

**SUSPENSION TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA DE LAS ACCIONES DE LA NACION EN ISAGEN - Justificación. Busca evitar posteriores y eventuales daños al interés público en caso de que se adjudicaran las acciones a los inversionistas privados y posteriormente se anularan los actos que autorizaron la venta / ENAJENACION DE BIENES DEL ESTADO - En ella va envuelto el interés público / INTERES PUBLICO - Alcance / ENAJENACION DE BIENES ESTATALES VALIOSOS CLAVES O ESTRATEGICOS - Venta de propiedad accionaria de la Nación. Implica la adopción de una política pública de efectos transversales / SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA DE ACCIONES DE LA NACION EN ISAGEN - Finalidad. Busca dar oportunidad para que el juez ejerza el control jurídico pertinente sobre los actos acusados para así salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que deba recaer en el asunto**

La sala unitaria descarta estudiar la suspensión provisional de los actos acusados, pues, de hecho, la Sección Cuarta ya se pronunció al respecto y negó la suspensión provisional. Dados los elementos de juicio que se han recogido hasta ahora, lo que mejor conviene a las resultas de este proceso que acumula las tres demandas ya reseñadas, es sustituir el estudio de la suspensión provisional por el estudio de la medida cautelar de la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, aún de tipo contractual, como, en últimas, es el procedimiento o la actuación tendiente a vender la participación accionaria de la Nación en Isagén. De modo que la medida cautelar que se va adoptar no implicará el desconocimiento del auto del 21 de mayo de 2014, dictado en el expediente 20946 (interno), que revocó la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013, medida decretada en su momento por la Sección Primera [...] En rigor, el despacho, como ya se advirtió, no encuentra que deba ordenar la suspensión provisional de los actos acusados por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta. Pero, en cambio, de manera preventiva y para salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que deba recaer en este asunto, es necesario acudir a la figura prevista en el numeral 2 del artículo 230 de la Ley 1437, que permite suspender “un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual”, como ya se ha dicho varias veces. Las razones son estas: a) En la enajenación de bienes del Estado va envuelto el interés público, que es un amplio concepto jurídico que pretende abarcar tanto los intereses del Estado mismo como los intereses generales de la comunidad, interés público que se podía afectar como cuando se dictan medidas o ocurren hechos que pudieran perjudicar ora el patrimonio del Estado, ora la continuidad, calidad, igualdad y progresividad de los servicios públicos o los mismos postulados constitucionales relativos al buen funcionamiento de la economía del país. Por tanto, la enajenación de bienes estatales valiosos, claves o estratégicos, como la venta de la porción accionaria de la Nación en una importante empresa de servicios públicos, implica la adopción de una política pública de efectos transversales en cuanto que no solo tiene que ver con la finalidad de financiar obras públicas sino con el equilibrio presupuestal, la sostenibilidad fiscal y la presencia del Estado no en el diseño sino en la misma ejecución de políticas relativas a la satisfacción de necesidades generales, como resulta ser el servicio público de producción y comercialización de energía eléctrica. Ahí radica el evidente interés público que envuelve la decisión del Gobierno contenida en el Decreto 1609 de 2013. b) Ahora bien, en un estado de derecho, máxime en un estado social de derecho, la adopción, la ejecución y el control de las políticas públicas se hace mediante leyes y actos o decisiones administrativas y otros instrumentos como el contrato, y todos esos actos jurídicos están en mayor o menor grado sometidos a no solo controles sociales y políticos sino a controles jurídicos como son las acciones judiciales, denominadas también medios de control judicial. c) Si bien es cierto que tanto el legislador como el

Gobierno gozan de poderes discrecionales para valorar la adopción de cuanta política pública crean conveniente para alcanzar los altos fines del Estado, ese ámbito discrecional está enmarcado por la Constitución o por la ley o por ambas, según el caso. De hecho, esta sala unitaria no encuentra prohibición alguna para que el Estado pueda desprenderse de los intereses que tiene en Isagén, que de haberla, conduciría a una suspensión inmediata de los actos. No se trata de eso. De lo que se trata es de que exista la oportunidad de hacer real la tutela judicial efectiva que han reclamado varios ciudadanos en ejercicio de acciones judiciales legítimas. d) En ese sentido, en este caso, la parte actora, integrada por varios ciudadanos, pretende que el juez de lo contencioso administrativo dicte una sentencia que dictamine si la enajenación de las acciones de Isagén ordenada por los decretos 1609 y 2613 de 2013 se ajusta completamente a la Constitución y a la ley. Pero sucede que el próximo 19 de mayo, según las informaciones que dan los propios demandantes y que son de público conocimiento, iniciará la subasta, acto con el que podría prácticamente culminar la transferencia de esos bienes de forma definitiva a los inversionistas interesados en ellos. e) Los procesos judiciales acumulados a que se ha hecho referencia en este auto no están en condiciones de recibir sentencia todavía. Aún dando preferencia al trámite judicial correspondiente, el fallo podría recaer en no menos de dos a tres meses. Y de recaer una sentencia en favor de las pretensiones de nulidad, se podría producir un efecto mucho más caótico frente a la seguridad jurídica que los simples efectos de una suspensión de los plazos para adelantar el procedimiento de venta de las acciones. f) El solo hecho de que, por distintas razones, no se haya podido dictar todavía una sentencia definitiva, justifica emitir preventivamente la medida de suspensión del procedimiento o actuación administrativa para dar oportunidad a que el aparato judicial ejerza el control jurídico pertinente sobre los actos acusados. De salir estos actos avantes se transmitiría plena confianza tanto al Estado como a los inversores de que la negociación es segura jurídicamente hablando, por lo menos frente a la decisión gubernamental de desprenderse de esas acciones. De no ser así, el Gobierno tendría la oportunidad de rediseñar la política concerniente a la transferencia de esas acciones al sector privado. f) Pero además de lo anterior, la sala unitaria encuentra que han ocurrido ciertos hechos sobrevinientes al auto que revocó la medida de suspensión provisional que se concedió *ab initio* que justifican con mayores veras la medida cautelar que se decretará. En efecto: i) Concluida la primera etapa del proceso de enajenación, la adquisición de acciones por parte de los destinatarios de las condiciones especiales (trabajadores, organizaciones solidarias, etc.) fue extremadamente baja, según lo informa la parte actora y la información pública disponible. ii) Según esas mismas informaciones, actualmente solo quedaron cinco proponentes preclasificados, que estarían en aptitud legal de participar el próximo 19 de mayo en la subasta. iii) Informaciones de público conocimiento, señalan, además, que los más importantes entes de control de Estado colombiano, esto es, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación han hecho llamados públicos para que el Gobierno Nacional vuelva a revisar el programa de enajenación de esas acciones. Todo lo anterior, más los argumentos expuestos en las peticiones de medidas cautelares, en especial la petición introducida el 25 de abril de 2015 por la apoderada del señor Rodrigo Toro Escobar, en la que insiste en que no se está cumpliendo con la regla general de democratización prevista en el artículo 60 de la Constitución Política, le indican al suscrito magistrado que es necesario emitir una medida precauteladora de suspensión del procediendo o actuación con el propósito de que el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta, pueda examinar dentro de los cauces del proceso sí, efectivamente, el procedimiento en curso de venta de las acciones que la Nación tiene en Isagén está respondiendo a los propósitos del mismo Decreto 1609 de 2013, y si este decreto está concebido para producir

efectivamente los efectos queridos por la Constitución Política. En efecto, el artículo 60 de la Carta hace parte de los derechos sociales, económicos y culturales previstos no solo en la Constitución sino en tratados internacionales y establece la importante obligación del Estado de promover, de acuerdo con la ley, la propiedad en favor de todos los colombianos. Incluso manda que cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes «a democratizar las titularidad de sus acciones». Esa democratización no es meramente formal. No porque se dicte un reglamento en el que se aluda a ciertas condiciones para acceder a la propiedad de las acciones tanto del llamado sector social: trabajadores, organizaciones solidarias, etc., como del resto de particulares, se está cumpliendo con el propósito constitucional de lograr una democratización de propiedad accionaria. Actualmente el expediente no cuenta con elementos de juicio suficientes para concluir que definitivamente el Decreto 1609 de 2013, que aprobó la enajenación de esas acciones, quedó concebido de forma irregular o de forma contraria al espíritu del artículo 60 de la Constitución y de la Ley 226 de 1995 que la desarrolla. Pero sí existen las razones que se dejaron atrás expuestas para justificar un tiempo más de espera, pues el interés público inmerso en la política de enajenación de las acciones del Estado exige que tanto el Gobierno como los jueces actúen con cautela frente a la ejecución de decisiones que rediseñan la política económica general del país.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 230 NUMERAL 2

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 1609 DE 2013 (30 de julio) GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 1 (PARCIAL) (NO SUSPENDIDO) / DECRETO 1609 DE 2013 (30 de julio) GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 2 (NO SUSPENDIDO) / DECRETO 1609 DE 2013 (30 de julio) GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 8 (PARCIAL) (NO SUSPENDIDO) / DECRETO 2316 DE 2013 (22 de octubre) GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 1 (NO SUSPENDIDO)

**MEDIDA CAUTELAR:** Suspende temporalmente el procedimiento o actuación administrativa surtido con ocasión del cumplimiento del Decreto 1609 de 2013, dictado por el Gobierno Nacional, concretamente, la subasta y demás actos programados para el 19 de mayo de 2015 en relación con la enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en Isagen SA ESP

