

ENAJENACION DE ACCIONES DE LA NACION EN ISAGEN - Con el envío del Plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares se cumplió la obligación de informar al Congreso expresamente la venta de una empresa de propiedad de la Nación / MARCO FISCAL DE MEDIANO PLAZO - Noción y contenido. Por su generalidad, el Gobierno Nacional no está obligado a incluir en él, en forma específica, la venta de acciones de Isagen / DECRETO 1609 DE 2013 DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - Se levanta la suspensión provisional de sus efectos porque de su confrontación con las normas invocadas como violadas y la valoración de las pruebas allegadas al proceso no se demostró que las haya transgredido / ENAJENACION DE ACCIONES DE LA NACION EN ISAGEN - No se demostró el detrimento al patrimonio del Estado que se adujo como fundamento de la suspensión provisional del decreto que la aprobó

[...] afirma el actor que la enajenación de acciones de ISAGEN no contó con la autorización del Congreso de la República, sin embargo, como se reseñó en el acápite anterior, como pruebas obran las comunicaciones que envió el Ministerio de Hacienda a las dos cámaras del Congreso de la República que contienen el *“plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos”* con lo cual se dio cumplimiento al parágrafo del artículo 8° de la Ley 226 de 1995. Por otra parte, en cuanto a que de la venta de las acciones de ISAGEN no se hizo ninguna mención en el Marco Fiscal de Mediano Plazo, la Sala advierte que [...] el Gobierno Nacional no está obligado a incluir, en forma específica, en este instrumento de planeación la venta de acciones de la empresa ISAGEN, y más aún que tal exigencia, dado el carácter general de dicho instrumento, no puede generar una infracción que conduzca a la suspensión provisional del acto que se estudia. Resulta claro entonces que, la obligación del Gobierno Nacional es informar de forma expresa dentro del plan de enajenación anual la venta de una empresa de propiedad de la Nación, obligación que se cumplió con el envío al Congreso de la República del *“plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos”*, como ya se mencionó. Del mismo modo, adujo el demandante que tampoco se incluyó la enajenación de acciones de ISAGEN en el Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad para Todos”, [...] se desprende que desde el Plan Nacional de Desarrollo se estableció como estrategia financiera del Gobierno la de enajenar los activos en los que la Nación tiene participación. En cuanto a que con el Decreto 1609 de 2013 se transgreden los numerales 3° y 21 del artículo 150 de la Constitución, no se demostró cómo el Decreto mencionado puede vulnerar o transgredir dos de las obligaciones que corresponden al Congreso de la República, como son: *aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos y, expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica*. En lo que tiene que ver con la afirmación del demandante, según la cual no es posible trasladar bienes del patrimonio público al patrimonio privado, la Sala advierte que el artículo 60 de la Constitución Política, contrario a lo afirmado por el demandante, establece la posibilidad de privatizar la propiedad del Estado. Así, según el artículo mencionado *cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria*. Además, la Constitución asignó al legislador la obligación de regular la materia, en cumplimiento de la cual se aprobó la Ley 226 de 1995. En cuanto a la transgresión

del artículo 334 de la Constitución Política por falta de estudios técnicos de valoración, conveniencia y oportunidad de la venta de las acciones de ISAGEN, la Sala encuentra que en las pruebas aportadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, existen los estudios de valoración de las acciones de ISAGEN y se explican las variables y métodos a partir de los cuales se realizó dicha valoración, por lo tanto no se encuentra probada la vulneración a la que hace referencia el demandante en este punto. Finalmente, argumenta el demandante que de no decretarse la medida cautelar se ocasionará un detrimento patrimonial del Estado, sin embargo no argumentó esta afirmación ni aportó material probatorio que permitiera demostrar la ocurrencia, así fuera hipotética, de dicho detrimento. De conformidad con la confrontación del acto acusado con las normas invocadas como violadas y la valoración de las pruebas allegadas al proceso, la Sala no encuentra que el Decreto 1609 de 2013 las haya transgredido. De esta forma es forzoso revocar el auto objeto del recurso de súplica, para en su lugar, negar la medida cautelar solicitada por el demandante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 60 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 8 PARAGRAFO / LEY 819 DE 2003 - ARTICULO 1

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1609 DE 2013 MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO – (No suspendido)

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del asunto es la siguiente: Se decidieron los recursos de súplica interpuestos por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía contra el auto de 28 de marzo de 2014, por el que la Sección Primera de la Corporación suspendió provisionalmente los efectos del Decreto 1609 de 2013, aprobatorio del programa de enajenación de acciones que la Nación posee en ISAGEN. Luego del análisis comparativo de dicho decreto con las normas invocadas como transgredidas, así como de la valoración de las pruebas existentes, la Sala revocó la decisión suplicada y, en su lugar, negó la referida medida cautelar, tras concluir que el Gobierno Nacional atendió las directrices establecidas en el artículo 60 de la Constitución Política para privatizar bienes estatales, y en la Ley 226 de 1995, para adelantar el proceso de enajenación de la propiedad accionaria en mención. Resaltó que el demandante no aportó las pruebas en las que sustentó la solicitud de la medida, tales como el supuesto detrimento para el patrimonio estatal que se generaría con la venta de las acciones, mientras que, por el contrario, las pruebas allegadas por los suplicantes evidenciaron la existencia de estudios técnicos que avalan la conveniencia y oportunidad de dicha venta.

MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437 DE 2011 - Tienen como fin evitar la inejecución de la sentencia y realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia / SUSPENSION PROVISIONAL EN EL DECRETO 01 DE 1984 - Alcance / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Regulación. Elementos / MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437 DE 2011 - Su regulación amplió el marco de acción del juez contencioso a todas las modalidades de actuación de las autoridades

El Capítulo X de la Ley 1437 de 2011 - CPACA (artículos 229 a 241) se ocupó de establecer el nuevo régimen legal de las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se ventilan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Ley 1437 consagró, dentro de dichos procesos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal. La

finalidad antes mencionada corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En cuanto a lo primero, esto es, en lo que tiene que ver con la facultad constitucional que tienen los jueces de lo contencioso administrativo de decretar la suspensión de los efectos de un acto administrativo, vale resaltar que esta existía desde la vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y encontraba como única limitante que la vulneración de las normas invocadas resultara *prima facie* de la comparación de estas con el acto administrativo demandado. Así, al estudiar la procedibilidad de la medida cautelar, no le estaba dado al juez realizar un análisis de fondo para determinar la mencionada vulneración, pues el artículo 152 (2) del CCA exigía que la infracción de al menos una de las normas invocadas fuera manifiesta. Aunado a lo anterior, la jurisprudencia coincidió en señalar que el juez no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto en una etapa procesal que no correspondía a la sentencia, pues incurriría en prejuzgamiento. Pues bien, el nuevo código (CPACA) amplió el marco de acción del juez contencioso administrativo otorgándole facultades de tutela equiparables a las que tiene cuando actúa como juez constitucional, facultades que están encaminadas a asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia judicial con la que terminará el proceso y así garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia [...] Son tres los elementos esenciales que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia: i) el acceso entendido como la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para dirimir un conflicto; ii) el derecho a obtener una resolución de fondo del conflicto y iii) el derecho a que la sentencia que se profiera se ejecute. Así, las medidas cautelares en materia contencioso administrativa están orientadas a garantizar el último de los elementos que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia, es decir, buscan proteger la realización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues de lo contrario el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material. Este punto es de singular importancia y se convierte en uno de los elementos distintivos de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que surgió como respuesta a los cambios operados en la realidad, frente a los cuales el juez contencioso administrativo requería facultades acordes con las distintas situaciones en las que pudieran estar los administrados por las acciones u omisiones de la Administración. De esta manera, la nueva arquitectura de las medidas cautelares implica un avance muy significativo en la normativa colombiana en esta materia, que se pone a tono con los avances que en el mismo sentido se pueden identificar en el derecho comparado porque se *“amplió el conjunto de herramientas precautelativas a disposición del juez con miras a garantizar la efectividad de sus sentencias y además extiende la aplicabilidad de aquellas a todas las modalidades de actuación de las autoridades pasibles de fiscalización en punto de su jurisdicción por parte de la jurisdicción especializada”*.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 152, NUMERAL 2

TIPOS DE CAUTELAS - Requisitos. Objeto / CAUTELAS POSITIVAS Y NEGATIVAS - Operancia / SUSPENSION PROVISIONAL - Es la cautela negativa por antonomasia / CAUTELAS POSITIVAS - Operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la Administración hechos u operaciones administrativas y son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo / MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS CONSERVATIVAS Y ANTICIPATIVAS - Finalidad

[...] la Ley 1437 de 2011, (CPACA) incluye los tipos de cautelas y los requisitos para decretarlas recogidos en las legislaciones de los distintos países de la Unión Europea, esto es, las cautelas positivas y las negativas y los tres requisitos para su decreto: i) Apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones; ii) Urgencia (*periculum in mora*). El juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, y iii) Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar. El artículo 229 del CPACA establece que el juez contencioso administrativo podrá decretar “*las medidas cautelares que considere necesarias*” para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. La medida cautelar podrá pedirse expresamente por la parte demandante que deberá sustentarla en debida forma (231 CPACA), antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del mismo, incluso en la segunda instancia. Por su parte, el artículo 230 enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas. La cautela negativa por antonomasia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo. Las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la Administración: hechos u operaciones administrativas y, dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo. Las medidas cautelares preventivas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante. A su turno, las medidas conservativas buscan preservar la situación previa al conflicto hasta que se profiera la sentencia. Finalmente, las medidas anticipativas, que adelantan algunos efectos de la sentencia, buscan restablecer la situación al estado en el que se encontraba antes de que ocurriera la conducta amenazante o vulnerante. El decreto de alguna o varias de estas medidas cautelares no implica prejuzgamiento; para su decreto es suficiente que la demanda esté razonablemente fundada en derecho y que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o los derechos invocados.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231

MEDIDAS CAUTELARES - Requisitos / MEDIDAS CAUTELARES - Trámite / MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA - Trámite y procedencia

