



Concepto Sala de Consulta C.E. 1663 de 2005 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., julio veintiocho (28) de dos mil cinco (2005)

Referencia: Radicación: 1.663

Alcance de la intervención del Defensor del Pueblo en los programas de enajenación de la propiedad accionaria del Estado. Ley 226 de 1995.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del doctor Volmar Pérez Ortiz, Defensor del Pueblo, formuló consulta a la Sala sobre el alcance del párrafo del artículo 7º de la ley 226 de 1995, relacionado con la intervención de dicho organismo en los programas de enajenación de acciones.

Al efecto, formuló las siguientes preguntas:

"1. ¿Cuál es el alcance del párrafo del artículo 7º de la ley 226 de 1995 que señala: "Del diseño del programa de enajenación se enviará copia a la Defensoría del Pueblo para que ésta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del mismo"?

"2. ¿La intervención de la Defensoría del Pueblo y las eventuales medidas que puedan tomarse están dirigidas en forma exclusiva a garantizar los procesos de democratización de la propiedad accionaria, asegurando que la oferta de la misma se haga en primera instancia a los trabajadores y a las organizaciones solidarias o por el contrario, la intervención defensorial debe dirigirse a garantizar la "transparencia" de todo el proceso en desarrollo de sus diferentes fases?

"3. ¿En el contexto del artículo 282 de la Carta Política y de la ley 24 de 1992, ¿Qué tipo de medidas puede tomar la Defensoría del Pueblo para garantizar la "transparencia" en los procesos de enajenación de la propiedad estatal?

"4. ¿Puede la Defensoría del Pueblo solicitar la suspensión de tales procesos si encuentra que los mismos no se ajustan a lo ordenado por la Constitución Política y la ley 226?

"5. ¿Puede solicitar la suspensión cuantas veces sea necesario, hasta tanto no se adecue el proceso de enajenación a los postulados constitucionales y legales?

"6. ¿Ante qué autoridad debe la Defensoría del Pueblo presentar las observaciones o inconsistencias que pueda encontrar en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado?

"7. Teniendo en cuenta que en el programa de enajenación intervienen varias autoridades, unas en el diseño y aprobación y otras en la ejecución del mismo, ¿qué tipo de responsabilidad se configura y en cabeza de qué autoridad radicaría la misma, en caso de desatención de las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo?

"8. De acuerdo con lo señalado en la ley 226 de 1995, la intervención por parte de la Defensoría del Pueblo no tiene carácter obligatorio y, por lo tanto, no se estipula un plazo para la misma, ¿existe algún parámetro legal que determine el término dentro del cual esta institución haya de realizar su pronunciamiento una vez recibida la copia de los programas de enajenación?

Como antecedente de la consulta, el señor Ministro señala la importancia de precisar el alcance del párrafo del artículo 7º de la ley 226 de 1995, por cuanto su contenido no establece en forma precisa cuales son las actividades que debe desplegar el Defensor del Pueblo en los procesos de la referencia.

La Sala avocará el estudio de la consulta en el siguiente orden temático:

1. Defensor del Pueblo. Marco Constitucional y legal.
2. Proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado.
3. Alcance de la Intervención del Defensor del Pueblo. Artículo 7º de la ley 226 de 1995.
4. Medidas que el Defensor del Pueblo puede adoptar en el marco de la función atribuida en el artículo 7º de la ley 226 de 1995. Oportunidad

legal para intervenir dentro de los procesos de enajenación de acciones del Estado.

5. Naturaleza Jurídica de las observaciones realizadas por el Defensor del Pueblo en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado. Carácter vinculante. Responsabilidad.

1. Defensor del Pueblo. Marco Constitucional y legal

La Defensoría del Pueblo es una institución que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el Constituyente de 1991 con el fin de asegurar la eficacia de los derechos humanos "en el contexto del nuevo esquema constitucional inspirado en los principios democráticos de igualdad, participación y paz"¹.

