

Sentencia T-866/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional para la protección de derechos fundamentales

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional, está supeditada, entre otras cosas, a que los efectos de una decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales y a que no exista otro mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho comprometido.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

Esta Corporación ha sentado una abundante jurisprudencia en torno a lo que en los primeros años fue llamado vía de hecho y que más recientemente ha experimentado una evolución terminológica hacia el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela, en cuanto a la procedencia de esta acción constitucional para controvertir providencias judiciales (sentencias y autos).

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que municipios controvierten providencias de un proceso de acción de cumplimiento

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no presentarse defecto sustantivo constitutivo de vía de hecho; ni por consiguiente, un defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto

Referencia: expediente T.-3.465.621

Acción de tutela instaurada por los municipios de Gachalá y Gama, Cundinamarca, contra el Tribunal administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta -Subsección B- y el Juzgado Primero Administrativo del circuito de Zipaquirá.

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Alexei Julio Estrada, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la acción de tutela instaurada por los municipios de Gachalá y Gama, Cundinamarca, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta -Subsección B- y el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Zipaquirá.

I. ANTECEDENTES

Los municipios de Gachalá y Gama -Cundinamarca-, por intermedio de apoderado, interpusieron acción de tutela en la que solicitan el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la igualdad y a la confianza legítima.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, las accionantes sustentan su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- En el año de 1997 la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. tenía dentro de sus accionistas a distintas entidades públicas, entre las que se contaban el Distrito Capital -accionista mayoritario que poseía el 90% de las acciones-; la Nación - que poseía el 9% de las acciones-; la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá -que poseía el 0.05% de las acciones-; y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -que poseía el 0.01% de las acciones- -folio 28 y 29-.

2.- En el año de 1997 la Empresa de Energía de Bogotá S.A. inició un proceso de capitalización mediante la emisión de nuevas acciones. En dicho proceso se aumentó el capital social autorizado a la suma de DOS BILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL MILLONES DE PESOS (2.370.000.000).

3.- Posteriormente, la asamblea general de accionistas aprobó emitir veinticinco millones ochocientas noventa y nueve mil novecientas noventa y ocho (25.899.998) acciones, que fueron adquiridas por LUZ DE BOGOTÁ S.A. y CAPITAL ENERGÍA S.A., empresas conformadas por capital privado.

4.- De acuerdo con el apoderado de la parte actora que, el proceso por el cual la EEB recibió capital de las dos empresas privadas mencionadas en el hecho n. 2, implicó una enajenación accionaria a las sociedades Luz de Bogotá S.A. y Capital Energía S.A., por valor de USD 2177 millones de dólares.

5.- Manifiesta la parte actora que dicha enajenación de 25.767.200 acciones se protocolizó mediante escritura pública número 4609 de 22 de octubre de 1997 ante la notaría Treinta y Seis del circuito de Bogotá.1

6.- Afirma el apoderado que las actividades misionales de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. se desarrollan en la central hidroeléctrica del Guavio, ubicada en la jurisdicción de los municipios de Gachalá, Ubalá, Gachetá, Gama y Junín, con participación de los entes territoriales en los siguientes porcentajes, según Decreto 2291 de 19952:

-Gachalá 53.168%

-Ubalá: 27.186%

-Gachetá 2.226

-Gama 17.41%

-Junín 0.003

7.- Por lo anterior, y en atención a lo dispuesto en la ley 226 de 1995 “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones” en sus artículos 1 y 23,3 los municipios de Gachalá y Gama formularon Acción de Cumplimiento contra la Empresa de Energía de Bogotá, a fin de que se les reconociera el 10% de la enajenación de acciones realizada.

8.- Mediante sentencia de doce (12) de enero de dos mil once (2011), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Zipaquirá negó las pretensiones de la demanda de cumplimiento, bajo el argumento de que proceso realizado por la Empresa de Energía de Bogotá E.S.P. fue una emisión de nuevas acciones y no un proceso de venta de acciones existentes que fueran de propiedad de alguna entidad pública.

