

RECURSOS - Deben controvertir la decisión recurrida / PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Oportunidades probatorias. Son las previstas en el artículo 212 del CPACA / AUDIENCIA INICIAL - En ella no se pueden adicionar pruebas / ADICION DE PRUEBAS - No procede en la audiencia inicial

[...] tal y como lo alegan los apoderados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el escrito presentado por el demandante Enrique Alfredo Daza Gamba no puede considerarse en estricto sentido un 'recurso de súplica', toda vez que no controvierte lo decidido por el Ponente, sino que, en realidad, constituye una solicitud para adicionar pruebas, como expresamente lo reconoce el apoderado al señalar que el recurso tiene como finalidad que se «incluyan» las pruebas a que hace alusión en su memorial, lo cual resulta a todas luces extemporáneo en esta etapa procesal, pues las oportunidades para pedir pruebas en el proceso contencioso administrativo son las previstas en el artículo 212 del CPACA, disposición que no prevé la posibilidad de adicionar pruebas en la audiencia inicial, como lo pretende el recurrente en el asunto *sub examine*.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 212

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del caso es la siguiente: Dentro de los procesos acumulados en los que se demanda la nulidad de los Decretos 1609 y 2316 de 2013, aprobatorios del programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén S.A. E.S.P., el 8 de julio de 2015 el Magistrado Ponente celebró la audiencia inicial, en la que decidió sobre las excepciones previas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes y los terceros, salvo la relacionada con los estudios de viabilidad, oportunidad y conveniencia para la enajenación, porque ya reposan en el expediente. Una vez notificada en estrados la decisión sobre pruebas, el apoderado del demandante Enrique Alfredo Daza Gamba interpuso recurso de súplica con el fin de que se tuviera como prueba un hecho que adujo como sobreviniente, referido a la inclusión en la Cuarta Adenda al reglamento de la segunda etapa de la venta, publicado el 3 de marzo de 2015, de la obligación del inversionista precalificado de no votar a favor el cambio de domicilio social de ISAGEN dentro de los 7 años siguientes a la fecha de cierre de la venta. Al sustentar el recurso pidió que se incluyeran como pruebas unas solicitudes o informes a la DIAN y a la CREG acerca de dicha obligación, así como certificaciones a la Unión Temporal de Banca de Inversión sobre el resultado del precio de la venta de la acción de ISAGEN bajo la metodología de Rolling WACC y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la fecha de elaboración y publicación oficial del documento "Evaluación de Estrategias de Financiación para la creación del Fondo de Promoción de Infraestructura" y de los estudios de conveniencia y oportunidad justificativos de la venta de ISAGEN; además, pidió que se solicitara un informe al Comité Consultivo para la Regla Fiscal sobre los efectos de dicha venta. El recurrente sustentó la petición de las certificaciones a la DIAN y a la CREG en la existencia de un hecho sobreviniente a la demanda y en la necesidad de decretar las pruebas en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, argumento este en el que también basó el resto de su solicitud. La Sala resolvió rechazar el recurso, de un lado, porque es improcedente contra autos que no deniegan pruebas, como el aquí recurrido y, de otro, en razón de que con su solicitud el demandante pretendía adicionar medios probatorios que no fueron pedidos en las oportunidades procesales que para el efecto prevé el artículo 212 del CPACA. Al respecto la Sala señaló que dicha norma no establece la posibilidad de adicionar pruebas en la audiencia inicial, así como que tampoco es posible omitir tales oportunidades, so pretexto de la

prevalencia del mencionado principio. No obstante, señaló que ello no impide que el Magistrado sustanciador o la Sala ejerzan su facultad oficiosa para decretar las pruebas que estimen necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda.

OPORTUNIDADES PROBATORIAS - No se pueden omitir con el argumento de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal / PRUEBA DE OFICIO - En ejercicio de sus facultades el juez la puede decretar para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda

