

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA**

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00054-00 [21025]

Acumulados: 11001-03-24-000-2013-00534-00 [20946]

11001-03-24-000-2013-00509-00 [21047]

Actores: **HELBER ADOLFO CASTAÑO
ENRIQUE ALFREDO DAZA GAMBA
RODRIGO TORO ESCOBAR**

Demandados: **LA NACIÓN- MINISTERIOS DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO Y DE MINAS Y ENERGÍA**

Referencia: Recurso de súplica contra el auto que
decretó una medida cautelar

A U T O

La Sala decide el recurso de súplica interpuesto por La Nación- Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado contra el auto de 14 de mayo de 2015, por el cual el Consejero conductor del proceso decretó una medida cautelar.

ANTECEDENTES

Helber Adolfo Castaño, Enrique Alfredo Daza Gamba y Rodrigo Toro Escobar ejercieron, en forma separada, el medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [en adelante del CPACA] para que se estudie la legalidad del Decreto 1609 de 2013, expedido por el Gobierno Nacional, *“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.”*.

Helber Adolfo Castaño no solicitó el decreto de medida cautelar. Por su parte, Enrique Alfredo Daza Gamba y Rodrigo Toro Escobar, en escritos separados de la demanda, pidieron la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Las demandas se radicaron directamente ante el Consejo de Estado, correspondiéndoles los radicados Nos. 11001-03-24-000-2014-00054-00 [21025], 11001-03-24-000-2013-00534-00 [20946] y 11001-03-24-000-2013-00509-00 [21047], respectivamente, y fueron repartidas inicialmente a la

Sección Primera, y posteriormente enviadas a esta Sección, por ser la competente para conocer de los procesos promovidos contra los actos administrativos que ordenen la enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa¹.

Las actuaciones surtidas en cada uno de los referidos asuntos, antes de ser acumulados, fueron las siguientes:

Exp. 11001-03-24-000-2014-00054-00 [21025]

Actor: **HELBER ADOLFO CASTAÑO**

1. Repartido a la Sección Primera, despacho de la doctora María Elizabeth García González con radicado No. 11001-03-24-000-2014-00446-00.
2. Mediante auto de 19 de septiembre de 2013, se concedieron 10 días al demandante para que corrigiera la demanda.
3. En providencia de 17 de octubre de 2013 se admitió la demanda. Ese proveído se notificó por estado el 23 de octubre de 2013.
4. Posteriormente, el 13 de marzo de 2014, se remitió a la Sección Tercera y correspondió por reparto al despacho del doctor Enrique Gil Botero que, por auto de 21 de abril de 2014, envió el expediente a la Sección Cuarta por competencia.
5. El proceso se repartió al despacho del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y está pendiente de citar a las partes para audiencia inicial porque no se solicitó ninguna medida cautelar.

Exp. 11001-03-24-000-2013-00534-00 [20946]

Actor: **ENRIQUE ALFREDO DAZA GAMBA**

1. Se repartió a la Sección Primera, despacho de la doctora María Claudia Rojas Lasso.
2. Previo a que se decidiera sobre la admisión de la demanda, el demandante solicitó que se decretara la suspensión provisional como medida cautelar de urgencia y se le diera el trámite previsto en el artículo 234 del CPACA.
3. Por auto de 26 de marzo de 2014, se accedió a la medida de urgencia, en consecuencia, se suspendió provisionalmente la norma demandada.
4. Por auto de 28 de marzo de 2014, se admitió la demanda.
5. En auto de 31 de marzo de 2014, se corrigió el auto admisorio de la demanda.

¹ De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 55 de 2003, por el cual se modificó el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado en cuanto a la distribución de los negocios entre las secciones.

6. La parte demandada formuló: i) recurso de súplica contra el auto que decretó la medida de urgencia; ii) recurso de reposición contra el auto admisorio e iii) incidentes por falta de competencia.
7. Por auto de 10 de abril de 2014, se remitió a la Sección Cuarta por competencia.
8. Correspondió por reparto a la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.
9. En auto de Sala dictado el 21 de mayo de 2014, se resolvió el recurso de súplica en el sentido de revocar la medida de urgencia decretada, en su lugar, se negó.
10. En providencia de 14 de julio de 2014, la magistrada ponente repuso el auto admisorio de la demanda y, en su lugar, la inadmitió.
11. En auto de 28 de agosto de 2014, admitió la demanda.
12. En esa misma fecha, en auto separado se corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional.
13. La parte demandada contestó la demanda y se opuso a la suspensión provisional.
14. Posteriormente, llegó memorial suscrito por 500 personas para que se les tenga como coadyuvantes.
15. En auto de 6 de mayo de 2015 se remitió el expediente al despacho del doctor Bastidas Bárcenas para decidir acumulación con el proceso 2014-00054-00 [21025]. Para esa fecha estaba pendiente de resolver la suspensión provisional y admitir las coadyuvancias.

Exp. 11001-03-24-000-2013-00509-00 [21047]

Actor: **RODRIGO TORO ESCOBAR**

1. Se repartió a la Sección Primera, despacho del doctor Marco Antonio Velilla Moreno, que por auto de 20 de mayo de 2014, remitió a la Sección Cuarta por competencia.
2. Previo a que el expediente fuera remitido a la Sección Cuarta, el demandante, en memorial de 4 de abril de 2014, solicitó la aplicación del artículo 234 del CPACA, de manera que se decretara la medida cautelar de urgencia.
3. El expediente se asignó al despacho de la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia que admitió la demanda mediante providencia de 1º de septiembre de 2014.
4. En auto de la misma fecha se negó la medida de urgencia y se corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional.

5. La parte demandada contestó la demanda y se opuso a la suspensión provisional.
6. La parte demandante adicionó la demanda. Solicitó la nulidad del artículo 1º del Decreto 2316 de 2013, por el cual se modificó parcialmente el Decreto 1609 de 2013.
7. El señor Rodrigo Toro Escobar, por intermedio de su apoderada, mediante memorial del 24 de abril de 2015, solicitó **por segunda vez** el decreto de medida cautelar de urgencia por hechos sobrevinientes ocurridos con posterioridad al auto de 1º de septiembre de 2014 que negó la medida cautelar de urgencia pedida el 4 de abril de 2014, medida de suspensión del procedimiento de enajenación.
8. La Consejera Ponente, advirtió que era procedente acumular el proceso con el 2014-00054-00 [21025], razón por la cual, por auto de 6 de mayo de 2015, remitió el expediente al despacho del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. **Para esa fecha estaba pendiente de resolver las solicitudes de reforma de la demanda, la de medida cautelar de urgencia formulada el 24 de abril de 2015 y la de suspensión provisional de los efectos del acto acusado pedida en escrito separado de la demanda.**

Quedan así reseñadas las actuaciones de los tres procesos.

Encontrándose los expedientes al despacho del doctor Bastidas Bárcenas, se advirtió la necesidad de acumularlos, así que mediante providencia de 11 de mayo de 2015, decretó la acumulación. Adicionalmente, admitió la reforma de la demanda presentada por Rodrigo Toro Escobar [exp.21047] para incluir como norma demandada, el artículo 1º del Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013, que reformó el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013.

En esa misma providencia, se aceptaron las solicitudes de intervención como coadyuvantes de la parte demandante, presentadas por varias personas en el proceso de Enrique Alfredo Daza Gamba [20946].

Acumulados los procesos, correspondía al Consejero que asumió su conocimiento como ponente, pronunciarse sobre las solicitudes de suspensión provisional de los efectos del decreto demandado, que se encontraban pendientes de resolver en los procesos 20946 y 21047 y sobre la segunda medida de urgencia dirigida a la suspensión del procedimiento de venta en el proceso 21047, como en efecto lo hizo en el auto recurrido, dictado el 14 de mayo de 2015.

AUTO SUPLICADO

Mediante la providencia suplicada, el Consejero Ponente resolvió lo siguiente:

*“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.”

La anterior decisión se sustentó en las siguientes razones:

Las solicitudes de suspensión provisional se fundamentan en que los actos acusados desconocen 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.

1. No se estudia la suspensión provisional de los efectos de los decretos demandados porque en auto de 21 de mayo de 2014, dictado en el proceso 20946, la Sección Cuarta negó dicha medida provisional, pues revocó la decisión que inicialmente tomó la Sección Primera.

En consecuencia, lo pertinente era avocar el estudio de la medida cautelar de la **suspensión de un procedimiento o actuación administrativo, inclusive de naturaleza contractual**, como es el de la venta de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN S.A. E.S.P. (en adelante ISAGEN) autorizada por el Decreto 1609 de 2013. La aludida suspensión no implica el desconocimiento de lo decidido en el auto de 21 de mayo de 2014.

2. La medida de suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, prevista en el numeral 2 del artículo 230 del CPACA, procede de manera preventiva y para salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que deba

dictarse en este asunto. Lo anterior, si se tiene en cuenta que en la enajenación de bienes del Estado está involucrado el interés público, que abarca los intereses del Estado y los de la comunidad, y que resulta afectado cuando se dictan medidas o suceden hechos que pueden perjudicar el patrimonio del Estado, la continuidad, calidad, igualdad y progresividad de los servicios públicos o los mismos postulados constitucionales relativos al buen funcionamiento de la economía del país.

Así que, la enajenación de bienes estatales valiosos, claves o estratégicos, como la venta de la participación 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 en la ejecución de políticas relativas a la satisfacción de necesidades generales, como es el servicio público de generación y comercialización de energía eléctrica. Es allí donde radica el evidente interés público que tiene la decisión del Gobierno Nacional, contenida en el Decreto 1609 de 2013.

3. El Legislador y el Gobierno Nacional gozan de poderes discrecionales para adoptar las políticas públicas necesarias para lograr los fines del Estado, siempre enmarcados bajo la Constitución y la ley. Y, si bien, en este caso no existe prohibición para que el Estado pueda vender la participación que tiene en ISAGEN, debe garantizarse a los actores la tutela judicial efectiva que han reclamado en ejercicio de acciones judiciales legítimas.

La parte actora pretende que se determine, mediante sentencia, si la enajenación de las acciones de ISAGEN, ordenada por los Decretos 1609 y 2613 de 2013, se ajusta a la Constitución y a la ley. Sin embargo, debe advertirse que el 19 de mayo de 2015 iniciaría la subasta con la que podría concluir la transferencia de tales acciones a los inversionistas interesados y como aún no era el momento para emitir decisión de fondo se justificaba emitir preventivamente la medida de suspensión del procedimiento o actuación administrativa para ejercer el control jurídico sobre los actos acusados.

Así, en caso de que se establezca la legalidad de los actos, se dará plena confianza al Estado y a los inversionistas de que la negociación es segura jurídicamente. En el evento contrario, el Gobierno Nacional tendrá la oportunidad de rediseñar la política concerniente a la transferencia de esas acciones al sector privado.

4. Después de dictado el auto que revocó la suspensión provisional (21 de mayo de 2014), se presentaron hechos que justifican, también, la suspensión del procedimiento o actuación administrativa, a saber:

i) Terminada 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 manifiesta la parte actora y se corrobora con la información pública disponible².

ii) Solo cinco proponentes quedaron preclasificados, es decir, que estarían en aptitud legal para participar en la subasta.

iii) 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 acciones³.

Esos argumentos y los expuestos en las peticiones de medidas cautelares, especialmente, la solicitud de 25 de abril de 2015, de Rodrigo Toro Escobar, en la que insistió en que no se está cumpliendo la regla general de democratización, contemplada en el artículo 60 de la Constitución Política, justifican la necesidad de la medida cautelar de suspensión del procedimiento o actuación con el propósito de que esta Sección estudie si el procedimiento que se adelanta para la venta de las acciones que la Nación tiene en ISAGEN cumple los propósitos del Decreto 1609 de 2013, y si este está concebido para producir efectivamente los efectos queridos por la Constitución Política.

5. No existen elementos de juicio suficientes para indicar que el Decreto 1609 de 2013 es irregular o contrario al espíritu del artículo 60 de la Constitución Política y de la Ley 226 de 1995 que la desarrolla. Sin embargo, existen razones para decretar la medida cautelar porque 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.

RECURSO DE SÚPLICA

La Nación- Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado interpusieron recurso de súplica para que se revoque la medida cautelar decretada. Las razones de su inconformidad se resumen así:

1. La Nación- Ministerio de Minas y Energía

1. De los "hechos" narrados por el actor en el libelo de la demanda no advierte, siquiera hipotéticamente, un perjuicio irremediable.

En la providencia tampoco existe un análisis completo de por qué resultaría más gravoso para el interés público continuar con el trámite de la enajenación de las acciones de la Nación en ISAGEN. El auto recurrido solo establece la eventualidad de indemnizaciones futuras a terceros compradores en caso de que se reverse el

² 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.

³ <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-8477-6fa7c7b20ab>

proceso de venta, sin tener en cuenta a aquellos que hayan adquirido acciones en las condiciones especiales y derechos especiales de que tratan los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 226 de 1995, que comprendió la primera etapa de enajenación.