9.- La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección b, a través de providencia de 31 de marzo de 2011, bajo el mismo argumento esgrimido por el a quo. Adicionalmente, indicó el fallador de instancia que no resulta acertado pretender que se dé aplicación a las reglas contenidas en la ley 226 de 1995, solicitada por los municipios actores.

10.- Considera el accionante que con las anteriores decisiones se incurrió en defecto sustantivo por interpretación contraria a los postulados mínimos de razonabilidad jurídica.

11.- Este defecto sustantivo, a su vez, conllevó a que se configurara un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, en tanto “desconoció la transferencia de acciones de la EEB SA a Luz de Bogotá SA, y a Capital Energía SA bajo la supuesta ausencia de prueba específica, por parte del demandante, cuando éste no fue un tema objeto de litigio entre las partes, y aún más cuando las mismas coincidieron en la efectiva transferencia de acciones” -folio 14-.

12.- Adicionalmente, de acuerdo con el escrito de tutela, habría tenido lugar un defecto por desconocimiento del precedente -folio 9-; sin embargo, respecto del mismo no se aporta sustento alguno.

Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos narrados, el apoderado de los municipios accionantes, solicita el amparo de los derechos fundamentales de éstos al acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la igualdad, a la igualdad y a la confianza legítima. En consecuencia, pide se declare sin efectos jurídicos las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B- de 31 de marzo

de 2011 y, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Zipaquirá de 12 de enero del mismo año.

Finalmente, solicita se ordene a las entidades demandadas acceder a las pretensiones de la demanda, en especial la relativa al pago del porcentaje de la negociación efectuada por la Empresa de Energía de Bogotá. S.A. E.S.P. señalado en la ley 226 de 1995, artículo 23.

Respuesta de las entidades demandadas

La Subsección “B” de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la existencia de un defecto sustantivo y procedimental dentro de la providencia del 31 de marzo de 2011. En primer lugar, se desvirtúa la presencia de un defecto sustancial pues, conforme al acervo probatorio, se demostró que el proceso realizado por la Empresa de Energía de Bogotá E.S.P fue una emisión de nuevas acciones y no un proceso de venta de participaciones del Estado. En consecuencia, el Tribunal consideró que no existía el cumplimiento de los presupuestos fácticos y normativos para dar aplicación a los artículos 1 y 23 de la Ley 266 de 1995.

En segundo lugar, en cuanto al defecto procedimental, expone la Magistrada que la transferencia de acciones de la E.E.B. S.A. E.S.P. a LUZ DE BOGOTÁ y a CAPITAL ENERGÍA S.A debió probarse mediante las respectivas escrituras públicas por cuanto, el artículo 158 del Código de Comercio exige que “toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública ...” por consiguiente la escritura pública se convierten en la prueba específica para demostrar la realización de los negocios jurídicos aducidos.

La Empresa de Energía de Bogotá S.A E.S.P, a través de apoderado, realizó un recuento de todos los elementos fácticos y probatorios que rodean el asunto en estudio. Finalmente concluyó que las sentencias atacadas no incurrieron en una vía de ya que “(i) No hubo defectos sustantivos, pues antes bien, se estructuraron con estricta sujeción al silogismo que ha de fundamentar dicho juicio, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional;(ii) No hubo defectos fácticos, en cuanto las pruebas que reposan en el expediente demuestran, sin lugar a equívocos, que la naturaleza de los actos base de las acciones, no es la que le atribuyen los dos municipios demandantes; (...)”

II. ACTUACIONES PROCESALES

Fallo de primera instancia

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia de 17 de noviembre de 2011, rechazó por improcedente la acción de tutela presentada.

Lo anterior, por cuanto la solicitud tutelar va encaminada a variar el sentido de fondo de la controversia que fue dirimida en las providencias judiciales que se cuestionan.

Consideró el a quo que estudiar las sentencias cuestionadas implica un desconocimiento de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e independencia y autonomía de los jueces.

Finalmente, reiteró el fallador de instancia que al juez constitucional no le está permitido inmiscuirse en la toma de decisiones judiciales que le han sido encomendadas al juez natural y, por tanto, no es admisible pretender que, por vía de tutela se desconozcan los procedimientos regulares que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de las partes vinculadas a un proceso.

