

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



CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., doce (12) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Referencia:	Medio de control de nulidad
Radicación:	11001-03-27-000-2015-00044-00 (21848)
Demandantes:	Jorge Eliecer Prieto Riveros y otros
Demandados:	Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Minas y Energía-

AUTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir la solicitud de medida cautelar de urgencia realizada por el senador Antonio Navarro Wolff¹, demandante en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Trámite

En escrito radicado el día de hoy, 12 de enero de 2016, el senador Antonio Navarro Wolff, demandante en el presente proceso, solicitó la práctica de una medida cautelar de urgencia.

Dicha solicitud se realizó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA, razón por la cual no se corrió traslado del escrito a las demás partes del proceso.

¹ Aunque en el escrito de medida cautelar se menciona también como solicitante a la señora Viviane Aleida Morales Hoyos éste no se encuentra suscrito por la senadora, tal como da cuenta la constancia secretarial de folio 176.

2. Medida cautelar solicitada

En el escrito de medidas cautelares se solicita lo siguiente:

“1. Solicito de manera respetuosa al Honorable Magistrado, DECRETAR LA SUSPENSION PROVISIONAL de los Decretos 1609 de 2013, 2316 de 2013 y 1512 de 2014, por las razones expuestas en el presente escrito, y ordenar reiniciar el proceso de enajenación con el objeto de lograr varios oferentes para la subasta pública.

2. Solicito respetuosamente a la Honorable Magistrada (sic), imprimirle celeridad a la actuación judicial de la referencia, y darle trámite prioritario, principal y de urgencia dado los intereses estratégicos que se encuentran en juego, y con el objeto de prevenir gigantescos cuantiosos (sic) daños patrimoniales”.

3. Fundamentos fácticos y jurídicos de la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados

3.1. La participación de un solo oferente en la subasta pública desconoce la naturaleza de ese mecanismo de adjudicación

El 8 de enero del presente año la compañía Colbún S.A., una de las dos empresas interesadas en la compra de ISAGEN, desistió de su participación en el proceso de enajenación, razón por la que la segunda etapa de la venta cuenta con un único oferente.

Dicha situación desconoce la naturaleza misma del mecanismo elegido para enajenar las acciones que la Nación posee en ISAGEN, esto es, la subasta, pues se debe asegurar la pluralidad de oferentes con el fin de que la mejor propuesta surja de la competencia o puja entre los participantes.

Y eso es así porque ante la existencia de un oferente único *“la administración estaría limitada a los términos de la oferta del único participante, quien ajustará su oferta a los mínimos requerimientos, renunciando desde el inicio al objetivo de obtener un precio mayor producto de la puja”.*

Así pues, la existencia de un único oferente desconoce la libre competencia y los principios de transparencia y pluralidad de oferentes que deben regir los procesos de enajenación de activos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 226 de 1995 y en los artículos 88 y 333 de la Constitución. Además, vulnera el precedente que sobre el tema ha sentado la Sala Plena del Consejo de Estado².

3.2. Nuevas advertencias de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República emitió en Boletín Macrofiscal No. 11 en el que señala que ISAGEN es una empresa estratégica para el mercado energético nacional, por lo que *“deben plantearse los riesgos que supone para el Estado la venta de la participación accionaria pues limita el control natural que tiene hoy el Estado en el mercado nacional de energía eléctrica”*.

Igualmente la Contraloría señaló que *“las vías 4G no producirán ingresos financieros, por lo cual la venta de ISAGEN generará presiones adicionales a la finanzas públicas puesto que un porcentaje importante de los dividendos se giran hoy a la Nación”*.

3.3. Nuevos pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación

El día 12 de enero de 2016 la Procuraduría General de la Nación advirtió al Presidente de la República que la venta de ISAGEN podría implicar un detrimento patrimonial sin antecedentes.

Y eso es así por cuanto *“si bien el precio fijo por acción de \$3.178 (definido por Decreto en el año 2013) se ajustó basado en el índice de precios al consumidor (IPC), el mismo no equipara la variación en términos de pagos en divisas que se estimó en la estrategia de venta”*.

² Sentencia del 14 de febrero de 2012, radicado: 11001-03-26-000-2010-00036-01 (IJ), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Caso: Licitación del tercer canal de televisión privada.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Le corresponde al Despacho definir la solicitud de suspensión provisional de los Decretos 1609 de 2013, 2316 de 2013 y 1512 de 2014, solicitada por el senador Antonio Navarro Wolff.

2. Anotación previa

En escrito radicado el 12 de noviembre de 2015, esto es, después de presentada y notificada la demanda, la senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa, demandante en el presente proceso, solicitó la práctica de dos medidas cautelares: **(i)** la suspensión provisional de los actos administrativos demandados y, **(ii)** la suspensión del procedimiento administrativo de venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN.

Mediante auto del 2 de diciembre de 2015 el Despacho Sustanciador negó dichas medidas.

