

Sentencia SU.1193/00

PERSONA JURIDICA-Titularidad de derechos fundamentales

DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA/DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONA JURIDICA-Señalamiento de los que resultan aplicables y protección por tutela

DERECHO A LA IGUALDAD-Compra de acciones de la Sociedad Isagen

LIBERTAD ECONOMICA-Abuso de la posición dominante/DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración en la negociación de acciones de la Sociedad Isagen

SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia excepcional para protección de derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA Y SUSPENSION PROVISIONAL-Instrumentos complementarios

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado. En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Concepto

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Enajenación de acciones de la Nación en la sociedad Isagen

Referencia: expediente T-293.855

Acción de tutela instaurada por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. contra la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de septiembre del año dos mil (2000).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Decisión Civil, de fecha 18 de enero del año 2.000, en la acción de tutela instaurada, a través de apoderada, por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. contra la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas, Creg.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte, en auto de fecha 25 de abril del año 2.000, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

#### I. ANTECEDENTES.

Las Empresas Públicas de Medellín, que a lo largo de esta sentencia se identificará EEPPM, a través de apoderada, presentaron acción de tutela ante el Juzgado Civil del Circuito de Medellín, reparto, el 12 de noviembre de 1999, contra la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas, Creg, por considerar que las demandadas les están impidiendo participar en las mismas condiciones que los otros interesados, en el proceso de venta de las acciones de la sociedad Isagen, lo que viola los derechos constitucionales a la igualdad, debido proceso, asociación y libertad de empresa.

## 1. Hechos.

El Gobierno Nacional dispuso la apertura del proceso de venta de la propiedad accionaria que la Nación posee en la sociedad Isagen S.A. E.S.P., participación que alcanza un porcentaje aproximado del 77% del capital total. Este proceso se rige por la Ley 226 de 1995.

Para tal efecto, el Gobierno aprobó el programa de enajenación, mediante el decreto 1738 del 7 de septiembre de 1999. Al momento de interponer esta acción, el proceso se encontraba en la primera etapa, es decir, en la de ofrecimiento al sector solidario. Etapa que, según el actor, debía culminar el 6 de diciembre de 1999, para iniciar la segunda, la de venta abierta al público.

Sin embargo, en este proceso de enajenación, al decir de la actora, se han introducido unas modificaciones encaminadas a excluir la participación de las Empresas Públicas de Medellín, en el proceso de enajenación. Pues, a pesar de tener la posibilidad real de adquirir el cien por cien de las acciones, tales modificaciones pretenden limitar su aspiración, lo que vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, libertad económica, la libre empresa y asociación.

La forma como esta situación ha venido configurándose, al decir de la demandante, se resume así:

\* Las EEPPM son propietarias de aproximadamente el 13% del capital social de Isagen S.A.

\* Es un hecho público que las EEPPM han manifestado su interés en participar en este proceso de enajenación, mediante la compra de un número de acciones que les permita participar, de manera más activa, en la administración de Isagen.

\* En relación con este interés, se ha encontrado la empresa con la oposición de quien era

Ministro de Minas y Energía, doctor Luis Carlos Valenzuela, quien, aduciendo una supuesta defensa de la competencia, manifestó en declaraciones rendidas ante la Comisión 5ª del Senado, que las EEPPM podían llegar como máximo a tener el 47% de las acciones. Esto se tradujo, posteriormente, en la expedición de la Resolución 042 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, del 31 de agosto de 1999.

\* Los artículos 2º y 3º de la Resolución 42 mencionada establecieron los límites para incrementar la participación en el mercado, en relación con la actividad de generación eléctrica. Al decir de la demandante, la aplicación técnica del artículo 2º recae directamente sobre las EEPPM, pues “mientras cualquier inversionista interesado podrá hacer un ofrecimiento que - eventualmente- tenga como propósito la adquisición del cien por cien (100%) de la propiedad que la Nación ha ofrecido en venta, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. se encuentran de antemano y arbitrariamente limitadas en cuanto a ofrecimientos de compra que pudieren hacer.” (folio 8).

\* De la aplicación de los valores técnicos expresados en esta comunicación del Director Ejecutivo, las EEPPM concluyen que resulta claro que mientras cualquier inversionista interesado podrá hacer un ofrecimiento para adquirir el 100% de las acciones, a las EEPPM se les limitó a un 41.4%. Observa que sólo la ley puede establecer limitaciones a las personas para ejercer sus derechos.

\* Por otra parte, en el reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen, anexo 2, numeral 8.5 se garantiza que, según su participación accionaria, la Nación garantizará el pago de todas las contingencias que actualmente tiene Isagen. Es decir, se asegura al comprador, que la Nación le cubrirá cualquier suma que Isagen deba pagar, en forma proporcional al porcentaje que la Nación posea en esta empresa, que es del 77% aproximadamente. Al respecto, señala la demandante, la más importante contingencia, y la

única respecto de las empresas generadoras de energía, es la demanda que instauró EEPPM contra Isagén, sobre unos beneficios relacionados con El Peñol, y que se encuentra en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín. Las pretensiones en este proceso, ascienden a seiscientos mil millones de pesos (\$600.000.000.000). Sin embargo, en el numeral 8.9 del mencionado anexo del reglamento de venta, se establece que se pierde la garantía de pago de la contingencia, si uno de los participantes, o de sus socios, es demandante de Isagen. Ante esta disposición, es claro que ningún inversionista se acercará a las EEPPM, como socio en el proceso de compra de las acciones de Isagen, pues no tendrá la garantía de la contingencia, o tendrá que ser descontada del valor de la oferta, lo que significaría que la oferta no llegaría al precio mínimo.

Frente a estos hechos, señala la demandante, el Ministerio de Minas y Energía, a través de la Comisión Reguladora, ha explicado que se busca evitar la posición dominante que una concentración accionaria de las EEPPM tendría en el mercado energético nacional.

La demandante desecha este argumento. Entra a distinguir entre posición dominante y abuso de tal posición. Señala que, la primera, tiene garantía constitucional, en el artículo 333 de la Carta, al establecer: “El Estado, por mandato de la ley, evitará o controlará cualquier abuso que las personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” Es decir, la Constitución no desconoce que una empresa pueda tener, válidamente, una posición dominante en el mercado. Pero, es distinto el abuso que se pueda hacer de ella. Por esto, la misma Carta estableció los mecanismos adecuados de intervención, para evitar que se presente un abuso de tal posición. El Gobierno Nacional, señala la actora, en lugar de prohibir la concentración accionaria, debe restringir algunas prácticas o conductas que puedan afectar al mercado cuando detecte un abuso de la posición dominante.

