



13-001-23-31-000-2010-00651-00

Cartagena de Indias, treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Clase de acción	ACCIÓN POPULAR
Radicado	13-001-23-31-000-2010-00651-00
Demandante	LIGIA BERMEJO DE JARAMILLO, JOSE GUILLERMO CASTILLO CASTILLO Y OTROS
Demandado	MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, CORELCA S.A., TERMOCARTAGENA S.A.
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Moralidad Administrativa / defensa del patrimonio público

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro de Acción Popular interpuesta por la señora Ligia Bermejo de Jaramillo y los señores Guillermo Castillo Castillo y Manuel Fernando de la Ossa Garcés contra Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, Superintendencia de Servicios Públicos, Superintendencia de Sociedades, Corelca S.A. y Tecsa.

III.- ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1 Pretensiones (Fl. 1-3)

La parte accionante solicita que se concedan las siguientes pretensiones:

"PRIMERA. Que se declare la resciliación del Contrato de Aporte celebrado entre la Nación y Tecsa (en adelante: Tecsa), en fecha veintisiete (27) de noviembre de 1996, en virtud del cual la primera transfirió a la segunda el derecho de dominio y posesión que tenía y ejercía sobre la "central térmica de Cartagena", la cual comprende un inmueble identificado con la matricula inmobiliaria N° 060-0131042 del Circulo de Instrumentos públicos de Cartagena, consistente en un lote de terreno de 17 hectáreas ubicado en la zona industrial costanera de Mamonal en la ciudad de Cartagena sobre el que opera la "Central" conformada por tres (3) unidades turbogeneradoras y una (1) subestación eléctrica a nivel 220 KV, inventarios, anexidades, dependencias, mejoras y edificaciones que la integran,





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N° 310 /2019
SALA DE DECISIÓN N° 001

SIGCMA

13-001-23-31-000-2010-00651-00

por incumplimiento de por parte de TECSA de la contraprestación que como parte del precio del valor total de los activos transferidos pactó con la nación, consistente en la asunción, provisión y cancelación del pasivo laboral, bonos pensionales y pensiones convencionales, no concurrentes con las de la naturaleza legal a que son acreedores los trabajadores que le sustituyó la empresa industrial y Comercial del Estado CORELCA.

SEGUNDA. Ordenar precautelativamente el embargo y secuestro del inmueble lote de terreno de 17 hectáreas identificado con la matrícula inmobiliaria N° 060-01310042 del círculo de instrumentos públicos de Cartagena, ubicado en la zona industrial costanera de mamonal en la ciudad de Cartagena sobre el que descansa y opera la "Central Térmica de Cartagena", junto con las tres (3) unidades turbogeneradoras, anexidades, dependencias, mejoras y edificaciones que la integran, objeto del contrato de aporte de fecha veintisiete (27) de noviembre de 1996, la totalidad de las acciones autorizadas y liberadas para su capitalización por parte de su asamblea extraordinaria de Accionistas del 21 de noviembre de 1997 y la razón e interés social, disponiendo la inscripción de estas medidas ante la Cámara de Comercio de Cartagena y Superintendencia de Sociedades.

TERCERA: Ordenar a TECSA reintegrar a la Nación las sumas recibidas de TRANSELCA S.A. ESP (en adelante TRANSELCA), por concepto de la venta de la subestación "Termocartagena" y de los inventarios de repuestos y materiales que la vendedora tenía destinados a la operación y al mantenimiento de "Central Térmica de Cartagena", que da cuenta del anexo N° 1 del acta de entrega de operación y mantenimiento de la "central" suscrita en la ciudad de Santa Fe de Bogotá a los diecisiete (17) días del mes de octubre de 1997, entre Rodolfo SMIT KINDERMANN y JAIME GERDTS PORTO, en sus calidades de representantes legales de TECSA y CORELCA, en su orden de mención, y que hacen parte de los activos de generación eléctrica enajenados por la Nación como parte de los aportes transferidos y entregados en la "Central" a TECSA, a cambio de la titularidad accionaria de la Nación dentro de esa sociedad. En su defecto, ordenar prestar caución por el valor de la venta de estos activos de la nación que hizo TECSA a TRANSELCA por la suma de \$12.364.4 millones de pesos, más el valor en actas registrado como precio de los inventarios entregados por CORELCA a TECSA, los cuales fueron recibidos por la suma de 6.000.000 mil millones de pesos.

CUARTA. Ordenar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (o, a quienes en el futuro haga sus veces), dar por terminado el proceso de Reestructuración de pasivos (ley 550 de 1999) a que se encuentra sometida la sociedad TECSA, debido:

a) A que la resolución 2771 del 25 de enero de 2002 dictada por Superservicios fue obtenida con base en unos estados financieros de diciembre 31 de 2001 auditados por la tristemente célebre firma Arthur Andersen – falsos a la realidad, que no





13-001-23-31-000-2010-00651-00

reflejan la obligación vencida a favor de la Nación a que hace referencia el contrato de aporte a esta empresa y subvalorados estratégicamente los activos recibidos en aporte de la Nación.

b) Por ser negativo su valor patrimonial como consecuencia de las declaraciones primera y segunda de esta demanda.

c) Por ser incapaz de asumir con patrimonio propio sus obligaciones existentes.

d) Por ser inferior la capacidad operativa de la empresa para servir en el corto y mediano plazo las obligaciones existentes.

e) Por haber quedado sin confiabilidad y solidez suficiente para acceder al mercado de capitales que le permitan la emisión de las 19.795.500 de acciones autorizadas y liberadas para su capitalización por parte su asamblea Extraordinaria de Accionistas del 21 de noviembre de 1997, dada su precaria situación financiera y patrimonial.

QUINTA. DECLARAR la resolución del Convenio de sustitución patronal suscrito entre TECSA y CORELCA el día 27 de diciembre de 1996.

SEXTA. Ordenar a CORELCA S.A. ESP, proceder a constituir contable, financiera y presupuestalmente un Patrimonio Autónomo que garantice el fondeo líquido de las eventuales pensiones convencionales no concurrentes con el régimen de seguridad social en pensiones a que tengan derecho sus trabajadores sustituidos a TECSA mediante el Convenio de sustitución patronal suscrito en fecha 27 de diciembre de 1996 y la emisión de los Bonos Pensionales de los mismos. Lo anterior, de conformidad a lo previsto y ordenado por la ley 100 de 1993 y Decretos 1299 de 1994 (Art. 19 y 20), 1314 de 1994 y 1748 de 1995.

SEPTIMA. Ordenar a la Superintendencia de Servicios Públicos y a la Superintendencia de Sociedad (o a quienes en el futuro hagan sus veces), proceder a iniciar las acciones de Gobierno que de manera inmediata pongan en la marcha el proceso de liquidación de la Sociedad de Acciones, Empresa de Servicios Públicos TECSA, excluyendo de su patrimonio aquellos activos que fueron objeto del contrato de aporte celebrado entre la NACIÓN y TECSA, en virtud del cual la primera transfirió a la segunda el derecho de dominio sobre los activos de generación eléctrica de "Central Térmica de Cartagena", empresa que contraprestación, emitió en favor de la Nación un número de acciones equivalente al valor de los activos transferidos.