**NOTA DE RELATORIA:** La síntesis del caso es la siguiente: Al proveer sobre las medidas cautelares solicitadas en los procesos acumulados con radicados 11001-0324-000-2013-00534-00 (20946) y 11001-0324-000-2013-00509-00 (21047), en los que se pide la nulidad de los Decretos 1609 y 2316 de 2013, que aprobaron el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén S.A. E.S.P., la Sala Unitaria de la Sección Cuarta a cargo del Magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de manera preventiva y para salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que se debe adoptar en el asunto, resolvió suspender temporalmente la subasta y demás actuaciones relacionadas con la enajenación. La medida cautelar se adoptó no propiamente por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta, sino para evitar posteriores y eventuales daños al interés público en caso de que se adjudicaran las acciones a los inversionistas privados y posteriormente el Consejo de Estado declarara la nulidad de los actos que autorizaron la venta. El Ponente descartó estudiar la suspensión provisional de los actos acusados, por cuanto la Sección ya se pronunció al respecto y la negó. En su lugar, consideró que, dados los elementos de juicio hasta ahora recogidos, conviene mejor a las resultas del proceso sustituir dicho estudio por el de la medida cautelar de la suspensión de un procedimiento o

actuación administrativa, inclusive de carácter contractual", prevista en el numeral 2 del artículo 230 de la Ley 1437, como, en últimas, es el procedimiento o la actuación tendiente a vender la participación accionaria de la Nación en Isagén.

**SUSPENSION PROVISIONAL - Procede para suspender los efectos tanto de actos administrativos de carácter general como de contenido particular / MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437 DE 2011 - El juez puede decretar las que estime necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia / MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437 DE 2011 - Es viable suspender una actuación o procedimiento administrativo, incluso de carácter contractual / SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia / MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437 DE 2011 - No son oficiosas, sino que se deben solicitar. Las diferentes a la suspensión provisional se deben sopesar aún en aras del interés público y concederse cuando existan serios motivos para considerar que, de no otorgarse, los efectos del fallo serían nugatorios / SUSPENSION DE ACTUACION O PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - Alcance**

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. La Constitución no distingue si la medida de suspensión provisional solo cabría contra los actos administrativos de contenido particular y no contra los actos generales o normativos, conocidos comúnmente como reglamentos, y que son de naturaleza diferente de los primeros. Como la norma no distingue, el intérprete tampoco. En consecuencia, la suspensión provisional puede recaer frente a cualquier clase de actos. En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, pero también prevé la medida cautelar de decretar la suspensión de una actuación o procedimiento administrativo, inclusive de carácter contractual, medida ésta un tanto diferente a la suspensión del acto propiamente dicha. El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Dicho de otra manera, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado. En cambio, la medida de suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, no necesariamente está atada o vinculada a la consideración a priori de que ese procedimiento o esa actuación devienen de un acto ilegal o inconstitucional. Podría ser que la medida simplemente sirva para precaver la efectividad de la

sentencia que posteriormente se dicte y, de contera, los derechos e intereses involucrados en el respectivo proceso judicial. De ahí que el artículo 231 diga que las medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional deben sopesarse aún en aras del interés público y que siempre deberán concederse cuando existan serios motivos para considerar que, de no otorgarse, los efectos de la sentencia serían nugatorios. Según lo expuesto, el juez está en condiciones de ponderar si opta por la tradicional suspensión provisional de los actos jurídicos demandados o por otras medidas cautelares diferentes. En relación con la sustentación de la petición, esta Corporación ha precisado que *«la medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación»*.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 238 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 230 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con la necesidad de sustentar la solicitud de medida cautelar se cita la providencia del Consejo de Estado, Sección Quinta del 24 de enero de 2013, Exp. 11001-03-28-000-2012-00068-00, M.P. Susana Buitrago Valencia.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION CUARTA**

**Consejero sustanciador: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS**

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025)**

**Actor: HELBER ADOLFO CASTAÑO**

**Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA**

#### **AUTO**

El Despacho resuelve sobre las varias medidas cautelares solicitadas por los demandantes en los procesos acumulados, una vez surtido incluso el traslado ordenado por el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

### **1. ANTECEDENTES FÁCTICOS**

- 1.1. Mediante el Decreto 1609 del 30 de julio de 2013, el Gobierno Nacional, invocando el numeral 11 de artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 6 de la Ley 226 de 1995, aprobó el programa de enajenación de 1.571.919.000 acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene en Isagén S.A. E.S.P., programa constituido por dos grandes etapas, una destinada a ofrecer las acciones a los llamados «*destinatarios de las condiciones especiales*» y otra destinada a ofrecer a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, las acciones que no fueron adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales.
- 1.2. El precio de la acción se fijó inicialmente en \$2.850.
- 1.3. La vigencia del programa de enajenación se fijó en un año, contado a partir de la fecha de publicación del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013, plazo que se ha venido prorrogando.
- 1.4. Mediante el Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013, el Gobierno Nacional, invocando el numeral 11 de artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 6 de la Ley 226 de 1995, modificó parcialmente el Decreto 1609 de 2013 y estableció el precio de la acción en \$3.178.
- 1.5. El próximo 19 de mayo de 2015, en ejecución de la segunda etapa del programa de enajenación de esas acciones está prevista la subasta según el aviso publicado oportunamente los responsables del procedimiento o la actuación de venta de las acciones derivado del Decreto 1609<sup>1</sup>.

## 2. ANTECEDENTES PROCESALES

Con el propósito de hacer una presentación detallada de los sucesos procesales que han ocurrido en los tres procesos judiciales que se acumularon y que están a cargo de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a continuación se hace un recuento de las demandas presentadas, las pretensiones, los fundamentos de derecho de esas pretensiones y de las medidas cautelares que se han solicitado.

### 2.1. LAS DEMANDAS

---

<sup>1</sup> <https://www.isagen.com.co/informacion-relevante/2015/informacion-relevante-abril17.pdf>

### **2.1.1. En el Expediente 11001032600020140005400 (21025)**

En ejercicio del medio de control de nulidad previsto en artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano Helber Adolfo Castaño solicitó la nulidad del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013, «*Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGÉN S.A. E.S.P.*»

#### **2.1.1.1. Normas violadas**

El demandante invocó como normas violadas los artículos 2, 29, 83, 114 y 209 de la Constitución Política y 1 y 6 de la Ley 226 de 1995.

#### **2.1.1.2. El concepto de la violación**

Dijo que el Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 era nulo porque el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén S.A. E.S.P. –en adelante Isagén–, no fue presentado al Congreso de la República para su aprobación, según lo establecido en el artículo 6 de la Ley 226 de 1995. Que, en consecuencia, el acto administrativo demandado era nulo por desconocer las normas superiores en las que debía fundarse y las disposiciones constitucionales citadas como violadas que, en general, establecen que los servidores públicos deben ejercer sus funciones con apego a la Constitución y a la ley.

El demandante no pidió medida de suspensión provisional alguna.

### **2.1.2. En el expediente 110010324000201300534-00 (20946)**

En ejercicio del medio de control de nulidad previsto en artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano Enrique Alfredo Daza Gamba solicitó la nulidad parcial del artículo 1º y la totalidad del artículo 2º del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013. Pidió la suspensión provisional de las normas acusadas. (Ver corrección de demanda en el folio 399 y siguientes del expediente con número interno 20946).

#### **2.1.2.1. Normas violadas**

El demandante invocó como normas violadas los artículos 4, 29, 334 y 339 de la Constitución Política, 4 y 7 de la Ley 226 de 1995 y 1, 2 y 4 de la Ley 1473 de 2011.

#### **2.1.2.2. El concepto de la violación**

En resumen, dijo que el Decreto 1609 de 2013 era nulo por las siguientes razones:

- a. Violación del artículo 334 de la Constitución Política.** Señaló que el artículo 334 de la Constitución Política adoptó el criterio de la sostenibilidad fiscal como instrumento orientador de la acción del Estado. Que este mandato exige que los poderes públicos, al tomar decisiones que afecten intereses colectivos –como la venta de un activo de la Nación–, deben realizar estudios técnicos de viabilidad económica, oportunidad y conveniencia que sustenten la medida.

Sostuvo que los estudios contratados por el Ministerio de Hacienda, en los que dice justificar la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén, tuvieron por objeto calcular el precio de la acción, mas no la viabilidad, la oportunidad y la conveniencia de la enajenación, cuestiones que exige el criterio de sostenibilidad fiscal.

- b. Violación de los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 1473 de 2011.** Advirtió que el Decreto 1609 de 2013 viola la regla fiscal de que trata la Ley 1473 de 2011 porque la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén implica una alteración negativa de las cuentas fiscales de la Nación, en la medida en que el Estado dejaría de percibir las utilidades que reporta la compañía.

Alegó que la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no fue incluida en el Marco Fiscal a Mediano Plazo ni en el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, que fungen como instrumentos de materialización de la regla fiscal, en aras de la salvaguarda del principio de coherencia, según lo previsto en el artículo 4º de la Ley 1473 de 2011.

Que, en consecuencia, el Decreto 1609 de 2013 viola la Ley 1473 de 2011, pues no tuvo en cuenta la regla fiscal e inaplicó los instrumentos mediante los



que dicha regla se materializa. Todo lo cual, en consecuencia, constituye una infracción del artículo 29 de la Constitución Política.