2. El actor no expuso las razones por las cuales la medida es urgente.

3. En el auto recurrido no se hizo un análisis de fondo acerca del cumplimiento de los requisitos para la adopción de la medida. Se efectuaron consideraciones sobre la eventual vulneración al criterio de sostenibilidad fiscal y al presunto incumplimiento de la normativa presupuestal, aspectos que solo deben ser considerados en la sentencia.

4. El auto recurrido no contiene un pronunciamiento juicioso sobre la razonabilidad, conducencia y pertinencia de la medida y se apoya en eventualidades sin sustento fáctico alguno. La medida adoptada afecta grave e injustificadamente el interés público y vulnera los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 226 de 1995

5. La providencia no tuvo en cuenta que con la venta de las acciones de ISAGEN se transforma un bien fiscal en un bien público y se mantiene la regla fiscal prevista en la Ley 1473 de 2011, ya que se evitaría al Estado un endeudamiento.

Además, el proceso de enajenación busca que el dinero que resulte de este se invierta en otros sectores de importancia nacional. Si se mantiene la medida cautelar, se frustraría este propósito en perjuicio de toda la población.

El Estado no está obligado a conservar el control accionario en empresas prestadoras de servicios públicos y la decisión del Gobierno Nacional de enajenar su participación accionaria en ISAGEN está enmarcada dentro de la protección del patrimonio público, en cumplimiento del artículo 60 de la Constitución Política.

6. No existe manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como violadas en la demanda. La posible vulneración de algunos principios constitucionales y de otras normas es un aspecto que solo puede ser resuelto en la sentencia.

7. En la medida de suspensión provisional de urgencia no se observaron los criterios de instrumentalidad, idoneidad, proporcionalidad y variabilidad, dado que se desconoció que el proceso de enajenación de acciones es legítimo y se encuentra ajustado a las normas legales pertinentes.

8. Se desconoció el numeral 3 del artículo 231 del CPACA, por cuanto el demandante no presentó *«documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla»*.

No existe una sola prueba que lleve al convencimiento de la supuesta urgencia o afectación o puesta en peligro de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda.

En un caso similar, en sentencia del 13 de octubre de 2000, al resolver una acción popular presentada por el Sindicato de Trabajadores de ISAGEN, la Sección Cuarta

precisó que «La pretensión de los accionantes se concreta en que se "prohíba" la enajenación de las acciones, cuyo programa fue aprobado mediante el Decreto 1738 de 1999, y al efecto argumentan que se causaría un "Daño patrimonial al estado colombiano" porque a su juicio el Gobierno Nacional está subvalorando la empresa, afirmación que sustentan a partir de la valoración realizada por los mismos accionantes para mostrar el contraste con la efectuada por la entidad contratada oficialmente para el efecto, lo que indica que se está ante una posición subjetiva, no ante una prueba demostrativa de la alegada vulneración»⁴.

Como en este asunto no hay prueba del detrimento patrimonial ni la afectación negativa de un servicio público, no es procedente la medida cautelar. Y como el actor argumenta situaciones hipotéticas, debe esperarse a que el fallo analice las pruebas y argumentaciones de las partes.

2. La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó que se diera trámite preferente al presente recurso, con fundamento en el artículo 63A de la Ley 270 de 1996, para evitar un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto la prolongación de la medida cautelar decretada desincentiva a los interesados en ofertar por las acciones de ISAGEN e incluso podría afectar el precio de venta que se ha estructurado a través del mecanismo de subasta. Los argumentos en que se sustenta el recurso se resumen así:

1. El Consejero Ponente ordenó, de oficio, la suspensión del procedimiento administrativo de enajenación de acciones y, por lo mismo, suspendió necesariamente los efectos del Decreto 1609 de 2013, pero sin cumplir los requisitos del artículo 231 del CPACA, pues no hay fundamentos legales ni probatorios suficientes, como lo reconoce la providencia suplicada.

En el auto impugnado no se explica por qué debe decretarse la medida cautelar. Además, dicha medida se fundamenta en una contradicción, pues se reconoce que *"en rigor, como ya se advirtió, no encuentra que deba ordenar la suspensión provisional de los actos acusados por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta."*

En ninguno de los procesos se pidió la medida cautelar decretada ni se surtió un *onus probandi* (máxime ante tan abundante evidencia probatoria de la solidez legal de este proceso de enajenación). El ponente no podía adoptar la medida cautelar de oficio, toda vez que se trata de un proceso de nulidad y no de una acción popular.

2. La incuestionable relevancia para el país de la venta de la participación de la Nación en ISAGEN no puede ser la razón para que el juez quede automáticamente facultado para suspender actos administrativos. De ser así, se trastocarían varios pilares de la Constitución Política, entre estos, el balance de la separación y colaboración armónica entre las ramas del poder público y la presunción de legalidad de los actos y actuaciones administrativas.

⁴ Sección Cuarta, expediente AP-109, C. P. Daniel Manrique Guzmán

Si bien es cierto que existen distintas medidas cautelares y que el juez tiene diferentes vehículos para decretarlas, en una acción de nulidad el juez no puede decretar medidas por consideraciones distintas a la legalidad, como opiniones de política pública. Por ello, es insuficiente argumentar que, dada la importancia del caso, debe suspenderse un procedimiento hasta que pueda dictarse fallo de fondo.

De acuerdo con la decisión recurrida, en adelante, todas las enajenaciones de los activos principales de la Nación, sin importar lo sólido de sus pilares legales, requerirían de previa validación judicial. Este nuevo trámite no está previsto en el artículo 60 de la Constitución ni en la Ley 226 de 1995.

3. La posible afectación del patrimonio público es solo uno de los requisitos para que proceda una medida cautelar, pues, además, es necesario que haya evidencia de que el acto impugnado es contrario al ordenamiento jurídico. Sin embargo, ninguno de los dos requisitos se cumple en este caso.

Además, con la venta de la participación de ISAGEN se maximiza el patrimonio público por las siguientes razones:

- Se reemplaza un activo por otro, convirtiendo un patrimonio no líquido para la Nación de 1,8 billones, en recursos líquidos no menores a 5,3 billones.
- Los recursos provenientes de la realización del activo tienen un efecto multiplicador para financiar proyectos de infraestructura, dado el apalancamiento que puede recibir el FONDES.
- Se estima que la rentabilidad financiera que obtendrá el FONDES por la financiación de proyectos es de IPC+5, lo que contrasta con la rentabilidad de los dividendos de ISAGEN, que no supera el 3,5% anual.
- La proliferación de proyectos de infraestructura genera un círculo virtuoso en la economía, que genera empleo, comunica las regiones y, en general, permite mayor crecimiento.

4. De mantenerse la medida, se daría una afectación patrimonial, pues se priva a la Nación de estos recursos y reduce considerablemente el interés que puedan tener los precalificados en adquirir el activo. (Anexa pruebas). Dicha afectación al patrimonio público se evidencia no solo por este caso, sino por los efectos negativos para la imagen del país como vendedor de sus activos, pues este tipo de decisiones judiciales puede llevar a que en el futuro difícilmente los inversionistas locales y extranjeros tomen en serio el ofrecimiento de venta de activos públicos.

5. No tiene fundamento la afirmación de que la venta de la participación en ISAGEN afectaría la continuidad, calidad, igualdad y progresividad de los servicios públicos. Además, tal conclusión equivale a decir que la Nación, como socia, utiliza para sus propósitos los recursos

de los accionistas minoritarios, realidad que no es cierta y que no podría serlo.

Además, el reglamento del proceso de enajenación se estructuró de tal manera que quien adquiriera el control garantice la continuidad del servicio. Por este motivo, a quien pretenda adquirir el control de la empresa acreditar se le exigió capacidad técnica y financiera. Igualmente, de manera previa, la Superintendencia de Industria y Comercio ha revisado que cada uno de los potenciales compradores no vaya a tener una posición dominante que pueda afectar la competitividad del mercado.

Igualmente, sostener que se ponen en riesgo la continuidad, calidad y progresividad del servicio constituye una ofensa a la institucionalidad sobre servicios públicos, construida a través de las Leyes 142 y 143, al igual que a la eficiencia del trabajo regulatorio y de promoción del sector eléctrico de entidades como la CREG, UPME y XM, la Superintendencias de Servicios Públicos y de Industria y Comercio y el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

6. Aun cuando se considerara que existía una petición para que se suspendiera el proceso de enajenación de acciones, el ponente omitió ordenar la prestación de una caución, como lo exige el artículo 232 del CPACA.

La caución es un requisito absolutamente necesario para el decreto de la medida cautelar y para que esta se haga efectiva, pues el decreto de medidas cautelares puede generar enormes perjuicios, incluso si la solicitud no tiene fundamento, como en este caso. Además, la Nación requiere con urgencia de los recursos de la venta de las acciones para satisfacer una política pública en beneficio de los colombianos, con lo cual la suspensión del procedimiento administrativo puede generar grandes perjuicios.

7. A dos días hábiles de la subasta y después de varios procesos en los cuales se habían negado medidas cautelares, los efectos de la suspensión no son simples, pues afectan la seguridad jurídica no solo de la Nación sino de los accionistas minoritarios y de los inversionistas precalificados que habían adelantado todas las gestiones e incurrido en gastos para presentarse a la subasta.

8. No existen hechos posteriores al 21 de mayo de 2014, fecha en que se levantó la medida cautelar inicialmente decretada por la Sección Primera, por las siguientes razones:

- La baja participación de los destinatarios de condiciones especiales no fue un hecho posterior. La primera etapa concluyó el 13 de febrero de 2014, con la adjudicación a los destinatarios de condiciones especiales (DCR).
- La democratización no fue una simple formalidad. Está demostrado ampliamente que el proceso de la primera etapa fue pletórico de

amplia publicidad, transparencia y espacios para que los destinatarios de condiciones especiales participaran.

- El número de precalificados no es una evidencia de que haya una falla de validez en las normas impugnadas. Se anexa evidencia de la gestión de promoción del bien objeto de enajenación a potenciales inversionistas en todo el mundo. Desde el inicio del proceso han manifestado interés más de una decena de empresas, colombianas y extranjeras, públicas y privadas. La mayoría de ellas ha desistido de participar en la puja, por el alto valor base de la subasta ajustado a la inflación.
- Las comunicaciones e informes emitidos por la Contraloría General de la República, así como por la Procuraduría General de la Nación, no son ni pueden tomarse como elementos que permitan comprobar el cumplimiento de requisitos para el decreto de la medida cautelar.

9. Si bien los análisis sobre la definición de la política pública no son competencia de esta jurisdicción, está garantizado que la política pública ha sido transversal y que el Gobierno Nacional no está improvisando, pues la decisión de la venta de ISAGEN surgió hace más de 10 años.

10. Las medidas cautelares no pueden decretarse de oficio, pues existen diferentes medidas, cada una con requisitos específicos para su decreto y de acuerdo con la solicitud de la actora, la demandada puede desvirtuar la procedencia de la medida, con lo cual se garantiza el debido proceso.

No obstante, en este caso se adoptó una medida cautelar de oficio en un proceso de nulidad, a pesar de que la parte actora pidió la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, para lo cual como señala la misma providencia suplicada, se exigen requisitos diferentes. Adicionalmente, el auto suplicado no tuvo en cuenta los argumentos de defensa expuestos por la demandada respecto a la solicitud de suspensión provisional.

11. En el auto impugnado se precisó que también existió una solicitud de medida cautelar de urgencia interpuesta por el demandante Rodrigo Toro Escobar, respecto de la cual decide en la providencia y en la cual asegura se trata de una solicitud de medidas cautelares "(...) *de suspensión*" y a renglón seguido dispone que sobre tales medidas incluso se oyó a la parte demandada, según el traslado de 1 de septiembre, folio 277 del expediente. Sobre esto último debe advertirse que el traslado fue de la solicitud de medida cautelar inicial y la solicitud de esta en su modalidad de urgencia, fue negada por la Consejera Martha Teresa Briceño.

No es entendible, proporcional ni razonable que se haya decidido la medida cautelar de urgencia, de la cual no se da traslado a la parte demandante, en lugar de haber resuelto únicamente sobre la medida cautelar de suspensión provisional, frente a la cual la parte demandada había ejercido su derecho de la defensa.

Lo anterior constituye una violación al debido proceso, pues, en lugar de resolver sobre la suspensión provisional con base en los argumentos de las partes, el Consejero Ponente prefirió dictar la medida de suspensión del procedimiento o actuación administrativa.

Asimismo, los efectos materiales de la medida cautelar decretada hacen imposible el cumplimiento y la ejecutoriedad del acto, lo cual sólo es viable por la nulidad del acto administrativo o por la suspensión provisional de sus efectos.

