C-329 de 2000 y C-654 de 2003. Por demás, el legislador reconoció esa aptitud al disponer el fortalecimiento de la consolidación de la democracia y la paz como objetivo del servicio de televisión, en concordancia con lo que sometió su prestación a principios como los de preeminencia del interés general sobre el privado, el respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural, y la imparcialidad de la información (arts. 1 y 2, L. 182 de 1995).

²⁰ Cfr., C-654 de 2003 y C-359 de 2016.

²¹ C-1260 de 2001. Esos activos corresponden a (i) acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, y, (ii) en la participación pública en sociedades de partes o cuotas de interés, como lo señaló la Corte Constitucional al precisar el campo de acción de la Ley 226 de 1995.

²² No aplica tratándose de enajenación de activos entre entidades públicas. C-474 de 1994 y C-392 de 1996.

con el objetivo, entre otros, de mejorar la productividad de la inversión económica o reducir el tamaño del Estado, reivindicando su condición de ente regulador.

Se inscribe dentro de la búsqueda de la igualdad real y efectiva, la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, la promoción y estímulo de la propiedad asociativa solidaria, y la promoción del acceso a la propiedad (arts. 13, 57, 58 y 60 constitucionales), en orden a lo cual desde la Constitución se establece el deber de democratización dentro de los procesos de privatización de la participación accionaria estatal (inc. 2, art. 60).

Para el efecto, se consagró un derecho preferencial en cabeza de los trabajadores, organizaciones solidarias y/o de trabajadores: ser los primeros a quienes se les ofrezca el capital social por enajenar, bajo “*condiciones especiales*” que “*muevan su voluntad y faciliten la negociación*”, es decir, que tengan por objeto materializar su incorporación en el manejo y dominio de la unidad privatizada.

De ahí, entonces, que el papel y la responsabilidad del Estado en esta materia se conciba en función de la realización del activo, previa la definición de las “*condiciones especiales*” que permitan la democratización de la propiedad en los precisos términos del inciso 2º del artículo 60 superior, la negociabilidad de las acciones una vez adquiridas y el régimen negocial en el que tiene lugar la venta.

2.1.1.7.- La Sala es consciente de que las Leyes 226 y 1341 consagran la libertad de concurrencia y la igualdad de oportunidades como principios orientadores. Sin embargo, estima que su concreción difiere en ambas codificaciones, dado que en ambas deben armonizarse con principios, reglas y objetivos distintos: en el primer evento, con la democratización en el marco de la búsqueda de la igualdad real y efectiva, la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, la promoción y estímulo de la propiedad asociativa solidaria, y la promoción del acceso a la propiedad; en el segundo caso, con el pluralismo informativo como mecanismo para consolidar y profundizar el nivel de democracia en la sociedad, dentro de las limitaciones impuestas por las restricciones técnicas asociadas al espectro.

De suerte que al no registrarse una coincidencia total de reglas, propósitos y objetivos, no puede aplicarse en el presente caso una regla idéntica a la del “Tercer Canal”.

2.1.2. La fase de Pre-calificación en el proceso de enajenación de ISAGEN es diferente a la inscripción en el RUO de los procesos de asignación del espectro electromagnético.

2.1.2.1.- La pre-calificación es una etapa o fase dentro de los procesos de selección del contratista en la que se verifican requisitos de participación de los interesados, por lo que permite la depuración del número de participantes atendiendo a su capacidad o idoneidad jurídica, técnica, operativa, económica y/o financiera, con base en las necesidades especiales o particularidades del negocio.

Esta etapa supone, además, una manifestación o declaración pura y simple de participación e implica el derecho para los habilitados a que se consideren sus ofertas para la celebración del negocio. Por tal razón, se trata de verdaderos oferentes o proponentes pre-calificados con derecho a hacer ofertas o posturas, y no de simples interesados.

2.1.2.2.- En sentido similar, el Reglamento parcialmente acusado definió la pre-calificación como el procedimiento que *“tiene por fin validar y precalificar a todos aquellos Interesados que tengan interés en presentar una Oferta y que cumplan con los requisitos técnicos financieros y regulatorios (en los casos en que se cuente con este requisito para el Proceso de Precalificación) que se establecen en la presente sección 5 de este Reglamento²³”*.