[...] el recurrente fundamenta la solicitud de pruebas en la ocurrencia de “hechos sobrevinientes” y en la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Sin embargo, esta Sección advierte que tales argumentos tampoco habilitan el decreto de nuevas pruebas, como pasa a explicarse. En relación con las Certificaciones y/o informes de la DIAN y de la CREG, y que se relacionan con la obligación del inversionista precalificado de no votar favorablemente el cambio de domicilio social de ISAGÉN dentro de los siete años siguientes a la fecha de cierre de la venta, la Sala advierte que, como lo precisa el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta regla no fue establecida el 3 de marzo de 2015 en la Cuarta Adenda al Reglamento de Enajenación y Adjudicación para la recepción de aceptaciones del programa de enajenación de acciones de propiedad de la Nación en ISAGÉN, pues dicha regla ya había sido establecida desde el **25 de noviembre de 2013**, fecha en que se expidió el Reglamento de la Segunda Etapa. Luego, no se trata de un hecho sobreviniente, como lo pretende hacer ver el recurrente. Si bien la demanda del ciudadano Enrique Alfredo Daza Gamba fue presentada el **16 de octubre de 2013**, esto es, antes de la fecha de expedición del Reglamento de la Segunda Etapa, la Sala advierte que la regla sobre el cambio del domicilio fiscal, constituye un argumento nuevo que no hace parte ni se deriva de los aspectos frente a los cuales se fijó el litigio y, en todo caso, si el demandante quería controvertir la legalidad de dicha regla, contaba con la oportunidad procesal de reforma de la demanda para añadir este “nuevo argumento”, teniendo en cuenta que su demanda fue finalmente admitida el **28 de agosto de 2014**, fecha posterior a la publicación del Reglamento de la Segunda Etapa. Frente a las solicitudes de Certificación de utilización de la Metodología de *Rolling WACC* (Tasa de descuento única o dinámica), certificaciones sobre las fechas de elaboración de estudios por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la prueba testimonial del Comité consultivo de la Regla Fiscal, esta Sección advierte que se trata de nuevos elementos probatorios, solicitados de manera extemporánea, toda vez que debieron solicitarse con la demanda o en las demás oportunidades procesales a las que ya se ha hecho referencia, las cuales constituyen reglas claras del procedimiento contencioso administrativo para salvaguardar el derecho de defensa de las partes y que no pueden ser omitidas con el argumento de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. De aceptarse la tesis del demandante, las oportunidades para solicitar pruebas resultarían ser reglas inoperantes y los litigios se tornarían interminables, en desmedro de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. En todo caso, lo antes expuesto, no impide que el Magistrado sustanciador del proceso o la Sala ejerzan su facultad oficiosa para decretar las pruebas que consideren necesarias, con el fin de esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, en los términos previstos en el artículo 213 del CPACA.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 212 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 213

RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Requisitos / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Autos contra los que procede / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Oportunidad y trámite / AUTO QUE DENIEGA PRUEBA - Es apelable y, por ende, suplicable / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Es improcedente si el auto contra el que se interpone no deniega una prueba

El artículo 246 del CPACA regula los presupuestos de oportunidad y sustanciales del recurso ordinario de súplica [...] De conformidad con la norma transcrita, el recurso es **procedente** contra los siguientes autos: i) Los dictados por el Ponente en única o segunda instancia y que por su «naturaleza serían apelables». ii) Los dictados por el Ponente en única o segunda instancia en el trámite de la apelación de un auto. iii) El que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario. En cuanto a la **oportunidad**, el artículo 246 del CPACA prevé que el recurso deberá sustentarse por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto. Y frente al **trámite**, se dará traslado a la parte contraria por dos días y será decidido por el Magistrado que le sigue en turno a quien dictó la providencia, ante la Sala o Sección, decisión contra la cual no procede recurso alguno. Pues bien, en el presente caso se advierte que el auto objeto del recurso fue proferido en la audiencia inicial celebrada el **8 de julio del 2015** y notificado en estrados, razón por la cual, el escrito radicado por el recurrente el **13 de julio siguiente**, ante la Secretaría de la Sección, resulta oportuno, toda vez que se presentó dentro del término legal. En cuanto a la procedibilidad del recurso, para el caso concreto debe verificarse si el auto objeto del recurso es de «naturaleza apelable». Esta Sección observa que para determinar este presupuesto debe remitirse al artículo 243 del CPACA que prevé algunas de las decisiones apelables en el proceso contencioso administrativo [...] De conformidad con lo anterior y por ser el que interesa al caso concreto, se observa que el numeral 9º del artículo 243 del CPACA establece que es de «naturaleza apelable» el auto que **deniegue** el decreto o práctica de alguna prueba **pedida oportunamente**. Al respecto, la Sala advierte que en la audiencia del 8 de julio del 2015, en cuanto a las pruebas solicitadas por el señor Daza Gamba, el Magistrado conductor del proceso tuvo como pruebas todas las aportadas con la demanda y decretó las solicitadas por los demandantes (incluidas las de Enrique Alfredo Daza Gamba), salvo la relacionada con los estudios de viabilidad, oportunidad y conveniencia para la enajenación de ISAGÉN, porque se consideró que estos estudios ya reposaban en el expediente. En esas condiciones, como la decisión recurrida no denegó la práctica de una prueba solicitada por el demandante, esto constituye razón suficiente para rechazar por improcedente el recurso de súplica interpuesto.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 243 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 246