El propósito de crear la figura del Defensor del Pueblo fue fortalecer los mecanismos de protección de los derechos humanos, a través de una institución mediadora entre el Estado y los ciudadanos.

La Constitución en el artículo 282, le confió al Defensor del Pueblo la tarea de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos y le asignó, las siguientes funciones:

1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
3. Invocar el derecho de hábeas corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.
4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.
5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.
6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.
8. Las demás que determine la ley." (Negrilla fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, sobre la misión de la Defensoría del Pueblo y su posición frente a los organismos de control tradicionales, el legislador en los antecedentes de la ley 24 de 1992 por la cual se organizó dicha entidad, señaló:

"La Constitución de 1991, consagró una Carta de Derechos amplia y generosa. Sin embargo, los derechos allí establecidos no son simples declaraciones sino garantías del individuo o de la comunidad frente al poder; exigibles judicialmente y que comprometen al legislador y al ejecutivo. Para que esta Carta sea realmente útil, es necesario que se cumpla en la práctica. Una de las instituciones creadas para asegurar la eficacia de los derechos y promover la nueva concepción que de éstos tiene la Constitución, es el Defensor del Pueblo."

"El defensor del pueblo no reemplaza, sustituye o rivaliza en sus competencias con las instituciones clásicas del control ni con los mecanismos de protección existentes. Debe reafirmarse en ese sentido que el defensor complementa desde la perspectiva preventiva que le deviene su misión constitucional velar por la promoción, divulgación y ejercicio de los derechos humanos en el país, la importante función que le corresponde cumplir al Procurador General de la Nación (artículo 277-2 de la Constitución). Ello explica también por qué no se atribuyen al defensor del pueblo funciones disciplinarias o judiciales y sí, en cambio, se le dota de facultades para asumir la representación del ciudadano común víctima de amenazas o violaciones a sus derechos humanos, mediante mecanismos informales, ágiles y de fácil acceso que procuren un resultado oportuno y eficaz"².

La ley 24 de 1992, en desarrollo del artículo 282 Superior, le asignó al Defensor, entre otras, las siguientes funciones:

"Artículo. 9º. Además de las atribuciones señaladas en la Constitución, el Defensor del Pueblo tendrá las siguientes: (...)

3. Hacer las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación a los derechos humanos y velar por su promoción y ejercicio. El defensor podrá hacer públicas tales recomendaciones e informar al Congreso sobre la respuesta recibida.
4. Realizar diagnósticos de alcance general sobre situaciones económicas, sociales, culturales, jurídicas y políticas en las cuales se puedan encontrar las personas frente al Estado. (...)
7. Presentar anualmente al Congreso un informe sobre sus actividades en el que se incluirá una relación del tipo y número de las quejas recibidas, de las medidas tomadas para su atención y trámite, de la mención expresa de los funcionarios renuentes o de los particulares comprometidos y de las recomendaciones de carácter administrativo y legislativo que considere necesarias. (...)
9. Demandar, impugnar o defender ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de cualquier persona y cuando fuere procedente, normas relacionadas con los derechos humanos. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Nacional, de la ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier jurisdicción, servidor público o autoridad. (...)

los derechos humanos.

24. Las demás que le señalen otras disposiciones legales". (Negrilla fuera de texto).

Precisamente en desarrollo de este último grupo de funciones, distintas disposiciones legales han venido atribuyendo al Defensor del Pueblo amplia intervención en el campo de los Derechos Colectivos; así por ejemplo la ley 472 de 1.998 le concede titularidad para incoar Acciones Populares, en este orden de ideas también las atribuciones que le otorga la ley 225 de 1.995 deben enmarcarse dentro del ámbito de protección de derechos e intereses colectivos.

Las normas transcritas permiten afirmar que el Defensor del Pueblo tiene un ámbito de competencia definido en torno a los derechos humanos y su protección, por ende el alcance de sus funciones -pedagógicas, de defensa, de implementación de mecanismos judiciales, etc-, así como también, el ejercicio de la función de recomendación y crítica, que la doctrina ha catalogado como "uno de los principales instrumentos del Defensor del Pueblo"³ cuya fuerza estriba "en su libertad e independencia para actuar, por encima de todo, a favor del bienestar de la colectividad,"⁴ se deberán circunscribir a dicho ámbito.