- c. Violación del artículo 339 de Constitución Política.** Dijo que la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no se incluyó en el Plan de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo, como lo exige el artículo 339 de la Constitución Política, que dispone que los planes de inversiones públicas que efectúe el Gobierno Nacional deben contener, entre otros elementos, los programas y proyectos de inversión pública y la especificación de los recursos requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Que no basta con señalar que los recursos financieros para la ejecución de la inversión –como la construcción de vías–, se obtendrán de la venta de activos de la Nación, sino que es necesario justificar la viabilidad, la oportunidad y la conveniencia de la inversión y que, además, eso no afecta las fianzas públicas.

- d. Violación del artículo 4 de la Ley 226 de 1995.** Alegó que si bien la enajenación de la propiedad de la Nación está permitida, también es cierto que está sujeta a limitaciones de rango constitucional y legal. Que, en esa medida, debe estar respaldada por razones válidas y fundarse en el criterio de sostenibilidad fiscal en los términos establecidos en el artículo 334 de la Constitución Política.

Que en el caso de la discusión, el único fundamento de la enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén es el Documento Conpes 3761 de 2013, que está referido a los lineamientos de la política del programa de cuarta generación de concesiones viales, es decir, a un tema que no está relacionado directamente con la generación y comercialización de energía.

- e. Violación del artículo 7 de la Ley 226 de 1995.** Señaló que el Decreto 1609 de 2013 viola el artículo 7 de la Ley 226 de 1995. De una parte, porque el Ministerio de Hacienda y Crédito Público carecía de competencia para diseñar el programa de enajenación de las acciones de Isagén. Que el competente para tales efectos era el Ministerio de Minas y Energía, titular de la participación accionaria. Y, de otra parte, porque el acto en discusión se

expidió al día siguiente de que se le comunicara al defensor del pueblo el programa de enajenación, circunstancia que impidió que dicho funcionario ejerciera las competencias asignadas por la ley.

#### **2.1.2.3. La solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional**

En un breve escrito separado allegado con esta demanda, el demandante solicitó la suspensión provisional de urgencia de los efectos del acto administrativo acusado *«dada la evidente violación de la ley y que, de no suspenderse, la enajenación de Isagen se haría de manera inminente, por lo que no se podría cumplir con lo que se resuelva en la sentencia definitiva»*.

Conviene advertir que esta solicitud de suspensión provisional fue inicialmente concedida por la Sección Primera de esta Corporación, según auto del 26 de marzo de 2014. Sin embargo, posteriormente la medida de suspensión provisional fue revocada por la Sección Cuarta según auto del 21 de mayo de 2014.

#### **2.1.2.4. El traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional**

Mediante auto del 28 de agosto de 2014, la señora ponente consideró ordenar el traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional previsto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, ante el hecho de que el demandante al corregir la demanda volvió a pedir la suspensión provisional de acto acusado.

#### **2.1.2.5. Oposición a la solicitud de la medida cautelar**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, dentro de la oportunidad legal, pidieron negar la medida cautelar.

##### **2.1.2.5.1. Oposición del Ministerio de Minas y Energía**

Dijo que la medida cautelar solicitada por el demandante era improcedente porque de los hechos narrados en la demanda no se advertía, ni siquiera hipotéticamente, un perjuicio irremediable.

Que ni en la demanda ni en la solicitud de la medida cautelar se realizó un análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de razonabilidad, conducencia y pertinencia de la suspensión provisional. Que, además, la petición se sustentó en una eventual vulneración del principio de la sostenibilidad fiscal y en el incumplimiento de la normativa presupuestal, que son, precisamente, el objeto de la discusión en el proceso.

Manifestó que con la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén se transforma un bien fiscal en un bien público y que de esa manera se mantiene la regla fiscal prevista en la Ley 1473 de 2011, en tanto que se evitaría un endeudamiento para el Estado, que es, precisamente, el criterio que orienta esta norma.

Dijo que en el hipotético caso de decretarse la medida cautelar solicitada por el demandante, se entorpecería el proceso legítimo de enajenación, que está ajustado a las normas pertinentes. Que, de igual manera, se causaría una afectación grave al interés público en tanto que el proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén busca que los recursos obtenidos por la venta se inviertan en otros sectores de importancia nacional.

Por último, advirtió que el Estado no está obligado a conservar el control accionario en las empresas prestadoras de servicios públicos y que con el programa de enajenación en discusión se persigue proteger y optimizar los recursos públicos en cumplimiento de lo previsto en la Ley 226 de 1995.

#### **2.1.2.5.2. Oposición de Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

En resumen, dijo que la medida cautelar solicitada por el demandante no era procedente por las siguientes razones:

- a. El demandante no sustentó la petición de la medida cautelar de suspensión provisional.** Señaló que el demandante no realizó un análisis de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar solicitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del CPCA, y que se limitó a exponer apreciaciones subjetivas respecto de la eventual vulneración del criterio de sostenibilidad fiscal, la regla fiscal y el incumplimiento de la normativa presupuestal.

- b. Ausencia de violación de las normas legales y constitucionales en el programa de enajenación.** Manifestó que el Decreto 1609 de 2013, en tanto tiene como objeto la enajenación de una participación accionaria de la Nación, se rige por lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995, y que, por esa razón, no son aplicables las normas presupuestales que alega el demandante como violadas, esto es, los artículos 334 y 339 de la Constitución Política.

Explicó que en el Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014, dado su carácter general, según lo define la Ley 152 de 1994, al referirse a la administración de activos de la Nación, definió las políticas que debía adoptar el Gobierno Nacional sobre este particular, pero sin detallar las operaciones en particular y, que por tanto, le corresponde al Gobierno definir qué activos deben ser vendidos o consolidados, de acuerdo a las políticas fijadas en el plan.

Que, en consecuencia, el Decreto 1609 de 2013 no viola el artículo 339 de la Constitución Política por cuanto el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía ser incluida de manera expresa en el Plan Nacional de Desarrollo.

De otra parte, dijo que la regla fiscal fue establecida para controlar el gasto y el endeudamiento público con el objetivo de reducir el déficit fiscal y crear un ambiente de sostenibilidad futura que permita la atención de los gastos y el manejo eficiente de los recursos.

Que, contrario a lo que alega el demandante, el Decreto 1609 de 2013 no debía señalar los efectos de la enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén en el Marco Fiscal a Mediano Plazo y que, por esa razón, no se configuró la violación del artículo 334 de la Constitución Política.

Por último, manifestó que, contrario a lo señalado por el demandante, los ingresos que dejaría de percibir la Nación por concepto de los dividendos generados por su participación en Isagén no corresponden a un gasto, motivo por el que no debían ser incluidos en el Marco Fiscal a Mediano Plazo. Que si bien es un ingreso que se deja de percibir bajo la forma de utilidades generadas por un activo, pasan a convertirse en una inversión en infraestructura.

Que no hay efecto fiscal negativo en la medida en que el producto de la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén será destinado al Fondo de Desarrollo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura –Fondes para financiar activos, lo que significa la sustitución de un activo por otro más rentable para el país.

- c. Inexistencia de afectación presupuestal –no hay un gasto que configure una afectación.** Señaló que el Decreto 1609 de 2013 no viola el artículo 4 de la Ley 1473 de 2011 porque no crea presión en el gasto. Que, por el contrario, la enajenación en discusión tiene por objeto incentivar la inversión en sectores prioritarios para el país.
  
- d. No recibir dividendos por la participación accionaria en Isagén no configuraría un impacto para las finanzas de la Nación, toda vez que el producto de la venta se reinvertirá en activos necesarios que redundan en mayor beneficio social y económico.** Insistió en que no hay efecto fiscal en la medida en que el producto de la venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén será destinado a un fondo constituido para financiar activos estratégicos para el país.

### **2.1.3. En el expediente 110010324000201300509 00 (21047)**

En ejercicio del medio de control de nulidad previsto en artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, mediante apoderada, el ciudadano Rodrigo Toro Escobar solicitó la nulidad parcial de artículo 8 del Decreto 1609 de 2013. En escrito de adición a la demanda, solicitó la nulidad parcial del artículo 1º del Decreto 2316 de 2013, que reformó el artículo 6.2. del Decreto 1609 de 2013.

#### **2.1.3.1. Normas violadas**

En síntesis, para este demandante, lo criticable del Decreto 1609 de 2013 no es la decisión de vender las acciones que tiene la Nación en esa empresa, sino el modo como se reguló las condiciones en las que debería venderse a los llamados destinatarios de las condiciones especiales, pues tales condiciones en realidad no

permiten una verdadera democratización de la participación accionaria del Estado tal como lo manda el artículo 60 de la Carta Política.

Así, el demandante invocó como normas violadas los artículos 60 de la Constitución Política y 2, 3, 11 y 14 de la Ley 226 de 1995.

#### **2.1.3.2. El concepto de la violación**

En síntesis, dijo que los artículos 8 del Decreto 1609 de 2013 y 1º del Decreto 2316 de 2013 eran nulos por las siguientes razones:

- a. Violación de los artículos 2, 3, 11 y 14 de la Ley 226 de 1995.** Sostuvo que el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013, al imponer límites al número de acciones que pueden ser adquiridas en la primera etapa del programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén a las personas naturales destinatarias de condiciones especiales, infringe la Ley 226 de 1995.