NOTA DE RELATORIA: Sobre el carácter no taxativo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y los autos apelables en vigencia de esa ley, se cita el auto de unificación jurisprudencial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 25 de junio de 2014, Exp. 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), M.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015)

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

Actor: HELBER ADOLFO CASTAÑO, ENRIQUE ALFREDO DAZA GAMBA Y RODRIGO TORO ESCOBAR

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

AUTO

**Acumulados: 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946)
11001-03-24-000-2013-00509-00(21047)**

La Sala decide el recurso de súplica interpuesto por el actor Enrique Alfredo Daza Gamba, contra el auto de pruebas proferido en la audiencia inicial realizada el 8 de julio de 2015 por el Consejero conductor del proceso de la referencia.

AUTO SUPPLICADO

El 8 de julio de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del CPACA, el Magistrado sustanciador del proceso adelantó la audiencia inicial, en la cual decidió sobre las excepciones previas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes y los terceros en los procesos acumulados.

Una vez notificada en estrados la decisión sobre el decreto de pruebas, el apoderado del demandante Enrique Alfredo Daza Gamba interpuso recurso de súplica con el fin de que se tuviera como prueba un hecho sobreviniente, referido a la Cuarta Adenda al reglamento de la segunda etapa de la venta de acciones de ISAGÉN, publicado el 3 de marzo de 2015.

El Magistrado Ponente informó al recurrente que el recurso debía sustentarse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la decisión de pruebas.

EL RECURSO

El apoderado del señor Enrique Alfredo Daza Gamba sustentó el recurso interpuesto contra el auto del 8 de julio de 2015, «con el fin de que en dicha providencia se incluyan como pruebas las relacionadas a continuación: (...)»¹.

1. Solicitud de certificación y/o informe a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

El actor pide que se solicite un ‘informe’ al Representante Legal de la DIAN, en relación con «sus consideraciones respecto a las consecuencias sobre el recaudo de los impuestos actualmente percibidos de ISAGEN S.A. una vez su domicilio cambie de la ciudad de Medellín a un país diferente como Panamá; Islas Vírgenes o cualquier otra jurisdicción que sea catalogada como paraíso fiscal, o cualquier otro país o jurisdicción sobre el cual la DIAN no tenga competencia, (...)»².

Afirma el recurrente que la prueba tiene como fin garantizar que en la decisión de fondo se tengan en cuenta todos los elementos de juicio necesarios para determinar los efectos sobre las finanzas públicas del Estado.

Como fundamento de derecho para decretar la prueba, el recurrente señala que existe un ‘hecho sobreviniente’, toda vez que el 3 de marzo de 2015, fecha posterior a la presentación de la demanda, la Bolsa de Valores de Colombia publicó la Cuarta Adenda al Reglamento de Enajenación y Adjudicación para recibir las acciones de propiedad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGÉN S.A. E.S.P., que establece en su inciso h), del numeral 6.4.1. Contenido del Sobre de Oferta Económica, que exige que cada Inversionista Precalificado «(...) no votar favorablemente cualquier propuesta para cambiar el domicilio social de ISAGÉN de la ciudad de Medellín, Antioquia durante los siete (7) años siguientes a la Fecha de Cierre».

Insiste el demandante en que la Cuarta Adenda es un hecho sobreviniente que hace parte del proceso de enajenación de las acciones de propiedad de la Nación en ISAGÉN, iniciado con los Decretos 1609 y 2316 de 2013, objeto de la demanda. Agregó que el objeto del ‘interrogatorio’ es determinar los efectos sobre las finanzas del Estado en caso de que cumplido el plazo de los 7 años, el nuevo dueño de ISAGÉN decida cambiar su domicilio legal.

¹ Fl. 566

² Fl. 567

Invoca el recurrente el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal para la práctica de esta prueba, para determinar los efectos negativos sobre las finanzas del Estado en la venta de ISAGÉN que, según dice, es uno de los temas centrales en este litigio.

Además, solicita que el Director de la DIAN exponga en sus consideraciones el efecto que sobre las utilidades de ISAGÉN tendría el hecho que el comprador extranjero, que quedará con el control mayoritario de la empresa, tuviera pérdidas acumuladas al momento de protocolizarse la compraventa.