Impugnación.

Indicó el apoderado que la decisión de primera instancia, al negarse a estudiar el fondo del asunto, implicó un desconocimiento del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Así mismo, manifestó que existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que indica que procederá la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se reúnan los requisitos para ello.

Por lo anterior, al considerar que en este caso se reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela, la decisión del juez de instancia debe ser emitida estudiando el fondo del asunto puesto a su consideración.

Sentencia de segunda instancia

Mediante providencia de 16 de marzo de dos mil doce, la Sección Primera, Sala de lo

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmó el fallo impugnado, al considerar que por regla general la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, como las cuestionadas en este caso.

Acápites probatorios

* Copia del Decreto 2291 de 1995 “por el cual se fija la proporción en que debe distribuirse entre los municipios afectados, el impuesto de Industria y Comercio que le corresponde pagar a la Central Hidroeléctrica del Guavio” (Folio 22)

* Copia de Acuerdo 01 de 1996 “por el cual se transforma la empresa de energía de Bogotá, en sociedad para acciones y se dictan otras disposiciones” proferido por el Concejo de Santa Fe de Bogotá D.C (Folios 24-25)

* Copia de escritura pública No. 4609 del 22 de octubre de 1997 expedida en la Notaria 36 de Bogotá (Folios 27 a 52)

* Respuesta emitida por la empresa ENERGIA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ante derecho de petición elevado por el señor Dolfus Romero Celis (Folios 53-54)

* Acción de cumplimiento elevada por los Municipios de Gachalá y Gama contra la Alcaldía de Bogotá y la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. (Folios 55 a 64)

* Providencia del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Zipaquirá a través de la cual se resuelve acción de cumplimiento (Folios 65 a 74)

* Sentencia del 31 de marzo de 2011 proferida por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (Folios 75 a 118)

* Salvamento de voto del Magistrado Leonardo Galeano Guevara (Folios 120 a 123)

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

En el presente caso los accionantes, es decir los municipios de Gachalá y Gama, solicitan que se proteja su derecho al debido proceso y a la igualdad. Los mismos, presuntamente, fueron afectados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, así como por el Juzgado Administrativo del Circuito de Zipaquirá al proferir sentencias de segunda y primera instancia, respectivamente, en el proceso de acción de cumplimiento instaurado por los mismos municipios en contra de la Empresa de Energía de Bogotá.

El problema jurídico a resolver en este caso será si existe un error de interpretación jurídica –a partir del cual se configuren los defectos sustantivo y procedimental- en una providencia judicial que distingue entre i) emisión de acciones dentro de un proceso de capitalización societaria y ii) enajenación de acciones de una sociedad, a efectos del mandato contenido en el artículo 23 de la ley 226 de 1995, consistente en destinar el 10% de los procesos de enajenación accionaria a proyectos en la entidad territorial en la cual esté ubicada la empresa cuya parte se enajena?

Para dar solución al problema jurídico planteado, i) se recordará la jurisprudencia constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) y se expondrá la solución de la Sala en el presente asunto.

3. Procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional⁴, está supeditada, entre otras cosas, a que los efectos de una decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales y a que no exista otro mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho comprometido. Esta Corporación ha sentado una abundante jurisprudencia en torno a lo que en los primeros años fue llamado vía de hecho y que más recientemente ha experimentado una evolución terminológica hacia el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela, en cuanto a la procedencia de esta acción

constitucional para controvertir providencias judiciales (sentencias y autos).

Inicialmente el concepto de vía de hecho –el cual tuvo origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en definitiva, debe su denominación a la figura propia del derecho administrativo- fue empleado por la Corte Constitucional para referirse a errores groseros y burdos presentes en las providencias judiciales, los cuales en alguna medida suponían un actuar arbitrario y caprichoso del funcionario judicial, proceder que a su vez daba lugar a la protección constitucional de los ciudadanos afectados por la decisión judicial.