12. El que la medida se adopte para precaver la efectividad de la sentencia no es *requisito* para la procedencia de una medida cautelar, sino que es su finalidad. Si el decreto de una medida cautelar procediera con la sola verificación de que la medida es necesaria para que se pueda precaver la efectividad de la sentencia, la gran mayoría de las solicitudes de medidas cautelares deberían proceder sin ninguna otra exigencia, pues, en efecto, la mayoría de actos y procedimientos administrativos pueden hacerse efectivos y materializarse antes de que sea expedida la sentencia. Lo contrario generaría la paralización de la Administración.

13. No se prueban los requisitos del artículo 231 del CPACA, por las siguientes razones:

- En cuanto a la apariencia del buen derecho, el juez mismo descarta cualquier posible vicio de ilegalidad, lo cual ratifica que el presente proceso se ajusta a los mandatos legales. No obstante, decretar una medida de esta naturaleza no se puede limitar al ámbito discrecional del juez y la ponderación de intereses implica necesariamente un examen de legalidad, que si bien no exige los mismos estándares del análisis final en el proceso de nulidad, sí debe necesariamente estar precedida de un análisis *jurídico* y no solo de *conveniencia*, respecto de la subsunción del acto administrativo al ordenamiento jurídico.
- Frente al requisito de probar la urgencia, el auto suplicado concluye que no se cumplen las condiciones previstas en el mencionado artículo. La medida se toma por razones preventivas, pero en ningún momento se prueba, siquiera parcialmente, que de no otorgar la medida se cause un perjuicio irremediable y mucho menos, que existan motivos para considerar que los efectos de la sentencia serán nugatorios.
- Sobre la condición del inminente perjuicio irremediable, el demandante no solo no prueba esa condición, sino que dicho ejercicio conduce a cotejarse con la apariencia de buen derecho. Es decir, no puede ser una mera eventualidad a partir de lo cual puede presentarse un perjuicio, porque, de lo contrario, cualquier fase o desarrollo de un proceso de enajenación podría considerarse como una amenaza de un perjuicio irremediable.
- Finalmente, en cuanto al requisito de ponderar los intereses en conflicto, en ningún momento el juez hace tal ponderación. No se identifican las ventajas ni desventajas para el interés general y solamente se plantean una serie de hipotéticas consecuencias que en

ningún momento se prueban, así sea sumariamente. Ni siquiera hay indicios de por qué se podría vulnerar el interés público.

14. La aplicación del auto recurrido podría implicar consecuencias inimaginables en cuanto a la firmeza de los actos y las actuaciones administrativas. Incluso, existe el riesgo de que haya demandantes temerarios que interpongan una demanda de nulidad con el único objetivo de que se decrete la suspensión del procedimiento o acto administrativo, pues conocen que para ello no debe adelantarse análisis alguno respecto de la legalidad o no de la actuación, sino solo plantear que si no se decreta, los efectos de la sentencia podrían ser nugatorios.

En cuanto a los requisitos del artículo 231 del CPACA, para cada uno de los procesos acumulados precisa lo siguiente:

Expediente: 21025 – Actor: Helber Adolfo Castaño: aun cuando en este proceso no fue solicitada medida cautelar alguna, no existe la violación del ordenamiento jurídico que alega el demandante, ni transgresión de derecho o norma alguna. La razón de su reclamo es la supuesta omisión, por parte del Gobierno Nacional, de informar al Congreso de la República, dentro de los primeros sesenta días del año, (se entiende 2013 que es el año del inicio del proceso de enajenación), sobre su interés en adelantar el proceso de enajenación de la participación accionaria en ISAGEN S.A. ESP.

Al respecto debe decirse que esta omisión no ocurrió. Por el contrario, oportunamente se informó al Congreso sobre esta iniciativa, como consta en el certificado expedido por la Coordinadora de Correspondencia de la Cámara de Representantes y fue analizado en el auto de esta Sección al levantar las medidas cautelares decretadas por la Sección Primera.

Con fundamento en lo anterior, solicita que la acción instaurada por Helber Adolfo Castaño, distinguida con el número interno 21025 y el radicado 2014-00054 que ha permanecido en el despacho del Consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sea excluida de la presente acumulación y se ordene su terminación por no existir razón ni fundamento para su continuidad y, con base en dicha exclusión, se revise la pertinencia y conducencia de la medida cautelar que se recurre toda vez que, al sustraerse este proceso, las restantes acciones de nulidad que continúan acumuladas sólo versan sobre la nulidad del artículo 8 del Decreto 1609 de 2013 (proceso número interno 21047 y radicado con el número 2013-00509) y contra los artículos 1 y 2 ibídem (acción de nulidad interpuesta por Enrique Alfredo Daza Gamba, distinguida con el número interno 20946 y radicado 2013-00534, que proviene del despacho de la Consejera Carmen Teresa Ortiz).

Expediente 20946 – Actor: Enrique Alfredo Daza Gamba: respecto de este proceso, tal como se manifestó en el auto recurrido, medió decreto de medida cautelar, ordenado por la Sección Primera, medida que fue revocada por la Sección Cuarta el 21 de mayo de 2014. Al igual que las solicitudes de medida cautelar pendientes de decidir en los

procesos acumulados, la del proceso 20946 también busca la suspensión de efectos de los actos administrativos (Decretos 1609 y 2316 de 2013), pronunciamiento que, a juicio del Consejero Ponente del auto suplicado, no es procedente pues *"la sección cuarta ya se pronunció al respecto y negó la suspensión provisional"*.

Expediente 21047 – Actor: Rodrigo Toro Escobar: este es el proceso respecto del cual el auto recurrido señala expresamente que decretó las medidas cautelares solicitadas y que hace mención a supuestos hechos sobrevinientes. Tal situación no desvirtúa la apariencia de buen derecho, además, en el auto no se adelantó ejercicio alguno para desvirtuarla, pues, como allí se señaló, no se adelantó examen de legalidad o constitucionalidad sobre la actuación administrativa.

Debe resaltarse que dentro de este expediente, el 1 de septiembre de 2014 se negó la medida cautelar de urgencia, situación que aplicaba para todo tipo de medida, ya fuera suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, ya fuera para suspensión del proceso de venta o enajenación contenido en el acto administrativo (decreto 1609 de 2013) y la situación era más "cercana" (cronológicamente hablando) al interés que hoy mantienen los destinatarios de condiciones específicas respecto de las condiciones en que se reguló su opción de compra.

Imponer límites para que en la primera etapa del programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN, las personas naturales destinatarias de condiciones especiales accedan hasta un número de acciones, como se establece en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013, no es contrario a la ley, pues, por el contrario, guarda toda coherencia con la Ley 226 de 1995.

El proceso de democratización de la propiedad accionaria no se puede entender como una primera etapa en la que uno de los beneficiarios de las condiciones establecidas en el artículo 60 de la Constitución y en el artículo 3 de la Ley 226 de 1995 puede adquirir la totalidad de la propiedad accionaria que enajena la Nación, porque no solo no se estaría democratizando la propiedad accionaria sino que se estaría excluyendo a otros beneficiarios de las condiciones preferenciales. El mandato constitucional del artículo 60 consiste en promover la masiva participación accionaria y no la concentración en pocas manos.

14. La Nación- Ministerio de Hacienda insiste en analizar las afirmaciones realizadas en el auto suplicado, para lo cual retoma algunos de los puntos expuestos al inicio de su escrito, en los siguientes términos:

1. La primera etapa sí cumplió con el principio de democratización efectiva: Que se hayan adjudicado 1.428.233 acciones de un total de 1.571.919.000, es decir, solo el 0.09%, y que ese porcentaje en teoría "riñe" contra la efectiva democratización de la propiedad accionaria, es una afirmación que desconoce tajantemente todas las condiciones favorables

otorgadas en esta primera etapa, que inclusive permitió que los destinatarios de condiciones especiales pudieran ofertar hasta por el 86% de la compañía si así lo quisieran.

El Gobierno Nacional cumplió un mandato legal y estableció todas las condiciones para promover el acceso efectivo a la propiedad accionaria, pero el resultado de la primera etapa no puede ser el criterio y derrotero para calificar si el Decreto riñe con la legalidad y efectiva democratización.

Inclusive en la etapa 1 se contó con un mecanismo de crédito para los destinatarios en condiciones especiales y a través del Banco Agrario de Colombia S.A., se establecieron líneas de crédito para la financiación de la compra de acciones de ISAGEN S.A. ESP para el sector solidario.

2. La democratización no es una formalidad por lo que el Decreto demandado cumple con la efectividad del principio y regla de democratización. Todos los elementos del proceso de enajenación, en particular, los límites establecidos, se encuentran dentro de los parámetros ya validados por la jurisprudencia, que generalmente han sido utilizados para este tipo de procesos. Es así que el proceso ha sido estructurado para maximizar el cumplimiento y desarrollo armónico de los principios de participación de todos, de masiva democratización, de preferencia, de continuidad del servicio y de protección del patrimonio público. En este contexto, hay que tomar en cuenta que después de casi dos décadas de jurisprudencia sobre la Ley 226 de 1995, cuestionar la existencia de límites en procesos de enajenación constituye un desconocimiento del precedente y una grave vulneración de la seguridad jurídica.

La etapa 1 se desarrolló bajo una serie de principios como la publicidad y transparencia. El papel que cumplió la Bolsa de Valores de Colombia permite desvirtuar que la etapa fuera una simple formalidad y el Gobierno Nacional hizo todos los esfuerzos que estaban a su alcance para garantizar el acceso efectivo a la propiedad accionaria por los destinatarios de condiciones especiales, en desarrollo de la Ley 226 de 1995 y el artículo 60 de la Constitución Política.

3. Incremento del precio: frente a los motivos por los cuales se decidió incrementar el precio mínimo, debe tenerse en cuenta que este corresponde al cumplimiento estricto que el Gobierno Nacional debe otorgar a la maximización del patrimonio público (artículo 4, Ley 226 de 1995) y a obtener el mayor beneficio para el erario público, teniendo en consideración que, como se señaló, existía un escenario completamente posible, relacionado con que el sector solidario fuera quien adquiriera la totalidad de la participación de las acciones de la Nación en ISAGEN, en el entendido de que dentro del grupo de destinatarios de condiciones especiales, existen personas jurídicas con gran capacidad financiera, como los fondos de pensiones, las cajas de compensación, las cooperativas y los fondos de empleados.

El Gobierno Nacional contó con un estudio técnico de una firma calificada y capacitada para establecer el precio, a partir del cual se estableció el rango de precios dentro del que deberían ser vendidas las acciones, teniendo en cuenta la valoración de la empresa. De esa forma, ante la expectativa surgida por el proceso de enajenación y la demanda que se preveía por las acciones, el Gobierno Nacional consideró que el precio inicial que se había fijado, podía no corresponder con las obligaciones que le corresponden respecto a la necesidad de *maximizar* el patrimonio público.

En la sentencia de la acción popular de 5 de marzo de 2015, por demanda presentada por Rodrigo Toro Escobar por este mismo proceso de enajenación accionaria de la Nación, el Tribunal corroboró que el ajuste que se hizo del precio en ningún momento vulneró un derecho colectivo ni impidió el acceso de los destinatarios en condiciones especiales a participar en la primera etapa. Además, que la modificación del precio no fue contraria a la legalidad, toda vez que se hizo antes del inicio de la primera etapa, esto es, del aviso de oferta, con lo cual se demuestra el pleno cumplimiento de la Ley 226 de 1995.

En lo demás, el recurrente reitera los argumentos expuestos en el escrito.

3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Directora General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado afirma que actúa como Interviniente para la defensa de los Intereses Jurídicos de la Nación, razón por la cual, sostiene que en el recurso expone los motivos por los que considera que con la medida cautelar presentada por la demandante afecta tales intereses y, por tanto, solicita que se revoque el auto suplicado.

Señala que en relación con el argumento del auto objeto del recurso, según el cual, en la enajenación de bienes del Estado va envuelto un interés público, a juicio de la Agencia, el «patrimonio público» no corre riesgo alguno, ni siquiera a título eventual, teniendo en cuenta que el Estado no se está desprendiendo de su patrimonio para perderlo, por el contrario, lo que se presenta dentro del asunto en examen es el cambio de un activo por otro, que tiene por objeto la financiación de obras públicas para la satisfacción del interés general, es decir, que el recurso del balance en que se constituye el producto de la enajenación, se incorpora en el presupuesto al cual pertenece el Ministerio para cumplir con los planes de desarrollo.

Afirma que debe tenerse en cuenta que el artículo 60 de la Constitución Política no prohíbe la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, como lo pretenden hacer ver los demandantes, como tampoco lo prohíbe la ley 226 de 1995, que define los requisitos sustanciales y procedimentales para que el Estado desarrolle los procesos de privatización como mecanismo para lograr la

democratización de la propiedad accionaria del Estado, normativa que el Estado ha cumplido en este caso.