Explica que, también, se viola el derecho de asociación consagrado en el artículo 38 de Constitución, además de las razones expuestas con el no pago de la contingencia, por el siguiente aspecto: en el artículo 6 de la Resolución 42 de 1999, se establece que la Creg podrá solicitar conocer sobre cualquier acuerdo o convenio al que lleguen los posibles compradores de Isagen. Esta condición, al decir de la actora, no es bien recibida por los inversionistas (la actora no desarrolla más este punto, sobre el sentido de la violación).

La vulneración del debido proceso se da en la medida en que no se ha respetado el procedimiento de enajenación establecido en la Ley 226 de 1995. Allí se consagra que el proceso de enajenación accionaria del Estado, se orientará bajo los principios de la democratización y la libre concurrencia. Sin embargo, en este proceso, por la vía de la Comisión de Regulación, se suprimieron los mencionados principios.

La demandante considera que la tutela es procedente pues, la entidad no cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos para la protección efectiva de sus derechos fundamentales. Señala que, aunque existe la posibilidad de demandar los actos administrativos, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal vía no es idónea para proteger los derechos fundamentales vulnerados. Priemero, por los largos términos judiciales establecidos por el Código Contencioso Administrativo y la alta congestión judicial, lo que hace prever que cuando se pronuncie esta jurisdicción, ya se habrán vulnerado, irremediablemente, los derechos fundamentales de las EEPPM. La segunda razón consiste en la falta de legitimación para impugnar los contratos de venta de las acciones de Isagen, pues, el artículo 15 de la Ley 226 de 1995, establece que sólo puede proponerse la nulidad absoluta, por las partes contratantes, y la nulidad relativa, por aquel en cuyo beneficio esté establecida. En consecuencia, las EEPPM no podrán estar jurídicamente legitimadas para impugnar la legalidad del contrato.

Dada la gravedad del tema en discusión, la actora solicita al juez de tutela que, de acuerdo con el artículo 7 del decreto 2591 de 1991, dicte las medidas provisionales encaminadas a que se ordene, inmediatamente, la suspensión provisional de los términos que se encuentran corriendo en el proceso de enajenación, objeto de esta acción.

## 2. Pretensiones.

La demandante solicita al juez de tutela que se le protejan los derechos fundamentales a la igualdad, asociación, debido proceso y libertad económica, vulnerados con las expediciones de los siguientes actos administrativos o documentos : las Resoluciones 42 y 48 de 1999 de la Comisión de Regulación Energía y Gas; la comunicación del 12 de octubre de 1999, suscrita por el Director Ejecutivo de la Creg (folios 59 y 60); y, el Reglamento de Venta y Adjudicación de Isagen. (folio 52).

Como consecuencia de ello, pide al juez de tutela ordenar al Gobierno Nacional que permita a

las EEPPM participar, en igualdad de condiciones, en todo el proceso de enajenación. Es decir, que se reconozca la posibilidad real a la empresa, para que si así lo desea, pueda presentar una oferta de compra igual a la que quieran hacer los demás interesados, y que su participación pueda llegar al cien por cien.

La demandante acompañó al escrito de tutela, la documentación que estimó pertinente (folios 58 a 216).

### 3. Actuación procesal.

El Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín, en auto del 16 de noviembre de 1999, admitió la acción y ordenó notificar a los demandados.

No accedió a decretar la medida provisional pedida por la demandante, pues, consideró, que si la venta al sector solidario culmina el 6 de diciembre de 1999 y la presente tutela debe ser resuelta días antes de tal fecha, no resulta necesario ordenar la suspensión del proceso de enajenación de la propiedad accionaria.

### 4. Respuesta de la parte demandada.

Las entidades demandadas respondieron esta acción otorgando poder a un mismo apoderado, que se opuso a la procedencia de la tutela. Dada la extensión de la respuesta, se tratarán de resumir los argumentos así:

#### 1. Razones de improcedencia de la tutela.

Dice el demandado que los actos de carácter general, impersonal y abstracto no pueden ser protegidos por la acción de tutela, y las Resoluciones 42 y 48 de 1999, de la Creg, tienen tal carácter.

Las funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, Creg, son básicamente de naturaleza regulatoria y, si bien, la Creg fija normas que inciden indirectamente en los procesos de enajenación, no participa en la decisión, diseño de documentos de venta, ni en la ejecución de acciones de las empresas de servicios públicos, así éstas sean de naturaleza

privada, pública o mixta. La Creg adopta decisiones que deben ser acatadas por todas las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica y gas, en forma autónoma, sin injerencia indebida de las empresas, pues la Ley 142 de 1994, artículo 44.1, lo prohíbe. En este sentido, se debe entender que son las empresas reguladas las que deben adecuarse a las normas expedidas por la Creg, y no al contrario.

En cuanto a la comunicación del 12 de octubre de 1999, suscrita por el Director Ejecutivo de la Creg, advierte que ésta no constituye un acto de la Comisión Reguladora, que permita concluir que su contenido viole algún derecho fundamental. En ella, sólo se reiteró a las EEPPM cómo se debía calcular la Capacidad Efectiva Neta y, a título informativo, datos relacionados con las capacidades de Isagen y EEPPM, sin que estos aspectos hayan sido objeto de pronunciamiento por parte de la Creg.

También, señala, que la tutela es improcedente porque no hay vulneración de derechos fundamentales. El derecho a la libertad de empresa, por sus propias características, no es un derecho fundamental, que puede ser protegido a través de la tutela. Además, se halla delimitado por un principio de mayor trascendencia dentro del orden social : el bien común.

El sólo hecho de que una empresa sea prestadora de servicios públicos, no la hace, automáticamente, titular de derechos fundamentales y, menos aún, si lo pretendido corresponde a satisfacer las meras aspiraciones económicas.

Los demás derechos fundamentales, a la igualdad, asociación y debido proceso, no se violan por los actos expedidos por la Creg.

Observó el demandado que en el presente caso, no se está ante un perjuicio irremediable, ya que no se cumplen los requisitos señalados por la ley y la jurisprudencia. En la sentencia T-348 de 1997, la Corte Constitucional se pronunció al respecto. Señaló que el perjuicio debe estar probado, porque no bastan las meras afirmaciones del demandante.

Por otra parte, resulta improcedente esta acción en contra de la Nación, cuando ésta actúa como un particular. El demandado señala que la Ley 226 de 1995 establece que en relación con la enajenación de la propiedad accionaria estatal, el proceso se rige por el derecho privado (arts. 2, 7 y 15 de la Ley 226 de 1995).

Manifiesta que esta tutela está dirigida contra derechos de rango legal, lo que resulta improcedente la acción.