Ahora bien, la expresión vía de hecho, si bien resultaba ilustrativa de algunos de los eventos que pretende describir, tales como errores burdos o arbitrariedades en las decisiones judiciales, no abarca todos los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por una parte, y adicionalmente puede entenderse que tiene una connotación de deslegitimación o sindicación peyorativa del juez que profiere la sentencia objeto de una tutela, razón por la cual la jurisprudencia constitucional desde hace algunos años ha sugerido el abandono de la anterior terminología y su sustitución por la expresión causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁵.

Por otro lado, como consecuencia de lo anterior, el ajuste descrito trasciende de lo terminológico a lo conceptual. En primer lugar, se establece como fundamento esencial de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la violación de la Constitución por parte de la decisión examinada. Esta vulneración sustancial del derecho al debido proceso se materializa en los distintos defectos identificados por la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, entre los que se cuentan:

1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

1. Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.

1. Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con

fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

1. Defecto fáctico por no haberse decretado, practicado o valorado pruebas debidamente solicitadas o recaudadas en el curso de proceso, o por haberse valorado pruebas nulas o vulneradoras de derechos fundamentales.

1. Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

1. Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

1. Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado, también cuando se aparta del precedente sentado por los órganos de cierre de su respectiva jurisdicción o de su propio precedente.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional también ha precisado como requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuya presencia debe ser verificada por el juez antes de pasar a examinar las causales materiales que darían lugar a que prosperara el amparo solicitado, los siguientes:

* Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.

* Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.

* Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.

* Cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

* En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.

* Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.

Son estas las causales de procedibilidad que la jurisprudencia ha establecido para la acción de tutela que se dirija contra providencias judiciales.

4. Caso Concreto

En el presente caso los accionantes, es decir los municipios de Gachalá y Gama, solicitan que se proteja su derecho al debido proceso y a la igualdad. Los mismos, presuntamente, fueron afectados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, así como por el Juzgado Administrativo del Circuito de Zipaquirá al proferir sentencias de

segunda y primera instancia, respectivamente, en el proceso de acción de cumplimiento instaurado por los mismos municipios en contra de la Empresa de Energía de Bogotá.

El problema jurídico a resolver en este caso será si existe un error de interpretación jurídica -a partir del cual se configuren los defectos sustantivo y procedimental- en una providencia judicial que distingue entre i) emisión de acciones dentro de un proceso de capitalización societaria y ii) enajenación de acciones de una sociedad, a efectos del mandato contenido en el artículo 23 de la ley 226 de 1995, consistente en destinar el 10% de los procesos de enajenación accionaria a proyectos en la entidad territorial en la cual esté ubicada la empresa cuya parte se enajena?

Pasa la Sala a resolver el asunto planteado.

Lo primero que debe verificarse es que el asunto presenta un problema de relevancia constitucional, lo cual, en este caso, se comprueba fácilmente, por cuanto se plantea la posible afectación de los derechos al debido proceso y a la igualdad por un error sustantivo de los falladores en las dos instancias del proceso.

En segundo lugar es determinante la afectación que el posible error tiene en el resultado de la providencia controvertida, ya que, de comprobarse su existencia, cambiaría el sentido de la sentencia dentro del proceso de acción de cumplimiento, siendo entonces esencial en la causa judicial, por lo que también se cumple este requisito.

Así mismo, la acción se interpone por quien tiene un interés legítimo y directo en el resultado del proceso, verificándose la legitimación de la parte activa en el proceso constitucional.

La providencia controvertida no es una sentencia que ponga fin a un proceso de tutela, sino que se trata, como en numerosas ocasiones se ha manifestado, de un proceso de acción de cumplimiento.

Se agotaron los recursos previstos por el ordenamiento para este tipo de acciones, pues la el artículo 26 de la ley 393 de 1997 sólo prevé el recurso de impugnación dentro del proceso en cuestión -siendo el 27 el que establece el procedimiento a seguir para su resolución-, el cual fue agotado por el apoderado de los accionantes.

Finalmente, se observa que la acción de tutela se interpuso dentro de un tiempo razonable,

pues la sentencia de segunda instancia que puso fin al proceso de acción de cumplimiento fue proferida el 31 de marzo de 2011 y la acción que ahora se resuelve fue interpuesta el 15 de agosto de 2011, es decir, cuatro meses y medio, término que se aprecia como razonable por esta Sala.