Sostiene que la política superior adoptada por el Estado Colombiano para el largo plazo en el CONPES 3760 de 2013, presenta los lineamientos de la política del programa de cuarta generación de concesiones viales (4G) y recomienda «*destinar los recursos de la venta de la participación accionaria en ISAGÉN S.A. a financiar este programa*», razón por la cual carece de sustento la razón que sugiere que la enajenación de las acciones de ISAGEN puede comportar una lesión al patrimonio público, cuando como parte de una política superior del Estado, los recursos producto de la enajenación serán invertidos para reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional, lo cual evidentemente supone efectos positivos en la producción del país.

Dice que las medidas cautelares adoptadas afectan el interés público en tanto que al suspender el procedimiento contemplado en el Decreto demandado, se afectará la continuidad, calidad, igualdad y progresividad de los servicios públicos de transporte, sin siquiera realizar consideración alguna sobre el impacto económico que ellos trae respecto de los mismos postulados constitucionales relativos al buen funcionamiento de la economía del país.

Aduce que con las medidas cautelares adoptadas no se está protegiendo el patrimonio público, sino que por el contrario lo afectan, en tanto se crea una incertidumbre en el mercado de valores accionarios, el cual se sustenta precisamente en la confianza y credibilidad del mercado, cuya fractura con una medida de esta naturaleza, afecta directamente el valor de la participación del Estado en la empresa y con ello se vulnera lo que se argumenta proteger con su adopción.

Manifiesta que en relación con el argumento delato recurrido, en el que el ponente manifiesta su preocupación por la prestación del servicio público de producción y comercialización de energía eléctrica por la enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN, debe recalcar que conforme con el artículo 365 de la Carta, en todo caso, el Estado mantiene la regulación, control y vigilancia de dichos servicios, función que se encuentra garantizada a través de las diferentes entidades creadas para tal fin y que cumplen a cabalidad esa misión, por lo que esta razón para declarar la medida no contiene un temor fundado.

Resalta que en el Documento CONPES 3760 del 2013, se analizaron los efectos transversales de la decisión de vender la participación accionaria del Estado ISAGEN, para lo cual se contrataron estudios especializados para realizar la valoración de la empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 226 de 1995.

De otra parte, señala que las medidas cautelares decretadas no cumplen con la totalidad de los requisitos contemplados en el artículo 231 del CPACA, pues si bien el ponente manifiesta, que la decisión recurrida no es una suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, sino que se trata de una medida diferente, esto es, la suspensión de un procedimiento de enajenación de participación accionaria, materialmente la medida está encaminada a producir los mismos efectos de la suspensión provisional.

Considera que no existe en el auto motivación respecto de una «ponderación de intereses» referida específicamente a *"que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla"*, como tampoco se evidencia la existencia de un análisis de costos y oportunidad que implica la venta de la propiedad accionaria de la Nación, ni se realiza un test de proporcionalidad respecto de la colisión de derechos que se presenta con ocasión de la decisión adoptada por el ponente, esto es protección del patrimonio público. Agrega que los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA son concurrentes y de no darse todos, como ocurre en el presente asunto, se impone la decisión de negar la cautela solicitada por la parte actora.

Reitera que el Gobierno Nacional ha permitido la intervención de la ciudadanía de conformidad con la Ley 226 de 1995, y a efectos de garantizar su participación, suspendió el proceso con el propósito de que se diera mayor oportunidad a los posibles inversionistas y a la ciudadanía en general de informarse sobre los aspectos relativos a esta enajenación de acciones, por lo que se prorrogó por un año el proceso, lo cual se evidencia en la expedición del Decreto 1512 de 12 de agosto de 2014. Agrega que, por lo anterior, el procedimiento adelantado se ha realizado con total apego a la ley y ha buscado garantizar la participación de inversionistas y de la ciudadanía en general, razón por la cual, no hay lugar a que se suspenda el proceso de enajenación, con el argumento de la tutela judicial efectiva de derechos que no han sido violados.

Alega que entre la fecha en que fue proferido y notificado el proveído y el pasado 19 de mayo, fecha conocida por el ponente, no había transcurrido el término de ejecutoria de la providencia que actualmente se recurre, el cual precluye el 21 de mayo, por tanto, como la fecha establecida para la subasta obedeció a un cronograma publicado hace más de dos meses, resulta irregular el hecho de que se ordene la suspensión del trámite sin que se tengan en cuenta los términos establecidos por la ley para realizar notificaciones y de ejecutoria.

Aclara que dentro del proceso de enajenación accionaria y en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 226 de 1995, el Gobierno ha ofrecido a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de

trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria, no obstante lo anterior, la participación de éstos fue baja pero libre y voluntaria. Agrega que el derecho de preferencia no es una obligación, es un derecho y el hecho de que no se presenten los trabajadores ni las organizaciones solidarias y de trabajadores lo que muestra es una falta de interés por parte de esas organizaciones en la adquisición de las acciones y no una restricción a su participación libre y voluntaria; situación que es completamente ajena a la regulación del procedimiento de venta.

Sostiene que lo manifestado por el demandante Rodrigo Toro en el sentido de controvertir que no se está cumpliendo la regla general de democratización prevista en el artículo 60 de la Constitución Política y que se aduce en el auto recurrido como conclusión para decretar la medida, no está sustentado probatoriamente, por el contrario, está probado en el proceso que se llevó a cabo el llamado a las organizaciones que gozan de preferencia para que se hicieran presentes con las ofertas pero no se presentaron de manera masiva a comprar, situación que no puede ser atribuida a la Administración, en tanto ésta no se encuentra facultada para obligar a los particulares a comprar dentro de la normas de libre mercado de acciones.

Señala que el ponente no realizó consideración alguna en la parte motiva de la providencia que se recurre, respecto a la obligación de la parte actora de prestar caución, pues si bien el medio de control de nulidad simple está encaminado a realizar un control de la legalidad de los actos administrativos de carácter general, todos los medios de control que se ventilan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo implican el estudio de intereses públicos, en ese sentido, no basta con que éstos existan en un proceso para que el demandante sea eximido de caución, por cuanto se llegaría a la absurda conclusión de que en ningún caso podría decretarse.

Manifiesta que el artículo 232 del CPACA establece que los procesos que están eximidos de prestar caución sin que se refiera a la defensa de "intereses públicos" y transcribe apartes de la sentencia C-284 de 2014 en la que se analizó la constitucionalidad de esa norma, se concluyó que al incluir dentro de la excepción los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, se refiere a las acciones populares. Por tanto, como en este caso la solicitud no fue realizada por una entidad pública, no está dirigida a la protección de derechos fundamentales ni está enmarcada en el ejercicio de una acción popular, se debe imponer una caución.

Precisa que si en gracia de discusión se considerara que la acción está encaminada a la protección del patrimonio público, debió el operador jurídico realizar una ponderación de la afectación que impone la medida adoptada respecto de los derechos e intereses colectivos que en contraposición se ven afectados con su asunción,

esto es el mismo patrimonio público, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna respecto de las obras de infraestructura que requiere el país.

Transcribe el artículo 234 del CPACA y concluye que de la norma se evidencia la necesidad de un pronunciamiento respecto de la caución cuando se decreta una medida cautelar, decisión que debe estar debidamente fundamentada en la parte motiva y reflejarse en la parte resolutive, en desarrollo del principio de congruencia de las providencias. En consecuencia, se solicita que en caso de confirmar la imposición de la medida cautelar, se constituya una caución, en tanto, como se dijo anteriormente la suspensión del proceso de enajenación trae consigo más perjuicios que beneficios para el Estado.

OPOSICIÓN DE LOS DEMANDANTES

Los demandantes se opusieron a la prosperidad de los recursos, con los siguientes argumentos:

Demandante Rodrigo Toro Escobar.

La apoderada del ciudadano Rodrigo Toro Escobar, en escrito de 25 de mayo de 2015, se opuso a los recursos de súplica interpuestos contra el auto dictado el pasado 14 de mayo al argumentar que se sustentan en consideraciones contradictorias y expresiones políticas más que jurídicas.

Los argumentos de oposición se resumen así:

1. **La adopción de la medida cautelar no fue oficiosa.** En la providencia recurrida expresamente se indicó que respecto al expediente 21047 se resolvería la medida de suspensión provisional, pero advirtió que esa Sala Unitaria optaría por la suspensión de la actuación o del procedimiento de venta o enajenación de las acciones, que tiene efectos similares pero de naturaleza diferente a la suspensión provisional del acto administrativo. En cuanto a la medida cautelar de urgencia, solicitada con fundamento en el artículo 233 del CPACA, el despacho conductor también se pronunció.

Al respecto, el artículo 230 del CPACA contempla una pluralidad de medidas cautelares, una de ellas es la suspensión de los efectos del acto administrativo, la cual no subsume a las otras, como equivocadamente lo plantean los recurrentes. El artículo 231 ib, en el primer inciso señala los requisitos que deben cumplirse para decretar la referida medida y cuando se trate de las otras medidas, los requisitos son otros *[los numerados después del inciso segundo del artículo 231]*, los cuales se reunieron en este caso.

En ese punto, sostuvo que los requisitos para que se decretará la medida cautelar de suspensión de la actuación o del procedimiento de venta o

enajenación de las acciones estaban plenamente cumplidos, puesto que: (i) la fundamentación en derecho está ampliamente desarrollada en la demanda inicial y en la adición; (ii) la titularidad del derecho, como se trata de una nulidad simple, cualquier persona puede ejercer el derecho de acción; (iii) los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones, allegados con la adición a la demanda y con la solicitud de medidas cautelares de urgencia por hechos sobrevinientes, es abundante y contundente.

Afirmó que resulta más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, pues los efectos de la sentencia serían nugatorios si se tiene en cuenta que la primera etapa finalizó con resultados lamentables y no se garantizó el acceso efectivo de los destinatarios de condiciones especiales a las acciones de ISAGEN. La segunda etapa ya estaba programada la adjudicación, es decir, que la titularidad de las acciones de la Nación pasaría a un único inversionista extranjero, lo que impide que los colombianos accedan a esa propiedad prioritariamente, como lo establece la Constitución Política y lo desarrolla la Ley 226 de 1995.

Por tanto, el Ponente concluyó que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar de suspensión de la venta de ISAGEN que concederla. Indica que *“entre permitir que se adjudique a un único inversionista la propiedad accionaria de la Nación en lugar de evitar que ello ocurra mientras se decide si decreta la nulidad solicitada, lo que conllevaría a que la democratización ordenada por la Constitución y la ley sea real y efectiva, la ponderación de principios y valores debe inclinarse hacia esta última alternativa”*.

De otro lado, el auto recurrido descartó la posibilidad de estudiar la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, porque la Sección ya se pronunció sobre ese aspecto, de manera que es inútil la insistencia de los recurrentes de que la medida cautelar solo procedía cuando la violación surja del estudio del acto demandado y de la confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, porque puede ser por una u otra razón.

No obstante, el pronunciamiento de la Sección se dio frente a la demanda promovida por Enrique Alfredo Daza Gamba, Exp. 10010324000201300534-00 (20946), en la que se busca impedir la venta de Isagen, a diferencia de la demanda de Rodrigo Toro Escobar, Exp. 110010324000201300509-00 (21047) en la que no existe impedimento para adoptar la medida cautelar, toda vez que la pretensión no es evitar la enajenación, sino que ese proceso se adelante con estricta sujeción a la Constitución Política y a la Ley 226 de 1995, con el fin de lograr la democratización de la propiedad. Significa que los conceptos de la violación de las demandas acumuladas y las pruebas en las que se sustentan los cargos son muy diferentes.

En relación con las medidas cautelares, transcribió apartes de la sentencia de 5 de mayo de 2014 dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁵.

2. En cuanto a la caución del artículo 232 del CPACA, los recurrentes advirtieron que cuando la norma señala que no se requiere caución en "los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos", se refiere exclusivamente a las acciones populares. Sin embargo, si así fuera, el legislador lo habría indicado de manera expresa, pero no lo hizo, precisamente, porque no es solo en el ámbito de esas acciones que se debaten tales derechos e intereses.

No puede considerarse que el medio de control de nulidad es ajeno a la defensa y protección de intereses colectivos. Para el caso de la demanda interpuesta por Rodrigo Toro Escobar, expediente 110010324000201300509-00 (21047), los cargos y las pretensiones están referidos a la vulneración del orden jurídico por no cumplir con los postulados del principio de la democratización económica y de la propiedad en relación con los trabajadores, extrabajadores, pensionados y sector solidario, con lo que se crean restricciones irrazonables y desproporcionadas para acceder a la propiedad accionaria de la compañía.

3. Violación del debido proceso. La parte demandada sostuvo que se vulneró este derecho. No obstante, el debido proceso como, derecho fundamental, tiene un contenido sustancial y no puede ser utilizado de manera vacía sólo porque una decisión judicial es contraria a un interés en concreto.

En el caso de los tres procesos de nulidad promovidos contra el Decreto 1609 de 2013, acumulados, no se han negado los postulados del debido proceso, tales como la existencia de un juez natural, el principio de la contradicción, la transparencia y la publicidad del proceso, la oportunidad para las partes de recurrir, conforme con lo establecido en los procedimientos legales y mucho menos el de la defensa técnica.