#### 1. Franja de potencia.

Como el punto concreto de la demanda se refirió a la determinación de la “franja de potencia”, y las limitaciones que al establecerla en el artículo 3 de la Resolución 042 de 1999, tiene, según las EEPPM, el propósito de impedir la adquisición del cien por cien de la propiedad accionaria de Isagen, el demandado suministró las explicaciones correspondientes, que se resumen así:

La franja de potencia establecida por la Resolución 042 de 1999, es un mecanismo necesario para evitar la concentración en la actividad de generación de energía eléctrica del país. Tiene la finalidad de promover la libre competencia en el mercado mayorista de electricidad y evitar o impedir el abuso de la posición dominante, de acuerdo con el mandato constitucional del artículo 333 de la Carta Política, asuntos que están desarrollados en las Leyes 142 y 143 de 1994.

El demandado suministró información gráfica sobre el mecanismo de formación de precios en el mercado mayorista colombiano, según la demanda diaria, en el sistema interconectado nacional (folios 380 a 386). Explicó que, desde principios del año de 1998, la Creg, con asesoría interna y externa, y hasta la expedición de la Resolución 042 de 1999, realizó un profundo análisis de las consecuencias que tendría una mayor concentración de poder de mercado, por la venta de Isagen (este estudio se anexó como prueba). Allí se concluyó sobre la urgencia de limitar la posibilidad del incremento en la estructura de concentración de la generación, pues, el límite del 25% establecido por la Creg, en la Resolución 128 de 1996, no se consideró suficiente para controlar los procesos de concentración de propiedad, que se puede dar mediante la compra o fusión de generación existente. Era indispensable, pues, que se estableciera “un mecanismo dinámico en el tiempo mediante el cual se determine el límite de la propiedad de un inversionista determinado en el mercado.” (folio 385)

Igualmente, señaló, que no son el Ministro de Minas y Energía ni la Comisión de Regulación los competentes para decidir cuál es la disponibilidad de las plantas generadoras o cuánto es

la demanda, ya que éstos son valores que se forman día a día en el sistema. Es decir, ni del Ministro ni de la Creg depende establecer el valor de la franja. Prueba de esto, es que para el año 1999, el cálculo de la franja se determinó según los valores establecidos en el cuadro que aparece transcrito en el folio 388, cuya fuente es el Administrador de Intercambios Comerciales de Interconexión Eléctrica. La franja de potencia, según esta fuente de información, es de 2.733MW.

En cuanto a la afirmación del actor sobre la limitación de poder llegar a ser propietaria de sólo hasta un 47% de Isagen, el demandado señala lo siguiente: “En ningún momento, lo dispuesto en la Resolución 42 de 1999, dice que EEPPM pueda participar hasta en un 47.4% en la propiedad de ISAGEN o en algún otro porcentaje dado. Esto depende de la situación particular de EEPPM y de las inversiones que posea en el sector y del valor de la Franja de Potencia (situación de oferta y demanda del sistema)” (folio 389)

Con estas explicaciones, dice el demandante, es claro concluir que la franja de potencia no es un límite arbitrario, como lo pretende hacer ver la actora, sino que es un valor que depende de valores objetivos, que reflejan las condiciones de la oferta y la demanda de electricidad en el país.

3. En relación con los derechos fundamentales presumiblemente vulnerados por los demandados, el demandado hace el siguiente análisis:

El derecho a la igualdad no se ha violado pues, según el artículo 13 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para garantizar este derecho, en forma real y efectiva, es preciso que se adopten medidas que no favorezcan injustamente a una persona.

La franja de potencia, observa el demandado, se aplica a cualquier inversionista y no sólo a las EEPPM. La desigualdad que pueda existir entre un posible inversionista y otro, surge de su posición real en la franja. Lo que, en otras palabras, significa que “entre mayor participación tenga un inversionista en la actividad de generación, menor será la participación adicional que pueda adquirir para alcanzar el límite de la Franja, y, viceversa, a mayor participación en el mercado, menor será la participación adicional que pueda adquirir hasta el límite de la Franja.” (folio 393)

En cuanto a la competencia de la Comisión de Regulación para establecer mecanismos que limiten la concentración de la propiedad en un determinado mercado, ella fue discutida ante el Consejo de Estado, con ocasión de una demanda contra la Resolución 128 de 1996 de la Creg. Allí se dijo que la competencia de la Comisión no se limita simplemente a presentar propuestas, sino que puede adoptar medidas, tomar decisiones, es decir, establecer mecanismos que van más allá de simplemente sugerir o insinuar una solución. (Consejo de Estado, Sección Primera, expediente 4443, sentencia del 12 de febrero de 1998)

Por otra parte, el demandado explica que el caso bajo estudio no es igual al analizado por el juez de tutela en la acción que concluyó con la sentencia SU-182 de 1998, de la Corte Constitucional, presentada por algunas empresas de telecomunicaciones contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En este proceso se protegió el derecho al cumplimiento de un deber legal, por no haberse proferido la resolución que permitiera reglamentar la telefonía de larga distancia nacional e internacional.

4. Respecto de lo afirmado por la demandante, en el sentido de que el reglamento de venta de las acciones viola la igualdad, al consagrar en el numeral 8.9 que se excluye de la garantía de compensación, por los efectos económicos, producto de ciertas contingencias, si el comprador o un socio es demandante en un proceso judicial contra Isagen, suministró el demandado la siguiente explicación:

El reglamento de venta no le impide a ningún posible interesado participar en el proceso, si se cumplen los requisitos para ello. Sin embargo, en cuanto a la exclusión de la garantía de compensación por contingencias, por ser actualmente las EEPPM demandante de Isagen, el demandado manifestó que el punto merece especial atención, pues, los resultados del proceso judicial pueden afectar directamente el patrimonio de la Nación.

Señala que si en el proceso de venta de Isagen, la Nación pierde el control de la empresa sobre la que pesa la contingencia, y, por ello, pierde el control de defensa del proceso, control que pasa, a su vez, a ser asumido por quien resulta ser el nuevo dueño de las acciones, y que es el demandante en el proceso, querría decir que, concurriría en la misma persona la posibilidad de controlar el proceso judicial para aumentar la posibilidad de obtener un fallo favorable a sus pretensiones.

Para explicar este argumento, presenta las situaciones que pueden ocurrir, mediante dos

hipótesis (folios 400 y 401) : una, en la que un inversionista distinto a las EEPPM tendría un interés económico en que la decisión judicial saliera a favor de Isagen, y la otra, lo que sucedería en el caso de existir la limitación, con el fin de demostrar que no existe la igualdad entre los posibles inversionistas. Según los cálculos que hace el demandado, esta norma está encaminada a proteger el patrimonio de la Nación, en una suma aproximada a los cuatrocientos cincuenta y un mil quinientos treinta millones de pesos (\$451.530´000.000).