En primer lugar, porque limita el acceso a la propiedad de las acciones en condiciones de libre competencia y que esto va en contra del principio de democratización establecido en el artículo 2º de la Ley 226 de 1995.

Porque, además, no permite que los destinatarios de las condiciones especiales accedan en condiciones preferentes, pues al establecer límites no previstos en la ley hace nugatorio el principio de preferencia establecido en el artículo 3 de la Ley 226 de 1995.

De igual forma, que al establecer límites a la adquisición de acciones, el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 va en contra del mandato del artículo 11 de la Ley 226 de 1995, que consagra que deben ser ofrecidas en su integridad a los destinatarios de las condiciones especiales.

Por último, porque el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 crea restricciones en el proceso de enajenación con fines diferentes a los establecidos en el artículo 14 de la Ley 226 de 1995, que establece que las medidas que se adopten deben buscar la democratización de la propiedad en los procesos de

privatización de las acciones y participaciones sociales del Estado así como transparencia en esos procesos.

- b. Falta de competencia del Gobierno Nacional para establecer límites a los destinatarios de condiciones especiales en la enajenación de acciones o participaciones sociales de propiedad del Estado.** Dijo que el Gobierno Nacional extralimitó su facultad de reglamentar los procesos de enajenación de las participaciones sociales del Estado, regulados en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995.

Advirtió que las funciones de reglamentación obligan al Gobierno a que, al momento de decretarse la enajenación, ofrezca en su integridad la totalidad de las participaciones sociales del Estado a los trabajadores, extrabajadores, pensionados, sindicatos y al sector solidario. También a que garantice las condiciones especiales de la oferta exclusiva en una primera etapa de la enajenación, líneas de crédito, plazos de gracia, entre otras, y, además, a que propicie la democratización de la propiedad objeto de privatización.

Señaló que el Gobierno Nacional, al reglamentar el proceso de enajenación de las acciones de Isagén, excedió sus competencias al establecer los límites para la adquisición previstos en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013, cuando solo el legislador puede establecerlos, según lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996, límites que, en todo caso, no pueden estar referidos al número máximo de acciones que pueden ser adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales.

- c. Desviación de poder.** Manifestó que el Decreto 1609 de 2013 en apariencia se ajusta a la Constitución y la ley, pues según dispone, se llevaría a cabo una primera etapa durante la que *«se realizará una oferta pública en condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, al precio fijo señalado en el Artículo 6.2. del presente decreto, de la totalidad de las Acciones, a los destinatarios de las condiciones especiales de que tratan los Artículos 3 de la Ley 226 y 16 de la Ley 789 de 2002»*.

Que, sin embargo, las limitaciones que estableció en el artículo 8, y el posterior aumento del precio de la acción adoptado por el artículo 1º del Decreto 2316 de 2013, constituyeron una barrera que hizo nugatorio el

derecho constitucional de preferencia, pues puso a sus titulares en estado de inferioridad frente a «los inversionistas ávidos de hacerse al control de Isagen», y les impidió acceder a un significativo número de acciones, como era el querer del constituyente.

Agregó que las restricciones establecidas por el Gobierno Nacional buscaban una finalidad distinta a la establecida en la Constitución Política y en la Ley. Que dicha intención fue manifestada públicamente por el Ministro de Hacienda y Crédito Público en el sentido de «acotar» el proceso en la primera etapa para que el sector solidario no pudiera adquirir sino un porcentaje menor de las acciones en venta y con esto poder ofrecer, en la segunda etapa del proceso de enajenación, el paquete accionario de control de Isagén a un tercero estratégico.

- d. Violación del derecho de preferencia por el aumento del valor de las acciones.** Dijo que el Decreto 2316 de 2013, que modificó el Decreto 1609 de 2013, aumentó el precio de la acción de \$2.850 a \$3.178.

Advirtió que, según el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 226 de 1995, el precio de la acción solo puede modificarse una vez expirada la oferta pública para la primera etapa o cuando dentro de la oferta pública haya interrupciones. Que, contrario a lo previsto en la norma en cuestión, la modificación ordenada por el artículo 1º del Decreto 2316 de 2013 se hizo antes de que se iniciara la primera etapa o que se hubiera verificado una interrupción.

Que, en concordancia con el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 226 de 1995, el Decreto 1609 de 2013 estableció que el precio solo podía ser modificado una vez transcurrido el plazo de la oferta pública, o en el evento de que se presentaran interrupciones durante la primera etapa.

De otra parte, sostuvo que el precio de la acción establecido en el Decreto 1609 de 2013, fue determinado a partir de la valoración que se hizo conforme al artículo 7 de la Ley 226 de 1995. Que, en esos términos, se presumía que el precio fijado para la primera etapa en \$2.850 por acción correspondió a un estudio serio, elaborado por prestigiosas instituciones.



Que aunque resulta comprensible que se aumente el precio de la acción para la segunda etapa «*en atención al amplio interés del mercado en participar en el proceso de enajenación de esta participación accionaria*», como se expresa en el Decreto 2316 de 2013, no lo es, y no resulta jurídicamente admisible, que el aumento del precio afectara a los titulares del derecho de preferencia, pues no ocurrió ninguna de las dos circunstancias previstas en el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 226 de 1995 o en el Decreto 1609 de 2013.

Sobre el particular manifestó que no existían razones que justificaran que el Gobierno Nacional cambiara el precio de las acciones para los destinatarios del derecho constitucional de preferencia y que, por eso, transgredió el principio de confianza legítima y desconoció expectativas legítimas de los trabajadores, extrabajadores y pensionados de Isagén que deben ser respetadas.

### **2.1.3.3. La solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional**

En un capítulo especial de la demanda, el actor solicitó decretar la medida cautelar de suspensión provisional, que es la que el despacho procede a resolver en este auto, con la advertencia de que, como se explicará, la sala unitaria optará por una medida cautelar diferente a la suspensión provisional del acto acusado, como es la suspensión de la actuación o del procedimiento de venta o enajenación de las acciones, medida de efectos similares pero de distinta naturaleza a la suspensión provisional del acto administrativo.

El actor reiteró que solo el legislador puede imponer limitaciones a los destinatarios de las condiciones especiales en los procesos de enajenación de las participaciones sociales del Estado, competencia que se arrogó el Gobierno Nacional en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 al establecer restricciones, en función del patrimonio o del monto de los ingresos anuales, al número de acciones de Isagén que podían ser adquiridas.

Que el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 constituye una barrera para los destinatarios de las condiciones especiales en tanto que no garantiza la libre concurrencia y no constituye procedimiento que promueva la masiva participación en la propiedad accionaria sino que, por el contrario, es un obstáculo para los destinatarios exclusivos.

Por último, sostuvo que las restricciones previstas en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 no son medidas de carácter puramente administrativo como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996.

#### **2.1.3.4. La solicitud de la medida cautelar de urgencia**

En escrito separado, la apoderada del ciudadano Rodrigo Toro Escobar, había solicitado decretar de urgencia la medidas cautelares de suspensión, que también serán resueltas en este auto, una vez se oyó incluso la postura de la parte demandada, según lo ordenó el auto del 1º de septiembre de 2014. (Ver folio 277 del expediente 21047).

Esa solicitud se fundamentó en siguientes términos:

- a. La primera etapa del proceso de enajenación para los destinatarios de condiciones especiales, prevista en el artículo 3, aparte 3.1 del Decreto 1609 de 2013, ya expiró, pues se desarrolló entre el 19 de noviembre de 2013 y el 20 de enero de 2014.** Señaló que como el medio de control de simple nulidad pretende que se declare la nulidad de las restricciones que impuso el Decreto 1609 de 2013 a los destinatarios de esa primera etapa, procede la medida cautelar para *«proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»*.

Explicó que, según el boletín informativo de la Bolsa de Valores de Colombia, durante la primera etapa fueron adjudicadas 1.428.233 acciones de un total de 1.571.919.000, es decir, solo el 0.09 %. Que ese mínimo porcentaje riñe con la efectiva democratización de la propiedad accionaria.

Que así, los límites impuestos en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 impidieron el derecho constitucional de preferencia y que se abrió las puertas para que terceros, diferentes al grupo social titular de condiciones especiales – trabajadores, ex trabajadores, pensionados, sindicatos y sector solidario– adquirieran las acciones que debieron ser ofrecidas preferentemente.

Que lo que para el momento de presentación de la demanda era solo una previsión, a la fecha, es una realidad, pues los destinatarios de las condiciones especiales, a quienes estaba dirigida la primera etapa del proceso de

enajenación de las acciones de Isagén, no pudieron adquirir ni el 1 % del total de las acciones en venta.

- b. La segunda etapa del proceso de enajenación ha avanzado considerablemente.** Dijo que según aviso publicado el 28 de febrero de 2014, la segunda etapa, prevista en el artículo 3, aparte 3.2. del Decreto 1609 de 2013, había avanzado considerablemente, se refiere al proceso de precalificación y verificación de la documentación que entreguen los interesados en presentar una oferta. Que en esa etapa, la mayoría de los colombianos no pueden participar, pues está reservada a los inversionistas precalificados, que deben cumplir ciertos requisitos técnicos, financieros y regulatorios.