En consecuencia, atendiendo la finalidad de la institución y las atribuciones constitucionales y legales que se le han confiado, resulta claro que el Defensor del Pueblo como representante de los intereses de la sociedad civil está legitimado para conceptuar, recomendar y hacer observaciones en cualquier situación que amenace o vulnere los derechos de los ciudadanos.

De ahí que, en concepto de la Sala, no resulta extraño que el Defensor del Pueblo, en virtud a lo dispuesto en la ley 226 de 1995, como se analizará más adelante, se encuentre legitimado, dentro de lo que la doctrina ha denominado como "el poder de crítica y recomendación" para hacer observaciones al diseño de los programas de enajenación de la propiedad accionaria del Estado.

2. Proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado

El artículo 60 que hace parte del título I, del capítulo II de los derechos sociales, económicos y culturales que consagra la Constitución, prevé:

"El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes para democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia".

La disposición transcrita, como lo ha reiterado la Corte Constitucional en diferentes providencias, propende por la democratización de la propiedad accionaria del Estado en condiciones de transparencia, así como por la participación real y efectiva de los trabajadores y de las organizaciones solidarias en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal⁵.

La Corte Constitucional en relación con el alcance del artículo 60 Superior, en la sentencia, C-452 de 1995, manifestó:

"Es claro que el mandato constitucional consagrado en el artículo 60 de la Carta, trasciende el mero interés de dar acceso a la propiedad estatal a los más pobres y desprotegidos; el efecto que se pretende, y así debe entenderse la disposición del Constituyente, es mucho más complejo, equilibrar la participación de los diferentes sectores de la sociedad en el manejo de la propiedad, impulsando estrategias que viabilicen el acceso de los sectores que señala la Constitución a la misma, con el propósito de que su participación implique una reformulación de los objetivos y políticas de desarrollo y manejo de dichas instituciones."(Negrilla fuera de texto)

Para alcanzar el propósito democratizador de la propiedad accionaria estatal, el legislador expidió la ley 226 de 1995, por la cual se establecen los principios rectores de los procesos de enajenación, los mecanismos conducentes a concretar la voluntad constitucional para que los trabajadores y el sector solidario puedan acceder a dicha propiedad accionaria y el procedimiento aplicable cuando el Estado decida enajenar su participación.

3. Alcance de la Intervención del Defensor del Pueblo. Artículo 7º de la ley 226 de 1995

El artículo 7º de la ley 226, contempla la intervención del Defensor del Pueblo en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, en los siguientes términos:

"Artículo. 7º. (...) Del diseño del programa de enajenación se enviará copia a la Defensoría del Pueblo para que ésta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del mismo".

Dado que en la exposición de motivos de la ley en comento y en el curso del trámite legislativo no se explicaron las razones que motivaron al legislador a establecer la obligación de enviar una copia del diseño del programa de enajenación al Defensor del Pueblo, la Sala considera importante resaltar el alcance de los principios generales que rigen dichos procesos, con miras a identificar los derechos que este funcionario, dentro de su ámbito de competencia, estaría llamado a tutelar y que justifican su intervención.

La ley 226 de 1995 establece entre los principios generales aplicables a los procesos de enajenación de propiedad accionaria del Estado, los siguientes, a partir de los cuales se configura la noción de transparencia necesaria a los mismos:

*Democratización: implica en los términos del artículo 2º de la ley 226 de 1995, que los procesos de enajenación que el Estado decida realizar deben estar dotados de amplia publicidad, y mecanismos que estimulen la masiva participación y la libre competencia.

*Preferencia: se dirige a garantizar que al sector al cual están destinadas las condiciones especiales del artículo 60 Superior, se le ofrezca el ciento por ciento de las acciones, en condiciones especiales.