Por lo explicado, dice el demandado, resulta claro que no hay violación al derecho de asociación, ya que las eventuales dificultades de asociarse que aduce la demandante, no son el resultado de una regulación del derecho en el reglamento, sino de las circunstancias especiales en que las EEPPM se han puesto al demandar a la sociedad que pretenden adquirir.

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho al debido proceso, en el trámite de la enajenación, por haberse expedido las Resoluciones 42 y 48 de 1999, el demandado explica que el proceso se ha cumplido de acuerdo con la Ley 226 de 1995. Aclara que las funciones de la Comisión de Regulación no se suspenden por estar en desarrollo un proceso de enajenación.

En esta respuesta, el demandado aportó numerosos documentos encaminados a probar la no procedencia de esta tutela. (folios 349 a 536)

##### 5. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 29 de noviembre de 1999, el Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín denegó esta acción por considerar que los actos cuestionados son de carácter general, impersonal y abstracto, lo que hace improcedente la acción de tutela, conforme al artículo 6, numeral 5, del decreto 2591 de 1991. Discrepa la juez, expresamente, de los argumentos de la demandante para no acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al señalar la lentitud y congestión de esta jurisdicción, pues, con base en estos criterios, dice la Juez, la mayoría de las vías judiciales ordinarias serían desechadas.

##### 6. Impugnación.

La apoderada de las EEPPM impugnó esta decisión. Su escrito contiene, básicamente, las mismas razones expuestas en la demanda. Sólo adiciona los siguientes hechos: la regulación general limitante está dirigida contra los intereses no sólo de las EEPPM, sino también contra los de la empresa Engesa. Y el otro argumento está expresado así: “Un último argumento contundente para demostrar que efectivamente los citados actos administrativos están particularmente destinados a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., es que aplicar las fórmulas que prescriben el porcentaje de participación en la compra en enero del 2000, varían considerablemente. Hoy sólo podemos comprar el 41% pero si la fórmula se calcula en enero del 2000 podríamos comprar un 75% aproximadamente” (folio 583)

Insiste en que la inminencia del perjuicio es notoria en la medida en que el 6 de diciembre de 1999, se procederá a la venta de las acciones de Isagen. En dicha fecha, salvo que la tutela lo impida, las EEPPM perderán definitivamente la posibilidad de adquirir esas acciones, al encontrarse en manos de terceros, según lo establecen las Leyes 142 de 1994 y 226 de 1995. Solicita que se dicte la medida provisional del artículo 7 del decreto 2591 de 1991.

El apoderado de la parte demandada intervino no para impugnar, sino para expresarse sobre el contenido de la apelación (folios 599 a 618). Señala que el plazo para presentar aceptaciones a la oferta pública de venta de acciones de Isagen fue prorrogado hasta el día 20 de enero del año 2000, a las 3 p.m., y tal prorroga obedeció a razones distintas a las señaladas por la demandante.

## 7. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, en sentencia del 18 de enero del año 2000, confirmó la sentencia del a quo, por razones semejantes a las que éste expuso : improcedencia de la acción de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto. Además, manifestó que se abstuvo de pronunciarse sobre la medida provisional pedida en la impugnación, porque desde el estudio inicial del expediente, se observó la necesidad de ratificar la decisión de primer grado.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

#### 1. Lo que se debate.

En el presente caso se debate la procedencia de la acción de tutela para discutir asuntos contenidos en actos administrativos, que, en principio, tienen carácter general, impersonal y abstracto, pero que, al decir de la entidad demandante, no tienen tales características, porque establecen limitaciones que sólo se aplican a las Empresas Públicas de Medellín, lo que vulnera los derechos constitucionales a la igualdad, libertad de empresa, debido proceso y asociación. Según la parte actora, los actos vulneradores de derechos son : a) los artículos 2 y 3 de la Resolución 42 de 1999, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y la Resolución 48 de 1999, de la misma Comisión; b) el anexo 2, numeral 8.9 del Reglamento de Venta y Adjudicaciones de Isagen; y, c) la comunicación del 12 de octubre de 1999, suscrita por el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, Creg.

La demandante aduce que cualquier limitación que se pretenda hacer a las EEPPM para el ejercicio de sus derechos, en materia del proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación, sólo le corresponde a la ley, y no a través de actos administrativos de la Comisión Reguladora. Además, en el presente caso, se está ante un perjuicio irremediable, pues, para el momento de interponer la acción de tutela, 12 de noviembre de 1999, estaba próxima la culminación de la primera etapa del proceso de enajenación de venta de las acciones de Isagen, primera etapa que terminaría el 6 de diciembre del mismo año. Por lo que, sólo la acción de tutela, al ordenar que no se apliquen los actos demandados en el proceso de enajenación, permitiría que las EEPPM pudieran presentar la oferta de compra de las acciones ofrecidas, en igualdad de condiciones que los demás interesados, y llegar a adquirir, si así lo estima conveniente a los intereses de la empresa, el cien por cien de las acciones puestas en venta.

Por su parte, el Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y Gas intervinieron en este proceso, a través de un mismo apoderado. Este manifestó que los actos atacados son generales, impersonales y abstractos, lo que hace improcedente la acción de

tutela. Suministró explicaciones jurídicas y técnicas que sustentan las decisiones adoptadas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas en las Resoluciones 42 y 48 de 1999, todas ellas encaminadas a dar cumplimiento, según su criterio, a lo establecido en el artículo 333 de la Constitución, sobre la libre competencia y la obligación del Estado de intervenir, para evitar la concentración de la propiedad accionaria, en empresas cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, en aras del bien común.

### 3. Legitimación para interponer la acción de tutela por personas jurídicas.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos se encuentren violados o cuando existiere amenaza inminente de su violación, norma que fue objeto de regulación expresa mediante el Decreto 2591 de 1991, expedido por el Presidente de la República, en virtud de las facultades que fue investido por el artículo 5 transitorio de la Constitución.

Dadas las diferencias existentes entre las personas físicas y las personas jurídicas, resulta evidente que éstas últimas no pueden ser sujeto de todos los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, lo cual no significa, en manera alguna, que pueda predicarse y ser aceptado que, conforme a la Carta, carecen por completo de derechos fundamentales.

Precisamente, en ese sentido, en numerosas ocasiones ya se ha pronunciado esta Corporación, entre otras en la sentencia SU-182 de 1998, en la cual se expresó que :

“Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.

“La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten

aplicables.

“Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros.