OCTAVA. Ordenar el embargo de las sumas provenientes del contrato de "Cargos por Capacidad" que actualmente o en el futuro reciba como remuneración por parte del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC), entregado su administración a CORELCA S.A. ESP, designado como operador idóneo de la Central Eléctrica Termocartagena, en representación de la Nación, a CORELCA S.A. ESP, o a quien en el futuro haga sus veces.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N° 310 /2019
SALA DE DECISIÓN N° 001

SIGCMA

13-001-23-31-000-2010-00651-00

NOVENA. En ocasión a las decisiones que se adoptan a través de la sentencia que desata esta acción popular, ordenarle al Ministerio de Hacienda y Crédito Público adoptar las medidas de Gobierno que permitan realizar los estudios técnicos financieros que valoren de manera integral la planta de generación de Termocartagena con todos los activos vinculados y elementos integrantes, así como los terrenos en donde opera, teniendo en cuenta la ubicación estratégica portuaria e industrial, inmersa dentro de la zona de muelles de la bahía de Cartagena y con horizonte exportador hacia la frontera internacional de ultramar.

DECIMA. Ordenar al gobierno Nacional la adopción de un plan de valoración, promoción y venta de los activos a que se refiere la pretensión anterior, bajo el criterio de negocio en marcha proyectado en el mediano y largo plazo, considerando, tomando como referencia, que en el 1992 se estableció mediante resolución N° 124 de 20 de octubre de 1992 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como valor de entrega de la planta térmica de Cartagena la suma de USD \$177.000.000 (Ciento setenta y siete millones de dólares), equivalentes a ciento veintidós mil cuatrocientos veintisiete millones trescientos sesenta mil pesos moneda legal colombiana (\$ 122.427.360.000), la cual junto con el valor de transferencia de otros activos, representó el valor total de la deuda externa garantizada de CORELCA asumida por la Nación equivalente de US 184.772.266,63.

DECIMA PRIMERA. Ordenarle a la Nación – Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Minas y Energía – incorporar dentro de su patrimonio la Planta de generación de Termocartagena con todos los activos vinculados y sus elementos integrantes, así como los terrenos en donde opera, advirtiéndole que en el futuro y de acuerdo a lo ordenado por la ley 143 de 1994 (art. 72 y 73) deberá establecer los requisitos, procedimientos y demás cautelas necesarias para evitar que se siga lesionando con la subvaloración y utilización comercial de estos bienes, el interés y patrimonio público de la Nación y la moral administrativa.

DECIMA SEGUNDA. Ordenarle a la nación que una vez se asegure de manera propicia sus intereses patrimoniales en TECSA, ya sea de manera directa o a través de sus entes del sector central, territoriales o locales, y haga de TECSA una empresa estable, sólida y rentable, se garantice un programa de enajenación de su participación accionaria, adoptando medidas para democratizar el capital a través de mecanismos que garantice amplia publicidad y libre concurrencia; procedimientos que promuevan la masiva participación de la propiedad accionaria ofreciendo a los trabajadores, pensionados, Empresas Sociales y organizaciones solidarias de la Región Caribe, condiciones preferenciales para acceder a la propiedad de TECSA, evitando la simulación de la propiedad accionaria, asegurando la infusión de capital fresco y la transferencia de tecnología de punta."





13-001-23-31-000-2010-00651-00

1.2 Hechos (Fls. 1 -17)

La señora Ligia Bermejo de Jaramillo y los señores Guillermo Castillo Castillo y Manuel Fernando de la Ossa Garcés, presentaron Acción Popular, en contra de Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, Superintendencia de Servicios Públicos y de Sociedades, CORELCA S.A. ESP y TECSA, con fundamento en los siguientes hechos¹ resumidos de la siguiente forma:

Afirman que el gobierno Nacional expidió el decreto 1553 de 1992 mediante el cual la Nación asumió parte de las obligaciones del sector eléctrico, el "decreto 700" dispuso que la entidad CORELCA entregara en dación de pago por las obligaciones de deuda externa garantizadas por la Nación, los activos que conformaban "la Central", cuya valoración se estimó en US \$177 millones de dólares equivalentes a \$122.427.360.000 de pesos.

En razón de dicha dación de pago, la Nación pasó a ser propietaria de dichos activos, integrados por los siguientes bienes y operaciones: (I) Planta, consistente en 3 unidades turbogeneradoras. (II) Subestación Termocartagena con capacidad de transformación a 220 KV. (III) Terreno de 17 hectáreas donde se ubica la planta, la subestación y los edificios de La Central, valorado en su conjunto en al menos \$70.000 millones de pesos. (Matricula inmobiliaria N° 060-0131042) (IV) Inventarios que se encontraban en pleito con CORELCA y (V) Valor asegurado de los activos.

Argumentan que el Congreso de la República aprobó el marco jurídico para internacionalizar la economía y de esta forma garantizar la cadena productiva del sector eléctrico. En virtud de lo anterior, la Nación comenzó a vender sus activos eléctricos, representados en plantas de generación, entre esas, Termocartagena. Afirman que lo anterior se realizó para aliviar la situación económica del Estado, recibiendo activos y liberándolo de pasivos laborales.

El día 17 de septiembre de 1996, fue constituida Termocartagena S.A. ESP con un capital semilla de 10.000.000 de pesos colombianos. Argumentan que el capital autorizado constituía dos millones de acciones y que la Nación celebró un contrato de aporte mediante el cual le transfirió a Termocartagena el dominio sobre la Central Termoeléctrica de Cartagena a cambio de acciones equivalentes a los activos recibidos. Por lo anterior, se suscribió un convenio de sustitución patronal.

¹ Fls. 1 al 23.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N°.310 /2019
SALA DE DECISIÓN N° 001

SIGCMA

13-001-23-31-000-2010-00651-00

De acuerdo al reglamento de venta y adjudicación el precio se discriminaba en dos componentes: el valor de las acciones a enajenar y la suma de 11.972.246.702 pesos colombianos, los últimos, consistentes en los bonos pensionales, cancelación de pasivo laboral y pensiones convencionales según el cálculo actuarial realizado por INVERLINK. Estos últimos, a parecer de los accionantes, con su asesoría, provocaron una lesión a los intereses económicos de la Nación, puesto que le entregó a esta una estrategia de venta consistente en minimizar el valor de enajenación de los activos.

Sostienen en su escrito, que la valoración de activos que se realizó para la Central fue mucho menor al que le correspondía, afirmando que solamente el lote superaba tres veces el valor de las acciones. Así mismo, explican que lo anterior se basa en el hecho de que cuando se determinó el valor de entrega de "La Central" por parte de Corelca a la Nación, generándose una diferencia de 106.843.860.000 de pesos colombianos, dando como resultado un detrimento patrimonial del Estado.

En el proceso de enajenación de acciones que la Nación, se ofrecieron a los trabajadores y organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones preferenciales para el acceso a estas. Es así como se expide la oferta para que se accedan a las acciones en TECSA, lo cual constituiría una primera fase, debido a que la segunda sería para el público en general. En curso de la primera fase se ofreció un precio fijo de 3.000 pesos colombianos por acción, las cuales fueron adquiridas por los trabajadores, sin embargo, estos no fueron los últimos beneficiarios de estas debido a que se realizó una "maniobra" consistente en un crédito en el Banco Andino y en la "compra de expectativas", utilizando a un numeroso grupo de empleados de Corelca, a quienes pagaron un porcentaje de las acciones a cambio de la cesión anticipada.