2. Solicitud de certificación y/o informe a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG

Manifiesta el recurrente que teniendo en cuenta la importancia jurídica y trascendencia del asunto en estudio, se solicite un «informe al Representante Legal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- sus consideraciones respecto a las consecuencias sobre el alcance de su función de regulación y control sobre ISAGÉN S.A., una vez su domicilio cambie de la ciudad de Medellín a un país diferente como Panamá; Islas Vírgenes o cualquier otra jurisdicción que sea catalogada como paraíso fiscal, o cualquier otro país o jurisdicción sobre el cual la DIAN no tenga competencia (...)»³.

Para fundamentar la solicitud, el demandante reitera los argumentos expuestos en relación con la prueba del numeral 1º, antes resumidos, en cuanto al hecho sobreviniente y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

3. Solicitud de Certificación de utilización de la Metodología de Rolling WACC

El recurrente pide que se solicite «certificación del resultado del precio de la acción de ISAGÉN bajo la metodología de Rolling WACC a la Unión Temporal de Banca de Inversión que adelantó el proceso técnico a partir del cual se fijó el precio base por acción en el proceso de enajenación de ISAGÉN»⁴.

Explica que el método tradicional de valoración de empresas consiste en traer a valor presente los Flujos de Caja Libre proyectados, utilizando una tasa de

³ Fl. 569

⁴ Fl. 570

descuento denominada *WACC* (*Weighted Average Cost of Capital*)⁵. Agrega que una metodología más precisa y dinámica de valoración es la metodología de *Rolling WACC*, que consiste en determinar el *WACC* de cada periodo de proyección con base en la evolución de la composición de las fuentes.

Afirma que de no haberse considerado la metodología de *Rolling WACC* para el cálculo del precio base a partir del cual se adelantaría la segunda etapa de subasta de las acciones de la Nación en ISAGÉN, se afectarían negativamente las finanzas públicas, lo cual, insiste, hace parte del asunto litigioso, por tanto, es fundamental la práctica de esta prueba, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

4. Certificación sobre la fecha de elaboración y de publicación oficial del documento “Evaluación de Estrategias de Financiación para la creación del Fondo de Promoción de Infraestructura” del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como razones de derecho y fundamento para el decreto de esta prueba, afirma que existe un ‘hecho sobreviniente’, porque este documento, con el que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha justificado la enajenación de ISAGEN, fue mencionado por primera vez a la opinión pública por el Viceministro Técnico de Hacienda, el día 6 de abril de 2015, fecha muy posterior a la demanda interpuesta.

Sostiene que la importancia de este documento radica en «*su fecha de elaboración y fecha de publicación, más que en el contenido mismo del documento que por cierto adolece de muchos errores técnicos y financieros que no son objeto de este debate*»⁶. Agrega que es necesario establecer si este documento fue elaborado y publicado con posterioridad a la expedición del Decreto 1609 de 2013, porque las alternativas para financiar las obras 4G debieron ser previas pues, de lo contrario, se estaría frente a un acto improvisado, que afectaría gravemente las finanzas del Estado.

Finalmente reitera la solicitud de aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

⁵ Tasa de descuento única o dinámica.

⁶ Fl. 571

5. Certificación sobre la fecha de elaboración y de publicación oficial de los estudios de conveniencia y oportunidad con que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público justificó la enajenación de ISAGÉN

Afirma que el demandado ha expuesto y presentado estudios de conveniencia y oportunidad para la enajenación de ISAGÉN, pero ha omitido referirse a sus fechas de elaboración y publicación oficial, en ejercicio del principio de publicidad y transparencia de este tipo de documentos que son trascendentales en las finanzas públicas. Indica que si antes de la expedición de los Decretos demandados no se elaboraron y no se publicaron los estudios, se habría puesto en riesgo las finanzas públicas y activos de la Nación, lo cual, repite, constituye uno de los temas centrales del litigio.

6. Solicitud de prueba testimonial al Comité Consultivo de la Regla Fiscal

Manifiesta el recurrente que teniendo en cuenta la importancia jurídica y trascendencia del asunto en estudio, se solicite un *«informe, oral o escrito según se determine, donde se le pida al Comité Consultivo para la Regla Fiscal, o a su Representante, creado por el Decreto 1790 del 28 de agosto de 2012, sus consideraciones respecto a las consecuencias sobre el efecto de la enajenación de ISAGEN S.A. sobre los ingresos fiscales de la Nación, el cumplimiento de la regla fiscal y demás aspectos técnicos que se consideren pertinentes para dilucidar el litigio definido en la Audiencia Pública del pasado 8 de julio de 2015»*.