[...] el artículo 231 del CPACA establece los requisitos para decretar las medidas cautelares. En primer lugar, en cuanto a la suspensión provisional de los actos administrativos indica que la medida debe ser solicitada en la demanda, o en escrito separado, en cualquier tiempo. Agrega que solo puede solicitarse en procesos que se adelanten contra actos administrativos definitivos, pues se trata de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad. Asimismo, señala que la causal debe ser la de violación de las normas invocadas y que la procedencia de la medida surja de la confrontación del acto acusado con dichas normas. Finalmente, cuando se trate de pretensiones de restablecimiento del derecho, se debe demostrar, sumariamente al menos, la existencia del daño. En segundo lugar, en lo que tiene que ver con el decreto de las demás medidas cautelares se requiere que exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas; que el demandante

haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados, que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla y, que exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios. En cuanto al trámite que debe seguirse para el decreto de las medidas cautelares, el artículo 233 del CPACA establece que antes de decidir sobre la petición de tales medidas, debe darse traslado de la solicitud a la parte demandada, con el fin de que ponga de presente al juez los derechos o intereses que resultarían afectados con la medida cautelar solicitada, y que además reflexione sobre la viabilidad de oponerse a las pretensiones del proceso. Las medidas decretadas en el auto que decida sobre la solicitud será apelable y éstas serán efectivas a partir de la ejecutoria del auto que las decretó. Un trámite similar se sigue cuando la solicitud de medidas cautelares se hace en el transcurso del proceso. Ahora bien, el artículo 234 del CPACA consagra una excepción al trámite antes referido, cuando se trata de medidas cautelares de urgencia, caso en el que el juez o magistrado ponente puede adoptar las medidas que considere necesarias, desde la presentación de la solicitud y, sin previa notificación a la otra parte. Esta situación se presenta cuando por la urgencia de las medidas, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Esta decisión también es susceptible de los recursos consagrados en la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 233 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 234

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL - La competencia para conocer de su nulidad corresponde al Consejo de Estado en única instancia / NULIDAD DEL DECRETO 1609 DE 2013 DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - El Consejo de Estado es competente, en única instancia, por medio de una de sus cinco Secciones o de las Subsecciones de éstas / PROCESO DE ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DE LA NACION - No es de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado porque no es de naturaleza meramente contractual sino que predomina la *enajenación de la participación Estatal en una sociedad o empresa*, asunto que en el Reglamento está atribuido a la Sección Cuarta

[...] de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, los recurrentes argumentaron que la Sección Primera del Consejo de Estado carecía de competencia para conocer de este asunto y, en consecuencia, el trámite adelantado por esa sección está viciado de nulidad por falta de competencia funcional. Indicaron que el presente asunto es de naturaleza contractual y, que en atención al criterio de competencia el conocimiento del mismo corresponde a la sección tercera de esta Corporación. El artículo 149 del CPACA establece una serie de asuntos de los que conoce el Consejo de Estado en única instancia, a través de sus secciones, subsecciones o salas especiales. Dentro de esos asuntos se encuentran *“los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional (...)”*. Este es el caso del Decreto 1609 de 2013 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ejercicio de sus facultades administrativas, en consecuencia, es un acto administrativo pasible de control jurisdiccional cuya competencia corresponde al Consejo de Estado en única instancia. De esta manera, resulta claro que el Consejo de Estado como juez colegiado es el competente para dirimir el tipo de conflictos antes enunciado y, lo hace por medio de una de las cinco secciones en las que se divide o por medio de las subsecciones de estas según lo establecido en el artículo 11 del

Acuerdo 58 de 1999. Este acuerdo, establece la distribución interna de trabajo entre las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo según el artículo 13° del Acuerdo 58 de 1999, por lo tanto el trámite adelantado por la Sección Primera en este asunto no estaría afectado de nulidad por falta de competencia. En cuanto a que la competencia correspondería a la Sección Tercera, es claro que el proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación en una empresa, se adelanta por medio de la celebración de contratos de compra venta, sin embargo, ello no significa que la competencia para conocer de este tipo de procesos sea de naturaleza meramente contractual, pues no hay que olvidar que la nota dominante en este proceso la constituye la *“enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa”*. La competencia para conocer de este tipo de asuntos está consagrada en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, así: ***Distribución de negocios entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo así: Sección Cuarta. 4° Los procesos relacionados con los actos administrativos que se dicten para la enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa.*** De la norma en cita resulta claro que la competencia por razón de la naturaleza del asunto corresponde a esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 149 / ACUERDO 58 DE 1999 CONSEJO DE ESTADO - ARTICULO 11 / ACUERDO 58 DE 1999 CONSEJO DE ESTADO - ARTICULO 13

DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES - No está sujeto a la existencia previa del auto admisorio de la demanda

[...] según el apoderado del Ministerio de Hacienda y C.P, se decretó la suspensión provisional del acto administrativo demandado sin que se hubiera notificado el auto admisorio de la demanda y, aunque reconoce que esto está permitido por la Ley, aclara que ello no implica que el auto admisorio no *“exista”* y que, por tanto, el trámite que se siguió para decretar la medida es irregular, en tanto la demanda se admitió el 28 de marzo de 2014, con posterioridad al auto que decretó la medida cautelar. Al respecto, para la Sala es claro que el artículo 229 del CPACA establece que: ***“En todos los procesos declarativos, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”*** (...) De la norma citada, se desprende con claridad que dentro de las facultades del juez está la de decretar las medidas cautelares antes de que se notifique el auto admisorio de la demanda, previsión que ya estaba incluida en el Decreto 01 de 1984. Es claro que esta norma busca, como su mismo texto lo indica, garantizar la efectividad de la sentencia y proteger el objeto del proceso y no exige que el auto admisorio *“exista”*, análisis este que resulta desproporcionado con la realidad procesal y extralimita cualquier tipo de interpretación sistemática o finalista que quiera darse a la norma, razón por la cual no prospera como cargo del recurso de súplica.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229

ADECUACION DE LA DEMANDA - Apunta a que el juez le imprima a la demanda el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado

una vía procesal inadecuada / ADECUACION DE LA DEMANDA POSTERIOR AL DECRETO DE UNA MEDIDA CAUTELAR - No genera la nulidad de la cautela porque las razones que la sustentan se mantienen con independencia del trámite que se le imprima a la demanda

Se argumenta en el recurso de súplica que en principio se admitió la demanda como medio de control de “*nulidad por inconstitucionalidad*” y que bajo este entendido se decretó la medida cautelar de suspensión provisional. Sin embargo, por medio de auto del 31 de marzo de 2014 se corrigió el auto admisorio para imprimirle a la demanda el trámite del medio de control de nulidad. Adujo que el análisis normativo que llevó a la suspensión provisional se hizo a partir de la comparación del acto administrativo demandado con las normas constitucionales, en el contexto del medio de control de “*nulidad por inconstitucionalidad*” y, por lo tanto, ese análisis no puede ser válido para sostener la suspensión provisional en el contexto del medio de control de “*nulidad*”. Al respecto, la Sala advierte que según el artículo 231 del CPACA, la confrontación del acto demandado se debe hacer con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Por lo tanto, en lo que respecta a la suspensión provisional era indiferente el trámite que hasta ese momento se le había dado a la demanda. Por otra parte, el artículo 171 del C.P.A.C.A establece que el juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. De tal forma que con el auto de 31 de marzo de 2014, la magistrada sustanciadora no solo cumplió con lo establecido en el citado artículo, sino que actuó en cumplimiento de los principios de economía y celeridad que informan el proceso contencioso administrativo. En conclusión, de la adecuación de la demanda no puede derivarse la nulidad de la medida cautelar, pues esta se fundamenta en razones que se mantienen de manera independiente al trámite que se le esté dando a la demanda, precisamente porque esta es una de las características que fortalecen las medidas cautelares para que cumplan la finalidad de resguardar el objeto del proceso y garantizar la efectividad de la sentencia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 171 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946)

Actor: ENRIQUE ALFREDO DAZA GAMBA

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

AUTO

La Sala decide el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía y el de Hacienda y Crédito Público, demandados en el proceso de la referencia, contra el auto del 28 de marzo de 2014 proferido por la Sección Primera de esta Corporación, por medio del que se suspendieron, de forma provisional, los efectos jurídicos del Decreto 1609 de 2013 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *“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.”*

1. ANTECEDENTES

El 16 de octubre de 2013, el ciudadano **ENRIQUE ALFREDO DAZA GAMBA**, en nombre propio, presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad contra el 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.”* expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía.

El actor considera que el acto administrativo demandado transgrede los artículos 29, 334, 339 y 346 (inciso primero) de la Constitución Política, las Leyes 152 de 1994, 1450 de 2011, 1473 de 2011 y el Decreto 1790 de 2012.

En escrito separado, allegado con la demanda, el actor solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado *“dada la evidente violación de la ley y que, de no suspenderse, la enajenación de ISAGEN se haría de manera inminente, por lo que no se podría cumplir con lo que se resuelva en la sentencia definitiva”*.

El actor reiteró esa solicitud por medio de escritos del 24 y 29 de enero de 2014. En esta última oportunidad 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.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada y sometida a reparto en la Sección Primera del Consejo de Estado, que la admitió por medio de la providencia proferida el 28 de marzo de 2014, corregida y adicionada por auto del 31 del mismo mes y año, con el fin de darle a la demanda el trámite correspondiente al medio de control de nulidad y, no al de nulidad por inconstitucionalidad como se había admitido inicialmente.

En las mencionadas providencias se ordenó notificar por estado al actor y personalmente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 199 (modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA

En cuaderno aparte, se dio trámite a la medida cautelar solicitada con la demanda, la que se decretó prescindiendo del traslado de que trata el artículo 233 del CPACA en razón a la urgencia de su adopción, situación que está prevista en el artículo 234 del mismo estatuto procesal.

Por medio de auto del 10 de abril de 2014, la Doctora María Claudia Rojas Lasso, magistrada sustanciadora de este proceso, ordenó remitir por competencia, el expediente del asunto de la referencia de conformidad con lo establecido en el artículo 168 de la ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A, pues consideró que la Sección Cuarta era la competente para conocer y decidir de *“los procesos relacionados con los actos administrativos que se dicten para la enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa”*

El 2 de abril de 2014, los Ministerios de Minas y Energía y, de Hacienda y Crédito Público interpusieron, en escritos separados, sendos recursos de súplica contra el auto que decretó la suspensión provisional. De estas solicitudes y, en cumplimiento del artículo 246 del CPACA, la secretaría de la Sección Primera fijó aviso el 4 de abril de 2014 y mantuvo en secretaría el expediente por dos días (7 y 8 de abril de 2014) a disposición de la parte contraria.

El 11 de abril de 2014, una vez vencido el traslado anterior, se remitió el expediente de la referencia, de la Sección Primera a la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

3. EL AUTO SUPLICADO

En providencia del 28 de marzo de 2014 se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, esto es, del Decreto 1609 de 2013 *“Por medio del cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN”*, con fundamento en los argumentos que se sintetizan así:

Se explicó que las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículos 229 a 234) persiguen garantizar que el objeto del litigio no se altere durante el proceso con el fin de que la sentencia pueda proyectar sus efectos sobre la misma realidad que existía al iniciarse el proceso.

Se afirmó que *“(…) de no decretarse la medida cautelar, los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones se harían nugatorios, pues para cuando se profiera la sentencia que corresponda en derecho, la venta de la propiedad accionaria estatal estaría inexorablemente consumada”*.

Se consideró que, en este caso, la demanda estaba razonablemente fundada en derecho; que después de hacer un juicio de ponderación se podía concluir que resultaba más gravoso negar la medida que concederla dados los efectos patrimoniales y de interés público que tenía la enajenación de las acciones de ISAGEN y que era evidente que la medida cautelar estaba encaminada a evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable para el patrimonio público, ante eventuales indemnizaciones de terceros si la sentencia judicial ordenaba revertir el mencionado proceso de venta.