Así, la pre-calificación hizo parte del procedimiento para la enajenación de Isagen y buscó asegurar la idoneidad de quienes quisieron y pudieron concurrir al procedimiento asignando el derecho a presentar oferta económica en la subasta una vez obtenida una pre-calificación positiva²⁴.

2.1.2.3.- En el caso del *“Tercer Canal”* se exigió inscripción en el RUO, entendido como un listado previo de potenciales aspirantes que se orienta a facilitar el registro y escogencia de quiénes son y aspiran ser operadores del servicio público de televisión, previa clasificación y calificación de sus capacidades jurídica, técnica y financiera. Este requerimiento **es diferente de la etapa de pre-calificación** del proceso de enajenación de ISAGEN, porque:

²³ Reglamento, numeral 5.

²⁴ Al tenor de lo previsto en el numeral 5.6. del Reglamento *“[t]odos aquellos interesados que sean declarados como Inversionistas Precalificados por el Comité Técnico en desarrollo del Proceso de Precalificación estarán autorizados para presentar: (i) el Sobre de Documentos de la Oferta en la fecha de presentación de los Documentos de la Oferta, y (ii) el Sobre de Oferta Económica en la fecha de Subasta”*.

i) No hace parte del procedimiento de selección o contratación al ser anterior al mismo.

ii) La aptitud que clasifica y califica es genérica al reconocer una idoneidad mínima de las personas registradas en el mismo.

iii) No constituye una manifestación de interés en contratar al tratarse de un listado de potenciales aspirantes a prestar el servicio de televisión; prueba de ello es que al procedimiento del “*Tercer Canal*” concurrió un solo oferente pese a que en el RUO existían varias personas jurídicas habilitadas para presentar propuestas²⁵. Por el contrario, la precalificación sí supone una manifestación pura y simple del interés de participar en el procedimiento.

iv) La inscripción en el registro no habilita, por sí sola, para la consideración de la oferta del habilitado: se requiere de la acreditación de los demás requisitos exigidos para el negocio específico. Una precalificación favorable otorgaba el derecho a presentar oferta económica, esto es, para la consideración de la oferta y del habilitado.

En ese orden de ideas, la pluralidad de oferentes, entendida en sus alcances conforme la regla general formulada, se realizó en el procedimiento de enajenación de las acciones.

2.1.3. En el proceso de enajenación de ISAGEN, a diferencia de lo que ocurrió en la licitación del “*Tercer Canal*”, existió un número plural de interesados.

En el proceso de enajenación de ISAGEN se verificó la suscripción del Acuerdo de Confidencialidad por varios interesados. Además, se registró la presencia de un número plural de pre-calificados, esto es, de inversionistas habilitados para la presentación de oferta económica en la audiencia de subasta

Si bien se presentaron retiros de inversionistas pre-calificados, no hay elementos de juicio que permitan atribuirlos a prescripciones restrictivas, ni a la actuación directa de la administración, como se verá más adelante (numeral 2.2.7).

²⁵ Figuraban inscritas cinco entidades, no obstante, solo una de ellas se presentó como proponente en la “*audiencia de cierre de la licitación y apertura del sobre N.º 1*”.

2.2. Preservación del núcleo esencial de la libertad de competencia económica²⁶

2.2.1.- El demandante estima que la subasta con único oferente afectó la libre competencia económica, porque el precio de venta de la acción no se conformó por la interacción de pujas, según lo exige el contenido de esta libertad.

2.2.2.- La libre competencia económica supone la contraposición de intereses de diferentes agentes en igualdad de condiciones y sin barreras que imposibiliten o dificulten el acceso y mantenimiento en el mercado. Su protección es relevante por tratarse de un mecanismo eficiente para la asignación de recursos, cuyos beneficios en la sociedad se reflejan en la calidad y precios de los bienes y servicios ofertados.

