



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero sustanciador: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Bogotá, once (11) de agosto de dos mil quince (2015)

Referencia: Medio de control de nulidad (cuaderno de la medida cautelar)

Radicación: 110010326000201400054 00 (21025) – acumulados
110010324000201300534 00 (20946)
110010324000201300509 00 (21047)

Demandantes: Helber Adolfo Castaño Pérez
Enrique Alfredo Daza Gamba
Rodrigo Toro Escobar

Demandados: Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Minas y Energía

Asunto: solicitud de ajuste de medida cautelar (artículo 235 CPACA)

El despacho decide la solicitud de ajuste a la medida cautelar, que presentó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

1. De la medida cautelar decretada en el proceso

1.1. Por auto del 14 de mayo de 2015, el despacho ordenó la siguiente medida cautelar:

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.

Básicamente, esa decisión se fundó en las siguientes razones:

Que, conforme con el artículo 230-2 de la Ley 1437 de 2011, para asegurar el objeto del proceso de simple nulidad y la efectividad de la sentencia, era procedente ordenar la suspensión del procedimiento o actuación que se surte en cumplimiento del Decreto 1609 de 2013, que aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén. En especial, se debía suspender la subasta y los demás actos programados para el 19 de mayo de 2015.

Que, en todo caso, la medida cautelar no procedía porque se advirtiera la inconstitucionalidad o ilegalidad de los decretos 1609 y 2316 de 2013, sino porque la enajenación de la participación accionaria tiene ínsito el interés público —representado, en general, en la adopción de una política pública para financiar obras de infraestructura, que podría afectar el equilibrio presupuestal, la sostenibilidad fiscal y el servicio público de generación de energía eléctrica—, interés que necesita ser garantizado hasta tanto la Sección Cuarta cuente con elementos de juicio suficientes para decidir la acción de simple nulidad.

Que, además, la medida cautelar era necesaria porque si se llevaba a cabo la subasta, finalizaría el proceso de enajenación y se podrían generar efectos muchos más caóticos ante una eventual sentencia anulatoria, que justamente podían prevenirse con la suspensión temporal de la actuación. Que, de hecho, es evidente que el control judicial que ejerce el Consejo de Estado generará confianza y seguridad jurídica tanto para el Estado como para los posibles inversionistas.

Que, por otra parte, existían hechos sobrevinientes, ocurridos después de que se revocó la suspensión provisional inicialmente decretada por el Consejo de Estado, tales como que hubiera sido baja la participación del sector social en la primera etapa (circunstancia que podría desconocer el principio de democratización), que solo hubo 5 preclasificados para participar en la subasta y que la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación pidieron al Gobierno Nacional que revisara el programa de enajenación de esas acciones.

1.2. El auto que decretó la medida cautelar fue confirmado por la Sala de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto del 28 de mayo de 2015, a instancias del

recurso de súplica interpuesto por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía.

2. La solicitud de ajuste a la medida cautelar

2.1. El 22 de julio de 2015, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fundamento en el inciso 2° del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011, formuló las siguientes peticiones, que la Sala Unitaria procede a transcribir:

Variar la medida cautela decretada mediante providencia fechada 14 de mayo de 2015 (sic) a fin de asegurar la efectividad de la sentencia que ponga fin a esta acumulación de nulidades simples contra el decreto 1609 de 2013, en el sentido de modular los efectos de la misma para precaver que las situaciones relacionadas con el proceso de enajenación suspendido y que dependen de elementos puramente temporales queden ciertamente protegidos del paso del tiempo de forma tal que los plazos conserven su intangibilidad temporal de manera que en el evento de que se produzca una sentencia contraria a la pretensión anulatoria, los tiempos asociados al proceso de venta y las actuaciones necesarias para la misma, se conserven de manera integral. Lo que a continuación se pide atiende a que una vez se expida el fallo que reconozca la legalidad del Decreto 1609 de 2013 se inicie el conteo o se reinicie el cómputo de los términos previstos en el Decreto 1512 de 2014 en el estado en que se encontraba a la fecha en que quedó ejecutoriada la providencia por medio de la cual se decretó la medida cautelar cuyo ajuste hoy se solicita para continuar adelantando las actividades tendientes a culminar el proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN S.A. E.S.P., con el siguiente contenido:

- 1. Que el término señalado en el Decreto 1512 de 2014 para realizar las actuaciones previstas en el Decreto 1609 de 2013, en el evento de que no prospere la nulidad impetrada en las distintas demandas acumuladas, se restituya teniendo como día inicial el de la fecha de la sentencia del Honorable Consejo de Estado que falle las pretensiones incoadas mediante el medio de control de nulidad.*
- 2. Que de no atenderse a la primera petición, de manera subsidiaria, se dicte providencia en que se varíe la medida cautelar de forma tal que los efectos de la misma se extiendan al término señalado por el Decreto 1512 de 2014, para realizar las actuaciones previstas en el Decreto 1609 de 2013, de tal manera que el mismo se entienda suspendido mientras se mantiene la medida cautelar. Esto es, de proferirse sentencia que decida la legalidad de los actos demandados, se reanude el conteo de los plazos desde el día en que se encontraba al momento en que se profirió la providencia que decretó la medida cautelar de tal forma que se asegure (sic) la efectividad de lo decidido.*

Para sustentar tales peticiones, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicó, en concreto, lo siguiente:

Que el numeral 2 de artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé que cuando se decreta la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, el juez administrativo, en cuanto fuere posible, debe indicar las condiciones o señalar las pautas que debe observar la administración para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la que recaiga esa medida cautelar.

Que, de todos modos, el inciso 2° del artículo 235 ibídem también habilita al juez administrativo, en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, para modificar, revocar la medida, cuando advierta que no se cumplan o que desaparecieron los requisitos para concederla, o para variarla y así facilitar su cumplimiento.

Que, en el sub lite, la modificación de la medida cautelar es necesaria para garantizar el debido proceso de las partes, que podría verse afectado si no se precisa qué pasará con la vigencia del programa de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén y eso, además, evitaría que la medida cautelar desborde su propósito y conduzca a situaciones “fatales e irreversibles”.

Que, en efecto, el artículo 28 del Decreto 1609 de 2013 estableció que la vigencia del programa de enajenación era de un año, contado a partir del 30 de julio de 2013, prorrogable por un año más. Que, luego, el artículo 1° del Decreto 1512 de 2014 prorrogó el plazo por un año más, esto es, hasta el 24 de septiembre de 2015, lo que indica que ese plazo está próximo a vencerse.

Que el Gobierno Nacional cumplió la medida cautelar ordenada el 14 de mayo de 2015, pero que ahora es pertinente asegurar la efectividad de la sentencia y la posibilidad práctica de seguir adelante con la venta de la participación accionaria que la Nación posee en Isagén, en el caso de que se desestimen las pretensiones de nulidad.

Es decir, que es imperioso que se modifique la medida cautelar decretada para que se precise si, de no prosperar las pretensiones de las demandas de simple nulidad, el término de un año, fijado por el artículo 1° del Decreto 1512 de 2014 (que vence el próximo 24 de septiembre), será restituido desde la fecha en que se dicte la sentencia o si está suspendido mientras dura la medida. En palabras del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: *“es necesario introducir una variación a la medida cautelar decretada para modular sus efectos respecto del cómputo del término previsto en el artículo 1 del Decreto 1512 de 2014, restituyendo el término en él previsto a la fecha en que se decretó la medida cautelar o suspendiendo el conteo del mismo desde el día siguiente a la fecha en que quedó ejecutoriado el auto que decretó la medida cautelar vigente, es*

decir, desde el día 22 de mayo de 2015, de tal manera que la reanudación de los plazos inicie en dicha fecha”¹.

Según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todo eso se requiere para proteger el interés público (representado en la finalidad de satisfacer urgentes necesidades públicas) y el de los terceros interesados en comprar la participación accionaria que la Nación tiene en Isagén, pues se debe mantener actualizado el proceso de enajenación para que el Gobierno Nacional conserve competencia para vender las acciones.