Se concluyó que a la luz de lo establecido en el artículo 231 del CPACA procedía el decreto de la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1609 de 2013 con el fin de garantizar el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia y la integridad del patrimonio público del Estado.

4. RECURSO DE SÚPLICA

4.1. **Recurso de súplica interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía.**

El apoderado del Ministerio de Minas y Energía solicitó que se revocara la medida cautelar decretada, pues no hay elementos de juicio legales o fácticos que demuestren su procedibilidad. Como fundamento de esta afirmación señaló que:

De la demanda y los hechos narrados por el actor no se desprende la existencia, ni siquiera hipotética, de un perjuicio irremediable y tampoco se demuestra la urgencia de la medida.

Agregó que el auto que decretó la suspensión provisional no presenta un análisis juicioso sobre la razonabilidad, conducencia y pertinencia de la medida y se *“apoya en eventualidades sin ningún sustento”*.

Adujo que el decreto de la medida se fundamenta en un boletín de prensa de ISAGEN que muestra los resultados de la empresa para el año 2013, documento que no constituye prueba, pues es un documento accidental y auxiliar que no puede tenerse como veraz.

Indicó que en la providencia recurrida no se hizo un análisis de fondo del cumplimiento de los requisitos exigidos para adoptar la medida cautelar y fundamentó el decreto de la misma en argumentos que solo deben ser analizados en la sentencia, como la vulneración del criterio de sostenibilidad fiscal y el presunto incumplimiento de la normativa presupuestal.

Agregó que el acto administrativo demandado no infringe de forma evidente alguna otra norma y que, para establecer la ocurrencia o no de dicha infracción, se deben realizar un análisis de fondo que no es propio de la naturaleza de la medida de urgencia de suspensión provisional.

Señaló que al decretar la medida cautelar no se observaron los criterios de instrumentalidad, idoneidad, proporcionalidad y variabilidad, pues con esta medida se ocasiona un entorpecimiento al proceso legítimo de enajenación de las acciones de ISAGEN que está ajustado a la ley.

Manifestó que no hay una sola prueba en el expediente que lleve al convencimiento de la supuesta urgencia, afectación o puesta en peligro de los

derechos o intereses colectivos invocados en la demanda, ni que tal vulneración se deba a la actuación de alguna de las entidades demandadas.

Que no se analizó el porqué resulta más gravoso negar la medida cautelar que decretarla, pues la providencia recurrida solo se refiere a eventuales indemnizaciones de terceros compradores si se reversa el proceso de venta y no tuvo en cuenta aquellos que adquirieron acciones en la primera etapa de enajenación, con lo que vulnera los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 226 de 1995 y el interés público.

Adujo que con el dinero obtenido de la enajenación de las acciones de ISAGEN se invertirá en otros sectores de importancia nacional que resultarían afectados de no realizarse la enajenación, lo cual constituye un impedimento legal para decretar la suspensión provisional del decreto demandado.

Manifestó que el auto suplicado tampoco tuvo en cuenta que con la venta de ISAGEN se transforma un bien fiscal en bien público y se mantiene la regla fiscal prevista en la Ley 1473 de 2011 porque evitaría al Estado un endeudamiento.

Afirmó que “el estado no está obligado a conservar el control accionario en empresas prestadoras de servicios públicos, los dineros obtenidos de la venta de acciones son necesarios para ser utilizados en infraestructura y políticas de Estado” y que con el programa de enajenación se persigue el objetivo de proteger y optimizar los recursos públicos cumpliendo con los requisitos de la Ley 226 de 1995.

Citó un aparte de la sentencia proferida por esta Corporación el 13 de octubre de 2000 (Expediente AP 109) en la que al decidir una acción popular interpuesta por el sindicato de ISAGEN se señaló lo siguiente:

“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 demostrar 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”

Indicó que como en el caso que se cita, en el presente asunto no se demostró el detrimento patrimonial, ni la afectación negativa a un servicio público y, por lo tanto, la medida cautelar no es procedente, pues para arribar a esa conclusión se debe esperar el fallo que analice la totalidad de pruebas y argumentos de las partes.

Transcribió apartes del auto de 1º de abril de 2014, por medio del que se corrigió y adicionó el auto admisorio del 28 de marzo del mismo año, para indicar que la Sección Primera del Consejo de Estado carecía de competencia para conocer del asunto de la referencia, pues según el artículo 13 del reglamento del Consejo de Estado (Acuerdo 58 de 1999) atendiendo a la especialidad del tema, este asunto corresponde a la Sección Tercera de la misma Corporación.

4.2. Recurso de súplica interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó un extenso escrito en el que presentó los argumentos que se sintetizan así:

1. Hechos y providencia impugnada:

Adujo que en la providencia recurrida no se analizaron los requisitos que se deben cumplir para adoptar la medida cautelar y, por el contrario, se limitó a recoger los argumentos de la demanda respecto de la eventual vulneración al criterio de sostenibilidad fiscal y el marco fiscal de mediano plazo por el Decreto 1609 de 2013.

Afirmó que las razones que señala la providencia como tomadas de la solicitud de suspensión provisional presentadas por el actor corresponden a los conceptos de violación y, en esa medida, su estudio no correspondía a esta etapa del proceso.

Indicó que en la providencia se toma como sustento para adoptar la medida cautelar *“el hecho de ser ISAGEN la tercera generadora de energía en el país, que genera superávit y eficiencia financiera, y constituye un activo de importancia estratégica, que por lo demás, genera dividendos significativos para la Nación”*.

Agregó que como sustento de esta afirmación se transcribieron apartes de un boletín de prensa del 4 de marzo de 2014, tomado de la página web de ISAGEN, en los que se informa sobre los resultados de la empresa, informaciones que nada tienen que ver con la supuesta inconstitucionalidad del Decreto 1609.

Las normas superiores invocadas como transgredidas no se pueden comparar con el decreto mencionado, pues en esas normas no se establece que el decreto de enajenación de participaciones accionarias del Estado deba incluirse en los distintos instrumentos presupuestales o que su no inclusión implica el desconocimiento de dichas normas, dado que no contemplan ese requisito.

2. Improcedencia de la medida cautelar.

Afirmó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ y la Corte Constitucional², el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad solo procede contra las normas que desarrollan directamente la Constitución, razón por la que el juicio de validez se hace directamente contra la Constitución. Así, se ha concluido que los decretos sujetos a este medio de control son aquellos que

¹ Sentencias sin número del 10 de marzo de 2011, C.P. Ruth Stella Correa y del 30 de julio de 2013 proferida por la sección primera sin número de expediente; auto de la sección tercera proferido en el expediente N° 20120005600, C.P. Enrique Gil Botero; auto de la sección segunda proferido en el expediente N° 20120056800, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

² Sentencia C 1290 de 2001.

expide el Gobierno Nacional en ejercicio de una competencia asignada directamente por la Constitución y no, en ejercicio de la función administrativa o reglamentaria.

Concluyó en este punto que, *“al ser el medio de control adecuado el de la nulidad simple, en la forma que fue reconocido por la misma Magistrada ponente al corregir el auto admisorio de la demanda, la medida cautelar también debía ser revocada, de modo que se le diera cumplimiento y aplicación a las normas referentes al decreto de la suspensión provisional de actos administrativos respecto de las normas contra las cuales se debió haber confrontado el decreto demandado. Esto indica que se incurrió en una irregularidad procesal, lo que a su turno obliga a que ahora se deba ordenar la revocatoria de la medida cautelar decretada”*

Agregó que la Magistrada ponente, como integrante de la Sección Primera del Consejo de Estado **carecía de competencia** para proferir la medida cautelar que ahora es objeto del recurso de súplica.

Realizó un análisis de la competencia del Consejo de Estado dependiendo del tipo de medio de control de que se trate para afirmar que este proceso debió tramitarse no como una nulidad por inconstitucionalidad, sino como una nulidad simple y, que la competencia para tramitarla y fallarla correspondía a la Sección Tercera de esta Corporación en virtud de las especialidades consagradas en el reglamento del Consejo de Estado.

Indicó que lo anterior tiene incidencia directa respecto del decreto de medidas cautelares, bajo el entendido que según el medio de control por el que se tramite la demanda, se van a identificar las normas contra las que se comparará el decreto demandado para establecer su validez.

Concluyó que la medida cautelar se decretó al tramitar la demanda como de nulidad por inconstitucionalidad, razón por la que la comparación del decreto se hizo frente a la Constitución Política cuando debió hacerse frente a las normas de rango legal, lo que genera un vicio que lleva a revocar la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013.

Señaló que la competencia para conocer de este asunto, atendiendo a su naturaleza, correspondía a la Sección Tercera. Explicó que aunque el proceso de enajenación de las acciones de ISAGEN no está regulado por la Ley 80 de 1993, sino por la Ley 226 de 1993, es un proceso contractual en el que participa una entidad pública, pues se trata de la compra venta de acciones de la mencionada empresa, y la Nación actúa como enajenante.

Así, el Decreto 1609 de 2013 fue proferido como parte de un proceso contractual, es decir, que es un acto que hace parte de la etapa precontractual, elemento a partir del que se define la competencia del Consejo de Estado, la que está radicada en la Sección Tercera, conforme lo establece el artículo 13 del reglamento de la Corporación, según el cual la mencionada sección conocerá de los procesos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros. Adujo que en este sentido se había pronunciado la Sección Tercera por medio de sentencia del 3 de febrero de 2010, de la que no citó número.

Agregó que este mismo criterio fue acogido por la Sección Primera al resolver un recurso de reposición contra el auto admisorio de una demanda que se dirige contra el mismo Decreto 1609 de 2013. Así la mencionada sección remitió el expediente por competencia y con fundamento en el criterio antes expuesto, a la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Concluyó que independientemente de que al asunto de la referencia se le diera el trámite del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad o el de nulidad simple, la Sección competente para tramitarlo era la Sección Tercera del Consejo de Estado y no la Sección Primera de esta Corporación, lo cual genera una nulidad por falta de competencia al proferir la medida cautelar que conlleva a su revocatoria.

En cuanto al trámite de la medida cautelar afirmó que **no se probó ni motivó la urgencia** de la medida que permitiera imprimirle el trámite previsto en el artículo 234 del C.P.A.C.A en lugar del 233 del mismo estatuto, decisión esta que vulneró el debido proceso de las partes, pues no se corrió el traslado de que trata el primer artículo citado, pues ello impidió que las entidades demandadas conocieran el contenido de la solicitud de suspensión provisional e hicieran valer sus argumentos al respecto.

Indicó que en este caso no se cumplieron las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad que justificaran la adopción de la medida cautelar de urgencia que implica un trámite excepcional que limita el derecho de defensa.