Sostuvo que lo anterior daba cuenta de que en el presente caso se cumplían los presupuestos del artículo 231 del CPACA para decretar la medida cautelar, en tanto que se advierte una violación de las normas superiores –artículos 2, 3 y 11 de la Ley 226 de 1995– y la evidencia fáctica da cuenta de que las limitaciones impuestas en artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 hicieron que ni siquiera el 1 % de los titulares del derecho de preferencia pudieran acceder a las acciones puestas en venta.

De otra parte, dijo que el Decreto 2316 de 2013, que modificó el Decreto 1609 de 2013, aumentó el precio de la acción de \$2.850 a \$3.178, con lo que se desconoció el principio del acto propio.

Advirtió que el incremento del precio de la acción constituyó un agravio injustificado y arbitrario de las condiciones para que los destinatarios de las condiciones especiales pudieran acceder a las acciones en la primera etapa, en contravía de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 226 de 1995.

Por lo anterior, solicitó que se:

*1. Ordene al Gobierno Nacional (representado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Minas y Energía) que suspenda el proceso de enajenación de las acciones de propiedad de la Nación en Isagen, que se viene realizando conforme al Decreto 1609 de 2013, modificado parcialmente por el Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013, hasta que se produzca un fallo definitivo.*

*2. Ordene al Gobierno Nacional (representado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Minas y Energía) que el proceso de enajenación de las acciones de propiedad de la Nación en Isagen se restablezca al estado en que se*

*encontraba antes de que se iniciara la Primera Etapa. Es decir, que se deje sin efectos el proceso de enajenación desde la fecha de presentación de la demanda (26 de septiembre de 2013) como quiera que una decisión favorable necesariamente afecta la manera como ha debido desarrollarse la primera etapa del proceso de enajenación de las acciones de la Nación en Isagen.*

#### **2.1.3.5. De la denegación de la medida cautelar de urgencia y traslado de la solicitud de suspensión provisional**

Se recuerda que, como ya se advirtiera, mediante auto del 1º de septiembre de 2014, la magistrada sustanciadora de este proceso negó la medida cautelar de urgencia solicitada por el demandante, pero ordenó correr traslado de la solicitud de la suspensión provisional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Minas y Energía.

#### **2.1.3.6. Oposición a la medida cautelar**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, dentro de la oportunidad legal, pidieron negar la medida cautelar.

##### **2.1.3.6.1. Oposición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

En resumen, dijo que la medida cautelar solicitada no era procedente por las siguientes razones:

- a. El demandante no sustentó la solicitud de la medida cautelar.** Sostuvo que el demandante no sustentó la solicitud de la medida cautelar a partir de un análisis que pusiera en evidencia la contradicción entre el Decreto 1609 de 2013 con las normas invocadas como violadas. Que, de igual forma, no aportó pruebas en las que sustentara las afirmaciones hechas tanto en la demanda como en el escrito de la solicitud de la medida cautelar.

Señaló que culminada la primera etapa del proceso de enajenación, ninguna de las solicitudes de adjudicación estuvo por encima de los límites máximos permitidos, circunstancia que demostraba que los límites impuestos mediante el acto acusado fueron suficientes para garantizar el acceso a la propiedad a enajenar por parte de los destinatarios de las condiciones especiales.

- b. Los límites establecidos en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 atienden a los propósitos constitucionales de democratización y concurrencia universal y masiva.** Dijo que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han señalado que la introducción de límites en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado se justifica para garantizar el principio de democratización y evitar el provecho de los terceros que no sean destinatarios de las condiciones especiales, en desmedro del patrimonio público.
- c. El Decreto 1609 de 2013 no vulnera la Ley 226 de 1995.** Advirtió que el derecho de preferencia establecido a favor de los destinatarios de las condiciones especiales en el proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén corresponden a lo previsto en el artículo 11 de Ley 226 de 1995, que persigue garantizar las facilidades de acceso a los destinatarios. Que, en todo caso, el derecho de preferencia no es equiparable a la imposibilidad de establecer límites que propendan por la democratización de la propiedad del estado.
- d. En cuanto al incremento del precio.** Señaló que un incremento en el precio de la acción corresponde a un interés de la Nación en aprovechar el interés del mercado en el proceso de enajenación, factor que no hubiera podido conocer al momento de fijar el precio de la acción.

Que, con sujeción a los principios de preferencia y de protección del patrimonio público previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley 226 de 1995, el Gobierno incrementó el precio base de las acciones de Isagén mediante el Decreto 2316 de 2013, pasando de \$2.850 a \$3.178 para maximizar la protección del patrimonio público.

- e. La pretensión de la medida cautelar carece de claridad.** Por último, dijo que el demandante, de una parte, busca que se dejen sin efectos los límites dispuestos para el máximo de acciones que se pueden adquirir por parte de los destinatarios de las condiciones especiales, y por otra, que se ordene la suspensión de los efectos del proceso de enajenación, retrayéndolo a la primera etapa, pero sin precisar qué límites debían aplicarse.

Que, sin embargo, el artículo 60 de la Constitución Política reserva al legislador reglamentar las condiciones especiales para que los trabajadores y organizaciones solidarias y de trabajadores accedan a la propiedad accionaria del Estado cuando enajena su participación accionaria. Que esa reglamentación debe entenderse en sentido amplio y que, por esa razón, el artículo 14 del Ley 226 de 1995 establece que el programa de enajenación debe disponer de las medidas correspondientes para evitar las conductas que atente contra los principios generales de la ley, que fueron, precisamente, las que se adoptaron mediante el Decreto 1609 de 2013.

#### **2.1.3.6.2. Oposición del Ministerio de Minas y Energía**

En resumen, dijo que la suspensión provisional solicitada no era procedente. De una parte, porque los límites establecidos en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 propenden por garantizar el principio de democratización en el proceso de enajenación de participación accionaria de la Nación en Isagén y, de otra, porque no se cumplieron los requisitos esenciales para la procedencia de la medida cautelar en tanto que la contradicción entre el acto administrativo demandado y las normas invocadas como violadas no era evidente.

#### **2.1.3.7. Solicitud de medida cautelar por hechos sobrevinientes**

Mediante oficio radicado el 24 de abril de 2015, el demandante insistió en que se decrete la medida cautelar por presentarse hechos sobrevinientes, de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del CPACA.

Dijo que el 3 de marzo de 2015, en el sitio *web* de Isagén se publicó un aviso de preclasificación adicional al programa de enajenación de las acciones de la Nación, según el que *«la Nación mediante el presente aviso anuncia a los interesados de un nuevo plazo para presentar los sobres de preclasificación adicionales en los términos establecidos en el numeral 5.8 del Reglamento de la Segunda Etapa»*.

Que el 17 de abril de 2015, se publicó en el sitio *web* de Isagén un aviso en el que *«Se le informa a todos los Inversionistas Preclasificados que la Fecha de la Subasta será el 19 de mayo de 2015, fecha en la cual deberán presentar el Sobre de la Oferta económica a través de una SCB contratada para tal efecto»*.

Advirtió que, en atención a la proximidad de la subasta para la segunda etapa, era imperioso que se decretaran las medidas cautelares, pues de no adoptarse, los efectos de la sentencia serían nugatorios. De una parte, porque ya ha transcurrido la primera etapa de preclasificación y, de otra, porque también ha vencido el plazo para la preclasificación adicional de inversionistas.

## **2.2. Acumulación de procesos.**

El ponente, mediante auto del 11 de mayo de 2015 acumuló los procesos 110010324000201300534 00 (20946) y 110010324000201300050900 (21047) al proceso 110010326000201400054 00 (21025), todo en orden a tramitar en una sola cuerda procesal estas pretensiones de similar alcance y frente a unos mismos actos administrativos.

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1. De la identificación de los actos administrativos acusados cuya suspensión provisional se pide**

#### **3.1.1. El Decreto 1609 del 30 de julio de 2013**

Los demandantes (expedientes 20946 y 21047) solicitan decretar la suspensión provisional de los apartes que a continuación se subrayan.

*MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO  
DECRETO 1609  
30 JUL 2013*

*Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación –  
Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P.*

*EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA*

*En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el  
numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política y el Artículo 6 de la Ley 226 de  
1995,*

**CONSIDERANDO**

*Que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público es propietaria de mil quinientas setenta y un millones novecientas diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias totalmente suscritas y pagadas emitidas por ISAGEN S.A. E.S.P., las cuales equivalen al cincuenta y siete coma sesenta y seis veinticuatro por ciento (57,6624%) del total del capital suscrito y pagado de esa sociedad;*

*Que la Nación tiene capacidad para realizar directamente o a través de terceros las actividades que resulten necesarias para enajenar la participación accionaria de que trata el anterior considerando;*

*Que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, en su Documento 3281 del 19 de abril de 2004, definió la estrategia para la enajenación de las participaciones del Estado en empresas del sector público o privado, y recomendó al Gobierno Nacional adoptar la estrategia de enajenación y aprovechamiento de activos públicos, prevista en el mencionado documento;*

*Que mediante el convenio interadministrativo No. 194081 celebrado entre la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade, se encargó a éste último para que realice la Gerencia del Programa de Aprovechamiento de Activos y Enajenación de Participaciones de la Nación, particularmente mediante su Otrosí No. 7 de fecha 19 de diciembre de 2008 se amplió el objeto del convenio para incluir la venta de la participación accionaria que la Nación tiene en ISAGEN S.A. E.S.P.;*