Sustenta la prueba en la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, pues es fundamental para determinar los efectos negativos de la venta de ISAGÉN sobre las finanzas del Estado, lo cual constituye uno de los temas centrales del presente litigio.

OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** se opone a la modificación del auto suplicado por las siguientes razones.

Certificación y/o informe de la DIAN: El apoderado del Ministerio sostiene que no es procedente ni pertinente para apoyar el concepto de violación expuesto en la demanda del actor, pues el Decreto 1609 de 2013 trata sobre el procedimiento dispuesto para la enajenación de la participación accionaria de la Nación en

ISAGÉN, y la prueba solicitada tiene como finalidad probar las eventuales consecuencias negativas por el presunto traslado de domicilio de ISAGÉN.

Afirma que los argumentos adicionales para solicitar la prueba, como son lo que denominó 'hecho sobreviniente' por la inclusión dentro del programa de enajenación de acciones del compromiso de no trasladar el domicilio social de ISAGEN, no tiene ninguna relación con el artículo 8 cuya nulidad demanda el actor. Por tanto, lo que pretende es incluir nuevos argumentos para llevar el juicio de legalidad a la conveniencia de esta medida o compromiso. Agrega que, además, no se trata de un hecho sobreviniente porque desde la expedición del Reglamento Segunda Etapa, el pasado 25 de noviembre de 2013, en su versión original, antes de la Cuarta Adenda, ya se contemplaba dicha medida, para lo cual adjunta copia del Reglamento.

Alega que no es cierto el argumento del recurrente sobre la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y que sustenta en que la certificación de la DIAN es fundamental para determinar los efectos en las finanzas del Estado. Lo anterior por cuanto lo que quiere el demandante es ampliar los argumentos y pruebas cuando ya ha vencido el término para ello y, además, son temas totalmente ajenos al juicio de legalidad de los Decretos acusados.

El apoderado del Ministerio agrega que el medio procesal que utiliza el demandante para solicitar pruebas nuevas no es procedente, porque el recurso de súplica solamente podía presentarse contra el auto que decreta o niega alguna prueba que haya sido solicitada previamente o en las oportunidades señaladas en el artículo 212 del CPACA. Indica que en el presente caso, la oportunidad probatoria para la parte actora ya pasó y no se está ante un hecho sobreviniente, como erróneamente lo explica el demandante.

Certificación y/o informe a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG: Frente a esta prueba reitera los argumentos expuestos en relación con la prueba de la certificación y/o informe del Director de la DIAN.

Certificación de utilización de la metodología de *Rolling WACC*: Insiste en las razones antes expuestas para oponerse al decreto de las pruebas y agrega que, en todo caso, ya obran en el proceso numerosas pruebas para establecer si la

valoración del precio establecido en la primera etapa se ajusta a la realidad financiera de la empresa.

Certificación sobre la fecha de elaboración y de publicación oficial del documento “Evaluación de Estrategias de Financiación para la creación del Fondo de Promoción de Infraestructura” del Ministerio de Hacienda y Crédito

Público: Manifiesta que esta, además de ser una prueba impertinente e improcedente para demostrar los argumentos expuestos en la demanda del recurrente, no es oportuna ni constituye un hecho sobreviniente, pues el juicio de legalidad no está condicionado a la existencia o no de la prueba solicitada por el demandante, el cual se contrae a la comparación de los actos acusados y la normativa superior invocada en las demandas, sin que el certificado sea requisito definido ni parámetro para evaluar la legalidad del Decreto.

Resalta que la destinación de los recursos de la venta de ISAGÉN no hace parte del análisis que debe llevar a cabo el Consejo de Estado, por tanto, el certificado no tiene relevancia procesal, es inconducente e inútil. Agrega que el juicio de legalidad no puede depender de los estudios que realice el Gobierno.

Certificación sobre la fecha de elaboración y de publicación oficial de los estudios de conveniencia y oportunidad con que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público justificó la enajenación de ISAGÉN:

Solicita rechazar esta prueba por improcedente porque, tal como lo afirma el actor, la parte demandada ha expuesto y presentado estudios de conveniencia y oportunidad para la enajenación de ISAGEN, entonces, se pregunta, por qué solicitar ahora algo que ya reposa en el expediente con las fechas de elaboración, están los documentos CONPES, que son soporte de la decisión, los cuales no son tema del juicio de legalidad sobre el Decreto 1609 de 2013.