*Protección del Patrimonio Público: en virtud del cual la enajenación de la propiedad accionaria estatal se debe realizar en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. Las entidades responsables de los procesos de enajenación deben efectuar los estudios técnicos que se requieran para la valoración adecuada de los activos.

*Continuidad del servicio: en los términos del artículo 5º de la Ley 226 de 1995 opera para proteger a los usuarios de los servicios de interés público en los casos de enajenación de la propiedad accionaria de las empresas que los prestan.

Los principios expuestos, en concepto de la Sala, están intrínsecamente vinculados con la defensa de los derechos económicos y sociales de participación que tienen los trabajadores y el sector solidario.

En consecuencia, en opinión de la Sala, la intervención del Defensor del Pueblo en el marco de la ley 226 de 1995, se justifica para salvaguardar el propósito democratizador de la Constitución.

Las preguntas que surgen, son entonces, ¿Cuál es el alcance de la intervención del Defensor del Pueblo? ¿El Defensor del Pueblo está facultado para realizar consideraciones de tipo técnico, económico o financiero sobre la estructuración de los programas de enajenación tendientes a determinar el precio de las acciones?, ¿Puede objetar dicho precio? ¿Cuál es la oportunidad legal para que el Defensor emita su concepto sobre los procesos de enajenación?

En concepto de la Sala para resolver estos interrogantes es preciso referirse brevemente al procedimiento de enajenación, sin perder de vista una premisa básica, según la cual, el Defensor del Pueblo tiene un ámbito de competencias circunscrito a la defensa de los derechos humanos, que no se traslapa con la de otros órganos de control que en razón de sus funciones pueden intervenir también en este tipo de procesos, es el caso, de la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Valores⁶.

El procedimiento descrito en la ley 226 de 1995, se divide en dos fases claramente diferenciadas, una previa de diseño, adopción y aprobación del programa de enajenación y otra de ejecución del mismo, que se realiza, a su vez, en dos etapas, la primera destinada a los sectores señalados en el artículo 60 de la Carta, en concordancia con el artículo 3º de Ley 226 de 1995 y una segunda destinada al público en general.

La fase que se podría denominar previa o de diseño y aprobación del programa de enajenación, se encuentra descrita en los artículos 6, 7 y 8 de la ley 226, así:

"Artículo 6º. El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1º, de la presente Ley, adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta Ley.

"Artículo 7º. Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado.

El programa de enajenación accionaria se realizará con base en estudios técnicos correspondientes, que incluirán la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esta valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación. (...).

Del diseño del programa de enajenación se enviará copia a la Defensoría del Pueblo para que ésta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del mismo". (*)

"Artículo 8º. El ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentarán el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación. (...)" (* Resalta la Sala)

En la etapa previa las entidades responsables del proceso deben elaborar los estudios técnicos que constituyen el soporte económico y financiero de la operación y diseñar con base en dichos estudios el programa de enajenación, cuyo contenido está descrito en la ley en mención, en los siguientes términos:

"Artículo. 10. Además de lo establecido en las disposiciones legales, el contenido del programa de enajenación, en cada caso particular, comprenderá los siguientes aspectos:

1. Establecerá las etapas en que se realizará el procedimiento de enajenación, teniendo en cuenta que, de manera privativa, la primera etapa estará orientada a los destinatarios de las condiciones especiales indicadas en el artículo tercero de la presente ley.
2. Incluirá las condiciones especiales a las cuales se refiere el artículo siguiente de la presente ley.
3. Dispondrá la forma y condiciones de pago del precio de las acciones.

4. Fijará el precio mínimo de las acciones que en desarrollo del programa de enajenación no sean adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales, el cual, en todo caso, no podrá ser inferior al que determinen tales condiciones especiales.