*Que el presente decreto tiene por objeto aprobar el programa de enajenación de mil quinientas setenta y un millones novecientos diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias que posee la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN S.A. E.S.P.;*

*Que el programa de enajenación contenido en el presente decreto se diseñó con base en estudios técnicos, a través de instituciones idóneas privadas contratadas para el efecto; programa que contiene, de acuerdo con el avalúo técnico-financiero preparado, un precio de venta de las acciones, conforme con lo establecido por el Artículo 7 de la Ley 226 de 1995;*

*Que el Consejo de Ministros, en sesión del 29 de julio de 2013, emitió concepto favorable sobre el programa de enajenación, el cual incluye el precio por acción para su enajenación, conforme con lo establecido en los Artículos 7, 10 Y 11 de la Ley 226 de 1995, y fue remitido al Gobierno para su aprobación, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Artículo 8 de la Ley 226 de 1995;*

*Que el Artículo 2 de la Ley 226 de 1995 establece que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a los procesos de enajenación accionaria de carácter estatal;*

*Que el Artículo 5 de la Ley 226 de 1995 establece que "Cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio";*

*Que de conformidad con el Artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226 de 1995, se debe ofrecer a los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria que enajene el Estado y que, de la misma manera, en el proceso como tal se deben utilizar mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia, así como procedimientos que promuevan la masiva participación, todos ellos conducentes a democratizar la propiedad accionaria;*

*Que del diseño del programa de enajenación, que se materializa en este decreto, se envió copia a la Defensoría del Pueblo mediante oficio número. 2-2013-026754 de fecha 29 de julio de 2013, en cumplimiento de lo previsto en el párrafo del Artículo 7 de la Ley 226 de 1995; en el oficio se presentan los elementos del programa de enajenación que garantizarán su transparencia;*

*Que el 29 de diciembre de 2006, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, en su calidad de accionistas mayoritarios de ISAGEN S.A. E.S.P., suscribieron una oferta de acuerdo de accionistas (en adelante, el "Acuerdo de Accionistas"), que fue aceptada por los destinatarios de la oferta mediante la suscripciones de acciones de ISAGEN S.A. E.S.P., en cuyo Artículo 5.7 se estableció que en el evento en que la Nación como accionista mayoritario decida vender o enajenar su participación accionaria y ello implique la transferencia del control de la sociedad a un tercero estratégico, la Nación llevará a cabo dicha enajenación conforme con los procedimientos y las reglas previstas en la Ley 226 de 1995 y sus modificaciones y adiciones. Adicionalmente, la Nación se comprometió a incluir dentro del respectivo reglamento de enajenación y adjudicación, el texto del Acuerdo de Accionistas vigente a la fecha de expedición del presente decreto y a que el tercero estratégico acepte y se adhiera al mismo. También aceptó imponer al eventual tercero estratégico la obligación de realizar*



una oferta pública de adquisición voluntaria dirigida por lo menos a los accionistas minoritarios definidos en dicho Acuerdo de Accionistas al mismo precio negociado con la Nación; y

Que con fundamento en las anteriores consideraciones;

#### DECRETA

**Artículo 1. Aprobación del Programa de Enajenación.** Apruébese el programa de enajenación (en adelante, el "Programa de Enajenación" o el "Programa"), en los términos previstos en el presente decreto, el cual contiene las reglas conforme a las cuales se enajenarán mil quinientas setenta y un millones novecientas diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias (en adelante y para todos los efectos, las, "Acciones") que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos mixta, de nacionalidad colombiana (en adelante y para todos los efectos, "ISAGEN"), equivalentes al cincuenta y siete coma sesenta y seis veinticuatro por ciento (57,6624%) del total de las acciones suscritas y pagadas en circulación de la mencionada empresa de servicios públicos domiciliarios.

**Artículo 2. Régimen de enajenación de las Acciones.** La enajenación de las Acciones de que trata el presente decreto será efectuada de conformidad con las reglas, condiciones y procedimientos previstos en la Ley 226 de 1995 (en adelante y para todos los efectos, la "Ley 226"), en las normas contenidas en el presente Programa de Enajenación y en las disposiciones establecidas en los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para el efecto, de conformidad con el Artículo 21 del presente decreto.

(...)

**Artículo 8. Reglas para presentar aceptaciones de compra en la Primera Etapa por parte de personas naturales Destinatarios de las Condiciones Especiales.** Con el fin de promover la efectiva democratización de la propiedad accionaria, procurar que la adquisición de las Acciones corresponda la capacidad adquisitiva de cada uno de los aceptantes e impedir que se presenten conductas que atenten contra la finalidad prevista en los Artículos 2, 4 y 5 de la Ley 226 y el Artículo 60 de la Constitución Política, la aceptación que presente cada una de las personas naturales Destinatarias de las Condiciones Especiales en desarrollo de la Primera Etapa, estará sujeta a las siguientes reglas y límites:

8.1. Para la presentación de la aceptación, deberá acompañar copia de:

- (i) La declaración de renta correspondiente al año gravable de dos mil once (2011) o de dos mil doce (2012) (será obligatorio presentar la declaración de renta del año gravable dos mil doce (2012) solamente en el evento en que de acuerdo con la ley ya haya debido presentarse), siempre y cuando esté obligado legalmente a presentarla; o
- (ii) El certificado de ingresos y retenciones del año dos mil doce (2012) para los no obligados a declarar; y
- (iii) Para los Destinatarios de las Condiciones Especiales de que tratan los subnumerales (i) y (ii) del numeral 3.1 del Artículo 3 del presente decreto, certificado expedido por ISAGEN mediante el cual se acredite tal calidad.

Las personas que ocupen cargos de nivel directivo en ISAGEN deberán, adicionalmente, acompañar una certificación expedida por la Dirección de Desarrollo del Trabajador de ISAGEN, en la que conste su remuneración anual en ISAGEN, a la fecha de expedición de este decreto.

8.2. Con relación al número máximo de Acciones a adquirir por persona, se tomará en cuenta el menor monto que resulte de aplicar las siguientes reglas:

8.2.1. No podrán adquirir un número de Acciones por un monto superior a una (1) vez su Patrimonio Líquido a diciembre 31 del año correspondiente a la declaración de renta presentada.

8.2.2. No podrán adquirir un número de Acciones por un monto superior a cinco (5) veces sus ingresos anuales que figuren en la declaración de renta o en el certificado de ingresos y retenciones presentado.

8.2.3. Sin perjuicio de los anteriores numerales, ninguna persona natural podrá adquirir más de dos millones setecientos veintiséis mil setenta y dos (2.726.072) Acciones.

8.2.4. Para el caso específico de las personas que ocupen cargos de nivel directivo en ISAGEN, además de las limitaciones indicadas en los numerales 8.2.1, 8.2.2 y 8.2.3 del presente Artículo, no podrán adquirir Acciones por un monto superior a cinco (5) veces su remuneración anual derivada de ISAGEN.

8.2.5. Las personas que lleguen a ocupar cargos de nivel directivo en ISAGEN con posterioridad a la fecha de expedición del presente decreto, podrán adquirir acciones en la Primera Etapa siempre que estén vinculadas a ISAGEN el día hábil anterior a que venza el plazo de la oferta de la Primera Etapa. Para efectos de controlar que estas personas no adquieran un número de Acciones por un valor que supere cinco (5) veces su remuneración anual, éstas deberán acompañar a su respectiva aceptación, una certificación expedida por la Dirección de Desarrollo del Trabajador de ISAGEN en la que conste su remuneración con el fin de calcular la remuneración anual.

8.3. Para efectos de dar aplicación a las reglas previstas en el presente Artículo y determinar los anteriores límites, se tomará:

- (i) El Patrimonio Líquido y los ingresos que figuren en la declaración de renta presentada;  
o
- (ii) Los ingresos que figuren en el certificado de ingresos y retenciones presentado para los no obligados a declarar; y
- (iii) La remuneración anual certificada de cada una de las personas que ocupan cargos de nivel directivo

Para efectos del presente decreto, se entenderá por "Patrimonio Líquido" el indicado en la declaración de renta y se determina restando del patrimonio bruto poseído por el contribuyente en el último día del año o período gravable, el monto de las deudas a cargo del mismo, vigente en esa fecha.