2.2. Por auto del 24 de julio de 2015, el despacho sustanciador corrió traslado, por el término de 5 días, de la solicitud presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Intervinieron la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el señor Rodrigo Toro Escobar (demandante).

2.2.1. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, oportunamente, coadyuvó a la solicitud presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En síntesis, explicó:

Que las medidas cautelares tienen efecto temporal y se mantienen hasta que se dicta la decisión de mérito, pero que no pueden convertirse en un mecanismo que termine por afectar a la parte que tiene la razón. Que precisamente el carácter temporal permite que el afectado solicite al juez que modifique o revoque la medida cautelar, en los términos del inciso 2° del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011.

Que, en el caso concreto, el paso del tiempo dio lugar a que variaran las condiciones que motivaron la suspensión de la actuación de venta de las acciones que la Nación tiene en Isagén. Es decir, que la decisión tuvo *“impacto respecto de las competencias temporales previstas en los decretos 1609 de 2013 y 1512 de 2014 para la ejecución del programa de enajenación”* de las acciones, al punto que no se tiene certeza si está o no vigente el plazo que tiene el Gobierno Nacional para adelantar la venta.

¹ Folio 574 vto. - 575.

Que, siendo así, para asegurar la igualdad de las partes y para garantizar la efectividad de la sentencia, es necesario delimitar el alcance de la medida cautelar y determinar si está o no vigente el plazo para continuar con el plan de enajenación, en el evento de que la sentencia sea desestimatoria de las pretensiones de nulidad.

Que, de hecho, como la medida cautelar no fue de suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, sino la de suspensión temporal del procedimiento o actuación para la venta de las acciones, no se tiene certeza si esa decisión hace que pierda fuerza ejecutoria el Decreto 1512 de 2014, que prorrogó el plazo inicial de un año establecido por el artículo 28 Decreto 1609 de 2013.

2.2.2. En el término de traslado, el apoderado judicial del señor Rodrigo Toro Escobar se opuso a la solicitud de modificar la medida cautelar, por las razones que el despacho resume enseguida:

Que no se cumplen los requisitos previstos en el inciso 2° del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 para ordenar que se modifique o revoque la medida cautelar, toda vez que sí estaban cumplidos los requisitos para decretarla, que no se han superado los hechos que obligaron al Consejo de Estado a ordenarla y es evidente que la medida cautelar está produciendo plenos efectos.

A juicio del señor Rodrigo Toro Escobar, lo realmente pretendido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es que se determinen cuáles son los efectos que producirá la sentencia, cuestión que es improcedente.

Que, además, es extemporánea la solicitud de dicho ministerio porque el ajuste a la medida bien pudo pedirlo cuando presentó el recurso de súplica contra el auto que ordenó la suspensión de la actuación para enajenar la participación de la Nación en Isagén.

Que, por otra parte, causa extrañeza que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, después de que el Consejo de Estado revocó la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos demandados (decretada por la Sección Primera), decidió autónomamente prorrogar el plazo para el proceso de enajenación. Pero esta vez pretende que sea el Consejo de Estado el que autorice prorrogar el plazo.

Que la solicitud del ministerio también está dirigida a “*proteger el interés del tercero inversionista*”, en detrimento de los intereses de los destinatarios de condiciones especiales y de los propios demandantes, pues busca reanudar el proceso y que se materialice el perjuicio irremediable que generaría la venta.

Que, por último, la obligación que aduce el ministerio de atender necesidades públicas no es un supuesto que, en los términos del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011, permita la variación de la medida cautelar.

Por todo eso, el apoderado judicial de Rodrigo Toro Escobar solicitó que se desestime la solicitud del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 prevé:

ARTÍCULO 235. LEVANTAMIENTO, MODIFICACIÓN Y REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. *El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.*

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales. (Se subraya).

El artículo 235 faculta al juez administrativo para modificar o revocar la medida cautelar previamente decretada, no solo para garantizar la tutela judicial efectiva, sino para controlar que la decisión provisional se ajuste a las situaciones particulares de cada proceso judicial.