5. Indicará los demás aspectos para la debida ejecución del programa de venta".

En cuanto a las condiciones especiales de acceso a la propiedad del Estado que deben formar parte del programa, la misma ley prevé:

"Artículo. 11.-La enajenación accionaria que se apruebe para cada caso particular, comprenderá las siguientes condiciones especiales, de las cuales serán destinatarios exclusivos los mencionados en el artículo tercero de la presente ley:

1. Se les ofrecerá en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones que pretenda enajenarse.
2. Se les fijará un precio accionario fijo equivalente al precio resultante de la valoración prevista en el artículo séptimo de la presente ley, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones. En caso de existir interrupción o transcurrido el plazo de la oferta, se podrá ajustar el precio fijo por parte del gobierno, siguiendo los parámetros indicados en dicho artículo séptimo.
3. La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular, o una o varias instituciones, hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una financiación disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto del programa de enajenación, las cuales tendrán las siguientes características:
 - a). El plazo de amortización no será inferior a cinco años;
 - b). La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria, vigente al momento del otorgamiento del crédito;
 - c). El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados, para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital, y
 - d). Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.
4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones".

Las normas anteriormente transcritas permiten a la Sala señalar que el propósito del legislador al establecer que el Defensor del Pueblo recibirá una copia del diseño del programa de enajenación, es que éste funcionario como garante de los derechos de participación y de los derechos sociales y económicos que se tutelan en el proceso de enajenación, se pronuncie dentro de su ámbito de competencia con el fin de garantizar la transparencia del mismo.

En estos términos, considera la Sala que la Defensoría del Pueblo debe velar porque los diseños de los programas de enajenación que se le presenten a su consideración se ajusten al contenido previsto en la ley, es decir, que se garantice la transparencia del proceso, entre muchas otras, con medidas que conduzcan a que se ofrezca la participación que tiene el Estado, en condiciones especiales a los sectores comprendidos el artículo 60 de la Carta, que éstas sean más favorables a las que se establezcan para el público en general, que se prevean mecanismos para asegurar la continuidad del servicio en los eventos en que se pueda ver afectada su prestación, así como también, que se contemplen disposiciones que garanticen la debida publicidad del proceso y de las condiciones en que se ofrecen las acciones.

Cabe mencionar que en la página web de la Defensoría del Pueblo, el Defensor destaca que la intervención de esta entidad en los procesos de enajenación se ha realizado "haciendo amplio énfasis en medidas que conduzcan a democratizar la titularidad de la propiedad accionaria del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Carta Política " pues tal posibilidad "no se desarrolla mientras no se diseñe un amplio programa que se traduzca en el conocimiento amplio y detallado por parte de los citados grupos acerca de las condiciones, ventajas y facilidades de acceso a la propiedad del Estado" ⁷.

4. Medidas que el Defensor del Pueblo puede adoptar en el marco de la función atribuida en el artículo 7° de la Ley 226 de 1995. Oportunidad legal para intervenir dentro de los procesos de enajenación de acciones del Estado

Sea lo primero, advertir que de acuerdo con el parágrafo del artículo 7° de la ley 226 de 1995, el ministerio responsable del diseño del programa, siempre que se adelante un proceso de enajenación, tiene la obligación de compulsar copia del mismo a la Defensoría.

Como quiera que la intervención de la Defensoría del Pueblo en materia de los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, por disposición expresa del legislador -parágrafo del artículo 7° de la ley 226 de 1995- se sitúa en la fase preparatoria del programa, considera esta Sala, que es en esta etapa⁸, en la que éste funcionario de acuerdo con el marco de sus competencias generales atribuidas en el artículo 282 de la Constitución y la ley 24 de 1992 debe enmarcar su actuación.

Así las cosas, de acuerdo con la naturaleza jurídica de esta institución y el carácter preventivo de las facultades atribuidas al Defensor del Pueblo, las medidas que éste tome en relación con los procesos de enajenación, consistirán en la formulación de recomendaciones y observaciones sobre aspectos del programa diseñado, en los cuales considere que se afectan los derechos constitucionales de los trabajadores,

del sector solidario y la transparencia del mismo.

Como quiera que las recomendaciones tienen implícita la protección de derechos constitucionalmente reconocidos, es viable que la Defensoría dentro de su poder de crítica y observación, pueda recomendar a las entidades responsables del diseño -Ministro titular o a aquél al que estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público- la adopción de medidas que considere necesarias para garantizar la transparencia del proceso de enajenación que finalmente apruebe el Consejo de Ministros y adopte el Gobierno mediante decreto.