Son estas las razones por las que la Sala entra a conocer de fondo el asunto litigioso.

Al respecto debe decirse que el demandante plantea la existencia de un vicio sustantivo, un vicio procedimental por exceso ritual manifiesto y el desconocimiento del precedente como fundamentos de una presunta vía de hecho.

Sea lo primero decir que sobre el tercer aspecto, esto es el desconocimiento del precedente judicial, la Sala no hará referencia, pues no es sustentado en el cuerpo de la acción de tutela interpuesta; el apoderado de los accionantes se limita a hacer mención del mismo sin ahondar en las razones que permitirían establecer su configuración en el presente caso, por lo que la Corte no encuentra materia para pronunciarse.

Respecto de los defectos sustantivo y procedimental por exceso ritual manifiesto, la Sala no aprecia la existencia de los mismos y, por el contrario, encuentra que los argumentos presentados son la reiteración de aquellos planteados durante las instancias en el proceso de acción de cumplimiento.

Como sustento del defecto sustantivo el demandante apunta sus discrepancias con la sentencia de primera y segunda instancia, más no señala cuáles serían las equivocaciones insalvables en que habría incurrido el fallador y que, en consecuencia, se aprecian como la vulneración evidente de su derecho al debido proceso dentro del juicio de acción de cumplimiento.

En el escrito de acción el demandante manifiesta

“Constituye vía de hecho, desconocer la obligación clara, expresa y exigible contenida en el artículo 23 de la ley 226 de 1995, de destinar a inversión en proyectos de desarrollo en los Municipios de Gachalá, y de Gama, del porcentaje que les corresponde dentro del diez por ciento (10%) del producto neto de la enajenación de VEINTICINCO MILLONES SETESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTAS (25.767.200) acciones realizada por la EMPRESA DE

ENERGÍA ELÉCTRICA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a las sociedades LUZ DE BOGOTÁ S.A. y CAPITAL ENERGÍA S.A.”

Para sustentar sus afirmaciones el accionante enumera una serie de hechos que tuvieron lugar durante el proceso de capitalización de la EEB y, en un aparte denominado “Demostración”, sostiene:

“2. La interpretación de los artículos 1 y 23 de la ley 226 de 1996, realizada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Zipaquirá, en las sentencias objeto de censura, constituye manifiesta VÍA DE HECHO configurada en Defecto Sustantivo por una interpretación que contraría “los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”.

3. La interpretación de los artículos 1 y 23 de la ley 226 de 1995, no se acompasa con la razonabilidad de la regla jurídica contenida en ellos y a la adecuación silogística de los elementos fácticos. Es claro el artículo 1 de la mencionada Ley al establecer el ámbito de aplicación de la misma:

‘La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.

La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del tesoro público’

El artículo 23, contiene la siguiente regla jurídica:

‘El 10% del producto neto de la enajenación de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.’

[luego el accionante cita un extenso aparte de la sentencia de segunda instancia del proceso

de acción de cumplimiento]

“5. De esta suerte, la interpretación de los artículos 1 y 23 de la ley 226 de 1995 realizada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, deviene inconstitucional toda vez que su preterición constituye VÍA DE HECHO, y tuvo incidencia definitiva en el fallo de segunda instancia del proceso de acción de cumplimiento, por cuanto la emisión de nuevas acciones por parte de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., y su posterior enajenación (acreditada en el expediente) a las sociedades Luz de Bogotá S.A., y Capital Energía S.A., se adecuan a los supuestos de hecho contenidos en las reglas mencionadas anteriormente, y en consecuencia es obligatorio el pago del diez por ciento (10%) del valor neto de la transacción. La sentencia de segunda instancia debe acompañar su decisión con los Derechos Fundamentales invocados como vulnerados, y ordenar a las entidades públicas demandadas el pago inmediato de la participación de los entes territoriales para el desarrollo sostenible, e inversión social de conformidad con el espíritu de la ley.” -folios 11 y 12-