Reitera que el apoderado del demandante aprovecha esta oportunidad para iniciar sus alegatos de conclusión con hechos nuevos y para solicitar una prueba nueva cuando la etapa probatoria ya precluyó.

Solicitud de la prueba testimonial al Comité Consultivo de la Regla Fiscal:

Precisa que el litigio ya fue fijado en la audiencia inicial y esta prueba resulta extemporánea, además, no tiene ninguna pertinencia o conducencia, pues la regla

fiscal hace referencia al manejo de la deuda pública y a los comportamientos contracíclicos de la economía.

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a través de apoderada, sostiene que lo manifestado por la parte actora en manera alguna puede ser considerado un recurso de súplica propiamente dicho por lo siguiente:

- a. No identifica la decisión contra la cual se dirige el recurso
- b. Los argumentos del recurrente no controvierten la decisión del ponente ni individualiza las razones por las cuales estima que el decreto de pruebas es contrario a sus intereses.
- c. No se exponen los motivos de inconformidad respecto de las decisiones probatorias adoptadas por el ponente en la audiencia inicial.
- d. El escrito se refiere a la solicitud de pruebas adicionales, pedidas por fuera de su oportunidad.

La apoderada de la Agencia precisa que la necesidad de manifestar los motivos de inconformidad en los recursos de apelación, fue objeto de pronunciamiento en la sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, Exp. 21.060, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, para lo cual transcribe *in extenso* la providencia. Concluye que ese precedente es aplicable al caso en examen, pues si bien se trata del recurso de súplica contra autos que por su naturaleza son apelables, es una carga mínima del recurrente exponer las razones de su desacuerdo, para que la Sala pueda realizar, dentro del marco de sus competencias, una confrontación con las razones de la impugnación y la decisión judicial controvertida y así determinar quién tiene la razón.

Señala que, dada la ausencia de motivos de inconformidad en el aludido recurso, debe concluirse que se trata más bien de una solicitud de adición de pruebas, la cual resulta improcedente y, en consecuencia, solicita a la Sala abstenerse de hacer algún pronunciamiento sobre las manifestaciones realizadas por el apoderado del actor.

Dice que aún si en gracia de discusión se estimara que el escrito presentado cumple con los requisitos mínimos para ser considerado un recurso de súplica, debe considerarse improcedente, en primer lugar, porque el escrito no se dirige contra alguna decisión adoptada por el Ponente y, en segundo lugar, porque el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían

apelables, y el artículo 243 del CPACA dispone que en materia probatoria únicamente son apelables los autos que prescindan de la audiencia de pruebas y el que deniegue la práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Señala que revisado el video de la audiencia y el acta que se levantó, se establece que las decisiones del Ponente en manera alguna prescindieron de la audiencia ni negaron los requerimientos probatorios de los actores, lo cual evidencia la improcedencia del recurso de súplica.

Expone que el escrito presentado por el apoderado del actor corresponde a una solicitud de pruebas adicionales que resulta extemporánea, pues teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 212 del CPACA, las únicas oportunidades con que contaba el recurrente para solicitar nuevas pruebas eran la demanda y la oposición a las excepciones, sin que se advierta que el actor haya reformado la demanda o presentado escrito de oposición a las excepciones en los que se solicitaran nuevas pruebas. Agrega que la audiencia inicial no es el escenario para pedir pruebas y cita el artículo 164 del CGP, en cuanto dispone que las decisiones judiciales deben fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

En relación con las pruebas solicitadas, la apoderada de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado precisa que el demandante justifica su petición en que se presentó un hecho sobreviniente, esto es, la Cuarta Adenda al Reglamento de Enajenación, hecho que no fue incluido dentro de la fijación del litigio, razón por la cual deben ser desestimadas las pruebas solicitadas.

Sobre las Certificaciones de la DIAN y de la CREG sostiene que son impertinentes e innecesarias en tanto se refieren a un hecho hipotético que no es objeto de litigio. En relación con las Certificaciones de utilización de la metodología de *Rolling WACC* y de la Elaboración y Publicación de estudios de conveniencia y oportunidad del Ministerio de Hacienda y el testimonio del Comité Consultivo de la Regla Fiscal, reitera lo expuesto sobre la extemporaneidad de la solicitud y que no se trata de hechos sobrevinientes, como lo muestra el demandante.