Al Estado le corresponde preservar las condiciones que la garanticen, como lo son: **(i)** la posibilidad de acceso o ingreso a los mercados, representada en la ausencia de barreras de entrada, **(ii)** la igualdad de quienes concurren al mercado, expresada en *pautas o reglas de juego* generales e impersonales que no otorguen ventajas en favor de uno o varios agentes en perjuicio de los demás, y, **(iii)** la inexistencia de abusos de posiciones dominantes y todas aquellas prácticas anti-competitivas que tengan por fin, o por efecto, limitar u obstaculizar la competencia de manera injustificada.

En esa medida, la libertad de concurrencia y la igualdad integran el núcleo esencial de la libre competencia económica²⁷. La primera, porque se orienta a asegurar la mayor participación mediante condiciones de acceso no discriminatorias o restrictivas. La segunda, porque impone el trato igualitario ante situaciones iguales o similares, excluyendo tratamientos diferenciales injustificados.

En el campo de la contratación, la libre competencia supone, precisamente, la fijación de condiciones objetivas que permitan a todos los interesados que reúnan los requisitos, concurrir, si lo quieren, en igualdad.

²⁶ Para la Sala el cargo no debía formularse por medio de la nulidad por inconstitucionalidad, puesto que los actos demandados no corresponden a Decretos generales dictados por el Gobierno en desarrollo directo de la Constitución. Se trata de actos expedidos en ejercicio de las facultades legales establecidas en la Ley 226 de 1995, por medio de la que se desarrolló el mandato previsto en el inciso 2º del artículo 60 constitucional, y en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 1609 de 2013, a través del que se aprobó la enajenación de la participación estatal en Isagen.

²⁷ En sentido similar, la Corte Constitucional sostuvo que el núcleo esencial de la libertad de competencia económica “consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas”. C-228 de 2010.

2.2.3.- A juicio de la Sala, la libre competencia no se afectó en el sub examine, porque su contenido esencial se preservó mediante el respeto de la libre competencia, la igualdad de los participantes en el proceso de enajenación y el establecimiento de un mecanismo apto para prevenir la distorsión de la competencia. En los numerales 2.2.4, 2.2.5 y 2.2.6 se presentarán los argumentos que soportan esta afirmación.

2.2.4.- No afectación de la libertad de competencia.

2.2.4.1.- Según se anotó, el contenido de la libre competencia proscribía las condiciones discriminatorias o restrictivas que impiden y/o dificultan injustificadamente la libre y amplia participación.

2.2.4.2.- En la segunda etapa del proceso de privatización de Isagen no existieron cláusulas o condiciones que tuvieran por fin, o por efecto, limitar injustificadamente el acceso al mismo. Por el contrario, las medidas previstas en el Reglamento se orientaron a permitir la mayor participación, atendiendo la idoneidad y las capacidades técnica, jurídica y financiera requeridas para el desarrollo cabal del negocio y la prestación del servicio asociado al mismo –generación y comercialización de energía eléctrica-.

Para el cumplimiento de ese objetivo, se desarrollaron acciones antes y durante la segunda etapa del proceso de venta.

Antes de su inicio se promovió el proceso de enajenación y vinculación de capital mediante el contacto de inversionistas estratégicos y financieros, con quienes se sostuvo comunicación telefónica periódica y se adelantaron diferentes reuniones.

Se estableció una fase para que los interesados accedieran a información acerca del estado real del activo en venta, por lo que se dispuso de una *Sala de Información* con datos confidenciales de la empresa y dentro de la que se resolvieron inquietudes relacionadas, entre otras, con la enajenación, el estado de la entidad y sus activos; simultáneamente, se concedieron entrevistas a los interesados que las solicitaran y se adelantaron presentaciones de la administración, previo análisis de su conveniencia.

Iniciada la segunda etapa, tuvo lugar la pre-calificación, consagrada para depurar, delimitar o definir quiénes estaban en capacidad real de satisfacer u ofrecer lo requerido por la administración, lo que explica el porqué se exigió, entre otros,

capacidad técnica y operativa en la generación de energía eléctrica y solvencia económico-financiera de los eventuales participantes.