De la misma forma, como sustento de un defecto procedimental -por exceso ritual manifiesto- sostiene que la interpretación de la normatividad aplicable que realizaron el Juez de primera instancia y el Tribunal desconoció que en desarrollo de la sana crítica el juez debe buscar la justicia material. En este sentido manifestó:

“La arbitraria y caprichosa interpretación de los artículos 1 y 23 de la ley 226 de 1995, devino en exceso ritual, en tanto desconoció la transferencia de acciones de la EEB SA a Luz de Bogotá SA, y a Capital Energía SA bajo la supuesta ausencia de prueba específica, por parte del demandante, cuando éste no fue un tema objeto de litigio entre las partes, y aún más cuando las mismas coincidieron en la efectiva transferencia de acciones” -folio 15-.

Como puede observarse el accionante fundamenta la anotada vía de hecho única y exclusivamente en una diferente interpretación de los artículos 1 y 23 de la ley 226 de 1995, más no señala de forma concreta y precisa los elementos irrazonables o los graves errores en la interpretación de los falladores de instancia en el proceso ordinario. De esta forma, encuentra la Sala que la acusación contra las providencias del proceso de acción de cumplimiento no fue sustentada adecuadamente en la acción que ahora se resuelve.

Adicionalmente, del análisis que la Sala hace de la sentencia de segunda instancia que resuelve la acción de cumplimiento, no se encuentran elementos que demuestren errores

graves de interpretación o posiciones irrazonables que, además, hayan conducido a la vulneración de derechos de la parte accionante. Pasa la Sala a sustentar esta afirmación.

En la sentencia de segunda instancia que ahora se controvierte ante la jurisdicción de tutela se inicia con un extenso resumen de la sentencia de primera instancia. En este apartado se recuerda que el a quo trajo a colación la definición que la real academia española de la lengua tiene de enajenación -folio 82-; que la enajenación de acciones implica que el Estado se despoje del dominio de dichas acciones o bonos o capital social de cualquier empresa y lo transfiera a particulares, de manera que si el Estado no recibe precio alguno no es posible hacer la transferencia del 10% de nada -folio 83-; recuerda el análisis de algunos elementos probatorios realizado por el juez de primera instancia -folios 83 y 84-; con base en esto, el a quo puntualizó que la EEB no enajenó acción alguna en favor de LUZ DE BOGOTÁ S.A. ni de CAPITAL ENERGÍA S.A. E.S.P. toda vez que no recibió de dichas entidades suma alguna por la entrega de acciones.

A partir de este punto, luego de expuestos los argumentos de la impugnación, el Tribunal Administrativo analizó los requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento -folios 89 a 94-.

Posteriormente, desarrolla un aparte cuyo objetivo es establecer las diferencias entre los procesos de enajenación de acciones, capitalización, transformación y fusión de sociedades. Para esto parte del concepto n. 1513 de 9 de octubre de 2003, emitido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, en el que se interpreta el alcance y limitaciones derivadas del artículo 60 de la Constitución, que refiere el tema de promoción de acceso a la propiedad como una obligación en cabeza del Estado -folio 94-.

Al finalizar dicho análisis, detalla las etapas surtidas en pro de la reorganización de la estructura administrativa de la EEB S.A. E.S.P., detallando el proceso de creación de EMGESA S.A. E.S.P. y de CONDENSA S.A. E.S.P. -folios 106 a 109-.

Con base en dichas consideraciones aborda el análisis del caso concreto del cual resulta conducente citar los siguientes apartes:

“De lo anterior se extrae que los actos contenidos en el Acta No. 16 del 15 de octubre de 1997 protocoliza mediante escritura pública N. 4609 del 22 de octubre de 1997 constituyen

un proceso de transformación de la EEB, es decir, la EEB sufrió un proceso de capitalización y no de enajenación de la propiedad accionaria estatal. Toda vez que no se adoptó un programa de enajenación (artículo 6 ley 226 de 1995), no fueron incluidas condiciones especiales de preferencia, no se fijó un precio accionario en desarrollo de dicho programa, tampoco hubo traslado de dominio, toda vez que, las nuevas empresas entraron a formar parte de la EEB con el propósito de fortalecerla.