Esta situación es evidente si se tiene en cuenta que el expediente fue recibido por la Magistrada ponente de la Sección Primera el 17 de octubre de 2013, sin que se proveyera sobre su admisión en más de cinco meses, lo que generó dos nuevas solicitudes del actor, del 24 y 30 de enero de 2014, para que se prohiriera una decisión sobre la medida cautelar cuyo decreto había pedido desde la radicación de la demanda.

Así, “la supuesta urgencia que ahora se alega para decretar ese tipo de medidas cautelares, tendría como único motivo la demora por parte del despacho judicial, en resolver la solicitud del demandante frente a las medidas cautelares, toda vez que las mismas pudieron haber sido estudiadas mucho tiempo atrás, dándoles el trámite ordinario que correspondía, asunto este que se escapa a la lógica del procedimiento para el trámite de las medidas cautelares, pues dicha situación ahora concluye en la afectación del derecho a la defensa de los demandados”

Adujo que de acuerdo con el escrito por medio del que el demandante solicitó la medida cautelar y el auto que la decreta, se concluye que la urgencia alegada está dada por la fecha en que se enajenará la propiedad accionaria de la Nación en ISAGEN, pues según el cronograma aprobado el pago y la transferencia de las acciones se haría el 29 de mayo del 2014.

Resaltó que hasta esa fecha se perfeccionará la venta de las acciones, transfiriendo el dominio a cambio del respectivo pago y, en consecuencia, existió y aún existe tiempo suficiente para que a la medida cautelar se le dé el trámite ordinario establecido en el artículo 233 del CPACA

Indicó que en la providencia recurrida no se dice nada respecto de los proponentes y el patrimonio público en relación con el proceso de enajenación de acciones entre el 31 de marzo y el 28 de mayo del 2014, toda vez que los proponentes ya incurrieron en los gastos necesarios para participar en el proceso que iniciaba el mismo día que fue notificada la decisión sobre la medida cautelar.

Dijo que **la providencia recurrida carece de motivación**, pues no analizó si el acto administrativo cuya suspensión se solicitó transgredía las normas invocadas por el demandante como vulneradas.

Añadió que era deber de la Consejera ponente hacer un análisis de legalidad para establecer si la medida cautelar era procedente, sin embargo, solo relacionó las normas presuntamente vulneradas y resumió los argumentos del actor, para luego concluir, sin ningún sustento, que la medida cautelar era necesaria para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Al respecto, manifestó que el examen de procedibilidad que se hizo en el auto recurrido no corresponde al que debe hacerse para decretar la suspensión provisional, sino para las demás medidas cautelares conforme lo establece el artículo 231 del CPACA

Concluyó que al decretar la suspensión provisional no se observaron los requisitos establecidos en el primer inciso del artículo 231 del C.P.A.C.A, tampoco se analizó la presunta vulneración de las normas legales invocadas y se tuvo como única prueba un boletín de prensa que no guarda relación alguna con las vulneraciones alegadas.

Afirmó que aunque la Ley 1437 - CPACA introdujo un régimen más flexible para el decreto de las medidas cautelares, ello no releva al juez de analizar los argumentos que le presentan las partes, ni excusa el deber de motivar la decisión a partir de un ejercicio de ponderación. Este ejercicio de análisis y ponderación debe ser mucho más profundo si se opta por tramitar la medida cautelar como de urgencia, pues ello limita el derecho de defensa de la parte demandada y obvia la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, que no puede ser defendida por quien lo expidió.

Agregó que la procedibilidad de la medida cautelar se justificó a partir de una información contenida en un boletín de prensa publicado en la página web de ISAGEN que nada tiene que ver con el incumplimiento de una norma de orden superior por parte del decreto demandado y tampoco evidencia el perjuicio irremediable al que hace referencia.

Resaltó que medidas como la que es objeto de recurso, pueden generar un perjuicio irremediable sobre el proceso de venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN, pues *“si los horizontes de inversión de los interesados varían y sus esfuerzos e inversiones se vean truncados, desistirán de participar en la puja, lo que a la vez restringe la posibilidad de que la Nación reciba un precio más alto al que es la base para la subasta”*

Aclaró que, si en todo caso, se aplicaran los demás parámetros para decretar la medida cautelar enunciados en el artículo 231 del CPACA tampoco se evidencia su cumplimiento en este caso por las siguientes razones:

- o No se podía demostrar que la demanda estaba razonablemente fundada en derecho, pues el auto que decretó la medida cautelar fue proferido el 28 de marzo de 2014, es decir, antes de que la demanda fuera admitida, pues ello ocurrió el 28 de marzo, posteriormente la admisión fue corregida el 1° de abril de 2014.
- o En la providencia recurrida no se puede identificar un juicio de ponderación y tampoco un análisis probatorio, que permita establecer que sería más gravoso decretar la medida que no decretarla.

Tampoco está demostrada la amenaza al interés público, pues no existe efecto patrimonial negativo al cambiar un activo por otro teniendo en cuenta que los recursos de la venta entrarán al FONDES (art. 100 de la Ley 1687), menos cuando el precio base para la subasta se fijó luego de una rigurosa valoración corroborada por un *fairness opinion*.

De tal forma que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, no puede decretarse a partir de una simple opinión de que se afectan intereses patrimoniales.

Por otra parte, el valor que se recibirá por la venta de las acciones de la Nación en ISAGEN supera ampliamente el valor contable registrado por dicha participación como consta en la certificación que se anexa como prueba al recurso de súplica.

- o Tampoco se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable para la intangibilidad del patrimonio público, como se dijo en la providencia recurrida, pues si se decretara la nulidad del acto administrativo demandado y resultara nulo el contrato con los compradores, no habría lugar a eventuales indemnizaciones, pues los efectos de las nulidades contractuales en el marco de la buena fe, son las restituciones mutuas.

A partir de lo anterior, concluyó que la suspensión provisional decretada atropella la oportunidad de venta y amenaza la amplia concurrencia en la subasta, lo que genera un perjuicio irremediable para la Nación, razón que conduce al levantamiento inmediato de la medida cautelar.

Adujo que cuando se decretó la medida cautelar no se había proferido el auto admisorio de la demanda con lo que se vulneró el debido proceso de la parte demandada.

Señaló que el auto admisorio fue proferido el 28 de marzo de 2014 y que a la demanda se le imprimió el trámite del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, sin embargo, el 1° de abril del mismo año se cambió *“el piso normativo”* y se le dio el trámite del medio de control de nulidad simple, cambio este ante el cual la providencia que decretó la suspensión provisional no puede permanecer incólume, pues el análisis que llevaría a decretar la medida cautelar es distinto, pues si se trata de una nulidad por inconstitucionalidad se debía hacer la confrontación del acto acusado con las normas de rango constitucional, mientras que si se trataba de una nulidad simple dicha confrontación debió hacerse contra normas de rango legal, análisis diferentes que llevarían a conclusiones distintas.

Adujo que aunque el artículo 229 del CPACA permite decretar la medida cautelar sin que se haya notificado el auto admisorio de la demanda, esto no significa que se pueda decretar la medida cautelar sin que se haya admitido la demanda, por esta razón es que el artículo 234 del CPACA exige que previo al decreto de la medida cautelar se establezca que la demanda está fundada en derecho.

3. Razones sustanciales para revocar el auto que decretó la medida cautelar.

Insistió en que en la providencia recurrida se hizo una mera enunciación de los artículos que consagran el procedimiento para decretar las medida cautelares, sin que se demostrara el cumplimiento de los requisitos para su decreto y sin cumplir con el mandato contenido en el artículo 231 del CPACA según el cual se debe hacer un *“análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas”*

Indicó que en la providencia recurrida no se hizo una confrontación entre el acto administrativo demandado y las normas constitucionales invocadas como violadas por el demandante, tal como lo exige la naturaleza del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, que fue el trámite que se dio a la demanda según el auto de 28 de marzo de 2014.

Las normas de rango constitucional invocadas por el actor fueron los artículos 29, 334, 339 y 346.

Agregó que la confrontación normativa realizada por el actor no es directa, como lo ordena la norma, sino mediata, pues el presunto incumplimiento de la Regla Fiscal se materializaría por medio de la violación de una norma de rango legal, esto es, del artículo 4° de la Ley 1473 de 2011, al no haber señalado el decreto demandado, que la destinación de los recursos obtenidos de la venta fueran incluidos en el Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo o en el Marco de Gasto de Mediano Plazo, o en el Plan Financiero, o en el Plan Anual de Inversiones, o en el Presupuesto General de la Nación.

Adujo que como en el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad la confrontación de las normas debe ser directa no era posible sostener una transgresión de las disposiciones Constitucionales mediante la argumentación de una presunta transgresión de disposiciones de rango legal.

Concluyó que si el asunto de la referencia se trataba de una nulidad por inconstitucionalidad, no era procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional al hacer una confrontación directa del Decreto 1609 con los artículos de la Constitución antes mencionados.

Dijo que teniendo en cuenta que el 28 de marzo de 2014 se profirió un auto por medio del que se corrigió la admisión de la demanda, para darle el trámite de simple nulidad, en lugar de nulidad por inconstitucionalidad, el juez debió confrontar el acto administrativo demandado con las normas de rango legal invocadas por el actor como transgredidas.

Sin embargo, manifestó que, tampoco se cumple el requisito de confrontación normativa, pues la supuesta ilegalidad por omisión que el demandante endilga al Decreto 1609 de 2013 implica un exceso en la potestad reglamentaria otorgada

por la Ley 226 de 1995, pues el decreto se limita a reglamentar la enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN, razón por la que si incluyera disposiciones fiscales o presupuestales, que según el demandante debieron ser incluidas, se excedería la facultad reglamentaria antes mencionada.

Indicó que en este caso, el demandante argumenta que la ilegalidad del Decreto 1609 de 2013 radica en el quebrantamiento de la Regla y Sostenibilidad Fiscal, pues se omitió incluir en el Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, o en el marco de Gasto de mediano Plazo, o en el Plan Financiero, o en el Plan Anual de Inversiones, o en el Proyecto General de la Nación, la destinación que se daría a los recursos obtenidos en el proceso de enajenación de la participación accionaria. Sin embargo, reiteró que dicha inclusión implicaría un ejercicio excesivo de la potestad reglamentaria, razón por la que no había obligación alguna de incluir las mencionadas previsiones en el Decreto 1609.

Sostuvo que las normas invocadas en la demanda no pueden ser objeto de confrontación con el Decreto 1609 de 2013, pues tratan de temas distintos.

Señaló, que según lo que se consignó en la providencia suplicada, el demandante afirmó que el Decreto 1609 de 2013 viola el artículo 4° de la Ley 1473 de 2011 y la consistencia de la regla fiscal y, adujo que la argumentación del demandante es inconsistente.

Como sustento de esta afirmación relacionó la definición de regla fiscal, marco fiscal de mediano plazo, plan nacional de desarrollo, marco de gasto de mediano plazo, plan financiero, plan operativo anual de inversiones, ley anual de presupuesto e incidente de impacto fiscal y, transcribió las normas que regulan cada uno de estos elementos del Sistema Presupuestal.