En virtud de lo anterior, se adjudicaron por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante resolución 2877 de 1996, un total de 5.194.500 acciones correspondientes al 100% de las acciones de propiedad de la Nación. Sin embargo, respecto al pasivo laboral que le correspondía asumir a "TECSA" afirman no se ha constituido como patrimonio autónomo.

Respecto a los pasivos pensionales, afirman que nunca se constituyó el fideicomiso y que por el contrario, se han dilapidado recursos de TECSA. Los propietarios actuales (en virtud de la adquisición de acciones) afirman encontrarse en imposibilidad de realizar el pago por lo que se pretendió realizar





13-001-23-31-000-2010-00651-00

un proceso de reestructuración de activos y que la Nación asuma el pago del cálculo del pasivo actuarial que le adeudan a esta.

En medio de todo lo anterior, los pasivos laborales se encontraban en aumento.

Afirman que Termocartagena S.A. se acogió al régimen de reestructuración económica de acuerdo a la ley 550 de 1999. De la misma forma, exponen que la Junta Directiva de la sociedad realizó ajuste contable por la "misteriosa" desaparición de unas sumas de dinero en dólares, correspondientes a la venta de la Subestación Termocartagena a Transelca e indemnizaciones por un siniestro ocurrido en la unidad 3 de generación.

Concretizan que a la fecha de la presentación de la demanda, TECSA no había emitido bonos pensionales, no ha constituido fidecomiso ni ha respaldado de ninguna forma el pasivo actuarial de pensiones, tal como se pactó en la convención de sustitución patronal. Lo anterior, poniendo en juego el patrimonio de la Nación debido a que tarde o temprano tendrán que responder por las sumas de dinero correspondientes al pasivo laboral que presuntamente se adeuda.

2. CONTESTACIÓN:

2.1 VISTA CAPITAL S.A. EN LIQUIDACIÓN (ANTES TERMOCARTAGENA S.A. ESP) (Fl. 96)

Manifiesta que el demandante se encuentra vulnerando el principio de non bis in ídem y al debido proceso, puesto que previamente se había presentado una acción pública de inconstitucionalidad instaurada por un ciudadano contra el decreto 1743 de 1996. Sustentan que los hechos en los que se fundamentan la presente acción popular ya han sido revisados por vía administrativa, vía contenciosa administrativa y por la penal, por lo que sería improcedente continuar revisando los hechos.

De la misma forma, proponen excepciones a las cuales denominó: Cosa Juzgada fundamentada en el principio non bis in ídem, inexistencia de las pretensiones y buena fe.

2.2 EMGESA S.A:

Afirma, que adquirieron de "TECSA" el inmueble que aparece referido en la escritura pública N° 351 de la Notaria Cuarta del Círculo de Cartagena y que en esta se establece que el comprador no tendrá responsabilidad sobre el





pago de acreencias de Termocartagena ni respecto a ninguna otra obligación de esta.

Propone las excepciones de improcedencia de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva y protección jurídica de EMGESA como adquirente de buena fe.

2.3 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Fl. 341)

Se oponen a las pretensiones de la demanda argumentando que las operaciones jurídicas que rodean la enajenación accionaria de TERMOCARTAGENA se presumen legales, hasta que no sean invalidadas jurídicamente. Para estos efectos, afirman que la pretensión de la parte accionante no puede prosperar por el simple hecho de afirmar que existe un daño y que el presente no es el mecanismo idóneo para perseguir la misma. Sustentan que las entidades accionadas en la presente acción popular, cuentan con la capacidad de comprometer sus recursos y ordenar gastos, para el cumplimiento de sus funciones.

Así mismo, concluyen que la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, por no tener competencia para asumir obligaciones laborales distintas a las que tiene con los funcionarios que laboran para esta.

2.4 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (Fl. 406)

Argumentan no tener competencia para avalar los convenios que se realicen por parte de las sociedades en el giro ordinario de sus negocios, por lo que los efectos de estos tampoco serían de su competencia. Por lo anterior, afirma que de no cumplirse con alguna contraprestación, no es responsabilidad de la Superintendencia de Sociedades.

Proponen las excepciones de culpa de un tercero, falta de legitimación en la causa por pasiva, ineptitud sustantiva de la demanda y caducidad de la acción.

2.5 CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA (Fl. 2992)

Se opone a las pretensiones debido a que la parte actora no reclama responsabilidad de la entidad, careciendo de fundamento factico y jurídico imputar a la entidad sin considerar lo narrado por la parte accionante y las pretensiones de esta. Argumenta que el control posterior y selectivo que la Contraloría General de la República realiza no quiere decir que este actúe como coadministrador de las entidades del Estado.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

Propone las excepciones de indebida notificación de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva e improcedencia de la vinculación como demandada en la acción popular.

2.6. MINISTERIO DE TRABAJO (FL. 3015)

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que la entidad no tiene competencia para determinar o cumplir con los aspectos que involucran a las entidades accionadas, no tiene obligaciones laborales ni de cualquier otro orden. Sustenta no ser responsable de modo alguno de los hechos alegados por los accionantes.

2.7. COLPENSIONES (FL. 3158)

Argumenta que las funciones de la entidad no tienen que ver con el objeto de las pretensiones de la demanda y que la parte accionante no la incluyó como demandada y no le endilga responsabilidad alguna.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha 7 de julio de 2003², se admitió la acción de marras, y se procedió a notificar a las partes.

En auto de fecha 28 de enero de 2004³, se fijó fecha para realizar la audiencia de pacto de cumplimiento⁴ para el día 23 de febrero de 2004, a las 10:00 am, la cual fue declarada fallida, por no existir posibilidad de acuerdo sobre el objeto de la litis.⁵

A través de auto calendado 22 de abril de 2004⁶ se abrió a pruebas el proceso de marras y se procedió a notificar a las partes mediante oficios de fecha 29 de abril de 2004⁷.

En fecha 22 de mayo de 2005, se profirió auto por el cual se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión.⁸

² Fls. 88 y 89.

³ Folio 657.

⁴ Artículo 27 de la ley 472 de 1998.

⁵ Fls. 677 a 679.

⁶ Folio 708.

⁷ Folio 709 a 714.

⁸ Folio 824.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N°.310 /2019
SALA DE DECISIÓN N° 001

SIGCMA

13-001-23-31-000-2010-00651-00

El día 14 de diciembre de 2005 se profirió sentencia por parte del Tribunal Administrativo de Bolívar en la cual se estimó negar las pretensiones de la demanda. Posteriormente, esta fue apelada y el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 16 de octubre de 2007, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal profirió auto de obedézcse y cúmplase de lo resuelto por el Consejo de Estado, ordenando remitir el expediente para su reparto a los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena. El juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena admitió la presente demanda y ordenó notificar a las partes.

En auto de fecha 14 de septiembre de 2010 el Juzgado remitió por competencia el proceso al Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiendo por reparto al presente Despacho, el cual aprehendió conocimiento el día 22 de octubre de 2010.

Se fijó el día 23 de mayo de 2013 para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento, mediante auto de fecha 9 de mayo de 2013, dicha audiencia fue declarada fallida por no existir ánimo conciliatorio. En virtud de lo anterior, se abrió a pruebas en el proceso mediante auto de fecha 8 de agosto de 2013.