Se establecieron mecanismos para lograr la permanencia de varios concurrentes en el proceso de enajenación. La posibilidad de aclarar, corregir y subsanar se inscribe en esta finalidad, pues previene la exclusión de participantes por yerros o errores no sustanciales. Lo mismo puede decirse de la actualización de la documentación de la pre-calificación, que equilibra el número plural de oferentes y la necesidad de verificar el cumplimiento permanente de los requisitos mínimos para participar en la privatización correspondiente.

También se previó una medida para ampliar el número de concurrentes en el proceso de enajenación, como lo fue la pre-calificación adicional que se extendió desde el 03 de marzo hasta el 15 de abril de 2015. En esa fase se autorizó la participación de personas diferentes a las inicialmente pre-calificadas, al igual que nuevas combinaciones o modalidades de participación de los Inversionistas Pre-calificados, bajo los mismos requisitos técnicos, operativos, financieros y regulatorios exigidos en la pre-calificación inicial.

2.2.4.3.- Agréguese que las limitaciones establecidas en el Reglamento fueron razonables y proporcionadas, pues se orientaron a la consecución de fines u objetivos legítimos, sin afectar el núcleo esencial de principios, garantías o derechos establecidos en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, las condiciones para el acceso a la *Sala de Información* tuvieron por objeto garantizar el interés de quienes pretendieran acceder a información privilegiada y su tratamiento adecuado, en orden a lo cual se contempló el pago de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) y la suscripción de un Acuerdo de Confidencialidad, como presupuestos de acceso al cuarto de datos²⁸.

La protección del mercado público de valores y el tratamiento adecuado de información privilegiada justificaron las limitaciones a la negociabilidad de acciones de Isagen en el mercado secundario de valores, y la prohibición de ejecutar actuaciones que aparejaran la pérdida o adquisición de la calidad de beneficiario real de las acciones de la entidad²⁹. Aspecto reforzado porque se trató de condicionamientos de duración limitada³⁰, conocidos por los interesados en el

²⁸ Conforme lo previsto en el numeral 3.1.1. del Reglamento.

²⁹ Según lo contemplado en el numeral 3.1.4 del Reglamento.

³⁰ Se extendieron desde la suscripción del Acuerdo de Confidencialidad hasta la adjudicación de las acciones en la segunda etapa.

negocio³¹, y dentro de los que se consideraron las órdenes de venta o adquisición de acciones emitidas antes del inicio de la prohibición, al igual que algunas condiciones aplicables a fondos de pensiones y cesantías.

Los requisitos técnicos, financieros y operativos tenían por fin asegurar la continuidad de la prestación del servicio de generación y comercialización de energía eléctrica. No se estiman irrazonables, ni desproporcionados de cara al servicio prestado por la empresa, sus activos, el mercado en el que opera, el monto de las inversiones que realiza y los proyectos en desarrollo, mas cuando no existe elemento de convicción que soporte una conclusión contraria.

2.2.4.4.- Por demás, las medidas dispuestas posibilitaron la concurrencia plural en la segunda etapa del procedimiento. En el marco de lo establecido antes del inicio de esta etapa se contactaron 58 inversionistas estratégicos y 41 inversionistas financieros, de los cuales 17 suscribieron Acuerdo de Confidencialidad y 13 cancelaron el valor para el ingreso a la *Sala de Información*³².

Con ocasión de lo previsto se pre-calificaron inicialmente 6 interesados, 5 de los cuales debieron subsanar algún elemento de los documentos presentados en el sobre de la pre-calificación. Posteriormente, en virtud de la pre-calificación adicional, 2 entidades se pre-calificaron por primera vez (Colbún y BRE Investments LP) y 3 actualizaron documentación (GnerCo SA/Suez, China Haudian Corporation y Gas Natural SDG S.A); procedimiento este último que se utilizó nuevamente en el mes de septiembre de 2015³³. Finalmente, dos inversionistas otorgaron garantía de seriedad de la oferta, desarrollando una actuación idónea para participar en la subasta (Colbún S.A. y BRE Investments LP).

Miradas así las cosas, no puede hablarse de restricción en el acceso a la segunda etapa del proceso de enajenación de la participación social estatal en Isagen.