“En conexidad con ese reconocimiento, ha de señalar la Corte que las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y que están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que la Corte Constitucional haya sostenido desde sus primeras sentencias que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular (art. 86 C.P.). (sentencia SU-182 de 1998, Magistrados Ponentes, doctores Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo)

Y, más adelante, en la misma sentencia, en la cual, entre otros actores lo fueron las Empresas Públicas de Medellín, en relación con la legitimación de las personas jurídicas de derecho público para interponer la acción de tutela, se dijo por la Corte :

“Reitérase, entonces, la doctrina sentada en Sentencia C-360 del 14 de agosto de 1996 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que con entera claridad se expresó que “las personas jurídicas de Derecho Público pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales cuya naturaleza así lo admita y, por lo tanto, están constitucionalmente habilitadas para ejercitarlos y defenderlos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico”.

“Como antes se ha dicho, uno de los derechos que el sistema jurídico reconoce a las personas jurídicas, y cuya naturaleza lo admite, es el de la igualdad, y de él no están excluidas las que presten servicios públicos, menos todavía cuando ellas, como acontece con las telefónicas locales, representan los intereses de comunidades integradas por personas

pertenecientes a distintas regiones, quienes deben ser tratadas por la ley y por la autoridad pública en un plano de equilibrio e imparcialidad propio del reconocimiento a su igual importancia, sin preferencias ni discriminaciones.

“Así, pues, las empresas demandantes en los procesos materia de análisis podían ejercer la acción de tutela para reclamar del Estado -en cabeza de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones- un trato igual al que obtuvieron otras empresas con su mismo objeto, en las mismas circunstancias y ante los mismos servicios.”

Así las cosas, es claro para la Corte que en esta ocasión, como en las anteriores a que se ha hecho referencia, las Empresas Públicas de Medellín, como persona jurídica de derecho público, tiene legitimación para incoar, como lo hizo en este caso, la acción de tutela.

1. La protección solicitada por la actora al derecho a la igualdad y al debido proceso administrativo.

4.1 Como ya se dijo, a juicio de las Empresas Públicas de Medellín, con la expedición de las Resoluciones Nros. 42 y 48 de 1999, originarias de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, así como con el anexo Nro. 2, numeral 8.9 del Reglamento de Venta y Adjudicaciones de Isagen y la Comunicación suscrita el 12 de octubre de 1999 por el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, se vulneran, entre otros, los derechos a la igualdad y al debido proceso.

Para sustentar tal afirmación, expresa que la Resolución Nro. 42 de 1999 ya mencionada, modificó las Resoluciones Nros. 128 de 1996 y O65 de 1998, al propio tiempo que incluyó nuevas disposiciones “en materia de competencia en el mercado mayorista de electricidad”. Aduce que las modificaciones aludidas, sólo tendrían aplicación directa con respecto a las Empresas Públicas de Medellín, como sucede con el establecimiento de nuevos límites máximos de participación en el mercado de quienes se dedican a la actividad de generación de electricidad, pues, únicamente a dicha Empresa resultaría aplicable la disposición contenida en su artículo 3, con la prohibición, aparentemente general, a todas las personas naturales y jurídicas de incrementar, a partir de la vigencia de ese acto administrativo, “directa o indirectamente su participación en el mercado de generación mediante

operaciones relacionadas con adquisición de participación en el capital o en la propiedad o de cualquier otro derecho, o cualquier otro tipo de adquisición o fusiones, cuando el total de los MW de la Capacidad Efectiva Neta que resulten de aplicar lo dispuesto en los parágrafos del presente artículo, sea superior a La Franja de Potencia calculada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas con la información disponible, de acuerdo con lo definido en esta Resolución.”

Igualmente, a juicio de la actora, el artículo 1 de la Resolución Nro. 48 de 1999, emanada de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, al fijar la “franja de potencia” en 2.733 MW para el año de 1999, tampoco es una norma de carácter general, aun cuando así se enuncie, pues sólo resulta aplicable a las Empresas Públicas de Medellín, lo que significa que fue dictada con destinatario preconcebido.

1. Se observa por la Corte que si las modificaciones introducidas a las normas anteriormente vigentes, por las Resoluciones Nros. 42 y 48 de 1999, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tienen incidencia, como lo afirma la actora, en la determinación del número de acciones que podría adquirir en la venta de las mismas por parte de Isagen, en nada se vulneraría el derecho de la actora si dichas Resoluciones fueran igualmente aplicables en igualdad de condiciones y circunstancias a los demás posibles adquirentes. Más, como en este momento ese es un asunto que de fondo sólo puede decidirse por la jurisdicción contencioso administrativa, a esta Corte, en la órbita propia de sus funciones, le corresponde, exclusivamente, determinar si el derecho a la igualdad para participar en esa negociación, en similares condiciones a los demás, ha sido vulnerado a la peticionaria, o si existe una grave amenaza actual de su vulneración.

1. En ese orden de ideas, se encuentra por la Corte, que el derecho a participar en igualdad de condiciones a otros posibles adquirentes en la compra de acciones de la sociedad Isagen S.A. E.S.P. a que se ha hecho referencia, se encuentra efectivamente amenazado de vulneración en perjuicio de las Empresas Públicas de Medellín, según se infiere de las razones y los hechos que a continuación se exponen:

4.3.1 El 9 de septiembre de 1999, en los Diarios Oficiales Nros. 43697 y 43698 se publicaron, simultáneamente, el Decreto 1738 de 1999 “Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones emitidas por Isagen S.A., E.S.P., de propiedad de la Nación y de la Financiera Energética Nacional, FEN”, y la Resolución Nro. 42 de 31 de agosto de 1999, emanada de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, “Por la cual se modifican y precisan algunas normas de las Resoluciones Creg 128 de 1996 y 065 de 1998, y se adoptan otras disposiciones en materia de competencia en el Mercado Mayorista de Electricidad”, lo cual, por sí mismo, demuestra que al programa de enajenación de las acciones aludidas, le es aplicable la nueva regulación contenida en la citada Resolución.

1. Las modificaciones introducidas por las Resoluciones 42 y 48 de 1999, emanadas de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, así como las explicaciones del Director Ejecutivo de dicha Comisión sobre el particular, y del apoderado tanto del Ministerio de Minas y Energía como de la aludida Comisión, según las cuales, tales modificaciones tuvieron por objeto garantizar de manera efectiva la libre competencia en el mercado de generación de energía y evitar que las Empresas Públicas de Medellín adquirieran una posición dominante, señalan cuál fue el propósito que animó la expedición de tales normas, en una supuesta defensa del bien común, asunto éste que es objeto de controversia por la actora.

1. La defensa del bien común a que aluden los demandados en esta acción de tutela, la hacen consistir en que de esa manera evitarían la existencia de una posición dominante en el mercado nacional, e invocan para el efecto el artículo 333 de la Constitución Política.