4. ALEGACIONES

Los alegatos de las partes se encuentran visibles a folios 3678-3776 del expediente, la parte accionante no presentó alegatos de conclusión y las entidades y empresas accionadas se ratifican cada una en los argumentos planteados en sus escritos de contestación de la demanda.

5. MINISTERIO PÚBLICO:

No rindió concepto en el presente proceso.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado





13-001-23-31-000-2010-00651-00

hasta esta etapa procedimental (Art. 207 de la Ley 1437 de 2011), se procede a definir la controversia, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente funcionalmente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del asunto bajo estudio, por tratarse de una Acción Popular dirigida en contra del Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Termocartagena S.A. ESP, superintendencia de Servicios Públicos, Superintendencia de Sociedades y CORELCA S.A. de conformidad con el numeral 14 del artículo 132¹⁰ del C.C.A. norma vigente para la fecha de presentación de la demanda.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo estudio, la Sala considera necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿Existe vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, por parte de las accionadas con ocasión a la celebración del contrato mediante el cual la Nación transfirió a Termocartagena S.A. el derecho de dominio sobre la Central Térmica de Cartagena presuntamente por un valor inferior al pertinente, el presunto incumplimiento de Termocartagena S.A. en lo correspondiente a las obligaciones laborales con los trabajadores objeto de sustitución patronal que laboraban en la Central antiguamente perteneciente a CORELCA (Nación) y al procedimiento de enajenación de las acciones de la Nación en Termocartagena S.A. que según los accionantes fueron realizadas de manera “engañosa” y en contrariedad a la normativa vigente?

3. TESIS

Esta Magistratura considera que en el presente proceso no se demuestra la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, debido a que los accionantes no cumplieron

¹⁰ “Artículo 132. Los tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...
14. Adicionado. Ley 1395 de 2010. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional”





13-001-23-31-000-2010-00651-00

la carga probatoria que recae sobre estos. Por lo anterior, se deberán negar las pretensiones de la demanda.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN POPULAR.

La acción popular tiene una naturaleza preventiva, tal como lo indica el inciso 2 del artículo 2 de la ley 472 de 1998 cuando dice: "... se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

Por regla general, esta acción no persigue la reparación de perjuicios, pues para ello existen las acciones contenciosas e incluso la acción de grupo, sin embargo excepcionalmente es viable el reconocimiento de los mismos, en los casos previstos en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Los hechos que pueden resultar vulneradores de derechos colectivos, también pueden dar lugar al inicio de acciones contenciosas o de otra naturaleza, de manera que en virtud de la autonomía y principalidad que caracteriza a la acción popular, esta también sería viable, pero no de manera concurrente o simultánea con la acción ordinaria, pues por un lado la popular es esencialmente preventiva y de ser afectaría la seguridad jurídica al producirse eventualmente fallos contradictorios respecto de los mismos hechos; siendo ello así, entonces cuando el interesado ha acudido a las acciones ordinarias, no le es dable instaurar acción popular.

En cuanto hace referencia a su configuración normativa, de las reglas contenidas en los artículos 1°, 2°, 4° y 9° de la citada Ley 472, se desprende que son características de la acción popular, las siguientes:

a) Está dirigida a obtener la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva;





13-001-23-31-000-2010-00651-00

- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses;
- c) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de protección mediante el ejercicio de este medio de control, son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y en los tratados celebrados por Colombia;
- d) Su objetivo es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible;
- e) Es una acción pública, esto es -como mecanismo propio de la democracia participativa- puede ser ejercida por "toda persona" y además, para afianzar pedagógicamente un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los personeros y los servidores públicos.
- f) No tiene carácter sancionatorio respecto de aquel contra quien se dirijan las pretensiones y, eventualmente, recaiga la sentencia estimatoria.
- g) No ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo, se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.
- h) Por la finalidad que persigue la acción popular y en virtud a su configuración normativa, se tienen entonces, como presupuestos de una eventual sentencia estimatoria los siguientes:
- Una acción u omisión de la parte demandada;
 - Que para la época en que se dicte la sentencia se presente daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos;
 - Que se demuestre la relación de causalidad entre la acción o la omisión y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

4.2 De los derechos invocados

Conviene precisar los derechos cuyo amparo se pretende son los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público; en consecuencia se estudiará el alcance conceptual de los mismos, consagrados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998.

4.2.1 La Moralidad Administrativa.

La moralidad administrativa hace parte de los derechos o intereses colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular, al tenor de lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política y del artículo 4 de la ley 472 de 1998.

Con el fin de definir la moralidad administrativa y así establecer el objeto de protección de las acciones populares, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una construcción conceptual a partir del análisis de sus relaciones con la legalidad, así como con fenómenos como el de la corrupción, la mala fe, la ética, el recto manejo de bienes y recursos del Estado y la lucha contra propósitos torcidos o espurios, entre otros.

Ahora bien, lo cierto es que el Consejo de Estado también ha resaltado la dificultad de definir en abstracto la noción de moralidad administrativa, ante lo cual se ha establecido que su alcance y contenido será determinado por el Juez en el caso concreto *"de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada"*.¹¹

Por otra parte, resulta importante señalar que a la luz de la Constitución Política, la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual. En efecto, funge como principio de la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y ley 489 de 1998, artículo 3) y como derecho colectivo.

En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de mayo de 2007 Exp. AP 2002-2945, C.P.; Ramiro Cuavedra Becerra y CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de septiembre de 2009.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos.

En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación, dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación" .

En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que:

*"(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa."*¹²

Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con "el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero"¹³, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2007, Exp. 35501 y CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de mayo de 2002.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2005, Expediente AP-03113.





En este sentido, sostiene la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede ser vulnerado cuando se presenten varios supuestos:

- a) Que se prueba la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación, esto es, la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros. Se entiende configurada su afectación si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de aquellos que ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de los bienes jurídicos señalados.
- b) Que se quebrante el principio de legalidad. Este último, en el entendido que el servidor público se encuentra sujeto al cumplimiento de la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato
- c) Que coincida con el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público de un tercero.¹⁴

4.2.2. De la defensa del patrimonio público

Este derecho colectivo se encuentra instituido como tal en el literal e) del artículo segundo de la ley 472 de 1998. Así mismo, en el artículo 88 constitucional, el cual regula las acciones populares, se hace alusión a que mediante estas se protegerán *"los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio"*.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha recordado la definición que ha mantenido el Consejo de Estado en la materia, de la siguiente forma:

*"En este orden, debe tenerse en cuenta en relación con el patrimonio público y su defensa, la definición que del mismo ha dado el Consejo de Estado como aquel que "cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo"."*¹⁵

¹⁴

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-640 de 2013.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

Teniendo claro lo que se entiende por patrimonio público, vale la pena resaltar el pronunciamiento del Consejo de Estado donde se analiza el alcance de este derecho colectivo, así:

*"(...) el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público **implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial.** A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones "que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa" por cuanto generalmente supone "la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos" Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: "la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva"(Negrillas fuera del texto original)¹⁶*

De lo anterior, se concluye que la defensa del patrimonio público, se erige como un derecho colectivo susceptible de protección mediante el mecanismo de acción popular, con el cual se persigue que la administración de los recursos públicos se realice de manera eficiente y responsable, de forma tal que se evite un detrimento patrimonial.