³¹ Fueron conocidas desde el 25 de Noviembre de 2013, fecha en la que se publicó la primera versión del Reglamento (hacían parte del numeral 4.10.3). Se mantuvieron pese a las 8 adendas realizadas al mismo.

³² AES, Celsia-Argos, Cemig, China Haudian Corporation, Empresa de Energía de Bogotá EEBB, Gas Natural Fenosa S.A., IP Engie, Marubeni, Colbún, Duke Energy, Mitsui, EPM, Brookfield, Corficolombiana, Macquaire Group, Megeve, CPP Investment Board. Anexo 6, Informe 6, Anexo 2.1 (p. 13, 68-97), del CD aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de lo dispuesto en la audiencia inicial por el Consejero Ponente. (fls. 604-605 cuad. 4).

³³ Anexo 6, Informe 6 del CD aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2.2.5.- Igualdad entre quienes concurren a la segunda etapa del proceso de venta

El contenido esencial de la igualdad exige el establecimiento de oportunidades y facilidades que no beneficien a un participante en perjuicio de los demás, por lo que los concurrentes de un proceso de selección deben encontrarse en la misma situación, obtener las mismas facilidades y regirse bajo las mismas bases y condiciones.



En el presente caso, la igualdad se garantizó porque las *pautas o reglas de juego* fueron idénticas para todos los concurrentes, de modo que tanto interesados como pre-calificados tuvieron acceso a las mismas facilidades y oportunidades, las cuales se concretaron entre otras en: procedimientos y presupuestos para el acceso a la Sala de Información, limitaciones a la negociabilidad de las acciones de Isagen en el mercado secundario, procedimientos para la formulación de solicitudes, petición de visitas, entrevistas y presentaciones de la administración, requisitos técnicos, financieros y regulatorios, procedimiento para aclarar, subsanar y corregir documentos y su actualización en la pre-calificación.

Adicionalmente, cuando se modificaron elementos del Reglamento, los mismos se anunciaron a los interesados y pre-calificados según el caso, sin que se desconocieran las situaciones registradas con anterioridad. Eso sucedió, entre otros, con la pre-calificación adicional que se dispuso en la cuarta adenda del Reglamento³⁴ y en virtud de la que no se otorgaron beneficios injustificados, máxime cuando estuvo abierta, incluso, para los pre-calificados iniciales.

2.2.6.- Prevención de la distorsión de la competencia

Siguiendo lo establecido en la Ley 1340 de 2009, se dispuso como *requisito regulatorio* el control previo de la Superintendencia de Industria y Comercio –en adelante SIC- para integraciones empresariales, cuya finalidad no fue otra que preservar condiciones de competencia en el mercado de generación y comercialización de energía eléctrica.

³⁴ Numeral 5.8, que se mantuvo hasta la última modificación del Reglamento (adenda 8). Otra modificación del Reglamento que respetó la igualdad en la enajenación de la segunda etapa de enajenación fue la incorporación de la oportunidad para actualización de la documentación presentada en el sobre de pre-calificación, pues cobijó a todos por igual, al punto que diversos Inversionistas Pre-calificados debieron ajustarse a su contenido.

En cumplimiento de ese cometido, la SIC sometió las integraciones de ARGOS-ISAGEN³⁵, EPM- ISAGEN³⁶ y EEB-ISAGEN³⁷ a *medidas estructurales* representadas en la desinversión en activos, luego de verificar la posible limitación o restricción de competencia y previa consideración, entre otros, del número de agentes con poder de mercado, el índice de concentración del mercado correspondiente, la condición de oferente “*pivotal*”³⁸ y los “*efectos unilaterales en el mercado de generación de energía eléctrica*”³⁹.

Con ello se garantizó que la segunda etapa de la venta de Isagen no distorsionara el mercado de la generación y comercialización de energía eléctrica, y, por ende, que no se favoreciera la fijación unilateral del precio del servicio, ni se afectara o anulara el derecho a la libre elección de los usuarios, como consecuencia de condiciones que permitieran posibles abusos de posiciones dominantes. Esa, precisamente, es la finalidad que orienta el control previo de las integraciones empresariales y que fundamentó su declaratoria de exequibilidad por tratarse de un mecanismo de protección y garantía de la libre competencia al “*evitar que determinados modos de integración empresarial [tengan] un grado de incidencia del mercado que imposibilite la competencia efectiva entre oferentes y la garantía de los derechos de los consumidores*”⁴⁰.