3. Sobre el desconocimiento de la naturaleza jurídica de la subasta y de los principios de pluralidad y transparencia por la participación de un solo oferente en la segunda etapa del proceso de enajenación de ISAGEN

3.1.- La finalidad de las medidas cautelares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA, es *“proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*.

Ese marco, que obliga al juez, fue el que se consideró por el Despacho al resolver las solicitudes de suspensión provisional de los actos demandados y de suspensión del procedimiento de enajenación a las que se hizo referencia antes, teniendo en cuenta la sentencia de esta Sección en la que se concluyó que los Decretos 1609 y 2316 de 2013 se ajustaban a derecho.

Argumentos que, por los efectos propios de la cosa juzgada, fueron acogidos en el auto del 2 de diciembre de 2015 para negar dichas medidas.

3.2.- El objeto de este proceso se contrae a la nulidad de los Decretos 1609 de 2013, 2316 de 2013 y 1512 de 2014. **No comprende las alegadas irregularidades en el procedimiento mismo –la admisibilidad de la oferta única y de la adjudicación-** como se infiere de la demanda y de la naturaleza de las pretensiones de validez, que atacan el acto rector y no su desarrollo.

Al respecto, se recuerda que la demanda está fundamentada, principalmente, en el hecho de que: **(i)** los motivos expresados en los actos demandados para justificar la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN no son ciertos y tampoco coinciden con las declaraciones dadas por el Gobierno Nacional –falsa motivación- y, **(ii)** la venta de ISAGEN persigue una finalidad distinta al bien común y al interés general –desviación y abuso de poder-.

La demanda no se refiere a la pluralidad de oferentes, a la libre competencia, a la legalidad del procedimiento de enajenación o a la defensa de otro bien jurídico semejante. Sólo, se insiste, a la validez de los decretos que autorizaron la enajenación de dichos activos.

3.3.- Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.2 y 21 del Decreto 1609 de 2013, la segunda etapa del proceso de enajenación de ISAGEN debe regirse, además de lo dispuesto en dicho acto –que nada dice sobre el mecanismo de enajenación que debe llevarse a cabo-, en el reglamento de enajenación y adjudicación que se expida para el efecto.

Dicho reglamento, acto administrativo diferente al que aprueba el programa de enajenación, contiene, entre otros aspectos: **(i)** las reglas, procedimientos, condiciones y modalidades correspondientes a la oferta pública de venta de las acciones y al desarrollo del proceso de enajenación; **(ii)** las reglas aplicables para la presentación de aceptaciones de compra y la recepción de ofertas; **(iii)** las reglas correspondientes a la adjudicación de las acciones y; en general, **(iv)** todos los aspectos que se requieran para desarrollar el programa de enajenación.

En ese sentido, **si lo que se pretende es atacar la forma en la que se reguló el procedimiento de la subasta, lo procedente era solicitar la nulidad del reglamento de enajenación y adjudicación de la segunda etapa de enajenación, acto que no hace parte del objeto de la demanda de la referencia y, por ende, no puede ser atacado o cuestionado mediante la solicitud de una medida cautelar**, amén de que, por lo mismo, no fue alegado en la demanda.

3.4.- Cabe resaltar que en el mismo escrito de solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, el senador Navarro Wolff advierte que *“en el último texto del reglamento de la venta de ISAGEN –se refiere al Decreto 1609 de 2013- no se hace alusión a que pueda adjudicarse la empresa en subasta con un solo oferente”*, afirmación que refuerza la conclusión a la que llega el despacho, pues en realidad no se está atacando la legalidad de los actos demandados –requisito indispensable para que proceda la suspensión provisional- sino la ejecución del procedimiento de venta.

3.5.- No se ignora que en materia de medidas cautelares el juez de legalidad goza de mayor discrecionalidad. Pero, en todo caso, al determinar la procedencia y mérito de las mismas no puede *“desbordar”* las pretensiones, pues ellas conforman el objeto del proceso.

En conclusión, como la solicitud de la medida cautelar por el cargo que se analiza no guarda relación con el objeto de la demanda, ni con los argumentos de ilegalidad en que se fundamenta, lo procedente es negar su decreto.

4. Sobre los pronunciamientos de los órganos de control

Cabe anotar respecto de los pronunciamientos de la Contraloría y la Procuraduría que se ponen de presente con la solicitud de suspensión provisional, que las razones que allí se exponen se estudiaron en el auto del 2 de diciembre de 2015 al cual se remite el Despacho.

En mérito de lo expuesto, se:

RESUELVE

Por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, se **NIEGA** la medida cautelar de **SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS** del Decreto 1609 de 2013, *“Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P.”*, del Decreto 2316 de 2013, *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1609 de 2013”* y del Decreto 1512 de 2014, *“Por medio del cual se prorroga la vigencia del Programa de Enajenación de que trata el Decreto 1609 de 2013, modificado por el decreto 2316 de 2013”*.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero Ponente