A su vez, este derecho guarda estrecha relación con el derecho colectivo de moralidad administrativa, de forma tal, que una violación a la defensa del patrimonio, implica directamente una vulneración a la moralidad administrativa, puesto que como se ha estudiado, este se instituyó para orientar las actuaciones administrativas hacia la rectitud, lealtad y honestidad.

4.3. DE LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES MEDIANTE ACCIÓN POPULAR.

En cuanto a la procedencia de la acción popular cuya pretensión se encuentre encaminada a conseguir la anulación de un contrato estatal, el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, estableció:

"Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

¹⁶ Fallo 1330 de 2011 del Consejo de Estado, Sección Tercera, CUP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01 (AP)





13-001-23-31-000-2010-00651-00

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. (Negrillas fuera del texto original)

Sin embargo, el tratadista Santofimo Gamboa, ha estudiado una excepción a dicha regla, argumentada de la siguiente forma:

*"Sin perjuicio de esta barrera legal estimamos como forzoso admitir una excepción, a ella y es cuando el juez advierta que el vicio en el que está imbuido el acto o contrato lo es de orden constitucional, caso en el cual, siguiendo en la sana lógica de la preceptiva del artículo 4º superior, se habrá de admitirse que el juez popular deviene empoderado de la facultad (constitucional, eso sí) para anular el acto o contrato, pues sabida es la intangibilidad de los principios, valores y reglas constitucionales para el legislador, de modo que los mismos no pueden verse limitados o cercenados por un dispositivo legal que, prima facie, lleve a afirmar conclusión de tal naturaleza"*¹⁷ (Negrillas fuera del texto original)

4.4. DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN ACCIONES POPULARES.

Respecto de la carga de la prueba en las acciones populares el Consejo de Estado ha sostenido que:

*"...la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba...."*¹⁸

¹⁷ Santofimo Gamboa, Jaime Orlando. (2017) Compendio de Derecho Administrativo. Capítulo Acciones Constitucionales de Protección a los Intereses Colectivos. Pág. 506.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA- Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)- Radicación número: 25000-23-26 000-2004-00748-01 (API- Acción: LUIS CARLOS MONTOYA GONZALEZ- Demandado: ALCALDIA LOCAL DE SAN CRISTOBAL DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ D.C. Y OTROS.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

De acuerdo a lo anterior se tiene que, en materia de acciones populares, aplica la regla general dispuesta en el CGP¹⁹. según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que alegan.

4.5. INCENTIVO ECONÓMICO.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010²⁰ fueron derogados los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998, los cuales establecían un estímulo para los actores populares por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-630 de 2011.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- A folio 318 a 325 reposa escritura pública que contiene contrato de aporte de capital, en el que la Nación transfiere a Termocartagena S.A. ESP a título de aporte en especie, lo correspondiente al derecho de dominio sobre la Central Térmica de Cartagena. En la cláusula tercera de dicho documento, se consigna que esta última fue adquirida por la Nación mediante contrato de dación de pago suscrito entre CORELCA y la Nación (Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía.) y en su cláusula cuarta se establece que el aporte corresponde a 15, 583'500,000 pesos colombianos.
- A folio 326 reposa acta suscrita el 17 de octubre de 1997 entre CORELCA y Termocartagena S.A. ESP, con el fin de acordar la forma en la que se llevaría el empalme y la entrega de la Central Térmica de Cartagena, con ocasión a la enajenación de la misma.
- Mediante Resolución 0767 de 1997²¹ expedida por el Director General de la Corporación Eléctrica de la Costa (CORELCA), dicha entidad establece que responderá solidariamente con Termocartagena S.A. E.S.P. por las obligaciones laborales, bonos pensionales y demás obligaciones legales y convencionales, en virtud de la sustitución

¹⁹ Artículo 167 del Código General del Proceso.

²⁰ Publicado en el Diario Oficial 47.937 de 2010

²¹ Folio 336 – 337.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

patronal consecuencia de la enajenación de acciones de Termocartagena S.A.

- A folios 338 al 340 reposa acta de entrega y recibo de la Central Térmica de Cartagena.
- A folio 372 reposa documento de donde se extrae que CORELCA y Termocartagena S.A. reconocen la sustitución patronal prevista en el convenio de Sustitución Patronal suscrito el día 27 de diciembre de 1996, aduciendo que esta operará respecto a los empleados de CORELCA que a la fecha en la que se firmó el documento, laboraban en la "Central". Así mismo, se deja escrito que Corelca debe remitir a Termocartagena la información pertinente para llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones con los trabajadores. El presente documento fue firmado por los Representantes de CORELCA y TERMOCARTAGENA el día 17 de octubre de 1997.
- Reglamento de Venta y Adjudicación para participar en el programa de enajenación de las acciones de Termocartagena S.A.²²
- A folio 1128 reposa resolución de "preclusión de la Instrucción" proferida por la Fiscalía, por considerar que las conductas de los sindicatos²³ fueron atípicas. En esta, se estudió lo referente a la compra preferencial de las acciones que el Estado tenía en Termocartagena por parte de los trabajadores de Corelca S.A., Termocartagena S.A. y las entidades donde CORELCA tuviese participación mayoritaria.
- A folio 1223 reposa resolución número 866 de 2002 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la cual pone fin a la actuación administrativa iniciada de oficio por dicha entidad, en el que se buscó establecer si se violó lo dispuesto en la ley 226 de 1995 y el Decreto 1743 de 1996 mediante la enajenación de las acciones de Termocartagena S.A. en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha de compra de las mismas por parte de integrantes del sector solidario, en consideración a que el Fiscal Delegado ante la Unidad Nacional especializada en Delitos contra la Administración profirió decisión el día 18 de diciembre de 2001 en la cual resolvió proferir

²² Fl. 3351- 3398.

²³ Andres Yairucl Lozano, Elio Tedulio Diaz Granado, Felipe Ayerbe Muñoz, Marcos Horniga Pérez, Amulio Cardona Fuentes, Alvaro Perilla Romo y Gregorio Obregón Rubiano.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

resolución de preclusión de la instrucción y en virtud de la importancia que reviste la acción penal, la cual persigue el interés público.

- A folio 3141 reposa contrato de fiducia mercantil para la administración del pasivo pensional de Vista Capital (antes Termocartagena S.A.) suscrito con Fiducor S.A. firmado el día 4 de marzo de 2011.
- La Contraloría General de la República remitió escrito que se encuentra a folio 3220 en el que manifiesta que no se encontraron archivos o registros de procesos de responsabilidad fiscal en contra de Termocartagena, tampoco se encontraron documentos de auditorías.
- A folio 3345 se encuentra la resolución N° 2877 de 1996 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se adjudican las acciones de la sociedad Termocartagena S.A. ESP ofrecidas en el programa de enajenación de activos. Se realiza debido a que el día 29 de septiembre de 1996 se hizo pública oferta al sector solidario para la adquisición de acciones de Termocartagena S.A. del total de 100% que posee el Estado en dicha sociedad. Estas se venden con un valor de 3.000 pesos colombianos cada una. Se extrae que se recibieron 180 aceptaciones para un total de 5.112.525 acciones vendidas.
- A folio 690 reposa visita realizada por la Superintendencia de Sociedades en la que se constata que la empresa TECSA COLOMBIA no tiene relación con el contrato celebrado el día 27 de noviembre de 1996, objeto de la presente demanda.
- En trámite de despacho comisorio, se recibió por parte del Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, el testimonio del señor Rodolfo Smit Kinmderman, el cual afirma ser ingeniero electricista y administrador de empresas y ostenta la calidad de Gerente Comercial de Transelca desde el año 1998 hasta la fecha, cumpliendo funciones encaminadas al crecimiento de la misma a través de los ingresos y es responsable de los negocios que se generen. Relata que Termocartagena pertenecía a la Nación y que fue vendida a TECSA. Corelca realizaba la administración, operación y mantenimiento de la central y de la subestación. Agrega que la central tenía asociada una subestación a través de la cual se exporta la energía generada en la central, cuando se vende la Central la Nación conserva la subestación y la vende a Transelca en el año 1999. Relata que la entidad CREG