Aunque de acuerdo con el párrafo del artículo 7 la intervención de la Defensoría se establece para la etapa previa a la aprobación del programa de enajenación, si durante el seguimiento de la ejecución del programa de enajenación, el Defensor del Pueblo considera que no se está garantizando el derecho de participación y que se amenaza el propósito democratizador del mismo, está facultado para interponer las acciones populares que considere pertinentes y poner en conocimiento de los órganos de control la situación para que éstos a su vez asuman las investigaciones a que hubiere lugar o soliciten la nulidad de los contratos que se suscriban en desarrollo de la operación -artículo 15 de la ley 226 de 1995-⁹.

5. Naturaleza Jurídica de las observaciones realizadas por el Defensor del Pueblo en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado. Carácter vinculante. Responsabilidad

Como se explicó en la primera parte del presente concepto, el Defensor del Pueblo tiene entre sus poderes, uno muy importante denominado por la doctrina como el poder de crítica y recomendación, con fundamento en el cual, emite conceptos sobre los temas de su competencia -la protección de los derechos reconocidos en la Carta-

Si bien es cierto, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se discutió acerca de la viabilidad de otorgarle a esta figura potestades de carácter disciplinario o sancionatorio, también lo es que los artículos 281, 282 y 283 Superiores, no contemplan facultades en este sentido.

En este orden de ideas, los instrumentos o mecanismos que tiene el Defensor, son distintos de los asignados al Procurador o al Contralor, aunque no por este hecho son menos eficaces, pues su presencia en el ordenamiento jurídico se justifica por la capacidad de "persuasión y prevención, a diferencia de la potestad disciplinaria que se ejerce con posterioridad a la ocurrencia del agravio"¹⁰.

La doctrina sobre la fuerza del poder de crítica que tiene el defensor del pueblo, ha señalado:

"Ese poder puede llegar a ser mas fuerte que el temor a una sanción, por lo que los informes y recomendaciones que formule el Defensor son suficientes para disuadir a quienes amenacen con violar los derechos."¹¹

"Su fuerza estriba en su independencia para actuar por encima de todo, a favor del bienestar de la colectividad"¹².

El legislador en el artículo 7º en cuanto a la fuerza vinculante de las recomendaciones que en ejercicio de su competencia formule el Defensor, señala:

"Artículo 7º. El Defensor del Pueblo no podrá ejercer funciones judiciales o disciplinarias, salvo las de su propia dependencia. Sus opiniones, informes y recomendaciones tienen la fuerza que les proporcionan la Constitución Nacional, la ley, la sociedad, su independencia, sus calidades morales y su elevada posición dentro del Estado".

En consecuencia cuando las entidades responsables de los procesos de enajenación, por cualquier circunstancia o razón, no tengan en cuenta las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo, Éste, respetando el ámbito de discrecionalidad propia de los órganos involucrados y responsables en la negociación, puede poner en conocimiento de los órganos de control, aquellas conductas que según sus parámetros de competencia, pudiesen eventualmente ser objeto de investigación.

El Defensor del Pueblo en virtud de lo señalado en el artículo 17 de la ley 24 de 1992, deberá informar a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta de los servidores públicos respectivos, especialmente aquellos que impidan o dificulten el desarrollo de las funciones de la Defensoría del Pueblo, pues en los términos de dicho artículo, ello puede constituir causal de mala conducta, sancionable con la destitución del cargo, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

La Sala responde:

1. El alcance del párrafo del artículo 7º de la ley 226 de 1995 debe entenderse dentro del ámbito de competencia asignado a la Defensoría del Pueblo, que no es otro que ser garante de los derechos individuales y colectivos, especialmente el de participación consagrado a favor de los sectores solidarios y de trabajadores; el desarrollo del principio de la democratización de la propiedad accionaria del Estado y la transparencia del proceso en los términos señalados en este concepto.