Hizo énfasis en que la Ley de la Regla Fiscal modificó la Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo, así:

“Artículo 9°. El literal d) del artículo 3° de la Ley 152 de 1994 quedará así:

d) Consistencia. Con el fin de asegurar la estabilidad macroeconómica y financiera, los planes de gasto derivados de los planes de desarrollo deberán ser consistentes con las

proyecciones de ingresos y de financiación, de acuerdo con las restricciones del programa financiero del sector público y de la programación financiera para toda la economía que sea congruente con dicha estabilidad. Se deberá garantizar su consistencia con la regla fiscal contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo”

A partir de lo anterior, dijo que no existía posibilidad constitucional ni legal de que un Plan Nacional de Desarrollo o el Presupuesto Público no guardaran consistencia con la Regla Fiscal, así como esta guarda consistencia con cada uno de los instrumentos de planificación financiera, fiscal y presupuestal que se han establecido en las normas orgánicas del presupuesto y del Plan Nacional de Desarrollo.

Informó que *“la preparación de cada uno de estos instrumentos no puede considerarse de manera aislada; es el resultado de un conjunto de actividades que se desarrollan de manera armónica y consistente con el propósito de formular anualmente el proyecto de Ley de presupuesto, como instrumento a través del cual se materializa los propósitos, planes y programas del Plan Nacional de Desarrollo”*. Agregó que por esta razón en el Plan Nacional de Desarrollo, que se formula cada cuatro años, se incluye un capítulo denominado Consistencia del Plan Nacional de Desarrollo, que para el caso de la Ley del Plan 1450 de 2011, dice a la letra:

“Administración de Activos de la Nación. Estructurar una política que modernice la gestión de los activos de la Nación. Para ello será importante tener, definir la estrategia de activos de la nación (mantener, vender, consolidar, etc.); definición del rol de la Nación en la gestión de sus activos; definición de estándares de Gobierno Corporativo; definición de parámetros de seguimiento a la gestión y al desempeño de los activos; gestión de Cartera; lineamientos para los esquemas Participación Público - Privadas (APP, concesiones, etc.); optimización de la participación en los activos de propiedad de la Nación; definición de reglas y estándares de los Ingresos para la Nación por reducciones de emisiones de carbono”

Señaló que el Plan Nacional de Desarrollo es un documento que define las líneas de política que adoptará el Gobierno Nacional en el cuatrienio y en desarrollo de las cuales el Gobierno define qué activos se capitalizan, qué activos se venden, etcétera.

Agregó que en concordancia con los contenidos y preceptos incorporados en el Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad para Todos”, se elaboró y presentó a consideración del Congreso de la República, previos los trámites de ley, el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2011 – 2022, en el que se determinó que la financiación del Gobierno Nacional Central se haría mediante la venta de un porcentaje de la participación accionaria en Ecopetrol y de la enajenación de las electrificadoras, así:

“Así mismo, se observa una tendencia decreciente de los recursos de capital (pasan del 1.2% a 0.9% del PIB entre 2012 y 2022), producto de los menores dividendos que espera percibir la Nación por cuenta de la venta de un porcentaje de su participación en Ecopetrol, para financiar el gasto en infraestructura asociado con la ola invernal y de la enajenación de las electrificadoras regionales que aún están en poder del Gobierno”

A partir de lo anterior, adujo que el Decreto 1609 de 2013 no viola los preceptos constitucionales ni los legales establecidos en el artículo 4° de la Ley 1473 de 2011, pues el Gobierno Nacional, al presentar el presupuesto al Congreso de la República cumplió estrictamente las normas que regulan la consistencia que se debe observar con la Regla Fiscal, con el Marco Fiscal de mediano Plazo, con el Plan Plurianual de Inversiones, con el Marco de Gasto de Mediano Plazo y con el Plan Operativo Anual de Inversiones, como lo prueban los documentos que soportan la presentación del Plan de Desarrollo, cada una de las leyes anuales de presupuesto presentadas al Congreso y el Documento Mensaje Presidencial que las acompaña.

Añadió que en las discusiones que se surten en el Congreso de la República para aprobar el Proyecto de Presupuesto, las comisiones de Senado y Cámara escuchan el concepto del Banco de la República relativo al impacto macroeconómico y sectorial del déficit y del nivel del gasto propuesto, sin que se hubieran objetado los presupuestos presentados por el gobierno Nacional, reconociendo la consistencia macroeconómica, el nivel de déficit y la consistencia con la Regla Fiscal.

Y, además, el comité consultivo para la Regla Fiscal, regulado en la Ley 1473 de 2011, como un estamento de carácter técnico independiente, presenta, en cumplimiento de sus funciones, un informe sobre el cumplimiento de la mencionada regla fiscal.

En cuanto al argumento expuesto en la providencia recurrida, según el cual no decretar la medida resulta más gravoso que decretarla, el recurrente manifestó:

- Que a partir del 2007, el Estado reconoció las nuevas condiciones en el sector energético e inició un proceso de capitalización con recursos privados, momento desde el cual ISAGEN se comporta como un agente privado con amplia competencia.
- Colombia tiene un conocido déficit en infraestructura del transporte que afecta la competitividad y bienestar de los colombianos, por ello el Gobierno Nacional incluyó en el Plan Nacional de Desarrollo la necesidad de implementar asociaciones público – privadas y expidió la Ley 1508 de 2011 para estructurar el programa de cuarta generación (4G) de concesiones viales que requiere recursos por 47 billones de pesos.
- Para viabilizar este programa el CONPES 3760 de 2013 creó el Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura – FONDES y, el artículo 100 de la Ley 1687 de 2013 creó el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional para el desarrollo de la Infraestructura – FONDES para la financiación y/o la inversión en proyectos de infraestructura.

Este fondo se financiará, entre otros recursos, con los resultantes de la enajenación de activos de la Nación en los términos que establezca el Gobierno Nacional conforme el artículo 124 del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

- En concordancia con el marco legal, las prácticas del FMI y consultada la metodología con el comité de regla fiscal, se estableció que la capitalización del FONDES se realizará con los recursos provenientes de la enajenación de ISAGEN, por lo que la operación consistirá en la sustitución de un activo por otro, con lo cual se confirma que las operaciones de enajenación de ISAGEN y capitalización del FONDES son consistente con el Marco Fiscal de mediano Plazo y la regla fiscal, puesto que afectan el déficit fiscal.

Si *“la rama judicial bloquea la enajenación de ISAGEN”* el FONDES se quedaría sin fuente de capitalización y, se pondría en riesgo el programa 4G.

- Mientras que la rentabilidad de dividendos que recibe la Nación de su participación de ISAGEN es de 2.5%, el FONDES ofrece productos con rentabilidad del 12%.

- La decisión de suspender la venta de acciones de ISAGEN genera inseguridad jurídica en el mercado y puede alterar las condiciones sobre el bien, afectando negativamente su valor, generando un detrimento patrimonial mayor. Además esta medida afecta de forma grave a los oferentes que ya comprometieron recursos en la primera ronda y a los que formularon sus intenciones y las radicaron.

En lo que tiene que ver con la *“inminente consumación de un perjuicio irremediable para la intangibilidad del patrimonio público representado en la propiedad accionaria que posee la Nación - Ministerio de Hacienda en ISAGEN”* adujo que la medida cautelar es excesiva, pues presupone un daño y la obligación de posibles indemnizaciones, razones que no se ajustan a la realidad, toda vez que el Gobierno Nacional ha cumplido las normas que regulan los procesos de enajenación de activos estatales y adelantó los estudios correspondientes para determinar el valor del activo, tema que fue revisado en el Consejo de Ministros.

Manifestó que el Decreto 1609 se profirió en desarrollo del artículo 6° de la Ley 226 de 1995, razón por la que el examen de legalidad del Decreto debe hacerse en el marco de lo dispuesto en esa Ley.

Hizo una comparación entre el Decreto 1609 y la Ley 226 de 1995. Afirmó que ese es el marco normativo en el que se profirió el Decreto 1609 que en términos generales es igual a los demás Decretos expedidos por el Gobierno para enajenar las acciones de propiedad del Estado en otras empresas.

Dijo que la suspensión de la venta de las acciones con fundamento en razones ajenas a la normativa aplicable a la enajenación accionaria de la Nación es contraria al estado de derecho, con lo que además se vulnera la legítima confianza del gobierno para ejercer su facultad reglamentaria, entorpece el cumplimiento del deber presidencial de dirigir la economía y rompe el equilibrio de las ramas del poder.

Indicó que la decisión de la venta es discrecional del Gobierno y que su validez está condicionada a que en el decreto y los reglamentos del proceso se cumplan los preceptos y principios de la Ley 226³, razón por la que las opiniones que

³ Para demostrar que el Decreto 1609 de 2013 cumple los principios de la Ley 226 de 1995, se incluyó en el recurso de súplica un cuadro en el que se detallan los mecanismos adoptados para garantizar el cumplimiento de cada principio. La Sala no lo transcribe por su extensión, pero será tenido en cuenta como elemento de análisis en el estudio de este asunto.

tengan las otras ramas del poder público, la ciudadanía, o los opositores a la enajenación de activos estatales son saludables en el ambiente político, pero no como pre-requisitos extra-legales para adelantar válidamente una venta.

Como fundamento de estas afirmaciones transcribió algunos apartes de la sentencia proferida por la Sección Primera del Tribunal de Cundinamarca el 18 de diciembre de 2013⁴, así:

“Es preciso reiterar que la Ley 226 de 1995 si bien definió un campo de aplicación, unos principios para la venta de los activos estatales, un procedimiento para la enajenación y unas medidas para garantizar la democratización de la propiedad accionaria; no definió unos criterios conforme a los cuales unos activos deberían ser enajenados y otros no; en particular no contempló como criterio para determinar la enajenación o no de un activo estatal, las condiciones financieras de la empresa respectiva, o sea, si estas eran favorables o desfavorables.

(...)

Ahora bien, en cuanto hace al alegato sobre la ausencia, en el texto del Decreto 1609 de 30 de julio de 2013, de unas razones precisas sobre la “pertinencia y objetividad” para poner en venta la participación de la Nación en ISAGEN, el Tribunal observa que la ley 226 de 1995 no exige que tales motivos deban estar contenidos en el acto por medio del cual se “decide” la enajenación y se “adopta” el programa correspondiente.

Esto obedece a la circunstancia de que la Ley 226 de 1995 (...) no definió unos criterios conforme a los cuales unos activos deberían ser enajenados y otro no; en particular, no estableció un impedimento legal a la venta de activos porque estos sean de “importancia energética para el país”

De lo anterior, resaltó que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe ninguna disposición constitucional, legal o reglamentaria que establezca una finalidad a la que deba someterse la facultad del ejecutivo de enajenar activos del Estado.