13-001-23-31-000-2010-00651-00

establece mediante resoluciones unos valores base o referencia de los componentes de una subestación de energía eléctrica, por lo cual la base de la negociación en cuanto al precio tuvieron que ser esos valores. Afirma que no tiene conocimiento de la existencia de estudios técnicos para la venta de la Central ni si existió algún respaldo o garantía respecto a los pasivos o deudas laborales que tenía la Nación.

- Los señores José Castillo Castillo, Ligia Bermejo de Jaramillo y Manuel de la Ossa Garcés fueron citados a interrogatorio de parte, sin embargo, no asistieron a la diligencia practicada en trámite de despacho comisorio.
- El señor Francisco Lozano en calidad de testigo técnico rindió testimonio en trámite de despacho comisorio realizado por el Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá Sección Segunda, del que se extrae lo siguiente: afirma tener estudios en las áreas de privatización, sector eléctrico, gestión pública y planeación urbana. Relata que la privatización en el sector eléctrico en Colombia se debe a que la Nación llegó a un punto en el que no podía sostener el mismo, por la gran inversión de capital que esto demandaba, debido a esto, el país se encontraba sumido en deudas, poniendo en jaque la estabilidad financiera del país. Por lo que para brindar un servicio eficiente, era necesario vincular capital privado.

5.2. Excepciones propuestas

En su contestación, la parte accionada Superintendencia de Sociedades propuso las siguientes excepciones:

- Culpa de un tercero: argumentando que si existe alguna omisión, la responsabilidad recae sobre TECSA, su contador y revisor fiscal.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva: alegan que la entidad no prestó su colaboración para celebrar contrato alguno.
- Ineptitud sustantiva de la demanda: sustentan que la presente demanda se fundamenta en hechos irreales, al querer responsabilizar a la Superintendencia de Sociedades.
- Caducidad de la acción: por considerar que de acuerdo al artículo 11 de la ley 472 de 1998 la demanda debe presentarse en un término de 5 años a partir de la omisión u acción que generó la vulneración.

Por otro lado, la accionada Termocartagena S.A. ESP propuso tres excepciones a las cuales denominó:





13-001-23-31-000-2010-00651-00

- Cosa Juzgada: fundamentándose en el principio non bis in ídem, por considerar que resulta improcedente continuar revisando los hechos que fundamentan la presente acción popular, puesto que ya se han revisado previamente por vía administrativa, contenciosa administrativa y penal.
- Inexistencia de las pretensiones: Manifiestan que el patrimonio que el accionante pretende defender se transformó una vez finalizó la venta de acciones y activos.
- Buena fe: Argumenta que esta ampara a la accionada de las pretensiones del accionante, debido a que afirma haber cumplido de manera oportuna con los pagos y las condiciones pactadas.
- Ausencia en la causa para litigar: Manifiesta que la empresa Termocartagena ha venido cumpliendo con lo correspondiente a los bonos pensionales y que se encuentra a paz y salvo en sus obligaciones.

De la misma forma, la vinculada EMGESA S.A. propuso las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que EMGESA no vulneró derechos colectivos con la adquisición de los activos de TECASA.
- Improcedencia de la acción popular para satisfacción de las pretensiones formuladas por el actor por existir los medios de control de controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.
- Protección jurídica de EMGESA como adquirente de buena fe.

La vinculada Contraloría General de la República sustentó las siguientes excepciones:

- Indebida notificación de la demanda, puesto que afirman que no se les envió la totalidad de la demanda a su buzón de notificaciones.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva debido a que esta no ha sido incluida por el actor como demandada.
- Improcedencia de la vinculación como demandada en la acción popular.

El Ministerio de Trabajo propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que la entidad no tiene competencia para determinar o cumplir con los aspectos que involucran a las entidades accionadas, no tiene obligaciones laborales ni de cualquier otro orden.





Sustenta no ser responsable de modo alguno de los hechos alegados por los accionantes.

Sobre las anteriores, estima la Sala que considerando que estas giran en torno a los puntos centrales de la litis, como lo es la legitimación en la causa de las accionadas y la responsabilidad en la materia, estas se estudiarán en el acápite ulterior.

Sin embargo, respecto a la excepción de caducidad de la acción, es menester aclarar que el aparte del artículo que contiene las expresiones a las que hace referencia la accionada en su argumento, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 215 de 1999²⁴.

Así mismo, en cuanto a la excepción de cosa juzgada, como quiera que la titularidad de los derechos colectivos es difusa, la configuración la cosa juzgada en el trámite de la acción popular no exige identidad de parte, sino solamente de objeto (pretensiones) y causa petendi (Fundamentos fácticos)²⁵. En la presente, se constata que en el año 2002 fue admitida demanda de nulidad y restablecimiento del derecho²⁶ donde fungió como demandante Termocartagena S.A. ESP en contra de la Nación, Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en la que acusó las resoluciones N° 034 del 13 de marzo de 2001 y CREG 094 del 21 de junio de 2001.

Por otro lado, a folio 1128 reposa oficio N° 013 del 10 de febrero de 2002 que contiene resolución de preclusión de instrucción proferida por el Fiscal Delegado ante la Unidad Nacional Especializada en Delitos Contra la Administración Pública, al considerar atípicos los hechos. En esta, se estudiaron las operaciones celebradas por parte de miembros del sector solidario, encaminadas a la adquisición de acciones de Termocartagena S.A. ESP, mediante el contrato de acción de compra con Colombian Electricity Fund, el encargo fiduciario con Fiduidino S.A. y la legalidad de las actuaciones realizadas.

En especial, se analizó lo correspondiente a la restricción a la negociación de las acciones por parte de los adquirentes de las mismas. Se concluyó que los negocios fueron lícitos, al encontrarse que estos se realizaron de acuerdo a las

²⁴ "Segundo.- Declarar INEQUIBLE el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, salvo las expresiones "Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas al estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción o omisión que produjo la alteración", las cuales se declaran INEQUIBLES." MP: María Victoria Sánchez de Moncaliano.

²⁵ Sección Primera, Consejo ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, sentencia del 29 de junio de 2006, Radicación número: 85001-23-31-000-2004-00022-01 (AP). Actor: Corporación para la Defensa de la Gente y el Medio Ambiente – Fundegente.

²⁶ Folio 125





13-001-23-31-000-2010-00651-00

normas que rigen la materia, puesto que la norma no señala que el dominio de las acciones sea perpetuo sino que lo condiciona a se negocien después de transcurridos dos años.