Al respecto, se observa por la Corte que el Estado garantiza la libertad económica, conforme a la norma citada y que ha de intervenir, por mandato de la ley, para impedir el abuso de la posición dominante en el mercado nacional. Pero no puede confundirse ésta, que puede ser legítima, con el abuso de ella que es cosa distinta y que merece el reproche del constituyente.

Si, como lo afirma la actora, esos actos administrativos no tienen carácter general, impersonal y abstracto, sino individual, particular y concreto, porque sólo a ella le serían

aplicables, resulta claro para la Corte que, si bien es cierto que el derecho a participar en la compra de las acciones de la sociedad Isagen S.A. E.S.P. en igualdad de condiciones con otros posibles adquirentes sólo se quebranta cuando la negociación se perfeccione, no es menos cierto que de manera inmediata existe un peligro serio y actual de vulneración de ese derecho, razón ésta por la cual ha de ser objeto de pronunciamiento judicial para protegerlo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política.

1. Del mismo modo, y por idénticas razones, resulta evidente que el derecho al debido proceso administrativo en la negociación proyectada respecto de las acciones de propiedad de la Nación en la sociedad Isagen S.A. E.S.P., también se encuentra ante una violación inminente, en perjuicio de la actora, por lo que igualmente, respecto de este derecho se requiere pronunciamiento judicial que lo proteja.

5. Procedencia de la tutela como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales amenazados de vulneración.

1. Como se sabe, si la amenaza de vulneración de un derecho fundamental es grave e inminente y de ello se sigue un perjuicio serio y actual, de carácter irremediable, es procedente, conforme a lo previsto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, conceder de manera transitoria la protección al derecho fundamental cuya tutela se solicita, aún en el caso de que el afectado tenga a su disposición, conforme a la ley, otro mecanismo de defensa judicial.

1. Como quiera que en los procesos contencioso administrativos existe la posibilidad de solicitar por el demandante la suspensión provisional de los actos administrativos que resulten manifiestamente violatorios de la Constitución o de la ley, cabría interrogarse sobre la procedencia, en tales casos, de la acción de tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997, se expresó así :

“3) A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos. En efecto:

“La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

“No fue la intención del Constituyente ni la del Legislador consagrar una prevalencia de la suspensión provisional sobre la acción de tutela, pues ambas operan y tienen finalidades diferentes. Por el contrario, en razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, cierta prevalencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción

contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales.

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.

“En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el art. 7 en referencia.

“La acción de tutela que como se dijo antes prevalece sobre la acción contencioso administrativa, no puede quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos diferentes.

“Estima la Corte, que con fundamento en el principio de la efectividad de los derechos que consagra la Constitución, le corresponde al juez de tutela decidir sobre la protección de los derechos constitucionales fundamentales, en forma oportuna, aún antes de la conclusión del proceso contencioso administrativo que se hubiere instaurado, mediante la adopción de medidas provisionales que aseguren su goce y vigencia, en situaciones que comprometan su violación o amenaza y en extrema urgencia, para evitar perjuicios o situaciones

irreparables.” (M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell)

5.3 En relación con lo que ha de entenderse por perjuicio irremediable y las características del mismo, ha de recordarse por la Corte que éste ocurre cuando exista “la posibilidad cierta y próxima de un daño irreversible frente al cual la decisión judicial ordinaria que resuelva el litigio pudiera resultar tardía”, como ya se dijo en sentencia T-545 de 1998, de la que fue ponente el Magistrado doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

5.4 En el caso concreto, se observa por la Corte que si bien es verdad que las Empresas Públicas de Medellín pueden ejercer ante la jurisdicción contenciosa administrativa las acciones que juzguen pertinentes en relación con los actos administrativos a que se refiere esta providencia, también lo es conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, se requiere, además, el medio judicial de que se dispone en el caso concreto resulte “idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado”, como se dijo en sentencia T-348 de 1997, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

1. Acorde con lo expuesto, si, como ya se dijo, en el caso concreto de que ahora se ocupa la Corte, existe una amenaza seria y actual de violación inminente y grave al derecho que asiste a las Empresas Públicas Municipales de Medellín a participar en condiciones de igualdad con los demás posibles adquirentes de acciones de propiedad de la Nación, en la sociedad Isagen S.A. E.S.P., en virtud de haber sido expedidos los actos administrativos que dieron origen a esta acción de tutela, así como también al derecho al debido proceso administrativo que ha de presidir la enajenación de tales acciones, es claro que esos derechos fundamentales deben ser protegidos conforme al artículo 86 de la Constitución Política.

5.6 Con todo, dado que en relación con esos actos administrativos pueden iniciarse por la actora los procesos contencioso administrativos pertinentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 y conforme a la jurisprudencia arriba citada, habrá de concederse la tutela a los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, por las razones expuestas, como quiera que denegar la protección solicitada traería como consecuencia ineludible la consumación de la violación de los mismos, pues, por el inatajable paso del tiempo y por un imperativo de carácter lógico, una vez culminado el proceso de

enajenación de las acciones de propiedad de la Nación en la sociedad Isagen S.A. E.S.P., el daño hoy potencial, se tornaría en definitivo e irreparable, sin posibilidad alguna de retrotraer la actuación, todo lo cual impone, entonces, conceder la tutela impetrada con carácter transitorio, impartiendo las órdenes correspondientes, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

1. Impugnabilidad del contrato de enajenación de acciones de la Nación en la sociedad Isagen S.A. E.S.P.

Por último, y para hacer claridad al respecto, advierte la Corte que no es cierto como lo afirma la actora que el contrato de venta de acciones de la Nación en la sociedad Isagen S.A. E.S.P., sólo pueda impugnarse por las partes para impetrar la nulidad absoluta o la nulidad relativa, pues el artículo 15 de la Ley 226 de 1994, que tal cosa disponía, fue declarado exequible en forma condicionada e inexecutable en las expresiones que imponían las limitaciones de que habla la demandante, como puede verse en sentencia C-343 de 1996, M.P., doctor José Gregorio Hernández Galindo.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE :

Primero: Revocar la sentencia del diez y ocho (18) de enero del año dos mil (2.000), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Decisión Civil, en la acción de tutela promovida por las Empresas Públicas de Medellín contra la Nación - Ministerio de Minas y Energía, Comisión de Regulación de Energía y Gas y, en su lugar, conceder, en forma transitoria, la tutela impetrada.