2.2.7.- Todo lo dicho se refuerza porque en el proceso no existen elementos de convicción que permitan imputar los retiros de inversionistas pre-calificados a acciones discriminatorias, restrictivas o limitativas de la libre competencia ejecutadas o toleradas por la administración. *Contrario sensu*, las causas de retiro acreditadas corresponden a la valoración de elementos propios de los participantes sobre los que el Estado no puede intervenir directamente, so pena de vulnerar la libertad de empresa, que supone la potestad de permanecer o retirarse del mercado o de un procedimiento, al igual que definir si se contrata o no y las condiciones del negocio⁴¹.

En efecto, en el consorcio EPM-CEMIG, la empresa brasilera se retiró del procedimiento de venta de acciones por la baja rentabilidad del activo, según lo

³⁵ Resolución nro. 525 del 10 de enero de 2014.

³⁶ Resolución nro. 32982 del 24 de junio de 2014.

³⁷ Resolución nro. 5545 del 06 de febrero de 2014.

³⁸ Un oferente es pivotal si parte de su capacidad de generación es necesaria para cubrir la demanda del mercado. Resolución nro. 525 de 2014.

³⁹ Este riesgo se presenta cuando los intervinientes en una integración entre generadores “*tienen una mezcla de plantas con flexibilidad en su generación y con diferentes costos marginales*” [por lo que] el ente integrado podría adquirir (o fortalecer) su capacidad de retener la oferta de sus plantas flexibles, ocasionar un punto de equilibrio más alto, y beneficiarse del mayor precio uniforme como resultado de la distorsión”. Resolución nro. 525 de 2014.

⁴⁰ C-228 de 2010.

⁴¹ Cfr., C-524 de 1995 y C- 263 de 2011.

informa la carta remitida al Ministro de Hacienda y Crédito Público por esa misma entidad⁴² y lo confirma el Boletín de Prensa extendido por EPM en el que, consecuentemente, anunció su retiro del proceso negocial al señalar:

“La Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), de Brasil, oficializó hoy que suspendía los análisis para participar en el proceso de enajenación de acciones de Isagen, al cual había precalificado en consorcio con EPM. De acuerdo con un pronunciamiento emitido desde Belo Horizonte, la decisión de la empresa brasilera se fundamenta en que no les fue posible lograr una estructura financiera que permitiera alcanzar un retorno adecuado de la inversión para ser aprobada por su directorio.

(...)

EPM, por su parte, lamentó la decisión de CEMIG porque la deja sin la posibilidad de participar en la subasta. Ante esta realidad, la compañía reiteró hoy su interés en desinvertir su actual participación del 13% en Isagen, opción que ya había hecho manifiesta desde el pasado 1 de abril, en la eventualidad de que el Consorcio CEMIGEPM no resultara ganador en la subasta (...)⁴³”-Resalto de la Sala-

Por su parte, el retiro de la EEB se presentó por las medidas estructurales de desinversión que impuso la SIC para autorizar la integración empresarial con Isagen. En este sentido, se señaló en Comunicado de Prensa del 04 de marzo de 2015 que:

“La Empresa de Energía de Bogotá (EEB), casa matriz del Grupo de Energía de Bogotá, tomó la decisión de no participar en el proceso de venta de las acciones de la Nación en Isagen, cuyo proceso fue reactivado por el Gobierno Nacional.

Entre otras razones, se estableció que dadas las condiciones regulatorias y de normatividad del sector energía colombiano y las restricciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, que implicaban la desinversión en activos estratégicos para la Compañía y el Grupo, la operación resulta inconveniente para la empresa⁴⁴” (Subrayas fuera del original).