Todo eso porque es natural que cambien las condiciones que justificaron la decisión de decretar la medida cautelar, ora porque se presta caución, ora porque desaparecen o cambian los hechos que la justificaron, o porque sea necesario tener en cuenta circunstancias especiales, como los plazos para tornar razonable esa medida. En esos

escenarios, el juez administrativo puede adoptar las decisiones correctivas para que la medida cautelar siga siendo eficaz y necesaria, pero también para que se conserven los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que son los límites que se deben tener en cuenta al momento de decidir sobre una medida cautelar.

Dicho de otro modo: el artículo 235 procura que en el proceso judicial se mantengan medidas cautelares que sean acordes con el riesgo latente y eficaces para asegurar, así sea provisionalmente, la tutela judicial efectiva. Pero también son instrumentos para controlar que el juez no imponga cargas inequitativas y desproporcionadas a la parte afectada con la cautela ni haga nugatorias las potestades administrativas ni los derechos de las partes.

Aquí interesa el inciso 2° del artículo 235, pues fue el que invocó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para pedir que se module y ajuste la medida cautelar decretada el 14 de mayo de 2015. Esa norma permite al juez administrativo, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del proceso, modificar, revocar o variar la tutela cautelar, en los siguientes casos:

- I) Cuando advierta que no se cumplieron los requisitos para ordenar la medida cautelar.
- II) Cuando desaparecen o se superan los hechos que justificaron la medida.
- III) Cuando deba variarse la cautela para facilitar su cumplimiento.

En el caso concreto, la Sala Unitaria considera que debe mantenerse la medida cautelar, que consiste en la suspensión temporal del procedimiento o actuación que adelantaba el Gobierno Nacional para llevar a cabo el proceso de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén, en especial, la suspensión de la subasta y demás actos que estaban programados para el pasado 19 de mayo.

En efecto, el despacho estima que estaban y siguen estando cumplidos los requisitos para mantener vigente la medida cautelar. Se trata de asegurar el objeto del litigio y la propia efectividad de la sentencia, pero no por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad de los decretos demandados, sino porque, como se dijo en la providencia del 14 de mayo de 2015, está involucrado el interés público, en cuanto la decisión del Gobierno Nacional tiene efectos transversales en temas presupuestales,

fiscales y del servicio público de generación de energía eléctrica, efectos que justifican la decisión de suspender la venta de acciones, hasta tanto se dicte el fallo definitivo.

Es más, como es de público conocimiento, a partir de la medida cautelar ordenada el 14 de mayo de 2015, el proceso de enajenación de la participación accionaria que tiene la Nación en Isagén está suspendido, de manera preventiva, hasta tanto se dicte la sentencia correspondiente. Eso indica que la medida fue acatada por el Gobierno Nacional.

Pero es innegable que el plazo fijado por el Gobierno Nacional para ejecutar la enajenación de la participación accionaria en Isagén fue fijado finalmente por el Decreto 1512 de 2014, plazo que vencería el 24 de septiembre de 2015. Es obvio que si la sentencia accede a las pretensiones, no habría lugar a la venta. Si eso no es así, es necesario mantener la vigencia del plazo de forma incólume.

En consecuencia, la Sala Unitaria mantendrá la medida cautelar decretada el 14 de mayo de 2015. No obstante, la aclarará, en el entendido de que la orden de suspender temporalmente el procedimiento o actuación para la venta de las acciones que la Nación posee en Isagén, implica también la suspensión del plazo fijado por el Decreto 1512 de 2014.

Por lo expuesto, la Sala Unitaria resuelve:

ACLARAR la parte resolutive del auto del 14 de mayo de 2015, en el sentido de que la suspensión temporal del procedimiento o actuación que adelantaba el Gobierno Nacional para llevar a cabo el proceso de enajenación de las acciones que la Nación posee en Isagén, también implica la suspensión del plazo fijado por el Decreto 1512 de 2014.

Notifíquese y cúmplase,

Hugo Fernando Bastidas Bárcenas