2 y 3. La intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de enajenación se circunscribe fundamentalmente a la facultad de recomendación y observación del diseño del programa sometido a su consideración. Las recomendaciones deben estar dirigidas en forma exclusiva a garantizar que el diseño del programa de enajenación cumpla con la finalidad democratizadora de la propiedad accionaria estatal y con los principios de transparencia y publicidad. La Defensoría está facultada para hacer seguimiento a la ejecución del programa que el Gobierno adopte. Si considera que no se está garantizando el derecho de participación y que se amenaza el propósito democratizador del mismo, en el contexto del artículo 282 de la Constitución Política y de la ley 24 de 1992, la Defensoría, respetando el ámbito de discrecionalidad

que corresponde a los responsables y ejecutores del proceso, está facultada para interponer las acciones que considere pertinentes y poner en conocimiento de los órganos de control la situación para que éstos a su vez asuman las investigaciones a que hubiere lugar o soliciten la nulidad de los contratos que se suscriban en desarrollo de la operación.

4, 5 y 6. Por su poder constitucional de crítica y recomendación y su facultad de control preventivo, la Defensoría del Pueblo, de acuerdo con su ámbito de competencia, debe limitarse a formular ante las entidades responsables de cada proceso -Ministro titular o aquél al que estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, las observaciones o inconsistencias que encuentre en el diseño de los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, También podrá compulsar copias de su actuación a los respectivos órganos de control.

7. Respetando el ámbito propio de su discrecionalidad, en los términos señalados en este concepto, las entidades responsables del diseño del proceso de enajenación, así como las que aprueben y adopten el programa, y las que lo ejecuten, cada una dentro de la órbita de sus competencias, que por cualquier circunstancia o razón desatiendan las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo, pueden incurrir, de acuerdo con los términos del artículo 17 de la ley 24 de 1992, en responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de las demás acciones personales y patrimoniales a que haya lugar por violación de las normas que consagran los principios de participación y democratización accionaria.

8. Los órganos o servidores públicos responsables del programa de enajenación tienen la obligación de compulsar copias del diseño a la Defensoría del Pueblo, organismo que a su vez está obligado a intervenir en defensa de los derechos constitucionales individuales y colectivos que puedan ser afectados y si lo considera a bien, adoptar las medidas necesarias de acuerdo con lo establecido en este concepto. Si bien es cierto, la ley no estipula un plazo para que el Defensor del Pueblo se pronuncie sobre el diseño del programa de enajenación, es de lógica que puede hacerlo hasta un término razonablemente anterior a la aprobación del programa o de sus reformas, sin perjuicio del seguimiento que puede efectuar a su ejecución, en cumplimiento de sus competencias en defensa de los derechos constitucionales individuales y colectivos y de la transparencia del proceso.

Transcríbese al Señor Ministro de Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

NOTAS PIE DE PÁGINA

1. Exposición de Motivos. Ley 24 de 1992. Historia de las leyes. Tomo V. Senado de la República. Legislatura 1992
2. Historia de las leyes. Senado de la República. Tomo V. Legislatura 1992.
3. Córdoba Triviño, Jaime. El Defensor del Pueblo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1992.
4. Ibídem
5. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1994; C-452 de 1995; C-211 de 1994.
6. Ley 226 de 1995.- Artículo 9º (...) Cuando se utilicen las operaciones de martillo se realizarán de conformidad con los reglamentos de funcionamiento de los martillos de las bolsas de valores y las reglas para su operación fijadas por la Superintendencia de Valores."
7. <http://www.defensoria.org.co>.
8. Diccionario María Moliner. Diseño: apunte, diseño, bosquejo, croquis, esbozo, esquema (...).
9. Corte Constitucional. Sentencia C-343 de 1996.
10. Córdoba Triviño, Jaime, El Defensor del Pueblo. Ediciones Gustavo Ibáñez Ltda.
11. Ibídem.
12. Ibídem.

Fecha y hora de creación: 2023-02-02 09:58:15