Por último, la no concurrencia de COLBÚN S.A. a la subasta se debió al alto precio de la acción. Así lo puso de presente el Gerente General de la empresa en misiva del 08 de enero de 2016, dirigida a la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, al expresar:

“...luego de evaluar la situación en las instancias corporativas y en atención a recientes noticias de prensa que aseguran la participación de Colbún en la etapa final del proceso de subasta pública de Isagen y que implica la presentación de

⁴² Sobre el particular se manifestó: “Sin embargo, la expectativa de retorno de la inversión producto del análisis profundo y dedicado realizado por nosotros, nuestros socios y asesores, resultó ser inferior al mínimo esperado por nuestra Junta Directiva y por los potenciales inversores aproximados por nosotros y nuestros asesores para inversión y generación de energía eléctrica. Es sabido por todos que los niveles de rentabilidad requeridos por los inversores y accionistas en relación con los proyectos analizados se han incrementado últimamente. Por ello, nuestra Junta concluyó que debido al precio establecido en el proceso y a la falta de iniciativas encaminadas a aumentar el retorno, la inversión no sería competitiva con respecto a otras oportunidades. Hay que decir que nuestra decisión de no participar en el proceso de privatización de Isagen fue consecuencia principalmente de las consideraciones anteriores y no debido a la ausencia de información sobre dicho proceso o a eventuales inexactitudes contenidas en la misma”. Anexo 8 del CD aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁴³ Anexo 8 del CD aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁴⁴ Anexo 8 del CD aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

una nueva Oferta el próximo 13 de enero, Colbún informa que –debido a los nuevos plazos establecidos por la autoridad para la presentación de la Oferta y también en parte por el aumento del precio mínimo en un 21.5%-, no estará en condiciones de presentar una oferta en la fecha definida⁴⁵

Así las cosas, la actuación del Estado se orientó a garantizar la libre competencia en el mercado de generación y comercialización de energía eléctrica al evitar la estructuración de situaciones que favorecieran posibles abusos de posiciones dominantes y, por ende, afectaran la competencia. Además, dentro del procedimiento de venta de acciones estableció condiciones para permitir la participación de quienes desearan concurrir al mismo -siempre que cumplieran con los requisitos del caso-, y obtener un precio favorable para la Nación, que se estructuró en la valoración de elementos técnicos cuya idoneidad no fue cuestionada, ni mucho menos desacreditada, conforme los elementos de convicción allegados al proceso.

2.3. No vulneración de los principios de democratización y salvaguarda del patrimonio público en el caso concreto

2.3.1.- Se predica la vulneración de los principios de democratización y salvaguarda del patrimonio público porque no se contemplaron mecanismos que aseguraran amplia publicidad y libre concurrencia, y porque se renunció a la maximización del recurso público dada la fijación unilateral del precio mínimo por acción.

2.3.2.- La Sala no comparte esa argumentación. Primero, porque el contenido del Reglamento parcialmente acusado se orientó a permitir la concurrencia plural de interesados en igualdad de condiciones y sin restricciones o limitaciones injustificadas. Segundo, porque el principio de democratización tiene lugar en la primera etapa del proceso de privatización del capital social estatal; por lo tanto, no se aplica en la etapa examinada en el asunto de la referencia. Tercero, porque la fijación del precio mínimo de la acción por la administración no es arbitraria.

2.3.3.- En concordancia con lo expuesto en el acápite anterior, la actuación de la administración antes y durante la segunda etapa de privatización de Isagen tuvo por fin la ampliación de la participación en el proceso, si se tienen en cuenta las acciones desplegadas para el efecto, la validez de las limitaciones en razón de los fines legítimos que perseguían, y la efectividad de esas medidas.

⁴⁵ Anexo 8 del CD aportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Es cierto que existieron retiros de inversionistas pre-calificados, con ocasión de los cuales solo se presentó un oferente en la subasta. Sin embargo, no lo es menos, que ellos tuvieron por causa aspectos ajenos a la actuación de la administración y que, por tal razón, se encuentran excluidos de su órbita de acción (no rentabilidad esperada del activo, medidas estructurales impuestas como presupuesto de autorización de la integración entre empresas, y alto precio de la acción).