El Gobierno Nacional sostuvo que no tuvo oportunidad de defenderse, lo cual no es cierto, pues de la solicitud incorporada a la demanda se dio traslado a las partes, conforme con el debido proceso. Respecto a las medidas cautelares de urgencia, el artículo 234 del CPACA dispone que pueden ser adoptadas "*desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte*".

En consecuencia, el Consejero Ponente podía decidir las medidas cautelares solicitadas en el expediente de Rodrigo Toro Escobar, tanto en la demanda como en memorial separado, este último referido a medidas cautelares de urgencia, ante la inminencia de la subasta de la compañía.

⁵ Rad. 25000-23-42-000-2013-06871-01, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

4. **La medida cautelar adoptada es necesaria para la protección de derechos fundamentales y garantías consagrados en la Constitución Política.** De no haberse adoptado la medida cautelar se habrían vulnerado los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva y la eficacia de los derechos consagrados en la Constitución Política.

Es importante aclarar que el proceso de privatización ha seguido adelante por la conjunción de dos factores que afectan el derecho a la tutela judicial efectiva: la congestión judicial, por un lado, y el interés del Gobierno Nacional de vender a un tercero inversionista el paquete accionario de control de ISAGEN, por el otro.

Así que los derechos de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva quedarán irremediablemente vulnerados si el Gobierno Nacional continúa con un cronograma que no tiene en cuenta la decisión de la jurisdicción frente al proceso de privatización.

Insistir en la subasta pública demuestra la falta de interés del Gobierno Nacional de garantizar los derechos constitucionales de los colombianos que esperan que se democratice uno de los bienes que forma parte del patrimonio público y que ha prestado un servicio público de calidad con responsabilidad social.

Concluyó que un proceso de privatización en el marco de un Estado Social de Derecho debe desarrollarse no sólo bajo los postulados de la democratización de la economía y de la propiedad sino bajo la colaboración armónica de todas las autoridades del Estado, pues en dichos procesos está en juego el patrimonio público y en el caso de ISAGEN la prestación eficiente y oportuna del servicio público de generación de energía.

En el caso concreto, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberá decidir si la enajenación de las acciones de propiedad del Estado en ISAGEN y el proceso que ha desarrollado el Gobierno Nacional para el efecto es contrario a la Constitución Política y a las leyes; entonces tendrá que esperarse el pronunciamiento que se adopte en este proceso de trascendencia nacional, que incidirá en la prestación y el costo del servicio público de producción de energía eléctrica.

5. **Estado Social de Derecho y separación de poderes.** Los argumentos del recurso de súplica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pretenden demostrar que la decisión de la suspensión de los procedimientos y actuaciones administrativas que surgen del Decreto 1609 de 2013 es contraria a la lógica del Estado Social de Derecho y constituye una intromisión de la justicia en una decisión de gobierno que busca proteger el interés general y, por tanto, no puede ser contrastada ni controlada por el poder judicial.

Al respecto, la apoderada del señor Toro Escobar aseguró que la lógica jurídica del Estado Social de derecho no plantea la existencia de un orden jurídico coherente, en el contexto de una sociedad homogénea en la que el

juez se circunscribe a aplicar estrictamente la ley como garantía de su independencia. Por el contrario, la lógica jurídica del Estado Social de Derecho describe el sistema jurídico como un conjunto de normas, en el que además de reglas, existen valores y principios que pueden entrar en contradicción en casos concretos. Este concepto de derecho existe en una sociedad heterogénea y dispar que despliega intereses en tensión que no pueden ser excluidos o negada por ser contrarios a los intereses de las mayorías y el poder judicial es el único poder que puede evidenciar qué es lo justo en cada caso concreto.

Frente a la violación del principio de separación de poderes recordó que la consagración del Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991 modificó el gobierno de marcado presidencialismo y de hipertrofia del poder ejecutivo que se padeció con la Constitución anterior.

En el medio de control de nulidad el juez busca garantizar que el principio de legalidad no sea solo formal, es decir que no le corresponde únicamente verificar la validez de las normas después de un análisis de adecuación de lógica piramidal, máxime si la norma produce efectos negativos a la sociedad o a un grupo social y dichos efectos traen consecuencias nocivas como la posible vulneración del interés general y del patrimonio de la Nación. En este contexto, las medidas cautelares buscan y tienen por objetivo que las decisiones tomadas por el juez sean eficaces y, por ende, tengan efectos y no se constituyan en decisiones irrelevantes, carentes de objeto.

6. Los supuestos riesgos que implica la suspensión de la subasta.

Lo importante actualmente es que se evite la subasta de la compañía porque es necesario que la justicia decida en forma definitiva los procesos acumulados, es decir, que determine si el procedimiento para la venta de ISAGEN se ajusta a la Constitución Política y a la Ley 226 de 1995. Si se realizara la subasta el fallo que dicte el Consejo de Estado sería nugatorio y se lesionarían la certeza y la seguridad jurídica y la confianza de los inversionistas privados, por las políticas de un gobierno, no ajustadas a la legalidad.

7. Posibilidades reales de los destinatarios de condiciones especiales de acceder a la propiedad de ISAGEN.

En el recurso de súplica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público “*se hace un ejercicio que no es realista, más bien fantasioso*”, pues, al contrario de lo considerado por esa cartera, los criterios dispuestos en el artículo 8° del Decreto 1609 de 2013 limitan la compra de acciones a las personas naturales al tener como criterio el patrimonio líquido, que no puede ser inferior a cinco (5) veces sus ingresos mensuales.

En ese aspecto, la apoderada del demandante hace un cálculo del porcentaje que podría comprarse aplicando esa limitante, así:

A un precio de \$2.850: 108.310.842 acciones que equivalen al **3.9731%** del total del capital suscrito y pagado de la empresa. A un precio de \$3.178: 97.132.127 acciones que equivalen al **3.5630%** del total del capital suscrito y pagado de la empresa. En conclusión, no es posible afirmar que los destinatarios de condiciones especiales podían adquirir la totalidad de las acciones.

8. El mercado de generación de energía en Colombia. De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente que no es lo mismo que ISAGEN, que participa en el sector energético de manera tan importante, tenga una base amplia de propietarios, especialmente sus trabajadores, ex trabajadores y pensionados, así como el sector solidario (sindicatos, fondos de empleados, cajas de compensación familiar, fondos de pensiones, cooperativas) a que la domine un único inversionista. Una cosa es que en un mercado oligopólico el control de una empresa -que participa con un porcentaje del 19.34% del mercado- lo tenga el Estado y otra que dicho control lo tenga un único inversionista privado.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta debe confirmar la providencia recurrida.

Demandante Enrique Alfredo Daza Gamba.

Enrique Alfredo Daza Gamba, en nombre propio, se opuso a los recursos de súplica interpuestos y solicitó mantener la medida cautelar decretada hasta que se dicte pronunciamiento de fondo, de manera que pueda evitarse para la Nación resultados gravosos y perjuicios irremediables.

Con el escrito de oposición pretende demostrar que los argumentos de los recursos de súplica no corresponden a la realidad o no son procedentes y que, por el contrario, existen razones para suspender el proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN S.A.

A continuación se exponen las razones de oposición, que son similares a las del defensor Rodrigo Toro Escobar, así:

1. Sobre el supuesto decreto de oficio de medidas cautelares. Es equivocado uno de los fundamentos principales sobre los que se sustenta el recurso de súplica presentado por los demandados, ya que la medida cautelar decretada surge como consecuencia de una solicitud de parte y no como iniciativa de la Sala. Distinto es que una vez solicitada la medida cautelar, el juez o magistrado pueda ordenar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger o garantizar el objeto del proceso, facultad que concede el artículo 229 del CPACA.

El hecho de que los demandantes soliciten una medida cautelar activa la facultad de jueces o magistrados para pronunciarse sobre tales mecanismos, sin que se considere que están atados a la específica medida pedida por una de las partes, pues la norma es clara cuando otorga la potestad al director del proceso de definir el medio de protección más idóneo, lo que de ninguna

manera puede entenderse como un actuar oficioso pues se encuentra fundamentado por la solicitud de parte.

2. Sobre la improcedencia de la caución. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público advirtió que se debió decretar la caución al momento de acceder a la medida cautelar. Esa consideración desconoce la finalidad de la demanda presentada que es la protección del interés colectivo, por estar involucrado el patrimonio público y la sostenibilidad fiscal.

Por lo anterior, la caución es improcedente dada la naturaleza de los intereses cuya tutela se demanda dentro del presente proceso contencioso administrativo.

3. Razonabilidad, pertinencia y necesidad de la medida cautelar decretada. La medida cautelar dictada es necesaria, razonable y pertinente para evitar un perjuicio irremediable ya que el proceso de venta de acciones debe continuar solo hasta que se resuelvan las controversias alegadas en las demandas. Precisamente las dudas y temas que deben definirse justifican la suspensión de la actuación administrativa para evitar un menoscabo mayor a la integridad de la Nación.

4. Sobre el cabal cumplimiento de los requisitos de las medidas cautelares señalados en el artículo 231 del CPACA. El auto objeto de súplica indicó que la medida cautelar que procedía decretar no era la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, sino la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. Así que los requisitos aplicables para la expedición de este tipo de medida no son los dispuestos en el primer inciso del artículo 231 del CPACA, como lo estiman los suplicantes, sino que corresponden a los del inciso segundo.

Si se acogiera la interpretación expuesta por los suplicantes, carecería de sentido la distinción entre la medida cautelar de la suspensión provisional de los efectos y la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, medidas cautelares diferentes y autónomas, que el mismo legislador diferenció al momento de listar algunas de las medidas procedentes.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de la medida decretada, es claro que se reunieron cabalmente, puesto que las demandas presentadas están razonablemente fundadas con argumentos serios y sólidos que cuestionan la legalidad y constitucionalidad de la actuación administrativa de enajenación de la propiedad accionaria que la Nación tiene en ISAGEN. Así mismo, en cada una de las demandas acumuladas se demostró con suficiencia la titularidad de los derechos invocados, al punto que fueron admitidas y se encuentran en curso.

Además, con las demandas y con las diferentes solicitudes de medidas cautelares se adjuntaron los documentos que demuestran que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla.

Igualmente se estableció que de no otorgarse la medida existe la potencialidad de que se genere un perjuicio irremediable en el patrimonio público, toda vez que se vendería un activo estratégico sin tener en cuenta el valor de las inversiones efectuadas por dicha compañía, ya que tal como lo señala el informe de la Contraloría General de la República, la totalidad de los activos de la empresa es de 9 billones de pesos, y no de 5,3 que constituyen el precio base para la subasta.

De la misma manera, existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios, pues la subasta pública ya se hubiera efectuado y el ganador de dicho proceso ya tendría plenos derechos sobre la compañía generadora de energía, tornando ineficaz todo pronunciamiento judicial que reconozca la inconstitucionalidad e ilegalidad del proceso de venta y resultaría casi imposible, o por lo menos sumamente costoso recuperar la participación accionaria de la Nación en ISAGEN, además de cuantiosas indemnizaciones y procesos de responsabilidad fiscal y disciplinaria contra los funcionarios que permitieron dicho escenario catastrófico para los intereses públicos.

5. El desconocimiento de la participación real y efectiva del sector solidario en el proceso de enajenación de las acciones que la nación tiene en ISAGEN. Se presenta un *quebrantamiento sustancial* del artículo 60 de la Constitución Política y el desconocimiento del trámite legislativo de la Ley 226 de 1995, con la expedición del Decreto 1609 de 2013, al imponérsele a los trabajadores condiciones restrictivas y limitaciones que ni constitucional ni legalmente debían soportar. En este punto se refiere: (i) a las restricciones a la libre competencia respecto a los destinatarios de la oferta en la primera fase: sector solidario; (ii) a la limitación ilegal al sector solidario; (iii) a la tasa de interés y (iv) a la restricción a la capacidad de adquisición.

6. Sobre el procedimiento reglado del decreto 1609 de 2013- violación del debido proceso. A continuación, el escrito de oposición se ocupa de resaltar varios puntos de fondo para atacar la legalidad del Decreto 1609 de 2013, en cuanto al trámite para la expedición y aprobación del acto acusado y a la violación del debido proceso en ese trámite, razón por la cual no se resumirán en este momento procesal.

7. Efecto de la enajenación en el Presupuesto General de la Nación. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el recurso, sostiene que "(ii)...la Nación pasa de tener un activo, cuyo promedio de dividendos anuales de los últimos 10 años es de 125 mil millones, lo que equivale literalmente a una milésima de los ingresos de la Nación". En ese punto, aseguró el demandante que la enajenación de ISAGEN afecta negativamente los ingresos de balance de la Nación, así como el balance fiscal total y el balance fiscal estructural definidos en la Ley 1473 de 2011, pero el Gobierno Nacional no adoptó ningún procedimiento para explicar dicha situación adversa ni para compensar con otro ingreso dicho detrimento para la Nación.