Informó que para la promulgación del Decreto 1609 de 2013 se surtieron todos los pasos requeridos por la ley, así:

⁴ Expediente N° 250002341000201301900.

- El proyecto de enajenación se incluyó en el Plan Anual de Enajenaciones presentado al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año.
- Se hizo una valoración bajo los parámetros del inciso segundo del artículo 7° de la Ley 226 de 1995.
- Se presentó y analizó el estudio técnico de valoración al Ministerio de Hacienda, al de Minas y Energía, al Departamento Nacional de Planeación, al Comité de Aprovechamiento de Activos Públicos (creado en el marco del Convenio con FONADE); así como al Comité de Activos del Ministerio de Hacienda.
- En cumplimiento del artículo 8° de la Ley 226 se presentó, en dos ocasiones, el programa de enajenación para el concepto favorable del Consejo de Ministros.
- Se envió copia del programa de enajenación a la Defensoría del Pueblo y los borradores de los reglamentos.

Señaló que, dado que el Decreto 1609 está ajustado a la Ley 226, parece que lo que busca reprochar el actor no es la inconstitucionalidad del Decreto sino que la Ley no contenga unos prerequisites y consideraciones de política fiscal que creería deben ser requisitos para poder adelantar un proceso de la mencionada Ley. Por lo que el mecanismo de control pertinente sería el de inconstitucionalidad de la Ley por omisión, pero, advirtió que también estaría llamada a fracasar porque al Gobierno corresponde adoptar los procedimientos y requisitos necesarios para enajenar la participación accionaria del Estado y la Ley 226 se ocupa es de establecer cómo se computan o no los procesos de enajenación en el déficit fiscal.

Insistió en que la medida cautelar no contiene un juicio de ponderación, es desproporcionada, genera inseguridad jurídica, no probó en qué consistía la urgencia para adoptarla, no demostró en qué consistía el perjuicio irremediable y, le genera perjuicios a la Nación.

Sobre los posibles efectos nugatorios de la sentencia, indicó que al decretar la medida cautelar solo se tuvo en cuenta su finalidad, pero no los requisitos legales para dictarla. Añadió que es totalmente improcedente justificar una medida, sobre

la definición de su naturaleza (proteger y garantizar el objeto del proceso y los efectos de la sentencia) sin realizar el cotejo analítico de las normas que le exige la ley a esta medida excepcional (art. 229 del CPACA)

Explicó que en el auto recurrido se aduce que *“el perjuicio irremediable se configura no directamente con la venta de las acciones de la Nación en ISAGEN, sino con el riesgo de que la sentencia que decida definitivamente la demanda, anule el Decreto 1609 de 2013, lo que supuestamente generaría que el proceso de compraventa de acciones prescindiera del fundamento legal en el que se basó, lo que a la postre originaría que el Estado tuviera que responder con su patrimonio por <las eventuales indemnizaciones a terceros compradores que conllevaría una eventual decisión judicial de revertir el proceso de venta>”*

Sugirió que por esta vía de análisis se rompe implícitamente con la presunción de legalidad y se llegaría al extremo de que la administración pública requeriría del aval del juez al proferir los actos administrativos en los que materializa su voluntad.

Así, en este caso, al suspender la venta de las acciones de ISAGEN hasta que se verifique la legalidad del Decreto 1609, implica que la venta queda sometida al visto bueno de la jurisdicción Contencioso Administrativo respecto de la posible reclamación de perjuicios por parte de terceros.

Argumentó que los actos administrativos son manifestaciones de la voluntad de la administración que *“implican una transformación del ordenamiento y generan un efecto material que se hará evidente en el mundo real. Piénsese en la concesión de una pensión, en la adjudicación de un contrato administrativo, en la expedición de una licencia de construcción o en la autorización para explotar una mina o un pozo petrolero. En todos estos casos, una eventual nulidad sobre el acto administrativo podría generar perjuicios para terceros y en esa forma, demandas por las cuales eventualmente el Estado tendría que responder con su patrimonio. Así mismo es posible que la sentencia de nulidad sobre el acto administrativo, en cualquiera de los casos antes expuestos, tuviera efectos nugatorios, por cuanto sería imposible o muy difícil retrotraer sus efectos (recuperar el petróleo extraído,*

demoler la obra que se ha construido, devolver el dinero que se ha recibido para la pensión, etc.)”

Lo anterior implicaría que en las demandas que se presenten contra los actos administrativos en los que se solicite su suspensión, la medida procedería automáticamente, pues de no hacerlo se permitiría en el futuro una sentencia anulatoria no pudiera hacerse efectiva o que por hacerse efectiva, se generan perjuicios a terceros que eventualmente comprometería el patrimonio público.

Manifestó que esto implicaría una parálisis de la administración pública, pues cada decisión de la administración pública, podría ser suspendida automáticamente por los jueces administrativos para evitar posibles indemnizaciones consecuencia de la nulidad de los actos administrativos, es decir, para la ejecutoriedad de un acto administrativo, se necesitaría del aval judicial previo, requisito que no se encuentra estipulado en el ordenamiento jurídico y que desconoce la presunción de legalidad.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con los escritos presentados por el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, demandados en este proceso, por medio de los que interpusieron recurso de súplica contra el auto del 28 de marzo de 2014, corresponde a la Sala establecer si la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1609 de 2013, ordenada en esa providencia, se ajusta a derecho.

Con el fin de resolver esta cuestión, la Sala analizará los siguientes temas: (i) competencia; (ii) expondrá algunos elementos de las medidas cautelares en el contexto de la Ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A; (iii) analizará los argumentos del recurso referentes al procedimiento que se siguió para adoptar la medida cautelar y, (iv) analizará los argumentos que tienen que ver con el estudio de fondo de dicha medida, esto es, si procede decretar la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

l) Artículo 60 C.P., Ley 226 de 1995 Art. 1° y reglamento Art. 13

a) *Falta de competencia:*

Dentro de los factores que determinan la competencia⁵, se encuentra el factor objetivo, relativo a la naturaleza del proceso y a su cuantía. En este caso, la naturaleza del proceso se encuentra definida por las siguientes normas:

Constitución Política de Colombia. Artículo 60:

El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

Ley 226 de 1995. Artículo 1°:

Campo de aplicación. La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.

La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.

Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.

Decreto 1609 de 2013. Artículo 2°:

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

⁵ Otros factores son el subjetivo, relativo a la calidad de la persona que hará parte dentro del proceso; el funcional que se determina en razón al principio de la doble instancia, el territorial que tiene que ver con el espacio dentro del que el funcionario judicial ejerce sus funciones y el de conexidad que tiene relación con la acumulación de pretensiones.

Pues bien, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, los recurrentes argumentaron que la Sección Primera del Consejo de Estado carecía de competencia para conocer de este asunto y, en consecuencia, el trámite adelantado por esa sección está viciado de nulidad por falta de competencia funcional.

Indicaron que el presente asunto es de naturaleza contractual y, que en atención al criterio de competencia el conocimiento del mismo corresponde a la sección tercera de esta Corporación.

El artículo 149 del CPACA establece una serie de asuntos de los que conoce el Consejo de Estado en única instancia, a través de sus secciones, subsecciones o salas especiales.

Dentro de esos asuntos se encuentran *“los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional (...)”*. Este es el caso del Decreto 1609 de 2013 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ejercicio de sus facultades administrativas, en consecuencia, es un acto administrativo pasible de control jurisdiccional cuya competencia corresponde al Consejo de Estado en única instancia.

De esta manera, resulta claro que el Consejo de Estado como juez colegiado es el competente para dirimir el tipo de conflictos antes enunciado y, lo hace por medio de una de las cinco secciones en las que se divide o por medio de las subsecciones de estas según lo establecido en el artículo 11 del Acuerdo 58 de 1999.

Este acuerdo, establece la distribución interna de trabajo entre las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo según el artículo 13° del Acuerdo 58 de 1999, por lo tanto el trámite adelantado por la Sección Primera en este asunto no estaría afectado de nulidad por falta de competencia.

En cuanto a que la competencia correspondería a la Sección Tercera, es claro que el proceso de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación en una empresa, se adelanta por medio de la celebración de contratos de compra venta, sin embargo, ello no significa que la competencia para conocer de este tipo de procesos sea de naturaleza meramente contractual, pues no hay que olvidar que

la nota dominante en este proceso la constituye la “*enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa*”.

La competencia para conocer de este tipo de asuntos está consagrada en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, así:

Distribución de negocios entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo así:

Sección Cuarta

4º Los procesos relacionados con los actos administrativos que se dicten para la enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa.

De la norma en cita resulta claro que la competencia por razón de la naturaleza del asunto corresponde a esta Sección.

II) Rasgos generales de las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA

El Capítulo X de la Ley 1437 de 2011 – CPACA (artículos 229 a 241) se ocupó de establecer el nuevo régimen legal de las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se ventilan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Ley 1437 consagró, dentro de dichos procesos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal⁶.

La finalidad antes mencionada corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia⁷.

⁶ Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.

⁷ Constitución Política de Colombia:

Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

En cuanto a lo primero, esto es, en lo que tiene que ver con la facultad constitucional que tienen los jueces de lo contencioso administrativo de decretar la suspensión de los efectos de un acto administrativo, vale resaltar que esta existía desde la vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y encontraba como única limitante que la vulneración de las normas invocadas resultara *prima facie* de la comparación de estas con el acto administrativo demandado.

Así, al estudiar la procedibilidad de la medida cautelar, no le estaba dado al juez realizar un análisis de fondo para determinar la mencionada vulneración, pues el artículo 152 (2) del CCA exigía que la infracción de al menos una de las normas invocadas fuera manifiesta.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia coincidió en señalar que el juez no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto en una etapa procesal que no correspondía a la sentencia, pues incurriría en prejuzgamiento.

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

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

Son tres los elementos esenciales que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia: i) el acceso entendido como la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para dirimir un conflicto; ii) el derecho a obtener una resolución de fondo del conflicto y iii) el derecho a que la sentencia que se profiera se ejecute⁸.

⁸ Op. cit. Gómez Aranguren, Eduardo.

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

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

De esta manera, la nueva arquitectura de las medidas cautelares implica un avance muy significativo en la normativa colombiana en esta materia, que se pone a tono con los avances que en el mismo sentido se pueden identificar en el derecho comparado porque se *“amplió el conjunto de herramientas precautelativas a disposición del juez con miras a garantizar la efectividad de sus sentencias y además extiende la aplicabilidad de aquellas a todas las modalidades de actuación de las autoridades pasibles de fiscalización en punto de su juridicidad por parte de la jurisdicción especializada”*⁹

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

- i) Apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones;

⁹ Fajardo Gómez, Mauricio. Medidas Cautelares. En: Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Imprenta Nacional.

- ii) Urgencia (*periculum in mora*). El juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, y
- iii) Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar¹⁰.