Respecto de la solicitud del testimonio del Comité Consultivo de la Regla Fiscal precisa que es inconducente, si se tiene en cuenta que no hace parte de las funciones previstas en el artículo 14 de la Ley 1473 de 2011, para dicho Comité.

Finalmente, la Agencia solicita que no se tenga como prueba la copia de la Cuarta Adenda allegada con el escrito del recurso de súplica interpuesto.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El artículo 246 del CPACA regula los presupuestos de oportunidad y sustanciales del recurso ordinario de súplica, así:

ARTÍCULO 246. SÚPLICA. *El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.*

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno.

De conformidad con la norma transcrita, el recurso es **procedente** contra los siguientes autos:

- i) Los dictados por el Ponente en única o segunda instancia y que por su «naturaleza serían apelables».
- ii) Los dictados por el Ponente en única o segunda instancia en el trámite de la apelación de un auto.
- iii) El que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

En cuanto a la **oportunidad**, el artículo 246 del CPACA prevé que el recurso deberá sustentarse por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto. Y frente al **trámite**, se dará traslado a la parte contraria por dos días y será decidido por el Magistrado que le sigue en turno a quien dictó la providencia, ante la Sala o Sección, decisión contra la cual no procede recurso alguno.

Pues bien, en el presente caso se advierte que el auto objeto del recurso fue proferido en la audiencia inicial celebrada el **8 de julio del 2015** y notificado en estrados, razón por la cual, el escrito radicado por el recurrente el **13 de julio siguiente**⁷, ante la Secretaría de la Sección, resulta oportuno, toda vez que se presentó dentro del término legal.

⁷ Fl. 566

En cuanto a la procedibilidad del recurso, para el caso concreto debe verificarse si el auto objeto del recurso es de «naturaleza apelable». Esta Sección observa que para determinar este presupuesto debe remitirse al artículo 243 del CPACA que prevé algunas de las decisiones apelables en el proceso contencioso administrativo⁸, así:

ARTÍCULO 243. APELACIÓN. *Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

1. *El que rechace la demanda.*
2. *El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*
3. *El que ponga fin al proceso.*
4. *El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*
5. *El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.*
6. *El que decreta las nulidades procesales.*
7. *El que niega la intervención de terceros.*
8. *El que prescinda de la audiencia de pruebas.*
9. ***El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.***

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

PARÁGRAFO. *La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.*

De conformidad con lo anterior y por ser el que interesa al caso concreto, se observa que el numeral 9º del artículo 243 del CPACA establece que es de «naturaleza apelable» el auto que **deniegue** el decreto o práctica de alguna prueba **pedida oportunamente**.

Al respecto, la Sala advierte que en la audiencia del 8 de julio del 2015, en cuanto a las pruebas solicitadas por el señor Daza Gamba, el Magistrado conductor del proceso tuvo como pruebas todas las aportadas con la demanda y decretó las solicitadas por los demandantes (incluidas las de Enrique Alfredo Daza Gamba), salvo la relacionada con los estudios de viabilidad, oportunidad y conveniencia

⁸ Esta Corporación mediante auto de unificación jurisprudencial del 25 de junio de 2014, Exp. 49299, M.P. Dr. Enrique Gil Botero, precisó que el listado previsto en el artículo 243 del CPACA no es taxativo, sino que «es evidente que el legislador incluyó o introdujo algunas normas especiales que, de manera particular, establecieron la procedencia del recurso de apelación contra específicas decisiones interlocutorias». Así, se establece que también son apelables los siguientes autos: el que resuelve sobre las excepciones (art. 180 num. 6º CPACA), la decisión que rechaza por extemporánea la solicitud de liquidación de la condena en costas (art. 193 CPACA), el que fija la caución de las medidas cautelares (art. 232 CPACA), el auto que decreta la medida cautelar (art. 236 CPACA).

para la enajenación de ISAGÉN, porque se consideró que estos estudios ya reposaban en el expediente.

En esas condiciones, como la decisión recurrida no denegó la práctica de una prueba solicitada por el demandante, esto constituye razón suficiente para rechazar por improcedente el recurso de súplica interpuesto.

Además, tal y como lo alegan los apoderados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el escrito presentado por el demandante Enrique Alfredo Daza Gamba no puede considerarse en estricto sentido un 'recurso de súplica', toda vez que no controvierte lo decidido por el Ponente, sino que, en realidad, constituye una solicitud para adicionar pruebas, como expresamente lo reconoce el apoderado al señalar que el recurso tiene como finalidad que se «incluyan» las pruebas a que hace alusión en su memorial, lo cual resulta a todas luces extemporáneo en esta etapa procesal, pues las oportunidades para pedir pruebas en el proceso contencioso administrativo son las previstas en el artículo 212 del CPACA⁹, disposición que no prevé la posibilidad de adicionar pruebas en la audiencia inicial, como lo pretende el recurrente en el asunto *sub examine*.