Además, no existe en el actual proceso ninguna prueba en la que conste que el Comité Consultivo para la Regla Fiscal informó a las Comisiones Económicas del Congreso de la República de este efecto negativo sobre el balance fiscal total y el balance fiscal estructural, como lo ordena el Decreto 1790 del 2012.

No es cierto que el promedio de los dividendos recibidos por la Nación en los últimos 10 años sea de \$ 125 mil millones, pues de las pruebas aportadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se desprende que el dividendo recibido en abril del año 2015 fue sustancialmente superior a este engañoso promedio, superándolo en 120%, siendo de \$277.286 millones y con tendencia creciente, reforzada, además, por la entrada en funcionamiento de Hidrosogamoso.

Así que, a partir del cálculo del propio demandado, los dividendos que dejará de recibir la Nación como resultado de la enajenación de ISAGEN, no "(...) *equivale literalmente a una milésima de los ingresos de la Nación (...)*", sino a más de dos milésimas de los ingresos de la Nación, y sean una, dos o más milésimas, la obligación del Gobierno es cumplir con lo ordenado por el artículo 334 de la Constitución Política, por la Ley 1473 de 2011 y por el Decreto 1790 de 2012, que no exigen un monto mínimo.

8. Sobre el no ingreso al Presupuesto Nacional de los recursos recibidos por la enajenación de ISAGEN. Los recursos de súplica de la parte demandada revelan que no es claro si los recursos provenientes de la enajenación harán parte del Presupuesto General de la Nación, pues mientras que la representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado informa que "*los recursos provenientes de la enajenación ingresan al presupuesto para cumplir con los planes de desarrollo*" con lo que no resultaría afectado el patrimonio público, el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por su parte, la contradice al informar que esos recursos no harán unidad de caja con el resto del Presupuesto General de la Nación.

Si es cierto lo informado por el citado Ministerio, ese hecho debió informarse al Comité Consultivo para la Regla Fiscal y al Congreso de la República al presentar el proyecto de Presupuesto General de la Nación del 2015.

Es importante definir si los recursos provenientes de la enajenación harán parte del Presupuesto General de la Nación, ya que es un requisito necesario, no solo por la transparencia exigida a todo funcionario público, sino porque ello determinaría si se está vulnerando el principio de sostenibilidad fiscal establecido en el artículo 334 de la Constitución, y que ha sido el eje central de la demanda.

Las abiertas y probadas contradicciones entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado demuestran que habría afectación del patrimonio público, razón suficiente y contundente para haber adoptado la medida cautelar.

9. Sobre el destino de los recursos provenientes de enajenación de ISAGEN. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sostuvo que *"(...) los recursos producto de la enajenación serán invertidos para reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional (...)"*.

Esa afirmación es falsa, puesto que los recursos no se invertirán directamente en infraestructura, sino de manera indirecta, pues financiarán obras públicas, lo que significa que esos dineros se convertirán en cuentas por cobrar de los concesionarios beneficiados con dichos créditos. Aunque es cierto que, desde la perspectiva contable las cuentas por cobrar son también un activo, ninguno de los argumentos de la demandada desmiente el hecho de que dichas cuentas por cobrar serán a un plazo de 20 años con ocho de gracia, lo que las convertirá en activos no corrientes, como sí lo son los dividendos anuales recibidos por la Nación, provenientes de ISAGEN.

Además, el alto riesgo de estos créditos se multiplicaría por cinco dado el nivel de apalancamiento que se espera tener en el FODES, *"es decir, que si se reparten créditos cinco veces más que los recursos recibidos por la enajenación, de presentarse una siniestralidad de mora o no pago solo el 20% de los créditos, se habrán perdido la totalidad de los recursos recibidos por la enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN"*. Esa eventualidad de riesgo es suficiente para justificar el auto de 14 de mayo de 2015, por el cual se decreta la medida cautelar discutida.

10. Sobre la valoración de ISAGEN y los inversionistas precalificados. El Ministerio de Hacienda y Crédito público se negó a entregar al Congreso de la República los estudios de valoración de los activos de Nación en ISAGEN. Sin ese estudio de valoración, se limita gravemente el control de los demás poderes públicos, de los entes de vigilancia y de la ciudadanía, por lo que su indebido ocultamiento justifica plenamente el auto del 14 de mayo de 2015, por el cual se decreta la medida cautelar.

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN debe adelantar el estudio de cada uno de los inversionistas precalificados para efectos de que ninguno de ellos esté con pérdidas acumuladas que sean utilizadas para enjugarlas con las utilidades de la empresa, una vez sean titulares de su propiedad. De ser así, esto es, que el comprador extranjero entre al país con pérdidas acumuladas, también se tendría el riesgo de que el impuesto de renta que hoy percibe la Nación por cuenta de las utilidades de ISAGEN, desaparezca y se concrete un nuevo detrimento patrimonial. Por ello se hace necesario que dicho estudio se haga público por parte de la DIAN o, por lo menos, se informe al Congreso de la República.

En conclusión, *"las anteriores omisiones y ocultamientos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, obligan a que se mantenga la medida cautelar que acá se discute hasta que se haga pública esta información fundamental para la discusión técnica sobre la conveniencia o no de la enajenación"*.

11. Sobre el análisis de costos y oportunidad para la Nación que implica la venta de ISAGEN. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, llama la atención de "(...) *que no existe dentro del contenido de la providencia en (sic) análisis de la afectación que producen las medidas adoptadas sobre el interés general y el patrimonio público, tampoco se evidencia la existencia de un análisis de costos y oportunidad que implica la venta de la propiedad accionaria de la Nación, ni se realiza un test de proporcionalidad respecto de la colisión de derechos que se presenta con ocasión de la decisión adoptada por el ponente, esto es protección del patrimonio público, versus, afectación del interés general y el patrimonio público propiamente dicho, el desarrollo económico y social*"⁶. Sin embargo, no es pertinente que se le cargue dicha responsabilidad al Consejo de Estado, pues esta recae sobre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien, solo después de sentirse presionado en debate público, reconoció su obligación de haber realizado ese análisis de costo y oportunidad que implica la propiedad accionaria de la Nación en ISAGEN, en comparación a otras alternativas financieras y que solo entregó varios días después, dejando entrever que dicho estudio no existía hasta ese momento.

El tardío estudio se configura como un hecho sobreviniente, pues responde a la obligación que, la propia Defensa Jurídica del Estado reconoce, debe surtir en estos procesos, más aún si carece de detalle técnico en cada una de las alternativas expuestas.

12. Afectación de la seguridad jurídica con el decreto de la medida cautelar. Es falso lo sostenido por la demanda de que "*no existen problemas legales y constitucionales (...)*" en el proceso, pues está probada la controversia de fondo al respecto, y escudarse en el principio de legalidad de los actos administrativos para solicitar la inoperancia del Consejo de Estado, ante el irremediable y público hecho que significaba la subasta donde se transfería la mayoría accionaria de ISAGEN, es un contrasentido que denota desconocimiento de la función tutelar del más Alto Tribunal de lo Contencioso.

No es cierto que haya habido quebranto a la seguridad jurídica de los inversionistas precalificados, pues al igual que sucede con cualquier operador o actor del Mercado Público de Valores, el *due diligence*, la obtención de financiamiento para efectuar sus operaciones y la suscripción pólizas de seriedad o patrimonio técnico para operar, no implica la garantía del negocio, solo un medio, so pena de vulnerar un principio rector del servicio público de intermediación financiera y bursátil, que consiste en representar una actividad de medio y no de resultado.

13. Sobre la ponderación de intereses involucrados y razones para suspender la venta de ISAGEN. El demandante presenta un cuadro que denomina *resumen ejecutivo* en el que expone las razones para suspender el proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN S.A., ante la flagrante inobservancia del Decreto 1609 de 2013 de

Ver página 9 del Recurso de Súplica de la Agencia Nacional de Defensa del Estado, folio 162.

las normas constitucionales y legales de mayor jerarquía, así como la existencia de una ponderación de intereses para el interés público, entre la decisión de decretar y no decretar la oportuna y necesaria medida cautelar controvertida. Básicamente, se concretan los aspectos previamente resumidos y se agregan otros con los que se ataca directamente la legalidad del acto acusado, de manera que no es necesario referirse a ellos en este momento procesal.

Por último, y en síntesis, la participación del Estado en ISAGEN S.A. E.S.P. aumenta la incidencia pública directa en un sector de vital importancia para la sociedad, a través del cual se aumentan las probabilidades de asegurar la continuidad, calidad, igualdad y progresividad del patrimonio público y el funcionamiento adecuado de la economía del país.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta hechos sobrevinientes como los pronunciamientos efectuados por organismos de control como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, que presentaron serios reparos al proceso de enajenación por los posibles detrimentos patrimoniales y afectaciones a los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, el acceso a servicios públicos, el patrimonio público y la moralidad administrativa, entre otros, la medida cautelar de suspensión del procedimiento o la actuación administrativa se encuentra plenamente justificada y por tal razón debe mantenerse incólume.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La Sala resuelve el recurso de súplica interpuesto por la Nación- Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Para el efecto, determinará si procede la medida cautelar decretada por auto el 14 de mayo de 2015.

El artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé lo siguiente:

“Art. 246. Súplica. El recurso de súplica procede contra 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 la norma transcrita se advierten los requisitos y trámite del recurso ordinario de súplica, así: (i) procede contra decisiones que por su naturaleza serían apelables, proferidas por el Magistrado Ponente en segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto; (ii) debe interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto; (iii) el escrito debe contener los motivos en que se funda (iv) debe correrse traslado del recurso a la parte contraria por el término de 2 días y, (v) la competente para su resolución es la Sala a la que pertenezca el Ponente de la decisión suplicada, con exclusión de este.

En el caso en estudio, se cumplen los presupuestos del artículo 246 del CPACA, toda vez que:

- (i) El auto del 14 de mayo de 2015 es suplicable, por cuanto fue proferido por el Ponente dentro de un proceso de única instancia con el objeto de decretar una medida cautelar, decisión que, conforme con lo previsto en los artículos 236 y 243-2 del CPACA, es apelable por naturaleza. Además, por expresa disposición de la primera norma citada, procede el recurso de súplica;
- (ii) Los recurrentes interpusieron el recurso dentro del término legal, según el informe de Secretaría de la Sección;
- (iii) Los escritos de los recurrentes exponen las razones en que se fundan.
- (iv) Se corrió el respectivo traslado a la parte actora; y,
- (v) La decisión será adoptada por la Sección Cuarta, con exclusión del Magistrado que profirió la decisión suplicada.

Verificado lo anterior y teniendo en cuenta que la decisión objeto de súplica decretó como medida cautelar 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.*», al amparo de la normativa pertinente, deben analizarse los elementos para la procedencia de dicha medida y el marco de decisión que fija al juez que la resuelva, teniendo en cuenta que el recurso interpuesto ataca concretamente la procedibilidad de la medida decretada.

En los recursos de súplica interpuestos contra el auto del 14 de mayo de 2015, se sostiene que el Consejero ponente decretó de manera oficiosa la medida cautelar de suspensión del procedimiento de enajenación de ISAGEN, contrariando lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA, que prevé que las medidas cautelares proceden sólo a solicitud de parte.

Dicho cargo no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

1.- La decisión adoptada por el ponente de decretar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de enajenación, obedeció a la solicitud de medida cautelar de urgencia presentada el 24 de abril de 2015 por la

apoderada del señor Rodrigo Toro Escobar en el proceso con radicado 11001-03-24-000-2013-00509-00 (21047)⁷, en los siguientes términos:

*“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.**”* (Negrillas fuera de texto).

Dicha solicitud, que es objeto de la presente decisión, se fundamentó en el artículo 233 del CPACA, que dispone que si la medida cautelar ha sido negada, puede solicitarse nuevamente en caso de que se presenten hechos sobrevinientes, lo que incluye, por supuesto, una medida cautelar diferente a la o las solicitadas en otro momento.

A diferencia de lo que sucedía con el Código de Procedimiento Administrativo, cuando se presente la solicitud de medida cautelar después de la demanda, bien pueden invocarse otras situaciones jurídicas o fácticas, como lo expone el solicitante de la medida.

2.- En el mismo proceso ya se había solicitado como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos del acto demandado. No obstante, mediante auto del 1º de septiembre de 2014 se negó darle el trámite de urgencia a dicha solicitud, por lo que se corrió traslado de la misma.

Pero lo resuelto en el auto suplicado, como se vio, obedece a otra solicitud distinta, posterior, referida a cuestión diferente de la suspensión de los efectos del acto: la suspensión del procedimiento de enajenación.

Además, como se precisó en la providencia suplicada, no procede el estudio de la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1609 de 2013, solicitada en el proceso con radicado interno 20946, porque en el auto del 21 de mayo de 2014 la Sección negó dicha medida, que estaba fundada en la violación de las normas que regulan las reglas fiscales y el presupuesto general de la Nación.