2.3.4.- La democratización se orienta a facilitar o permitir, en condiciones de igualdad, el acceso al capital social público de quienes no podrían obtenerla en el marco de una estricta competencia financiera. Por tal razón, tiene lugar, y razón de ser, en la primera etapa del proceso de enajenación del capital social estatal, pues en ella se materializa el tratamiento preferencial dispuesto constitucionalmente para los trabajadores, grupos de trabajadores y organizaciones solidarias, ya que **(i)** solo ellos pueden concurrir en esta fase, **(ii)** el precio mínimo de la acción es fijo, y, **(iii)** las “condiciones especiales” encuentran total aplicación (arts. 3, 10 y 11, L. 226).

No sucede lo mismo en la segunda etapa de los procesos de privatización del capital social público, toda vez que está abierta al público en general y dentro de ella no operan “condiciones especiales”, tal como lo sería el carácter estático del precio durante la duración de la oferta pública y facilidades en materia de líneas de crédito, intereses aplicables, plazos de gracia, por citar algunos ejemplos.

Así las cosas, no puede decirse que se desconoció la democratización en el presente caso, al tratarse de una etapa posterior y diferente a aquella en la que se concreta la protección especial del inciso 2º del artículo 60 superior.

Por demás, esta Sección, mayoritariamente, sostuvo en sentencia del 10 de septiembre de 2015 que el principio de democratización sí se acató en la primera etapa de enajenación de Isagen.

2.3.5.- Para la protección del patrimonio público, la Ley 226 impuso el deber de realizar estudios técnicos que incluyeran no sólo la valoración de las acciones, sino, también, de aspectos objetivos, tales como: naturaleza y condiciones del mercado, rentabilidad comercial de la institución, valor comercial de los activos y pasivos y apoyos nacionales (artículo 7 ib.)⁴⁶.

⁴⁶ Adicionalmente, se establecieron procedimientos tendientes a incrementar el precio en cada una de las etapas de la enajenación. Prueba de ello es que el de la primera etapa es fijo. Sin embargo, el de la segunda es mínimo, por lo que puede ser objeto de mejora o incremento, y, en todo caso, no puede ser inferior al de la etapa inmediatamente anterior (artículo 10, numeral 2).

De ahí que, conforme lo estableció esta Sección en la sentencia citada⁴⁷, la protección del patrimonio público se garantiza, entre otras, con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que permitan fijar el justo precio de la acción.

En el caso concreto no se observa vulneración del principio. No existen elementos que indiquen la ausencia de esos estudios o la divergencia entre sus conclusiones y las medidas adoptadas por la administración al fijar el precio mínimo de la acción en la segunda etapa de venta del capital social estatal. Esto se refuerza al considerar que conforme la jurisprudencia constitucional: “[l]a utilización de criterios técnicos para establecer el valor de los activos y pasivos de una entidad que se va privatizar, [garantiza] la estabilidad de la misma y [salvaguarda] el patrimonio de la Nación⁴⁸”.

3.- Condena en costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no es procedente la condena en costas por tratarse de un proceso en el que se ventiló un interés público, como lo es la defensa de la legalidad del ordenamiento jurídico.

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

F A L L A

PRIMERO: NO PROSPERA la excepción de cosa juzgada, propuesta por los Ministerios demandados, así como por los terceros intervinientes.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda

TERCERO: NO condenar en costas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Por último, se consagraron medidas para impedir la desactualización del precio de enajenación. Considérese, pues, de un lado, que aun cuando el precio de la primera etapa es fijo y debe mantenerse por el tiempo que dure la oferta de acciones, lo cierto es que este deber cesa si hay interrupciones. Del otro, que existe posibilidad de reajuste del precio, siempre que se haga en base a los elementos objetivos relacionados, entre cada etapa, por manera que finalizada la primera, puede ajustarse para el inicio de la segunda (artículo 11).

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta, sentencia del diez (10) de septiembre de 2015, M.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp.: 21025

⁴⁸ Cfr., Corte Constitucional, C-452 de 1995.

CUARTO: Cópiese, comuníquese a las autoridades públicas interesadas y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en audiencia de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