El artículo 229 del CPACA establece que el juez contencioso administrativo podrá decretar “*las medidas cautelares que considere necesarias*” para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La medida cautelar podrá pedirse expresamente por la parte demandante que deberá sustentarla en debida forma (231 CPACA), antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del mismo, incluso en la segunda instancia.

Por su parte, el artículo 230 enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas. La cautela negativa por antonomasia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo. Las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la Administración: hechos u operaciones administrativas y, dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo.

Las medidas cautelares preventivas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante. A su turno, las medidas conservativas buscan preservar la situación previa al conflicto hasta que se profiera la sentencia. Finalmente, las medidas anticipativas, que adelantan algunos efectos de la sentencia, buscan restablecer la situación al estado en el que se encontraba antes de que ocurriera la conducta amenazante o vulnerante¹¹.

El decreto de alguna o varias de estas medidas cautelares no implica prejuzgamiento; para su decreto es suficiente que la demanda esté

¹⁰ Ibíd.

¹¹ Op. cit. Gómez Aranguren, Eduardo.

razonablemente fundada en derecho y que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o los derechos invocados.

Ahora bien, el artículo 231 del CPACA establece los requisitos para decretar las medidas cautelares.

En primer lugar, en cuanto a la suspensión provisional de los actos administrativos indica que la medida debe ser solicitada en la demanda, o en escrito separado, en cualquier tiempo. Agrega que solo puede solicitarse en procesos que se adelanten contra actos administrativos definitivos, pues se trata de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad. Asimismo, señala que la causal debe ser la de violación de las normas invocadas y que la procedencia de la medida surja de la confrontación del acto acusado con dichas normas. Finalmente, cuando se trate de pretensiones de restablecimiento del derecho, se debe demostrar, sumariamente al menos, la existencia del daño¹².

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con el decreto de las demás medidas cautelares se requiere que exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas; que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados, que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla y, que exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios¹³.

En cuanto al trámite que debe seguirse para el decreto de las medidas cautelares, el artículo 233 del CPACA establece que antes de decidir sobre la petición de tales medidas, debe darse traslado de la solicitud a la parte demandada, con el fin de que ponga de presente al juez los derechos o intereses que resultarían afectados con la medida cautelar solicitada, y que además reflexione sobre la viabilidad de oponerse a las pretensiones del proceso.

Las medidas decretadas en el auto que decida sobre la solicitud será apelable y éstas serán efectivas a partir de la ejecutoria del auto que las decretó. Un trámite

¹² Arboleda Perdomo, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Bogotá. Legis. 2ª Edición.

¹³ Ibid.

similar se sigue cuando la solicitud de medidas cautelares se hace en el transcurso del proceso.

Ahora bien, el artículo 234 del CPACA consagra una excepción al trámite antes referido, cuando se trata de medidas cautelares de urgencia, caso en el que el juez o magistrado ponente puede adoptar las medidas que considere necesarias, desde la presentación de la solicitud y, sin previa notificación a la otra parte. Esta situación se presenta cuando por la urgencia de las medidas, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Esta decisión también es susceptible de los recursos consagrados en la ley.

Pues bien, los comentarios que anteceden describen a grandes rasgos las líneas principales que caracterizan el régimen de las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011, (CPACA). A partir de ahí se abordarán el análisis del caso.

III) **CARGOS DE ÍNDOLE PROCESAL CONTRA EL AUTO SUPLICADO.**

a) *Requisitos de la medida cautelar.*

Son varios los cuestionamientos presentados en el recurso de súplica relativos a la inobservancia de los requisitos para decretar la medida cautelar, a saber:

- **De la admisión de la demanda:** según el apoderado del Ministerio de Hacienda y C.P, se decretó la suspensión provisional del acto administrativo demandado sin que se hubiera notificado el auto admisorio de la demanda y, aunque reconoce que esto está permitido por la Ley, aclara que ello no implica que el auto admisorio no “exista” y que, por tanto, el trámite que se siguió para decretar la medida es irregular, en tanto la demanda se admitió el 28 de marzo de 2014, con posterioridad al auto que decretó la medida cautelar.

Al respecto, para la Sala es claro que el artículo 229 del CPACA establece que:

*“En todos los procesos declarativos, **antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda** o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad*

de la sentencia de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo” (se subraya)

De la norma citada, se desprende con claridad que dentro de las facultades del juez está la de decretar las medidas cautelares antes de que se notifique el auto admisorio de la demanda, previsión que ya estaba incluida en el Decreto 01 de 1984.

Es claro que esta norma busca, como su mismo texto lo indica, garantizar la efectividad de la sentencia y proteger el objeto del proceso y no exige que el auto admisorio “exista”, análisis este que resulta desproporcionado con la realidad procesal y extralimita cualquier tipo de interpretación sistemática o finalista que quiera darse a la norma, razón por la cual no prospera como cargo del recurso de súplica.

- **De la adecuación del medio de control:** Se argumenta en el recurso de súplica que en principio se admitió la demanda como medio de control de “*nulidad por inconstitucionalidad*” y que bajo este entendido se decretó la medida cautelar de suspensión provisional. Sin embargo, por medio de auto del 31 de marzo de 2014 se corrigió el auto admisorio para imprimirle a la demanda el trámite del medio de control de nulidad.

Adujo que el análisis normativo que llevó a la suspensión provisional se hizo a partir de la comparación del acto administrativo demandado con las normas constitucionales, en el contexto del medio de control de “*nulidad por inconstitucionalidad*” y, por lo tanto, ese análisis no puede ser válido para sostener la suspensión provisional en el contexto del medio de control de “*nulidad*”.

Al respecto, la Sala advierte que según el artículo 231 del CPACA, la confrontación del acto demandado se debe hacer con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Por lo tanto, en lo que respecta a la suspensión provisional era indiferente el trámite que hasta ese momento se le había dado a la demanda.

Por otra parte, el artículo 171 del C.P.A.C.A establece que el juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que corresponda

aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. De tal forma que con el auto de 31 de marzo de 2014, la magistrada sustanciadora no solo cumplió con lo establecido en el citado artículo, sino que actuó en cumplimiento de los principios de economía y celeridad que informan el proceso contencioso administrativo.

En conclusión, de la adecuación de la demanda no puede derivarse la nulidad de la medida cautelar, pues esta se fundamenta en razones que se mantienen de manera independiente al trámite que se le esté dando a la demanda, precisamente porque esta es una de las características que fortalecen las medidas cautelares para que cumplan la finalidad de resguardar el objeto del proceso y garantizar la efectividad de la sentencia.

b) Los argumentos que tienen que ver con el análisis de fondo de la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013.

Afirman los recurrentes que la medida cautelar que suspendió en forma provisional, los efectos del Decreto 1609 de 2013, no observó el cumplimiento de los requisitos establecidos para su decreto.

Aducen que la providencia carece de motivación, pues se limitó a reproducir los argumentos presentados por el demandante en su escrito de demanda; que las normas invocadas como transgredidas no se pueden comparar con el acto administrativo demandado, pues tales normas se ocupan de regular temas distintos a los que trata el Decreto 1609 de 2013.

En los recursos de súplica también se reprocha el hecho de que en la providencia recurrida se analizaron temas cuyo estudio correspondía al fallo y no al decreto de la medida provisional.

Igualmente, los recurrentes afirmaron que no se probó la urgencia de la medida cautelar que permitiera seguir el trámite establecido en el artículo 234 del CPACA. Afirmaron que la urgencia de la medida fue ocasionada por la demora en el trámite del proceso que llegó al despacho sustanciador en octubre de 2013 y señalaron que con ello se vulneró su derecho al debido proceso.

Finalmente, agregaron que la medida cautelar carece de motivación, que no se probó la ocurrencia de un perjuicio irremediable y que con la suspensión del Decreto 1609 de 2013 se genera un daño a los proponentes que ya incurrieron en gastos para participar en la segunda etapa de la venta de acciones y al patrimonio público, pues esta medida cautelar afecta de forma directa el precio de venta de las mencionadas acciones.

Es del caso señalar que los requisitos para decretar las medidas cautelares están contemplados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, así:

“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” (Se resalta)*

Como se dijo en el acápite (I), la Ley 1437 de 2011 establece varias clases de medidas cautelares, la primera de ellas, contemplada en el inciso primero del artículo citado, es la medida cautelar por antonomasia, esto es, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que ya existía en el Decreto 01 de 1984.

Respecto a esta medida cautelar negativa, la Ley 1437 introdujo una importante modificación que consiste en que la comparación normativa que debe hacer el juez para proceder a su decreto no exige como resultado que la vulneración surja ostensiblemente, *prima facie*, sino que, por el contrario, permite que el juez llegue a esa conclusión luego de haber hecho un análisis de fondo del acto administrativo demandado comparado con las normas invocadas por el demandante como transgredidas.

Es claro entonces que la Ley 1437 amplió el panorama analítico del juez contencioso, a la hora de estudiar esta clásica medida cautelar.

Pues bien, como lo aducen los recurrentes, en la providencia suplicada se echa de menos el ejercicio de comparación entre el acto administrativo demandado y las normas invocadas como transgredidas. Por el contrario se advierte que se hizo un somero análisis de la procedibilidad de la medida cautelar, que corresponde a las “demás medidas cautelares” esto es, las preventivas, conservativas y anticipativas que están contempladas en el mismo artículo que se viene comentando.

De tal forma que, ahora le corresponde a la Sala abordar la comparación normativa que servirá de fundamento para determinar si la suspensión provisional decretada en el auto suplicado se ajusta a derecho.

c) La solicitud de la medida cautelar.

En escrito presentado con la demanda y reiterado con posterioridad en otros dos escritos, el demandante afirmó que con el Decreto 1609 de 2013 se vulneraron los artículos 29, 334, 339 y 346 de la Constitución Política; la Ley 152 de 1994, Orgánica del Plan de Desarrollo; 1450 de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; 1473 de 2011, por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones y el Decreto 1790 de 2012, por el cual se reglamenta el Comité Consultivo para la Regla Fiscal.

Como fundamento de lo anterior esgrimió los siguientes argumentos:

1. Señaló que la venta de las acciones de ISAGEN, propiedad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, requiere la autorización del Congreso de la República. Sin embargo, que en este caso la autorización se hizo por medio de un contrato y un otrosí.
2. El actor sostuvo que el Decreto 1609 de 2013 no se enmarca dentro de la Regla Fiscal, que viola el “*marco de sostenibilidad fiscal*” pues dentro del Marco Fiscal de Mediano Plazo no se hizo ninguna mención relativa a la venta de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN.