3.- No puede dejarse de lado el hecho de que la acción de simple nulidad, en defensa de la legalidad abstracta, bien puede considerarse como un proceso que tiene por finalidad la defensa y protección de un **interés colectivo**, como lo es, precisamente, la **defensa del ordenamiento jurídico**, y que es lo que explica que esta pretensión no requiera de legitimación especial, esto es, de la titularidad de un derecho, porque cualquier persona en defensa, se repite, de la legalidad, puede incoar la acción.

⁷ Fls. 319-329.

Es cierto que en algunas ocasiones el interés colectivo puede vincularse con derechos subjetivos –cuando es posible que cada uno de los afectados por una situación esté protegido por una norma y su derecho pueda reclamarse mediante una acción judicial-, pero, en otras, puede encajar en la noción tradicional de interés legítimo, como sucede, por ejemplo, cuando una comunidad está interesada en la construcción de una obra pública o un grupo de personas está buscando la protección de la legalidad o el patrimonio público –el interés de los particulares está en concurrencia con el interés estatal-.

Desde esa perspectiva, en un proceso de simple nulidad, en el que se busca la defensa de legalidad –interés colectivo, se insiste- una medida cautelar puede ser declarada de oficio conforme al parágrafo del artículo 229 del CPACA, por tratarse *“de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos”*.

Adicionalmente, en relación con el argumento no muy claro de la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, en cuanto a la notificación del auto que decretó la suspensión del proceso y su ejecutoria para efectos de suspender la subasta que se llevaría a cabo el 19 de mayo pasado, la Sala advierte que dicha decisión, en atención al último inciso del artículo 234 del CPACA⁸, fue comunicada el 15 de mayo de 2015 a la Presidencia de la República y a los Ministerios demandados, y la orden debía cumplirse inmediatamente, por tanto, era obligatoria tan pronto fue notificada sin que para su cumplimiento tuvieran que tenerse en cuenta los posibles recursos que interpusieran las partes contra esa decisión.

Precisado lo anterior, la Sala advierte que de conformidad con el artículo 229 del CPACA, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, a petición de parte debidamente sustentada, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar *«las medidas **que considere necesarias** para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»*.

Dentro de las medidas cautelares que puede decretar el Ponente, el artículo 230 numeral segundo del CPACA prevé, la de *“[s]uspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, como ocurrió en el caso en estudio.*

Por su parte, el artículo 231 del CPACA establece los requisitos que deben acreditarse para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y los que deben cumplirse para que proceda cualquiera otra de las medidas cautelares posibles, así:

⁸ DELCPACA. Art. 234. **Medidas cautelares de urgencia.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. **La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete.** (Negritas fuera de texto)

“Art. 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”.

Así pues, unos son los requisitos para que pueda decretarse la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, de carácter general o particular, y otros, para que sean procedentes las medidas cautelares distintas a dicha suspensión.

Para el análisis de procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo deben atenderse los criterios de *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *periculum in mora*, o perjuicio de la mora y la ponderación de intereses. Así lo precisó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos⁹:

«La lectura literal de la referida disposición [se refiere al artículo 231 del CPACA] evidencia una diferenciación en términos de requisitos de procedibilidad entre las diferentes medidas cautelares, que, además, se refleja en sus antecedentes legislativos. Al respecto, consultada la Gaceta No. 683 de 23 de septiembre de 2010 que contiene la ponencia para primer debate ante la Cámara de Representantes del entonces proyecto de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se evidencia que el artículo 231 estaba planteado en los siguientes términos¹⁰:

“Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda.

⁹ Auto del 17 de marzo de 2015, exp. 2014-03799 (IJ), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹⁰ En la referida ponencia, además, se suprimió un aparte introducido en el trámite del Congreso en el que se regulaba la suspensión provisional en prevención, regulada anteriormente por el artículo 153 del Decreto 01 de 1984.

Si el demandante pretende el restablecimiento de derechos subjetivos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”¹¹.*

Al amparo de dicha propuesta, se estableció una regla clara de confrontación de legalidad cuando se demandara la nulidad de un acto, compilando bajo un solo inciso los requisitos necesarios para el decreto de la medida cuanto quiera que se solicitara un restablecimiento de derechos subjetivos. No obstante, en la ponencia para segundo debate a la Cámara, que reposa en la Gaceta No. 951 de 23 de noviembre de 2010, se dejó en claro que era necesario separar los requisitos exigidos legalmente para la medida de suspensión provisional de los necesarios para las demás medidas. Al respecto, se sostuvo:

“(…)

En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz. Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.

Así mismo, se varía la frase inicial del inciso segundo del citado artículo 231 para una mejor comprensión de la distinción entre las condiciones para que proceda la suspensión provisional de actos

¹¹ En similares términos se radicó el proyecto de ley ante el Senado, según se evidencia en la Gaceta No. 1173 de 17 de noviembre de 2009. Leído el artículo original que se sometió a valoración, solo se evidencia un cambio en la redacción del literal b) numeral 4º.

administrativos y los requisitos que se deben cumplir para la adopción de las demás medidas cautelares. En efecto, no sobra recordar que los requisitos previstos para las demás medidas cautelares –diferentes a la suspensión provisional de los actos- en los numerales subsiguientes tiene por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad, o no causen agravio a un interés subjetivo; por eso, proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (bonus fomis iuri), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa; la eventual lesión del interés público y los perjuicios que la medida pudiera ocasionar; y la irremediabilidad de los daños o el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (periculum mora). (...).» (Negrillas fuera de texto)

Precisado lo anterior, la Sala observa que la medida cautelar decretada en el auto objeto del recurso se rige por los requisitos previstos en el inciso segundo, esto es, los numerales del artículo 231 del CPACA antes transcrito, por cuanto es una medida distinta a la de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

En esas condiciones, contrario a lo sostenido por los recurrentes, para el decreto de la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa no es necesario verificar la violación de normas superiores, razón por la cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA que en el auto suplicado no se haya realizado una confrontación legal y constitucional de los actos demandados.

Ahora bien, los recurrentes coinciden en indicar que la suspensión del procedimiento o actuación administrativa, en este caso, del proceso de venta de acciones de la Nación en ISAGEN implica, en esencia, la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, por lo cual debió realizarse un examen de legalidad o constitucionalidad.

Al respecto, se advierte que el del CPACA o Ley 1437 de 2011 previó un catálogo de medidas cautelares distinto al que traía el Decreto 01 de 1984, «que le permite al Juez adoptar decisiones idóneas, necesarias y adecuadas para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, como contrapartida a una posición privilegiada que aún hoy mantiene la Administración como garante del interés público y que se refleja en aspectos tales como la presunción de legalidad de sus actos y el principio de ejecutoriedad[35]¹²»¹³.

Por ello, la suspensión del procedimiento o actuación administrativa es una medida cautelar diferente y excepcional que encuentra sustento en aquellos casos en que constituya **la única posibilidad de «conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción»**, como lo prevé el artículo 230 numeral

¹² [35] Al respecto, Juan Carlos Cassagne, en “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, manifestó que: “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”. Tomado de Ezequiel Cassagne. “Las medidas cautelares contra la administración”.

¹³ Auto del 17 de marzo de 2015, Exp. 2014-03799 (IJ), M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez

2° del CPACA. Además, la procedibilidad de la medida siempre estará sustentada en la necesidad de *"proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia"* que posteriormente se dicte, como lo establece el artículo 229 del CPACA y lo advirtió el auto recurrido.

Es de anotar que el hecho de que la suspensión del procedimiento de enajenación de acciones de la Nación en ISAGEN se haya tomado *"para precaver la efectividad de la sentencia que posteriormente se dicte"* o, lo que es lo mismo, *"para salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que deba recaer en este asunto"*, como se precisó en el auto suplicado, legitima el objetivo de las medidas cautelares, previsto en el artículo 229 del CPACA, pues el fin último de estas medidas, incluida la suspensión del procedimiento o actuación administrativa, es garantizar una tutela judicial efectiva. No obstante, la adopción de una medida cautelar no es caprichosa sino que en aras del respeto del derecho al debido proceso, es necesario el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA. Por ello, no puede sostenerse que con la medida tomada en el auto suplicado se confundieron el objeto de la medida y los requisitos para su procedencia.

En relación con los requisitos para el decreto de la medida cautelar objeto del recurso, la Sala advierte que, en general, los recurrentes cuestionan la pertinencia o necesidad de la medida y que el auto recurrido no hizo el juicio de ponderación de intereses a que se refiere el artículo 231 inciso segundo numeral 3 del CPACA.

Pues bien, cuando el artículo 231 numeral 3° del CPACA, exige *«una ponderación de intereses»*, requisito que no está atado a un juicio *a priori* de legalidad de los actos demandados, autoriza al juez para que pueda tener en cuenta aspectos que trascienden la legalidad de la actuación, como lo denomina el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues la misma norma exige al juez que realice un análisis de la afectación que para el interés público implica no decretar la medida, es decir, puede inmiscuirse en un campo en el que debe valorar los efectos prácticos de su decisión. En todo caso, como se verá, la decisión suplicada no solo se sustentó en una ponderación de intereses sino en la verificación de los demás requisitos.

Debe precisarse que el auto recurrido es enfático en señalar que el Gobierno Nacional tiene la facultad discrecional de adoptar políticas públicas para alcanzar los fines del Estado y que no existe prohibición alguna para que la Nación venda las acciones que posee en ISAGEN.

En esa medida, no resultan procedentes los argumentos expuestos por los recurrentes, en cuanto a que con la providencia suplicada se crea el precedente de que toda venta de la participación accionaria del Estado en diferentes empresas, debe contar con el aval de un juez, pues una lectura íntegra del auto suplicado pone en evidencia que la relevancia de la venta de la participación de la Nación en ISAGEN tuvo influencia al momento de sopesar el interés público inmerso en el asunto debatido, pero a dicho análisis se sumaron otros aspectos particulares y concretos del proceso de

venta, entre otros, la inminencia de la subasta días antes de dictarse la providencia suplicada.

Cabe insistir en que el auto suplicado no hizo generalizaciones ni estableció presunciones en el sentido de que todas las ventas de la participación accionaria del Estado en un activo hagan procedente la medida cautelar de suspensión del proceso de enajenación.

Además, como lo aceptan los recurrentes, los particulares tienen el legítimo derecho de instaurar las acciones legales que crean pertinentes para enervar este tipo de procesos, lo cual de ninguna manera constituye un derecho de veto automático, pues es deber de los demandantes demostrar las razones jurídicas y fácticas que hacen ilegal o inconstitucional este tipo de decisiones gubernamentales. A lo anterior, agrega la Sala, que la normativa especial que rige los procesos de enajenación de la participación del Estado en empresas, tampoco prohíbe o restringe el derecho a discutir ante los jueces las decisiones que se adopten durante estos procedimientos.

Así pues, la Sala observa que gran parte de las inconformidades manifestadas por los recurrentes obedecen precisamente a que hacen una lectura fraccionada del auto recurrido, lo cual impide entender la totalidad de los verdaderos motivos que sirvieron de sustento a la decisión adoptada por el Ponente y que permiten establecer que la medida cautelar decretada reúne los requisitos legales que los impugnantes alegan no fueron verificados.

En efecto, los recurrentes sostienen que no se hizo una ponderación de intereses o, por lo menos, no lo suficientemente amplia, que evidencie la existencia de un análisis de costos y oportunidad de la venta de la propiedad accionaria de la Nación.

Al respecto, la Sala reitera que el decreto de las medidas cautelares procedentes en los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, parte de un análisis preliminar entre el acto y las pruebas aportadas lo cual «*no implica un prejuzgamiento, dado que la actividad judicial en esta etapa parte de unos presupuestos diferentes a aquellos que deben tenerse en cuenta al momento de resolver con vocación de estabilidad el asunto sometido a su consideración*»¹⁴.

Así pues, revisado de manera íntegra el auto suplicado, se advierte que el Ponente cumplió con la carga argumentativa tendiente a sopesar el interés público en juego en el asunto debatido y la necesidad de decretar la medida cautelar.

En efecto, en el *literal a)* puso de presente un aspecto que no admite discusión y es que en la enajenación de bienes del Estado está inmerso un interés público toda vez que tiene relación directa con el patrimonio del Estado y con la capacidad de satisfacer las necesidades de la comunidad en general. Además, en el *literal c)* hizo referencia al poder discrecional del

¹⁴ *Ibidem*

Gobierno de adoptar políticas públicas para alcanzar los fines del Estado y a la facultad que tiene para desprenderse de los intereses que tiene en ISAGEN.

Lo anterior se confronta, en el literal b) delato recurrido, con el sometimiento a controles jurídicos que recae sobre todos los actos administrativos y la oportunidad de hacer real la tutela judicial efectiva reclamada por varios ciudadanos a través de acciones judiciales legítimas, de las cuales el Ponente destaca que en la petición de la medida cautelar de urgencia se insiste en que no se ha cumplido con la regla de democratización prevista en el artículo 60 de la Constitución Política, es decir que, en este punto, se tuvo en cuenta el requisito de *fomus boni iuris* o apariencia de buen derecho¹⁵.