8.4. Cualquier aceptación de compra de Acciones por un monto superior a los límites previstos en el numeral 8.2 del presente Artículo, si cumple con las demás condiciones establecidas en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa, se entenderá presentada, por la cantidad permitida de conformidad con las reglas y limitaciones indicadas en los numerales 8.2.1, 8.2.2, 8.2.3, 8.2.4 y 8.2.5 del presente Artículo

8.5. Únicamente se considerarán aceptaciones de compra válidas, aquellas en las cuales la persona manifieste por escrito su voluntad incondicional e irrevocable de:

- (i) No negociar las Acciones dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte de la Nación;
- (ii) No realizar conductas tendientes a que personas diferentes del aceptante tengan dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte de la Nación, el carácter de Beneficiario Real de los derechos derivados de las Acciones;
- (iii) No dar en pago o enajenar de cualquier otra forma las Acciones dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las mismas por parte de la Nación;
- (iv) No subrogar el crédito adquirido con base en la línea de crédito de que trata el Artículo 7 del presente decreto, si lo hubiere recibido, ni prestar su consentimiento, ni participar directa o indirectamente ni en forma alguna en tal subrogación, ni en ningún acto o negocio que produzca el mismo o similar efecto, dentro de los dos (2) años inmediatamente siguientes a la fecha de enajenación de las Acciones por parte de la Nación; y

(v) *Aceptar todas las condiciones de la oferta pública en los términos previstos en este decreto, en el aviso de oferta y en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa.*

*Para efectos del presente decreto, el término "Beneficiario Real" tendrá el alcance que le atribuye el Artículo 6.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010 y las demás normas que la sustituyan, modifiquen, adicionen o complementen.*

*8.6. Deberán igualmente acompañar a su respectiva aceptación los demás documentos que se establezcan en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para la Primera Etapa.*

*8.7. En todo caso, al aceptar la oferta las personas naturales Destinatarias de las Condiciones Especiales deberán declarar bajo la gravedad del juramento que actúan por su propia cuenta y beneficio.*

*8.8. Para todos los efectos del Programa de Enajenación y especialmente para la aceptación por parte de los adquirentes de las Acciones durante la Primera Etapa como parte del reglamento de enajenación y adjudicación que se expida, se establecerá un formulario de aceptación donde se incluirán las manifestaciones de voluntad necesarias para el Programa, incluyendo las descritas en el presente Artículo.*

### **3.1.2. Decreto 2316 del 22 de octubre de 2012**

En el expediente 21047, además de solicitar la suspensión provisional de los apartes subrayados del artículo 8 del Decreto 1609 de 2013, se pidió decretar la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 2316 de 2013 que dispone:

*MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO  
DECRETO 2316  
22 de octubre de 2013  
2013 Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1609 de 2013*

*EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA*

*En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política y el Artículo 6 de la Ley 226 de 1995, y*

#### **CONSIDERANDO**

*Que mediante el Decreto 1609 de 2013 fue aprobado el programa de enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A E.S.P. Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 226 de 1995, el citado programa de enajenación accionaria fue elaborado con fundamento en estudios técnicos aplicables a este tipo de operaciones, ampliamente reconocidos a nivel local e internacional.*

*Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013, en concordancia con lo establecido en los artículos 3º y 11 de la Ley 226 de 1995, se establece que las acciones se ofrecerán a los Destinatarios de las Condiciones Especiales, a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$2.850).*

*Que en igual sentido, el artículo 17.1 del Decreto 1609 de 2013 establece que las Acciones que se dispongan en la Segunda Etapa, tendrán un precio mínimo de dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$2.850) por acción el cual será actualizado por la variación del índice de precios al consumidor entre la fecha de expedición del citado decreto y la fecha de iniciación de la Segunda Etapa.*

*Que en atención al amplio interés del mercado en participar en el proceso de enajenación de esta participación accionaria, resulta viable incrementar el precio mínimo de la acción en el marco de los estudios elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para la valoración de ISAGEN, que fueron presentados al Consejo de Ministros en su sesión del 29 de julio de 2013.*

*Que en desarrollo de lo anterior, el Consejo de Ministros en su sesión del día 30 de septiembre de 2013, emitió concepto favorable respecto de modificar el precio mínimo de venta de las acciones correspondiente al programa de enajenación de estas que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S. A E.S.P, tomando como referencia el máximo valor arrojado por la metodología de flujo de caja libre descontado, conforme a los estudios presentados a consideración del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2013, elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para tal efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 226 de 1.995. Con fundamento en las anteriores consideraciones;*

#### **DECRETA**

**Artículo 1. Modifíquese el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013, el cual quedará así:**

**"6.2. Las Acciones se ofrecerán a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a tres mil ciento setenta y ocho pesos (\$3.178)".**

(...)

### **3.2. De las medidas cautelares previstas en la Ley 1437**

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. La Constitución no distingue si la medida de suspensión provisional solo cabría contra los actos administrativos de contenido particular y no contra los actos generales o normativos, conocidos comúnmente como reglamentos, y que son de naturaleza diferente de los primeros. Como la norma no distingue, el intérprete tampoco. En consecuencia, la suspensión provisional puede recaer frente a cualquier clase de actos.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup> establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que

---

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte, debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011<sup>3</sup> prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, pero también prevé la medida cautelar de decretar la suspensión de una actuación o procedimiento administrativo, inclusive de carácter contractual, medida ésta un tanto diferente a la suspensión del acto propiamente dicha.

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Dicho de otra manera, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: *i*) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o *ii*) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado.

---

<sup>3</sup> **ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

**PARÁGRAFO.** Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

En cambio, la medida de suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, no necesariamente está atada o vinculada a la consideración a priori de que ese procedimiento o esa actuación devienen de un acto ilegal o inconstitucional. Podría ser que la medida simplemente sirva para precaver la efectividad de la sentencia que posteriormente se dicte y, de contera, los derechos e intereses involucrados en el respectivo proceso judicial.

De ahí que el artículo 231 diga que las medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional deben sopesarse aún en aras del interés público y que siempre deberán concederse cuando existan serios motivos para considerar que, de no otorgarse, los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Según lo expuesto, el juez está en condiciones de ponderar si opta por la tradicional suspensión provisional de los actos jurídicos demandados o por otras medidas cautelares diferentes.

En relación con la sustentación de la petición, esta Corporación ha precisado que *«la medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación»*<sup>4</sup>.

La Sala de la Sección Cuarta, justamente en el auto del 21 de mayo de 2014 dictado en el expediente 20946 (interno), que revocó la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013, medida que había dictado la Sección Primera al admitir la demanda interpuesta por Enrique Alfredo Daza Gamba, auto que será objeto de un análisis más adelante, trazó los siguientes criterios sobre el entendimiento de las medidas cautelares:

*... Pues bien, el nuevo código (CPACA) amplió el marco de acción del juez contencioso administrativo otorgándole facultades de tutela equiparables a las que tiene cuando actúa como juez constitucional, facultades que están encaminadas a asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia judicial con la que terminará el proceso y así garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia.*

---

<sup>4</sup>SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. C.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Bogotá D.C., 24 de enero de 2013. Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00068-00. Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS. Demandado: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CIENCIAS, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN.

*Este derecho no es solo de raigambre constitucional y de carácter fundamental, sino que hace parte de las previsiones de distintos instrumentos de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8º), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3), la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (art. 18) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25).*

*Son tres los elementos esenciales que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia: i) el acceso entendido como la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para dirimir un conflicto; ii) el derecho a obtener una resolución de fondo del conflicto y iii) el derecho a que la sentencia que se profiera se ejecute<sup>5</sup>.*

*Así, las medidas cautelares en materia contencioso administrativa están orientadas a garantizar el último de los elementos que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia, es decir, buscan proteger la realización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues de lo contrario el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.*

*Este punto es de singular importancia y se convierte en uno de los elementos distintivos de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que surgió como respuesta a los cambios operados en la realidad, frente a los cuales el juez contencioso administrativo requería facultades acordes con las distintas situaciones en las que pudieran estar los administrados por las acciones u omisiones de la Administración.*

*De esta manera, la nueva arquitectura de las medidas cautelares implica un avance muy significativo en la normativa colombiana en esta materia, que se pone a tono con los avances que en el mismo sentido se pueden identificar en el derecho comparado porque se "amplió el conjunto de herramientas precautelativas a disposición del juez con miras a garantizar la efectividad de sus sentencias y además extiende la aplicabilidad de aquellas a todas las modalidades de actuación de las autoridades pasibles de fiscalización en punto de su jurisdicción por parte de la jurisdicción especializada"<sup>6</sup>*

*En este sentido, la Ley 1437 de 2011, (CPACA) incluye los tipos de cautelas y los requisitos para decretarlas recogidos en las legislaciones de los distintos países de la Unión Europea, esto es, las cautelas positivas y las negativas y los tres requisitos para su decreto:*

- i) Apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones;*
- ii) Urgencia (periculum in mora). El juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, y*
- iii) Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar<sup>7</sup>.*

Con base en esas directrices generales, se aborda el caso concreto.

### **3.3. El caso concreto.**

Se deduce de las peticiones ya reseñadas, que casi todas están dirigidas a pedir la suspensión provisional sobre la base de que los actos acusados habrían violado

<sup>5</sup> Op. cit. Gómez Aranguren, Eduardo.

<sup>6</sup> Fajardo Gómez, Mauricio. Medidas Cautelares. En: Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Imprenta Nacional.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

*grosso modo* los artículos 4, 29, 60, 334 y 339 de la Constitución Política, 2, 3, 4, 7, 11 y 14 de la Ley 226 de 1995 y 1, 2 y 4 de la Ley 1473 de 2011.

La sala unitaria descarta estudiar la suspensión provisional de los actos acusados, pues, de hecho, la Sección Cuarta ya se pronunció al respecto y negó la suspensión provisional.

Dados los elementos de juicio que se han recogido hasta ahora, lo que mejor conviene a las resultas de este proceso que acumula las tres demandas ya reseñadas, es sustituir el estudio de la suspensión provisional por el estudio de la medida cautelar de la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, aún de tipo contractual, como, en últimas, es el procedimiento o la actuación tendiente a vender la participación accionaria de la Nación en Isagén.

De modo que la medida cautelar que se va adoptar no implicará el desconocimiento del auto del 21 de mayo de 2014, dictado en el expediente 20946 (interno), que revocó la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013, medida decretada en su momento por la Sección Primera.