Con tales fines, se debe precisar que la EEB inició el referido proceso de capitalización mediante la emisión de nuevas acciones, proceso tal que se llevó a cabo aumentando el capital autorizado a la suma de DOS BILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL MILLONES DE PESOS (2.370.000.000). Posteriormente, mediante el reglamento de suscripción de la asamblea general de socios aprobó emitir VEINTICINCO MIL OCHOCIENTAS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y OCHO [sic] (25.899.998) acciones con un valor nominal de diez mil pesos C/u (\$10.000), las cuales fueron adquiridas posteriormente, como se precisó por LUZ DE BOGOTÁ S.A. y CAPITAL ENERGÍA S.A..

Por tanto, una vez adquiridas las referidas acciones por medio del contrato de suscripción, la EEB pasó de tener un capital suscrito de DOS BILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$2.370.000.000) incrementando la participación del sector privado a un 48.49%, pero conservando la propiedad accionaria estatal idénticas condiciones a la que ostentaba antes de que se sucediera la enajenación de las nuevas acciones que emitió como forma de capitalizarse para adquirir nuevos recursos, aportes estos que sin lugar a dudas son de propiedad de particulares y no del Estado.

Así las cosas, es claro para la sala de decisión que el subjuice no hubo en ningún momento una enajenación de acciones, por el contrario hubo una emisión de nuevas acciones cuya titularidad se radicó en LUZ DE BOGOTA S.A. y CAPITAL ENERGÍA S.A. al momento en que dichas empresas aceptaron la oferta de suscripción realizada por la EEB.

Es así, como en atención a que el dominio del capital accionario estatal en ningún momento fue trasladado a algún particular, por el contrario este siguió perteneciendo incólume, a lo largo del proceso de capitalización realizado por la EEB, que no fue más que un mecanismo para permitir el aumento del capital social mediante el aporte de dineros privados, por tanto, no resulta acertado pretender que se dé aplicación a las reglas contenidas en la ley 226 de

1995 puesto que la misma es únicamente aplicable a supuesto fácticos absolutamente ajenos al presente caso.” -folios 113 y 114-

El anterior recuento deja ver que tanto en la sentencia de primera instancia, como en la proferida por el Tribunal Administrativo en segunda instancia se realizó un análisis completo y razonable de los elementos probatorios existentes, se expusieron los argumentos jurídicos y económicos que se consideraron relevantes al caso y, finalmente, se resolvieron todos y cada uno de los aspectos de derecho puestos a consideración del fallador en el proceso de acción de cumplimiento, exponiendo interpretaciones, argumentos y conclusiones que se aprecian como el fruto de análisis lógicos y sustentables dentro del proceso judicial.

Con base en los argumentos expuestos, la Sala Octava de Revisión negará el amparo por cuanto no se aprecia en las sentencias cuestionadas fundamento alguno que permita concluir que en ellas se presentó un defecto sustantivo constitutivo de vía de hecho; ni, por consiguiente, un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, al que habría conducido una incorrecta valoración probatoria, derivada de una errónea interpretación de la normatividad aplicable.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia en el proceso de acción de tutela proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 16 de marzo de 2012 y, en su lugar, NEGAR la acción de tutela interpuesta por los municipios de Gachalá -Cundinamarca- y Gama -Cundinamarca-.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase e insértase en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente con permiso

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Secretaria General

1 Es de resaltar que en dicha escritura no se utiliza el término enajenación. Por el contrario se indica que “se eleva a escritura pública la reforma contenida en el acta 16 del 15 de octubre de 1997, en la cual se aprobó el aumento del capital autorizado en la suma de trescientos setenta mil millones de pesos”.- Folio 27 y 28, cuaderno 1.

2 Folio 22, cuaderno 1

3 ARTÍCULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.

La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.

Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.

ARTÍCULO 23. El 10% del producto neto de la enajenación de las acciones o bonos

obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992.

5 Así, en fecha reciente, sostuvo esta Corporación: “[e]n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una «violación flagrante y grosera de la Constitución», es más adecuado utilizar el concepto de «causales genéricas de procedibilidad de la acción» que el de «vía de hecho»”, sentencia T-774 de 2004.