Como se advierte, el auto hace un balance entre los dos puntos en conflicto o en tensión que se plantean en el caso *sub examine*, con base en los documentos presentados por las partes y la información de público conocimiento¹⁶.

Al anterior análisis debe sumarse que en el literal f) explica la irremediabilidad de los daños o el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (*periculum mora*), toda vez que la decisión definitiva en este proceso podría tardar de dos a tres meses y de no suspenderse el procedimiento, en caso de recaer una sentencia favorable a las pretensiones de los demandantes, sus efectos tendrían una honda repercusión para el Estado y los inversionistas.

En esa medida, como se expone en el literal f) delato, una decisión definitiva sobre la legalidad de los decretos demandados transmite plena confianza al proceso de venta y seguridad jurídica para los inversionistas, desde el punto de vista del control judicial.

Así pues, la Sala advierte que dentro de la ponderación de intereses tuvo gran influencia que la medida cautelar, que antes que entorpecer el proceso de venta, era necesario darle seguridad jurídica a la transacción, en la medida en que la subasta solo se hará hasta cuando se dicte el fallo, si es que este es desestimatorio. Es decir, que jugó un papel importante el argumento de oportunidad de la medida cautelar, pues está precaviendo un daño mayor en los intereses de la Nación, por ejemplo, en el evento en que los actos que sirven de soporte al proceso de venta llegaran a ser anulados.

En este punto, la Sala precisa que la seguridad jurídica a que se refiere el auto suplicado está encaminada a transmitir a los inversionistas la certeza de que no existen motivos de ilegalidad ni de inconstitucionalidad, frente a la decisión gubernamental de vender las acciones que tiene en ISAGÉN, pero no, como lo entiende el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se esté cuestionando la seguridad jurídica que debe brindarse a los oferentes sobre la información interna de la compañía.

¹⁵ Literal f, num. iii

¹⁶ Literal f) numerales i), ii) y iii)

Como se expuso en el auto suplicado, para que proceda la medida cautelar de suspensión de un procedimiento administrativo, se requiere que se acrediten en el proceso tres requisitos: a) apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), b) daño que se produce por el tiempo que se toma en dictar la sentencia (*periculum in mora*) y, c) juicio de ponderación de intereses.

Como la finalidad de dicha medida cautelar es garantizar la tutela judicial efectiva, es decir, la eficacia de la sentencia, la demanda debe estar razonablemente fundada, es decir, debe tener una apariencia de buen derecho: Debe contar con razones suficientes y claras de derecho y hecho para reclamar la pretensión.

Dicho requisito se cumple en el caso concreto, toda vez que tanto la solicitud de la medida cautelar como la demanda se fundamentan en la violación de los artículos 60 de la Constitución y 2, 3 y 14 de la Ley 226 de 1995, en virtud de la limitación de la adquisición individual de acciones consagrada en el artículo 8 del Decreto 1609 de 2013.

En ese sentido, si se adelantara la segunda etapa del proceso de enajenación de acciones –subasta-, se haría nugatoria la sentencia que se llegare a proferir, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, ya que no se garantizaría el principio de democratización de las acciones por cuanto sería imposible revertir el proceso de venta de ISAGEN y adelantar, nuevamente, la primera etapa de éste.

Agréguese que si bien existe un precedente de esta Sección en el que se sostiene que la limitación individual de la compra de acciones para las personas que se encuentran en condiciones especiales es una medida administrativa que puede tomar el Gobierno en el decreto de enajenación¹⁷ – como lo sostiene el Ministerio Público en el recurso-, no puede desconocerse –tal como lo pone de presente el demandante- que la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996 condicionó la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 226 de 1995 en el entendido de que las medidas adoptadas por el Gobierno en los decretos de enajenación sólo podían ser de carácter administrativo, pues el único facultado para imponer limitaciones a los destinatarios de condiciones especiales era el legislador.

En ese orden de ideas, dado el precedente constitucional, bien puede predicarse la configuración de dicho presupuesto, esto es, la “*probabilidad razonable de que prospere su causa*”, entendida ésta, se insiste, como un juicio de probabilidad, no de certeza.

Otra de las razones que sustentan el auto suplicado es la existencia de advertencias de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría al Gobierno Nacional, para que revise el programa de venta de ISAGEN, frente a lo cual el recurso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se limita a sostener que tales advertencias no pueden tomarse como elementos

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de septiembre de 2008. Radicado 11001-03-27-000-2005-00055-00 (17739). Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa.

que permitan comprobar el cumplimiento de los requisitos para el decreto de la medida cautelar.

Por tal argumento tampoco sería suficiente para revocar el auto, amén de que esta Sección advierte que esas instituciones están precisamente creadas por el ordenamiento constitucional, para hacer control y vigilancia sobre la correcta administración de los recursos públicos y para velar por los intereses de la sociedad. En ese orden de ideas, antes que desatender los llamados de los órganos de control, la más elemental prudencia indica que deben tenerse en cuenta sus observaciones, razón por la cual, las advertencias de dichos organismos son, entre otros, un punto de apoyo para reforzar el decreto de la medida cautelar, la cual, como se ha dejado expuesto, no estuvo sustentada únicamente en este aspecto.

Tampoco asiste razón a los recurrentes cuando sostienen que basta una demanda temeraria para que esta jurisdicción suspenda un proceso de venta de la participación del Estado, pues, precisamente uno de los requisitos para que proceda una medida cautelar como la decretada en el auto suplicado es que «*La demanda esté razonablemente fundada en derecho*» (art 231 inciso 2 numeral 1 del CPACA), requisito que se cumple en este asunto y que descarta la presentación de demandas carentes de fundamento.

Por todo lo anterior, los argumentos invocados por los recurrentes contra el auto objeto de súplica, por el cual se decretó la suspensión provisional del procedimiento administrativo que se surte en cumplimiento del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013, no desvirtúan los motivos en que se sustenta la medida cautelar.

Esta Sección destaca que los demás argumentos expuestos por los recurrentes se refieren al fondo del asunto debatido y que serán objeto de análisis en el fallo que se emita en el proceso, pero que no resultan relevantes para el análisis de la procedibilidad de la medida cautelar decretada.

En efecto, como argumentos “*de conveniencia*” para levantar la medida cautelar decretada por el auto recurrido se aducen, entre otros, los siguientes: i) Que la imagen de la Nación como vendedora de activos se puede ver afectada y perder credibilidad, en la medida en que el proceso de subasta pública estaba adelantado, con fecha fijada para realizarla y que ya contaba con cinco proponentes. ii) Que el activo de ISAGEN representa 1.8 billones de pesos, tiene 3.5% de utilidad anual, es decir, 125 mil millones de pesos, ingresos que resultan casi marginales frente al total de rentas de la Nación y, que por el contrario, existe actualmente la oportunidad cierta de vender tal activo, en 5.3 billones de pesos, esto es, casi triplicar su valor. iii) Que no es cierto, como se alega en las demandas, que la venta de ISAGEN vaya a crear una distorsión en el mercado de energía eléctrica, pues la institucionalidad de regulación y control y el diseño fijado por las Leyes 142 y 143 de 1994 son más que suficientes para garantizar el normal funcionamiento de dicho mercado, por demás, la Nación, como propietaria

mayoritaria de ISAGEN, actúa como otro de los participantes del mercado, pero no como agente de regulación por el solo hecho de tener participación en una generadora de electricidad. iv) Que el proceso de venta ha sido diseñado de manera que no se ha previsto que el comprador de ISAGEN no vaya a quedar con posición dominante del mercado. v) Que por las actuales condiciones del negocio, ISAGEN requiere de una capitalización considerable, que la Nación no tiene la capacidad de hacer, por lo que la oportunidad de venta permite el cambio de un activo por otro, la construcción de infraestructura, y de paso evita que la Nación haga una erogación futura frente a la cual no tienen capacidad alguna.

Frente a la solicitud de la Nación- Ministerio de Hacienda en el sentido de que la acción instaurada por Helber Adolfo Castaño (número interno 21025) sea excluida de la acumulación y se ordene su terminación por no existir razón ni fundamento para su continuidad, se advierte que se trata de una acción pública que es indisponible por las partes, mucho menos por el juez.

En cuanto a la petición de los recurrentes de que se imponga a cargo de la parte actora una caución, la Sala advierte que la caución tiene por finalidad garantizar el pago de perjuicios que se ocasionen con la ejecución de la medida cautelar, sin embargo, como lo señalan los demandantes, en asuntos como el tratado en el presente caso, en el que se discute un interés general y que, en últimas, se concreta en la defensa del patrimonio público, pues se discuten las normas generales que estructuran el proceso de venta de un activo de la Nación, ISAGEN, no es del caso pedir a los demandantes cumplir con esa carga.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 232 del CPACA, *“no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, **de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos**, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública”*.

Como puede verse, el legislador no limitó la exoneración de la caución únicamente a la acción popular o medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, previsto en la Ley 472, sino que se refirió de manera general a los procesos –cualquier tipo de procesos- que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, como ocurre con el medio de control de nulidad en defensa de la legalidad abstracta, éste un interés colectivo, como se explicó precedentemente.

Agréguese que la doctrina ha ampliado dicha interpretación a aquellos procesos en los que se discutan derechos fundamentales y no sólo a los procesos de tutela¹⁸, como parece inferirse del tenor literal de la norma.

¹⁸ Enrique José Arboleda Perdomo. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Editorial Legis. Primera edición. 2011. Pág. 350. Allí se dice: *“La caución es exigible por regla general, salvo en los siguientes casos: (...) – En los procesos que tengan por objeto la protección de los derechos fundamentales. Sobre este tema hay que hacer dos advertencias: la primera, que con mucha frecuencia las demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen como fundamento la protección a los*

Lo que expone la Sala, se insiste, tiene su razón de ser en la naturaleza misma de los derechos protegidos –legalidad, patrimonio público, moralidad administrativa, ambiente sano, etc.- y en la imposibilidad de calcular o asumir los costos de los perjuicios que eventualmente se podrían causar con la adopción de la medida cautelar, lo que impediría el ejercicio de estas acciones públicas, habida cuenta de que el ciudadano ante estas exigencias de tipo económico se abstendría, eventualmente, de actuar en defensa del ordenamiento jurídico, aspecto que no involucra intereses particulares o derechos subjetivos.

Ese fue, precisamente, uno de los puntos de discusión de la Comisión Redactora del CPACA que llevó a limitar el pago de caución cuando se trate de derechos o intereses colectivos¹⁹.

En todo caso, debe resaltarse que el asunto de interés general debatido en el *sub examine*, difícilmente permite la determinación de los perjuicios ocasionados con la medida cautelar decretada, como lo plantean los recurrentes, amén de que es evidente que ningún ciudadano estaría en capacidad de prestar caución frente a una tasación de dichos perjuicios por la suspensión de un proceso de venta por valor de 5.3 billones de pesos, por tanto, la exigencia de imponer caución impediría la interposición de este tipo de medios de control y con ello se vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar el auto proferido el 14 de mayo de 2015, pues la medida cautelar reúne los requisitos previstos en los artículos 230 y 231 del CPACA para sustentar la procedibilidad de la medida cautelar decretada.

Finalmente, tal como lo precisó el Ponente en el auto suplicado, con fundamento en el artículo 63 A de la Ley 270 de 1996²⁰, la Sala dará a este proceso un trámite preferente en atención a que su solución es de interés público, razón por la cual se ordena en la parte resolutive de esta providencia, que una vez notificado el presente auto regrese de inmediato el expediente al Despacho del Magistrado Sustanciador para que se fije fecha para la audiencia inicial, sin perjuicio de las demás decisiones que deban adoptarse.

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

derechos fundamentales, pues es claro que la acción de tutela es sólo residual. A manera de ejemplo, cada vez que se produce un silencio administrativo se está violando el derecho fundamental de petición, por lo cual el proceso en el que esté inmerso este derecho no deberá ser objeto de caución, lo mismo que ocurre con todos aquellos en los que la relación jurídica de fondo sea la violación de uno de estos derechos subjetivos. La segunda, que, en razón de que las medidas cautelares se aplican a los procesos de tutela en virtud del parágrafo del artículo 230, en estos procesos no puede pedirse caución, por su propia naturaleza”.

¹⁹ Cfr. Memorias de la Ley 1437 de 2011, Volumen III. La Ley y los debates de la Comisión de Reforma. Parte B: artículos 143 a 309. Pág. 367-368.

²⁰ Adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009. **Artículo 63A.** *Del orden y prelación de turnos.* (...). Igualmente, las Salas o Secciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura **podrán determinar motivadamente los asuntos que por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados de manera preferente.** (...). Negrillas fuera de texto

RESUELVE

CONFÍRMASE el auto de 14 de mayo de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ORDÉNASE a la Secretaría de la Sección que, una vez notificado el presente auto, **regrese de inmediato** el expediente al despacho del Magistrado Sustanciador, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

La anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