**3.3.1. De la suspensión precautar del procedimiento o la actuación administrativa tendiente a la venta de las acciones que la Nación tiene en Isagén autorizada por el Decreto 1609 de 2013.**

En rigor, el despacho, como ya se advirtió, no encuentra que deba ordenar la suspensión provisional de los actos acusados por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta. Pero, en cambio, de manera preventiva y para salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que deba recaer en este asunto, es necesario acudir a la figura prevista en el numeral 2 del artículo 230 de la Ley 1437, que permite suspender “un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual”, como ya se ha dicho varias veces.

Las razones son estas:

a) En la enajenación de bienes del Estado va envuelto el interés público, que es un amplio concepto jurídico que pretende abarcar tanto los intereses del Estado mismo como los intereses generales de la comunidad, interés público que se podía afectar como cuando se dictan medidas o ocurren hechos que pudieran



perjudicar ora el patrimonio del Estado, ora la continuidad, calidad, igualdad y progresividad de los servicios públicos o los mismos postulados constitucionales relativos al buen funcionamiento de la economía del país. Por tanto, la enajenación de bienes estatales valiosos, claves o estratégicos, como la venta de la porción accionaria de la Nación en una importante empresa de servicio públicos, implica la adopción de una política pública de efectos transversales en cuanto que no solo tiene que ver con la finalidad de financiar obras públicas sino con el equilibrio presupuestal, la sostenibilidad fiscal y la presencia del Estado no en el diseño sino en la misma ejecución de políticas relativas a la satisfacción de necesidades generales, como resulta ser el servicio público de producción y comercialización de energía eléctrica. Ahí radica el evidente interés público que envuelve la decisión del Gobierno contenida en el Decreto 1609 de 2013.

b) Ahora bien, en un estado de derecho, máxime en un estado social de derecho, la adopción, la ejecución y el control de las políticas públicas se hace mediante leyes y actos o decisiones administrativas y otros instrumentos como el contrato, y todos esos actos jurídicos están en mayor o menor grado sometidos a no solo controles sociales y políticos sino a controles jurídicos como son las acciones judiciales, denominadas también medios de control judicial.

c) Si bien es cierto que tanto el legislador como el Gobierno gozan de poderes discrecionales para valorar la adopción de cuanta política pública crean conveniente para alcanzar los altos fines del Estado, ese ámbito discrecional está enmarcado por la Constitución o por la ley o por ambas, según el caso. De hecho, esta sala unitaria no encuentra prohibición alguna para que el Estado pueda desprenderse de los intereses que tiene en Isagén, que de haberla, conduciría a una suspensión inmediata de los actos. No se trata de eso. De lo que se trata es de que exista la oportunidad de hacer real la tutela judicial efectiva que han reclamado varios ciudadanos en ejercicio de acciones judiciales legítimas.

d) En ese sentido, en este caso, la parte actora, integrada por varios ciudadanos, pretende que el juez de lo contencioso administrativo dicte una sentencia que dictamine si la enajenación de las acciones de Isagén ordenada por los decretos 1609 y 2613 de 2013 se ajusta completamente a la Constitución y a la ley. Pero sucede que el próximo 19 de mayo, según las informaciones que dan los propios demandantes y que son de público conocimiento, iniciará la subasta, acto con el

que podría prácticamente culminar la transferencia de esos bienes de forma definitiva a los inversionistas interesados en ellos.

e) Los procesos judiciales acumulados a que se ha hecho referencia en este auto no están en condiciones de recibir sentencia todavía. Aún dando preferencia al trámite judicial correspondiente, el fallo podría recaer en no menos de dos a tres meses. Y de recaer una sentencia en favor de las pretensiones de nulidad, se podría producir un efecto mucho más caótico frente a la seguridad jurídica que los simples efectos de una suspensión de los plazos para adelantar el procedimiento de venta de las acciones.

f) El solo hecho de que, por distintas razones, no se haya podido dictar todavía una sentencia definitiva, justifica emitir preventivamente la medida de suspensión del procedimiento o actuación administrativa para dar oportunidad a que el aparato judicial ejerza el control jurídico pertinente sobre los actos acusados. De salir estos actos avantes se transmitiría plena confianza tanto al Estado como a los inversores de que la negociación es segura jurídicamente hablando, por lo menos frente a la decisión gubernamental de desprenderse de esas acciones. De no ser así, el Gobierno tendría la oportunidad de rediseñar la política concerniente a la transferencia de esas acciones al sector privado.

f) Pero además de lo anterior, la sala unitaria encuentra que han ocurrido ciertos hechos sobrevinientes al auto que revocó la medida de suspensión provisional que se concedió *ab initio* que justifican con mayores veras la medida cautelar que se decretará. En efecto:

i) Concluida la primera etapa del proceso de enajenación, la adquisición de acciones por parte de los destinatarios de las condiciones especiales (trabajadores, organizaciones solidarias, etc.) fue extremadamente baja, según lo informa la parte actora y la información pública disponible<sup>8</sup>.

ii) Según esas mismas informaciones, actualmente solo quedaron cinco proponentes preclasificados, que estarían en aptitud legal de participar el próximo 19 de mayo en la subasta.

---

<sup>8</sup> Boletín Informativo 52 para Comisionistas de la Bolsa de Valores de Colombia folio 270 del cuaderno 2 expediente 21047 (interno). Se ofertaron 1.571.919.000 acciones, se adjudicaron 1.428.233.

iii) Informaciones de público conocimiento, señalan, además, que los más importantes entes de control de Estado colombiano, esto es, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación han hecho llamados públicos para que el Gobierno Nacional vuelva a revisar el programa de enajenación de esas acciones<sup>9</sup>.

Todo lo anterior, más los argumentos expuestos en las peticiones de medidas cautelares, en especial la petición introducida el 25 de abril de 2015 por la apoderada del señor Rodrigo Toro Escobar, en la que insiste en que no se está cumpliendo con la regla general de democratización prevista en el artículo 60 de la Constitución Política, le indican al suscrito magistrado que es necesario emitir una medida precauteladora de suspensión del procediendo o actuación con el propósito de que el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta, pueda examinar dentro de los causes del proceso sí, efectivamente, el procedimiento en curso de venta de las acciones que la Nación tiene en Isagén está respondiendo a los propósitos del mismo Decreto 1609 de 2013, y si este decreto está concebido para producir efectivamente los efectos queridos por la Constitución Política.

En efecto, el artículo 60 de la Carta hace parte de los derechos sociales, económicos y culturales previstos no solo en la Constitución sino en tratados internacionales y establece la importante obligación del Estado de promover, de acuerdo con la ley, la propiedad en favor de todos los colombianos. Incluso manda que cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes «a democratizar las titularidades de sus acciones». Esa democratización no es meramente formal. No porque se dicte un reglamento en el que se aluda a ciertas condiciones para acceder a la propiedad de las acciones tanto del llamado sector social: trabajadores, organizaciones solidarias, etc., como del resto de particulares, se está cumpliendo con el propósito constitucional de lograr una democratización de propiedad accionaria.

Actualmente el expediente no cuenta con elementos de juicio suficientes para concluir que definitivamente el Decreto 1609 de 2013, que aprobó la enajenación de esas acciones, quedó concebido de forma irregular o de forma contraria al espíritu del artículo 60 de la Constitución y de la Ley 226 de 1995 que la

---

<sup>9</sup> <http://www.elcolombiano.com/procurador-sugiere-no-vender-a-isagen-EL1915273>  
<http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/contraloria-cuestiona-venta-isagen>  
<http://www.contraloria.gov.co/documents/10136/189511888/Bolet%C3%ADn+Macro+Fiscal+007/fdec14c1-07f7-4e5f-8477-6fa7cf7b20ab>

desarrolla. Pero sí existen las razones que se dejaron atrás expuestas para justificar un tiempo más de espera, pues el interés público inmerso en la política de enajenación de las acciones del Estado exige que tanto el Gobierno como los jueces actúen con cautela frente a la ejecución de decisiones que rediseñan la política económica general del país.

Por lo expuesto, esta sala unitaria de la Sección Cuarta del Consejo de Estado considera que ha lugar a la medida cautelar de suspensión de procedimiento o actuación administrativa en los términos siguientes:

**1. ORDÉNASE** la suspensión temporal del procedimiento o actuación administrativa que actualmente se surte con ocasión del cumplimiento del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 dictado por el Gobierno Nacional, que aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en Isagén S.A. E.S.P.

**2.** En concreto: **SUSPÉNDASE** la subasta y demás actos programados para el 19 de mayo de 2015 en relación con la enajenación de las acciones que la Nación tiene en Isagén S.A. E.S.P.

**3. ORDÉNESE** al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público asegurar que se cumpla esta orden judicial mediante las respectivas órdenes administrativas, instrucciones y demás medidas pertinentes para ese cometido.

**4.** En auto separado, y una vez consultada la agenda de los despachos de los demás magistrados que componen la Sala de decisión, se fijará con prelación y urgencia la primera audiencia de trámite para adelantar el procedimiento correspondiente, sin perjuicio de las demás medidas a que haya lugar según el estado procesal de los expedientes acumulados.

**4. COMUNÍQUESE** al señor Presidente de la República, al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Ministro de Minas y Energía esta orden cautelar urgente y por cualquiera de los medios previstos.

**5.** Por tratarse de una acción de simple nulidad contra actos de naturaleza reglamentaria y en defensa de intereses públicos, relévese a la parte actora de prestar caución.

Notifícase y cúmplase

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**