Así mismo, a folio 1223 reposa resolución número 866 de 2002 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la cual pone fin a la actuación administrativa iniciada de oficio por dicha entidad, en el que se buscó establecer si se violó lo dispuesto en la ley 226 de 1995 y el Decreto 1743 de 1996 mediante la enajenación de las acciones de Termocartagena S.A. en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha de compra de las mismas por parte de integrantes del sector solidario, en consideración a que el Fiscal Delegado ante la Unidad Nacional especializada en Delitos contra la Administración profirió decisión el día 18 de diciembre de 2001 en la cual resolvió proferir resolución de preclusión de la instrucción y en virtud de la importancia que reviste la acción penal, la cual persigue el interés público.

Así las cosas, al compararse las pretensiones de los procesos anteriormente referidos con las esbozadas en la presente demanda, se extrae que no existe identidad de objeto respecto a la presente acción popular, puesto que en esta lo que se busca es la protección de derechos colectivos como lo son la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. De la misma forma, se tiene que en la presente se observarán los hechos desde un punto de vista distinto al de un proceso penal, el cual busca determinar si la conducta se puede subsumir a un determinado delito que debe encontrarse tipificado como tal en el código penal sino que lo que se busca es establecer si las actuaciones administrativas se realizaron basadas en la rectitud, lealtad y honestidad y si se ha velado por la administración eficiente, oportuna y responsable. Por lo que se concluye que no está llamada a prosperar la excepción estudiada.

Ahora bien, en lo que respecta a la excepción de improcedencia de la acción popular por considerar que las pretensiones se debieron perseguir mediante los medios de control de controversias contractuales, nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, la misma no tiene vocación de prosperidad; debido a que lo preceptúa el artículo 9° de la Ley 472 de 1998, la acción popular procederá contra toda acción y omisión que viole o amenace los derechos colectivos; de tal manera de que la violación puede darse a partir de un contrato estatal, de un acto administrativo o de cualquier otro mecanismo de actuación de la administración; ahora bien como se indicó en parágrafos precedentes, cuando la violación sea consecuencia de un acto





administrativo o de un contrato estatal, la acción se torna procedente, pero el Juez popular no podrá anular el acto o contrato; pero si adoptar cualquier otra medida que resulte necesaria para la práctica del derecho colectivo.

Respecto a la legitimación en la causa por pasiva de la empresa TECSA, a folio 690 reposa visita realizada por la superintendencia de sociedades en la que se constata que la empresa no ha realizado ningún tipo de contratación con la Nación, por lo que se concluye que los accionantes al referirse a esta, lo hicieron con la intención de referirse a Termocartagena S.A. ESP generando la confusión, puesto que TECSA S.A. y la accionada Termocartagena son dos empresas distintas.

5.3 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

La señora Ligia Bermejo de Jaramillo y los señores Guillermo Castillo Castillo y Manuel Fernando de la Ossa Garcés presentaron Acción Popular, contra Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, Superintendencia de Servicios Públicos, Superintendencia de Sociedades, Corelca S.A. y Tecsa, con el fin de garantizar la defensa de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, los cuales considera vulnerado por las accionadas como consecuencia de la celebración del contrato mediante el cual la Nación transfirió a Termocartagena S.A. el derecho de dominio sobre la Central Térmica de Cartagena, presuntamente por un valor inferior al pertinente, así mismo, se hace referencia al presunto incumplimiento de las obligaciones laborales con los trabajadores objeto de sustitución patronal, que laboraban en la Central antiguamente perteneciente a CORELCA (Nación). De la misma forma, se afirma que el procedimiento de enajenación de las acciones de la Nación en Termocartagena S.A. fueron realizadas en contrariedad a la normativa vigente.

Por su parte, las accionadas manifiestan encontrarse en oposición a las pretensiones de la demanda, basándose en las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación en la causa por activa, caducidad de la acción e improcedencia de la acción popular para perseguir las pretensiones de los accionantes. Cada una de las accionadas manifestó su desacuerdo con las pretensiones de la presente demanda, en el sentido relatado en el acápite de contestación de la demanda.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

En el *sub examine*, pretenden los accionantes que se amparen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, presuntamente vulnerado por las accionadas.

En ese sentido, los accionantes señalan que en el menoscabo de los derechos colectivos se genera con los siguientes hechos: (i) El contrato celebrado entre la Nación y Termocartagena S.A. generó un detrimento patrimonial a la Nación debido al bajo precio acordado (ii) El presunto incumplimiento de Termocartagena S.A. en lo correspondiente a las obligaciones laborales con los trabajadores objeto de sustitución patronal que laboraban en la Central antiguamente perteneciente a CORELCA (Nación), lo cual, a su parecer, generaría un agravio debido a que sería la Nación la encargada de pagar las obligaciones y, por último, (iii) El procedimiento de enajenación de las acciones de la Nación en Termocartagena S.A. que según los accionantes fueron realizadas de manera “engañosa” y en contrariedad a la normativa vigente.

Es dable precisar que sobre la carga de la prueba en acciones populares que ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia²⁷, lo siguiente:

*"... la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, **tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba**"*

*"Ha reiterado la Sala que **en estas acciones la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, corresponde al accionante, quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de***

²⁷ sentencia C-215 de abril 14 de 1999, Magistrado Ponente Martha Victoria Sánchez de Moncaleano.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N° 310 /2019
SALA DE DECISIÓN N° 001

SIGCMA

13-001-23-31-000-2010-00651-00

la ley 472 de 1998, máxime si se tiene en cuenta que actúa movido no sólo por el ánimo de proteger un derecho o interés colectivo, sino que a ése, se une el móvil de la retribución económica que la prosperidad de la acción le puede generar. Así pues, el citado artículo 30 en tanto dispone que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, **no da lugar a entender que en el sub examine el actor estaba relevado de la carga de la prueba, dado que no se presentó ninguna de esas circunstancias que pudieran justificar la deficiencia probatoria. Así pues, el actor incumplió con la carga procesal de la prueba, prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y según el cual " ... incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"**

28.

Por lo que se concluye que a pesar de que el Juez popular tiene la facultad probatoria de oficio y se caracteriza por encaminar su actuar hacia la protección de los derechos colectivos sin limitarse a lo establecido en el proceso²⁹, no puede entenderse que debe relevar al accionante de lo que a este le concierne, es decir, que no puede relevar a estos de su carga probatoria.

Por otra parte como se expuso en el marco normativo, la violación de la moralidad administrativa conlleva la afectación de valores tales como la buena fe, honestidad, ética, interés general, entre otros, sea por acción o por omisión por parte de los funcionarios públicos, debiendo acreditarse la intención de realizar la conducta reprochada, el comportamiento deshonesto con relación a la administración del erario público, el desconocimiento del principio de legalidad en el desarrollo de las funciones encomendadas y debiendo el juez examinar si existe desviación en el cumplimiento del interés general, que conlleve al favorecimiento del propio funcionario o servidor público o de un tercero, supuestos estos de los cuales ninguno, puede tenerse por demostrado en el presente proceso.

En este sentido, una vulneración al derecho colectivo de la defensa del patrimonio público, íntimamente ligado al derecho colectivo de la moralidad administrativa, implica que los recursos públicos no sean manejados de una forma que cumpla con los principios de eficiencia y responsabilidad y esto se realice de conformidad con las normas presupuestales, de manera tal que se

²⁸ Ver Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2004, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP).