3. Alegó que la venta de ISAGEN no se incluyó en el Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo, El Plan Financiero, el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, haciendo caso omiso a la exigencia contemplada en el artículo 4° de la Ley 1473 de 2011, según la cual en estos instrumentos se debe incluir el destino de los recursos que se obtendrán con la venta de ISAGEN.
4. Adujo que el Decreto 1609 no responde a una política general de sostenibilidad, pues el convenio suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Desarrollo Rural y el Fondo Financiero de Proyectos, no se incluyó en el Plan Anual de Desarrollo ni en el Plan Operativo a Mediano Plazo, conforme lo establecen los numerales 3° y 21° del artículo 150 de la Constitución Política.
5. Indicó que el plan de enajenación contenido en el Decreto 1609 establece un plan o programa de enajenación de las acciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN, y que no es posible trasladar bienes del Patrimonio Público al Patrimonio Privado, pues los destinatarios de las acciones son todos los particulares, ya sean empleados, ex empleados, sindicatos de trabajadores, etc.
6. Sostiene que transferir, así sea por un precio muy “rentable”, a particulares la propiedad de las acciones de ISAGEN, sin razón alguna contenida en el Plan de Desarrollo, y mucho menos, sin establecer la destinación específica en el Presupuesto anual, es destruir un bien público, sin que se sepa para qué fin económico se va a destinar, ni mucho menos, qué beneficio va a traer no solo para la Finanzas Públicas sino para el País.
7. Agregó que reducir el déficit fiscal estructural a partir de ventas extraordinarias de activos de la Nación, vulnera el artículo 29 de la Constitución Política porque no se establecen ni las causas, ni los objetivos ni las finalidades de la venta de las acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN y además, se permite la liquidación del patrimonio público para incluir el producto de dicha liquidación en el giro normal del Presupuesto General de la Nación;

además, el artículo 3° del acto demandando elimina el beneficio social, al favorecer el de unos pocos.

8. Sostuvo que también se viola el artículo 334 Constitucional, pues el acto acusado asume, sin serlo, que la venta de las acciones de la Nación en ISAGEN es una medida de política económica, omitiendo un análisis técnico, de legalidad, de conveniencia y de oportunidad, poniendo con ello, en peligro tan estratégico activo de la Nación.
9. Por último, insiste en que la medida cautelar puede evitar el detrimento patrimonial del Estado, pues una vez adjudicadas y vendidas las acciones sería imposible recuperarlas.

El demandante no aportó pruebas relacionadas con los argumentos antes reseñados.

d) **El auto suplicado**, que ya se resumió, suspendió los efectos del Decreto 1609 de 2013 con el fin de proteger el objeto del proceso, garantizar la efectividad de la demanda y evitar un detrimento patrimonial, por las eventuales indemnizaciones a las que habría lugar de prosperar las pretensiones de la demanda.

e) **Pruebas** del procedimiento de enajenación de la propiedad accionaria en ISAGEN: obediencia de la Ley 226 de 1995.

Según las pruebas aportadas con el recurso de súplica por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se tiene lo siguiente:

- El 1° de marzo de 2013, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentó al Senado y a la Cámara de Representantes el *“plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos”* dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 8° de la Ley 226 de 1995 (folios 1 a 10 del cuaderno de pruebas).
- En el folio 11 del cuaderno de pruebas se encuentra la constancia proferida por el Secretario del Consejo de Ministros, según la cual, en la sesión del 29 de julio de 2013, dicho Consejo dio concepto favorable a las condiciones del programa de enajenación de la participación accionaria de las acciones que la

Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN y dio vía libre para seguir con los trámites del caso.

- A folio 12 obra copia de la comunicación por medio de la que el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Minas y Energía remiten al Defensor del Pueblo, Jorge Armando Otálora, el *“Diseño del programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN // Artículo 7 Ley 226”*.
- A folios 14 a 21 obra el Documento CONPES 3281 del 19 de abril de 2004, *“Estrategia para adelantar un programa de aprovechamiento de activos y enajenación de participaciones de la Nación y sus entidades en empresas públicas y privadas”*
- En los folios 22 a 55 obra el documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, *“Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales”*
- A folios 80 a 104 obra el documento “Programa de enajenación de la participación de la Nación en ISAGEN” que contiene la valoración de la empresa realizada explicando las variables tenidas en cuenta y los métodos de valoración utilizados.
- A folios 107 a 122 obran los siguientes documentos: copia del aviso de oferta pública de venta del programa de enajenación de las acciones de ISAGEN, con fecha 18 de noviembre; copia de la aclaración del aviso de oferta pública de venta de las acciones de ISAGEN; copia de la invitación a la presentación de la gerencia de ISAGEN del programa de enajenación de las acciones de esta empresa; copia del documento *“Descripción de la inversión”*.

f) De la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1609 de 2013.

De los argumentos formulados por el demandante como fundamento de la solicitud de suspensión provisional se excluirán del análisis aquellos que expresan la mera opinión del demandante, puesto que no constituyen ni un cargo de violación de normas superiores ni contienen un argumento jurídico al respecto. Esto ocurre con los argumentos correspondientes a los números 6, 7 y 9 del literal (a) del numeral (III) de las Consideraciones.

Ahora bien, afirma el actor que la enajenación de acciones de ISAGEN no contó con la autorización del Congreso de la República, sin embargo, como se reseñó en el acápite anterior, como pruebas obran las comunicaciones que envió el

Ministerio de Hacienda a las dos cámaras del Congreso de la República que contienen el *“plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos”* con lo cual se dio cumplimiento al párrafo del artículo 8° de la Ley 226 de 1995¹⁴.

Por otra parte, en cuanto a que de la venta de las acciones de ISAGEN no se hizo ninguna mención en el Marco Fiscal de Mediano Plazo, la Sala advierte que este instrumento de planeación financiera está consagrado en el artículo 1° de la Ley 819 de 2003, así:

“Marco fiscal de mediano plazo. Antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal, el Gobierno Nacional, presentará a las Comisiones Económicas del Senado y de la Cámara de Representantes, un Marco Fiscal de Mediano Plazo, el cual será estudiado y discutido con prioridad durante el primer debate de la Ley Anual de Presupuesto.

Este Marco contendrá, como mínimo:

- a) El Plan Financiero contenido en el artículo 4° de la Ley 38 de 1989, modificado por el inciso 5 del artículo 55 de la Ley 179 de 1994;*
- b) Un programa macroeconómico plurianual;*
- c) Las metas de superávit primario a que hace referencia el artículo 2° de la presente ley, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad;*
- d) Un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior. Este informe debe incluir, en caso de incumplimiento de las metas fijadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo del año anterior, una explicación de cualquier desviación respecto a las metas y las medidas necesarias para corregirlas. Si se ha incumplido la meta de superávit primario del año anterior, el nuevo Marco Fiscal de Mediano Plazo tiene que reflejar un ajuste tal que garantice la sostenibilidad de la deuda pública;*
- e) Una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público;*
- f) Una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes;*
- g) El costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior;*
- h) Una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación;*
- i) En todo presupuesto se deben incluir indicadores de gestión presupuestal y de resultado de los objetivos, planes y programas desagregados para mayor control del presupuesto”.*

Así, el Marco Fiscal de Mediano Plazo se define como *“un documento que enfatiza en los resultados y propósitos de la política fiscal. Allí se hace un recuento general de los hechos más importantes en materia de comportamiento de la actividad económica y fiscal del país en el año anterior. Presenta las estimaciones para el año que cursa y para las diez vigencias siguientes y muestra la consistencia de las*

¹⁴ “El plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos, debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año”.

cifras presupuestales con la meta de superávit primario y endeudamiento público y, en general, con las previsiones macroeconómicas”¹⁵.

De lo anterior se desprende que el Gobierno Nacional no está obligado a incluir, en forma específica, en este instrumento de planeación la venta de acciones de la empresa ISAGEN, y más aún que tal exigencia, dado el carácter general de dicho instrumento, no puede generar una infracción que conduzca a la suspensión provisional del acto que se estudia.

Resulta claro entonces que, la obligación del Gobierno Nacional es informar de forma expresa dentro del plan de enajenación anual la venta de una empresa de propiedad de la Nación, obligación que se cumplió con el envío al Congreso de la República del *“plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos”*, como ya se mencionó.

Del mismo modo, adujo el demandante que tampoco se incluyó la enajenación de acciones de ISAGEN en el Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad para Todos”, establece lo siguiente en cuanto a la Administración de Activos de la Nación:

*“Estructurar una política que modernice la gestión de los activos de la Nación. Para ello será importante tener, definir la estrategia de activos de la nación (mantener, vender, consolidar, etc.); definición del rol de la Nación en la gestión de sus activos; definición de estándares de Gobierno Corporativo; definición de parámetros de seguimiento a la gestión y **al desempeño de los activos; gestión de Cartera; lineamientos para los esquemas Participación Público - Privadas (APP, concesiones, etc.); optimización de la participación en los activos de propiedad de la Nación; definición de reglas y estándares de los Ingresos para la Nación por reducciones de emisiones de carbono”** (Se subraya)*

De lo anterior se desprende que desde el Plan Nacional de Desarrollo se estableció como estrategia financiera del Gobierno la de enajenar los activos en los que la Nación tiene participación.

En cuanto a que con el Decreto 1609 de 2013 se transgreden los numerales 3° y 21 del artículo 150 de la Constitución, no se demostró cómo el Decreto mencionado puede vulnerar o transgredir dos de las obligaciones que

¹⁵ <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/politica/fiscal/marcofiscalmedianoplazo/2013>.

corresponden al Congreso de la República, como son: *aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos y, expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.*

En lo que tiene que ver con la afirmación del demandante, según la cual no es posible trasladar bienes del patrimonio público al patrimonio privado, la Sala advierte que el artículo 60 de la Constitución Política, contrario a lo afirmado por el demandante, establece la posibilidad de privatizar la propiedad del Estado. Así, según el artículo mencionado *cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria.*

Además, la Constitución asignó al legislador la obligación de regular la materia, en cumplimiento de la cual se aprobó la Ley 226 de 1995.

En cuanto a la transgresión del artículo 334 de la Constitución Política por falta de estudios técnicos de valoración, conveniencia y oportunidad de la venta de las acciones de ISAGEN, la Sala encuentra que en las pruebas aportadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, existen los estudios de valoración de las acciones de ISAGEN y se explican las variables y métodos a partir de los cuales se realizó dicha valoración, por lo tanto no se encuentra probada la vulneración a la que hace referencia el demandante en este punto.

Finalmente, argumenta el demandante que de no decretarse la medida cautelar se ocasionará un detrimento patrimonial del Estado, sin embargo no argumentó esta afirmación ni aportó material probatorio que permitiera demostrar la ocurrencia, así fuera hipotética, de dicho detrimento.

De conformidad con la confrontación del acto acusado con las normas invocadas como violadas y la valoración de las pruebas allegadas al proceso, la Sala no encuentra que el Decreto 1609 de 2013 las haya transgredido. De esta forma es forzoso revocar el auto objeto del recurso de súplica, para en su lugar, negar la medida cautelar solicitada por el demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO. AVÓCASE conocimiento del asunto de la referencia.

SEGUNDO. REVÓCASE el auto de 28 de marzo de 2013 que decretó la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013 y, en su lugar, **NIÉGASE** la medida cautelar solicitada por el demandante en este proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