Segundo: Ordenar al Ministerio de Minas y Energía y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, realizar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, todas las actuaciones correspondientes para suspender transitoriamente el proceso de enajenación de la propiedad accionaria que la Nación posee en la sociedad Isagen

S.A. E.S.P.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 8 del decreto 2591 de 1991, lo resuelto en esta sentencia, en cuanto concede la tutela transitoria solicitada por las Empresas Públicas de Medellín, sólo permanecerá vigente mientras se decide por la jurisdicción contencioso administrativa lo que fuere pertinente en relación con los actos administrativos que motivan la decisión de la Corte Constitucional, contenida en esta providencia.

Tercero: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de al Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Magistrada (e)

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN H. ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

Salvamento de voto a la Sentencia SU.1193/00

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto (Salvamento de voto)

REGIMEN JURIDICO DE SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por ley (Salvamento de voto)

Consideré, interpretando los principios constitucionales que gobiernan el régimen de los servicios públicos, que los derechos de los operadores de estos servicios tienen un claro origen legal y que, en tal medida, al no tener el carácter de derechos fundamentales, no pueden ser amparados vía acción de tutela.

PERSONA JURIDICA PRESTADORA DE SERVICIOS PUBLICOS-No es titular de derechos fundamentales (Salvamento de voto)

Por razón de su naturaleza especialmente operativa, las personas jurídicas prestadoras de servicios públicos no son per se titulares de aquellos derechos que tienen la condición de fundamentales, y tampoco podrían serlo si el propósito que inspira su protección se contrae, inequívocamente, a defender y satisfacer simples aspiraciones de orden económico dirigidas a favorecer algunos grupos o emporios empresariales que, aunque públicos o privados, persiguen un objetivo comercial amparado en derechos de rango estrictamente legal. Considerar lo contrario, esto es, que por regla general los derechos fundamentales son aplicables a este tipo de entes, conduce a desconocer y desdibujar el verdadero sentido que

encarna el concepto de derecho fundamental, sustentado a partir de aquellas garantías universales que son consustanciales al ser humano como tal y que sólo por extensión y en un ámbito limitado, pueden predicarse con efecto excepcional y restrictivo a las personas jurídicas cuando, dependiendo de la naturaleza del derecho, logra establecerse una comunicabilidad entre la acción dañina y un individuo.

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-Satisfacción de necesidades sociales (Salvamento de voto)

No ignoro que las empresas de servicios públicos actúan en función de la satisfacción de las necesidades sociales y que, desde ese punto de vista, las diversas circunstancias operativas, técnicas, económicas, comerciales y jurídicas que de algún modo surjan como imprevistas, pueden afectar en forma positiva o negativa el desarrollo de su objeto social y repercutir en el bienestar de los usuarios de los servicios.

Referencia: expediente T-293.855

Con el acostumbrado respeto, procedo a consignar las razones que me llevaron a discrepar de la decisión adoptada por la Corte en la Sentencia SU-1193 del 14 de septiembre de 2000, las cuales fueron debidamente expuestas durante el curso de los debates que se suscitaron en el marco de la Sala Plena de la Corporación.

1. Mi discrepancia con el fallo adoptado en este caso radica en el hecho de que la mayoría de los miembros de la Sala Plena, sin sopesar en debida forma, a mi juicio, los criterios de procedibilidad de la acción de tutela frente al tema de la legitimación por activa de las personas jurídicas de derecho público, optaron por conceder en forma transitoria la tutela que las Empresas Públicas de Medellín (EPPM) impetraron contra los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (Creg), los cuales, además de tener un carácter general, impersonal y abstracto que de plano descarta cualquier efecto retaliatorio de naturaleza particular que incida en la afectación de derechos fundamentales, tenían como objetivo único impulsar el proceso de venta y adjudicación de la propiedad accionaria que la Nación posee en la sociedad Isagen S.A. E.S.P., observando el presupuesto constitucional que propugna por favorecer en todo momento el interés general y el bien común.

Por ello, teniendo en cuenta que la situación fáctica analizada y acogida por la Corte se inspiró en una presunta violación o amenaza de los derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad de empresa, al debido proceso y a la asociación de las EEPPM en su calidad de persona jurídica de derecho público, debo entonces reiterar la posición que, en compañía del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, me llevó a disentir también de la decisión que adoptó la Corporación en la Sentencia SU-182 de 1998, al resolver un caso análogo al que en esta oportunidad ocupó su atención. En esa ocasión consideré, interpretando los principios constitucionales que gobiernan el régimen de los servicios públicos, que los derechos de los operadores de estos servicios tienen un claro origen legal y que, en tal medida, al no tener el carácter de derechos fundamentales, no pueden ser amparados vía acción de tutela. En efecto, apoyados en el criterio jurisprudencial que hasta ese momento venía aplicando la Corte de manera unívoca, sostuvimos que el ejercicio de funciones públicas por parte de personas jurídicas de origen estatal o mixto, no se desarrolla -por regla general- a partir de la órbita que identifica e involucra los derechos y libertades individuales, sino a partir de las competencias institucionales que la Constitución Política y la ley le reconocen de manera particular y concreta a los distintos órganos -públicos o privados- que aparecen comprometidos en el propósito general de lograr la satisfacción de los fines generales y esenciales del Estado Social de Derecho.

Desde esa perspectiva, por razón de su naturaleza especialmente operativa, las personas jurídicas prestadoras de servicios públicos no son per se titulares de aquellos derechos que tienen la condición de fundamentales, y tampoco podrían serlo si el propósito que inspira su protección se contrae, inequívocamente, a defender y satisfacer simples aspiraciones de orden económico dirigidas a favorecer algunos grupos o emporios empresariales que, aunque públicos o privados, persiguen un objetivo comercial amparado en derechos de rango estrictamente legal. Considerar lo contrario, esto es, que por regla general los derechos fundamentales son aplicables a este tipo de entes, conduce a desconocer y desdibujar el verdadero sentido que encarna el concepto de derecho fundamental, sustentado a partir de aquellas garantías universales que son consustanciales al ser humano como tal y que sólo por extensión y en un ámbito limitado, pueden predicarse con efecto excepcional y restrictivo a las personas jurídicas cuando, dependiendo de la naturaleza del derecho, logra establecerse una comunicabilidad entre la acción dañina y un individuo.

2. Lo anterior lleva entonces a la inexorable conclusión de que las relaciones jurídicas de

derecho público, como también los posibles conflictos que se puedan suscitar a su alrededor, no pueden ser valorados desde la óptica de los derechos fundamentales, pues en tales eventos no existe una clara y directa vinculación con la persona humana que permita acreditar la potencial amenaza o violación de derechos que por su esencia sólo se predicán de esta última. Sobre este particular, en el salvamento de voto a la Sentencia SU-182/98, sostuvimos que:

“Hay dos formas de disolver el concepto de derecho fundamental y de atentar contra su eficacia. La primera, sin duda, es la de atribuir a todo derecho o facultad, el carácter de derecho fundamental. La segunda consiste en extender de manera general a todas las personas, incluidas las de origen estatal, la titularidad activa de los derechos fundamentales.