²⁹ Quinche Rumiérrez, Manuel Fernando. (2015) Derecho Procesal Constitucional Colombiano, Bogotá -- Colombia, Pág. 299- 301.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

evite el detrimento patrimonial de la Nación, lo cual tampoco es demostrado en el presente.

En ese orden, para la Sala, en el sub examine no existe prueba de la vulneración de los derechos colectivos en estudio por las razones que se exponen a continuación.

Para efectos de llegar a la conclusión anterior se estudiaron cada uno de los hechos a los cuales se les esgrimió haber generado la afectación de los derechos colectivos de los cuales se pretende su protección, a saber:

- El contrato celebrado entre la Nación y Termocartagena S.A. que generó un detrimento patrimonial a la Nación debido al bajo precio acordado, teniendo en cuenta que presuntamente la Nación adquirió la Central a un precio más elevado.
- El presunto incumplimiento de Termocartagena S.A. en lo correspondiente a las obligaciones laborales con los trabajadores objeto de sustitución patronal que laboraban en la Central antiguamente perteneciente a CORELCA (Nación), lo cual, a su parecer, generaría un agravio debido a que sería la Nación la encargada de pagar las obligaciones.
- El procedimiento de enajenación de las acciones de la Nación en Termocartagena S.A. que según los accionantes fueron realizadas de manera "engañososa" y en contrariedad a la normativa vigente.

Respecto al primer punto, se tiene que para concluir que existe afectación a la defensa del patrimonio público y a su vez a la moralidad administrativa, es necesario que se demuestre que la venta de la Central Termoeléctrica de Cartagena se realizó acordando un precio menor al que se pactó cuando fue adquirida por la Nación, generando un detrimento al patrimonio público, lo cual no se puede extraer de los documentos que reposan en el expediente, por lo que se tiene que no se logró demostrar lo dicho por la parte accionante. Así mismo, es importante recalcar que en cuestiones de mercado, se deben tener en cuenta las fluctuaciones que se generan en materia de demanda, oferta, devaluación y todos aquellos conceptos que permiten estimar el valor de un bien.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N° 310 /2019
SALA DE DECISIÓN N° 001

SIGCMA

13-001-23-31-000-2010-00651-00

En lo concerniente al segundo punto, se tiene que la enajenación de las acciones se realizó de conformidad con lo contemplado en el Reglamento de Venta y Adjudicación³⁰ del programa de enajenación de las acciones de Termocartagena S.A. y que la única prohibición que se contempló legalmente respecto a estas es la de no poderse vender en un plazo de 2 años desde su adquisición, incluso en este supuesto, la única sanción que fue contemplada fue una multa a favor de la Nación, por lo que no le es dable al juez popular crear una prohibición distinta a esta.

Por último, en cuanto al tercer punto, se tiene que a folio 3141 reposa contrato de fiducia mercantil para la administración del pasivo pensional de Vista Capital (antes Termocartagena S.A.) suscrito con Fiducor S.A. firmado el día 4 de marzo de 2011.

Concordante con lo precedente, la Sala considera que se deben negar las pretensiones de la demanda correspondientes a las obligaciones laborales, puesto que las mismas escapan de la órbita del Juez popular, al pretenderse el pago de las acreencias laborales presuntamente adeudadas, lo cual constituye una petición de carácter pecuniario y que debe ser perseguida de manera individual por todo aquel que se considere vulnerado en sus derechos, debiendo aportar las pruebas para tal fin. Dicho conflicto deberá ser desatado, de manera individual, mediante proceso laboral ante la jurisdicción competente, según el caso, pues se reitera, ello perse no implica violación de derechos colectivos.

Por lo anterior, se vislumbra que dicha solicitud se escapa de la órbita de competencia del Juez Popular al tratarse de una pretensión que involucra el pago de conceptos monetarios, por encontrarse instituidos mecanismos ordinarios para dicha discusión en la jurisdicción contenciosa administrativa o en la ordinaria, por lo que de ninguna forma podría desatarse dicho conflicto mediante una acción constitucional de este tipo en la que se debe demostrar la vulneración de uno de los derechos colectivos contenidos en la ley 472 de 1998.

³⁰ Cuaderno de anexos. Contrato de prenda.





13-001-23-31-000-2010-00651-00

Ahora bien, a pesar de que no se constituye cosa juzgada con ocasión al proceso penal adelantado y la actuación administrativa realizada, tal como se concluyó en el acápite de excepciones, estos se instituyen como indicios que corroboran la tesis de la Sala, debido a que en el proceso penal se emitió resolución de "preclusión de la Instrucción" proferida por la Fiscalía, por considerar que las conductas de los sindicatos fueron atípicas. En esta, se estudió lo referente a la compra preferencial de las acciones que el Estado tenía en Termocartagena por parte de los trabajadores de Corelca S.A., Termocartagena S.A. y las entidades donde CORELCA tuviese participación mayoritaria y en la actuación administrativa se profirió resolución número 866 de 2002 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la cual pone fin a la actuación administrativa iniciada de oficio por dicha entidad, en el que se buscó establecer si se violó lo dispuesto en la ley 226 de 1995 y el Decreto 1743 de 1996 mediante la enajenación de las acciones de Termocartagena S.A. en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha de compra de las mismas por parte de integrantes del sector solidario, en consideración a que el Fiscal Delegado ante la Unidad Nacional especializada en Delitos contra la Administración profirió decisión el día 18 de diciembre de 2001 en la cual resolvió emitir resolución de preclusión de la instrucción y en virtud de la importancia que reviste la acción penal, la cual persigue el interés público.

Por otro lado, se advierte que los accionantes José Castillo Castillo, Ligia Bermejo de Jaramillo y Manuel de la Ossa Garcés fueron citados a interrogatorio de parte, sin embargo, no asistieron a absolverlo, sin excusa alguna. Así mismo, no ejerció el derecho de contradicción frente a las pruebas recaudadas.

De acuerdo a las consideraciones precedentes, y al no existir prueba suficiente dentro del expediente que demuestre la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público enlistados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, se denegará la protección de los derechos colectivos invocados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA N° 310 /2019
SALA DE DECISIÓN N° 001

SIGCMA

13-001-23-31-000-2010-00651-00

VI. - FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de caducidad, cosa juzgada, e improcedencia de la acción. Así mismo se declaran no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formuladas por la Contraloría General de la Republica, Ministerio de Trabajo y TECSA.

SEGUNDO: NEGAR la protección a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público en la demanda de acción popular interpuesta por los señores José Castillo Castillo, Ligia Bermejo de Jaramillo y Manuel de la Ossa Garcés, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

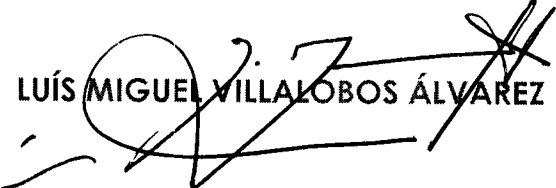
TERCERO: Sin condena en costas a la parte accionante.

CUARTO: Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

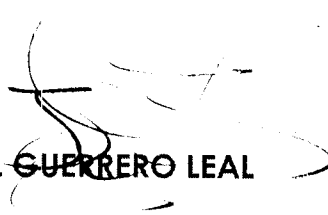
QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