Ahora bien, el recurrente fundamenta la solicitud de pruebas en la ocurrencia de "hechos sobrevinientes" y en la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Sin embargo, esta Sección advierte que tales argumentos tampoco habilitan el decreto de nuevas pruebas, como pasa a explicarse.

En relación con las Certificaciones y/o informes de la DIAN y de la CREG, y que se relacionan con la obligación del inversionista precalificado de no votar favorablemente el cambio de domicilio social de ISAGÉN dentro de los siete años siguientes a la fecha de cierre de la venta, la Sala advierte que, como lo precisa el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta regla no fue establecida el 3 de marzo de 2015 en la Cuarta Adenda al Reglamento de Enajenación y Adjudicación

⁹ **CPACA. Art. 212. Oportunidades probatorias.** Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código. En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada. Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.
(...)

para la recepción de aceptaciones del programa de enajenación de acciones de propiedad de la Nación en ISAGÉN, pues dicha regla ya había sido establecida desde el **25 de noviembre de 2013**, fecha en que se expidió el Reglamento de la Segunda Etapa¹⁰. Luego, no se trata de un hecho sobreviniente, como lo pretende hacer ver el recurrente.

Si bien la demanda del ciudadano Enrique Alfredo Daza Gamba fue presentada el **16 de octubre de 2013**, esto es, antes de la fecha de expedición del Reglamento de la Segunda Etapa, la Sala advierte que la regla sobre el cambio del domicilio fiscal, constituye un argumento nuevo que no hace parte ni se deriva de los aspectos frente a los cuales se fijó el litigio y, en todo caso, si el demandante quería controvertir la legalidad de dicha regla, contaba con la oportunidad procesal de reforma de la demanda¹¹ para añadir este “nuevo argumento”, teniendo en cuenta que su demanda fue finalmente admitida el **28 de agosto de 2014**¹², fecha posterior a la publicación del Reglamento de la Segunda Etapa.

Frente a las solicitudes de Certificación de utilización de la Metodología de *Rolling WACC* (Tasa de descuento única o dinámica), certificaciones sobre las fechas de elaboración de estudios por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la prueba testimonial del Comité consultivo de la Regla Fiscal, esta Sección advierte que se trata de nuevos elementos probatorios, solicitados de manera extemporánea, toda vez que debieron solicitarse con la demanda o en las demás oportunidades procesales a las que ya se ha hecho referencia, las cuales constituyen reglas claras del procedimiento contencioso administrativo para salvaguardar el derecho de defensa de las partes y que no pueden ser omitidas con el argumento de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. De aceptarse la tesis del demandante, las oportunidades para solicitar pruebas resultarían ser reglas inoperantes y los litigios se tornarían interminables, en desmedro de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

¹⁰ Esta información puede ser consultada en la página web <http://www.isagen.saladeinformacion.net/>. La regla aludida por el demandante se encuentra en la página 50 del Reglamento.

¹¹ **Artículo 173. Reforma de la demanda.** El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

1. La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda. De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial.

2. La reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan o a las pruebas.

3. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda. Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad.

La reforma podrá integrarse en un solo documento con la demanda inicial. Igualmente, el juez podrá disponer que el demandante la integre en un solo documento con la demanda inicial.

En todo caso, lo antes expuesto, no impide que el Magistrado sustanciador del proceso o la Sala ejerzan su facultad oficiosa para decretar las pruebas que consideren necesarias, con el fin de esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, en los términos previstos en el artículo 213 del CPACA.

Finalmente, la Sala precisa, frente a la solicitud de la apoderada de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, que teniendo en cuenta lo decidido en esta providencia, sólo podrán ser tenidas como pruebas las que fueron decretadas en la audiencia inicial por el Magistrado sustanciador del proceso.

Por lo anterior, la Sala rechazará por improcedente el recurso de súplica interpuesto por el actor Enrique Alfredo Daza Gamba.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Recházase por improcedente el recurso de súplica interpuesto por el demandante Enrique Alfredo Daza Gamba, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Reconózcase personería a la doctora Joanna Zapata Villegas, como apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del poder conferido.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

¹² Fl. 487 vto.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