“Los defensores de esta teoría, de buena fe, creen que así contribuyen a potenciar los derechos fundamentales, cuando en realidad lo que se hace es socavar su eficacia: si todo derecho es derecho fundamental, nada es derecho fundamental; si todas las personas naturales y estatales, por el hecho de serlo, son titulares de derechos fundamentales, sobra el reconocimiento constitucional. No sorprende que a raíz del desconocimiento de lo que universalmente sirve de fundamento a los derechos fundamentales, el mecanismo de defensa previsto en la Constitución para hacer efectivo los derechos de la persona humana – la acción de tutela – contra las acciones u omisiones del Estado que los vulneren, se convierta ahora en medio judicial al cual pueden indiscriminadamente apelar porciones del Estado cuando busquen ejercer derechos o pretensiones contra el mismo Estado o contra particulares.

“De la misma manera que la generalización de los derechos fundamentales, indefectiblemente lleva a que éstos pierdan fuerza normativa, la correlativa universalización de la acción de tutela, la pervierte y degrada. Sobra recordar que la acción de tutela se contempló con el objeto de equilibrar la asimetría en la que se encuentra la víctima de una lesión de un derecho fundamental frente a las autoridades del Estado. Autorizar el empleo generalizado de la tutela por parte de entidades de derecho público, esto es, permitir que una parte del Estado se valga de este régimen procedimental excepcional para resolver controversias contra otra parte del Estado, desconoce radicalmente su función y desvirtúa su sentido tuitivo vinculado a la guarda de la libertad y dignidad propias de la persona humana

que se expresan en múltiples manifestaciones individuales y colectivas, que no estatales.”

3. No ignoro que las empresas de servicios públicos actúan en función de la satisfacción de las necesidades sociales y que, desde ese punto de vista, las diversas circunstancias operativas, técnicas, económicas, comerciales y jurídicas que de algún modo surjan como imprevistas, pueden afectar en forma positiva o negativa el desarrollo de su objeto social y repercutir en el bienestar de los usuarios de los servicios. Sin embargo, retomando lo expresado en el salvamento de voto a la citada Sentencia SU- 182/98, “ninguno de estos criterios o factores convierte a la empresa pública en titular de derechos fundamentales, ni tampoco eleva a rango de derecho fundamental la actividad descrita en su objeto social”. Si fundada en el aspecto de la “transatividad”, la Corte ha venido adoptando decisiones en las que traslada las competencias, funciones e intereses de las entidades públicas al plano de lo fundamental, “habría [entonces] que admitir que el Estado por ser orgánica y funcionalmente ‘transitivo’ (...) sería el titular por excelencia de los derechos fundamentales y de la acción de tutela. Empero, aceptar esta tesis equivale a sacrificar los conceptos de derecho fundamental y de acción de tutela y, en su lugar, entronizar una suerte de ‘Estado absoluto’. La Corte Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, puede hacer muchas cosas, menos trivializar el significado de los derechos fundamentales y de su defensa.”

4. En el presente caso, una vez más la Corte, pretextando proteger ciertas garantías fundamentales, equívocamente radicadas en cabeza de las EEPPM, terminó por reconocerle a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia el carácter de derechos fundamentales, ignorando que, en el caso particular de los servicios públicos, tales derechos no pueden recibir tan elevada calificación, máxime si es la propia Constitución Política la que, además de radicar en cabeza del Estado la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, difiere a la ley la fijación del régimen jurídico que le es aplicable incluyendo, por supuesto, todo aquello que se relaciona con el contenido y alcance de los derechos de quienes actúan en calidad de operadores de dichos servicios (C.P art. 365). Incluso, en punto a la prestación de los servicios públicos, el mismo ordenamiento Superior no sólo le reconoce un alcance legal a los derechos que de allí se puedan derivar, sino que por razones de soberanía o de interés social, faculta al propio Estado para reservarse - mediante ley- determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, procediendo tan sólo a indemnizar a las personas que en virtud de esa determinación legal hayan quedado privadas del ejercicio de una actividad lícita regulada.

5. Así, fue por iniciativa legislativa que se procedió a darle vida a la Creg, otorgándole, en consecuencia, funciones para regular el servicio público de energía y gas, facultades que, como las ahora controvertidas, ya habían sido avaladas por la Corte en las Sentencias C-066 de 1997 y C-444 de 1998, al señalar que: “la asignación de funciones a esas Comisiones de Regulación tiene sustento en la naturaleza de las facultades asignadas al Presidente de la República en el artículo 370 superior, por medio de las cuales puede señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, bajo el entendido de que tienen una naturaleza administrativa y por ende delegable en otros órganos administrativos, creados legalmente y con autorización del legislador (C.P., arts. 150-7 y 211)”.

Entonces, al margen de que por el aspecto de la procedibilidad de la tutela, no es posible reconocer el carácter de fundamental a derechos radicados en personas jurídicas de derecho público cuyo ejercicio persigue tan sólo derivar un beneficio comercial y económico, para el suscrito es claro que la limitación de naturaleza negocial impuesta por los actos administrativos controvertidos, además de ajustarse a las funciones legales reconocidas a la Creg, persiguen un objetivo claramente constitucional, al cual no es posible oponerse vía tutela alegando la presunta violación de derechos fundamentales inexistentes: dicho objetivo es el de evitar la concentración o monopolio de la propiedad accionaria en una de las más importantes empresas de generación de energía eléctrica del país como es Isagen, propósito que encuentra un soporte constitucional en aquellos mandatos que, en garantía de la libertad de empresa y del cumplimiento de los fines próximos del Estado, autoriza al legislador para racionalizar e intervenir la economía con el fin de distribuir equitativamente las oportunidades y evitar el abuso de las posiciones dominantes en el mercado, abuso al cual se llega sólo a partir de la consolidación de la llamada posición dominante (C.P. arts. 333 y 334).

6. Finalmente, en concordancia con todo lo expuesto, no me queda duda que la interpretación que de los actos administrativos expedidos por la Creg hacen los demandantes y la Corte, parten del axioma, a todas luces contraevidente, de que por su intermedio se busca perjudicar o afectar exclusivamente a las EEPPM, cuando en realidad, como ha quedado visto, se trata de normas con claro respaldo legal, de carácter general, impersonal y abstracto que, al margen de su finalidad constitucional, le son aplicables a cualquier potencial adquirente de Isagen, los cuales a su vez pueden acudir ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo si consideran que el contenido material de tales actos afecta sus intereses económicos y comerciales.

Fecha ut supra,

Magistrado