

**DECRETOS QUE AUTORIZAN LA VENTA DE ISAGEN – Están sustentados en circunstancias fácticas y jurídicas, por lo que no existió falta de motivación / ENAJENACION DE ACCIONES DEL ESTADO EN EMPRESAS PUBLICAS O PRIVADAS – Es una facultad discrecional del Gobierno que puede ejercer cuando considere conveniente / RAZONES POLITICAS O DE CONVENIENCIA DEL GOBIERNO PARA LA VENTA DE ISAGEN – Son aspectos que escapan al control del juez ordinario**

3.1.5.- La lectura de los considerandos de los actos demandados permite concluir que los mismos están sustentados en circunstancias fácticas y jurídicas y no, como lo afirma la senadora Gaviria Correa, en expresiones genéricas y sin contenido. Obsérvese que entre los hechos que sustentan las decisiones adoptadas por los actos demandados, se encuentran los siguientes: **(i)** la Nación es propietaria de la mayoría de las acciones de ISAGEN; **(ii)** existe un convenio interadministrativo para realizar la gerencia del programa de enajenación de la participación accionaria de la nación en las diferentes empresas, previsto por el documentos Conpes 3281 de 2004; **(iii)** existe concepto favorable de los Ministros; **(iv)** la Defensoría del Pueblo conoce el programa de enajenación de ISAGEN; **(v)** se suscribió una oferta de acuerdo de accionistas de ISAGEN; **(vi)** existe un amplio internes del mercado en participar en el proceso de enajenación de ISAGEN y; **(vii)** la Sección Cuarta del Consejo de Estado suspendió el proceso de enajenación pero luego fue levantada la medida. Igualmente, las decisiones adoptadas en los decretos se fundamentan, esencialmente, en los artículos 60 y 189-11 de la Constitución, la Ley 226 de 1995 y en el documento Conpes 3281 de 2004. De esa motivación es clara la finalidad pretendida por el Gobierno Nacional, que no es otra que implementar el procedimiento para la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN, fijar su plazo, así como el valor de las acciones. Así las cosas, no es posible predicarse falta de motivación de los actos cuya suspensión se solicita. 3.1.6.- Como la enajenación de las acciones que el Estado posee en empresas o públicas o privadas es una facultad discrecional del Gobierno, éste la puede ejercer cuando lo considere conveniente para adoptar o ejecutar las políticas de su plan de gobierno. Se advierte que las razones políticas o de conveniencia que llevaron al Gobierno Nacional a tomar la decisión de venta y a establecer la destinación específica de los recursos que se obtendrían con la misma, son aspectos que, en principio, escapan al control del juez ordinario, como tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Cuarta de esta Corporación en la sentencia del 10 de septiembre antes citada; más cuando el artículo 4 de la Ley 226 de 1995 prevé que el producto de las enajenaciones de la participación accionaria del Estado en una empresa, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo, para cumplir con los planes de desarrollo respectivos.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 60 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11 / LEY 226 DE 1995 / DOCUMENTO CONPES 3281 DE 2004

**ENAJENACION ACCIONARIA POR EL ESTADO – La Ley 226 de 1995 exige que la enajenación se realice con base en estudios técnicos que comprende la valoración de la entidad, de las acciones y de las condiciones del mercado / ESTUDIOS TECNICOS PARA LA VENTA DE ISAGEN – Existió un estudio de conveniencia para vender Isagen a los precios que el Gobierno fijó**

3.2.1.- Para la demandante los decretos acusados deben suspenderse porque es falso que se hayan sustentado en estudios técnicos tal como se afirma en uno de los considerandos del Decreto 1609 de 2013. En su sentir, era necesaria la

realización de estudios previos que avalaran la viabilidad económica, necesidad y/o conveniencia de la venta, omisión que vulnera los principios de eficiencia, eficacia y moralidad administrativa que rigen la función pública, establecidos en el artículo 209 de la Constitución, así como los principios de economía, planeación y de responsabilidad, consagrados en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993.

3.2.2.- El despacho encuentra que el asunto planteado en esta oportunidad fue resuelto, con efecto de cosa juzgada, en la sentencia del 10 de septiembre de 2010 –numeral 2.3.3. de la parte considerativa-. Tal como lo afirmó la Sala en esa sentencia, la Ley 226 de 1995 no exige que haya un estudio *ad hoc* que determine si es conveniente y oportuno vender una determinada participación accionaria. Lo que el Legislador exige es que la enajenación accionaria se realice con base en estudios técnicos que comprendan la valoración de la entidad, de las acciones y todas las condiciones del mercado, tal como lo señala el artículo 7 *ibídem*; estudios que sí existieron y fueron los que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta para decidir la venta y el precio de la acción. En efecto, de acuerdo con lo expuesto en dicha sentencia, el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en ISAGEN se realizó a partir del avalúo técnico-financiero elaborado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink, el cual fue avalado mediante el concepto técnico rendido por Valfinanzas Banca de Inversión.

3.2.3.- Es un hecho cierto que los decretos demandados contaron con los estudios técnicos exigidos por ley –valoración de la entidad, de las acciones y todas las condiciones del mercado-, por lo que puede decirse que en realidad si existió un estudio de conveniencia para vender ISAGEN a los precios que el Gobierno Nacional fijó y mediante la programación que diseñó en el Decreto 1609. No puede exigirse, como lo pretende la demandante, la realización de un estudio de conveniencia que demuestre que el Gobierno Nacional bien podía vender otros activos y no los radicados en ISAGEN o financiar sus proyectos con otros recursos y no con los provenientes de la venta de su participación accionaria, pues tal requisito no está contenido en la ley ni es pertinente dado que se trata de una facultad discrecional.

**FUENTE FORMAL:** LEY 226 DE 1995 – ARTICULO 7 / DECRETO 1609 DE 2013

**FALSA MOTIVACION EN LAS NORMAS QUE AUTORIZAN VENTA DE ISAGEN – No se presenta al no estar obligado el Gobierno a manifestar en los decretos las razones políticas o de conveniencia para la venta / DECISION POLITICA DEL GOBIERNO – Alcance. Al ser discrecional el control de su conveniencia le corresponde al Congreso**

3.4.2.- Como se dijo anteriormente, en los actos demandados se expresaron las razones de hecho y de derecho que llevaron al Gobierno Nacional a adoptar la decisión de vender las acciones de ISAGEN; razones que a la luz de la Constitución y la ley son suficientes para motivar los actos de enajenación. El Gobierno Nacional, se insiste, no estaba obligado a manifestar en los considerandos de los decretos demandados las razones políticas o de conveniencia que lo llevaron a tomar la decisión de venta y, mucho menos, a establecer la destinación específica de los recursos que se obtendrían con la venta. Al tratarse de una decisión eminentemente política y, por ende discrecional, el control que debe ejercerse sobre la conveniencia de dicha decisión le corresponde fundamentalmente al Congreso, no al juez ordinario de lo contencioso administrativo.

3.4.4.- De acuerdo con lo expuesto, no es posible predicar la contradicción alegada por la demandante y, mucho menos, una falsa motivación, porque si bien en los actos demandados se expresaron los fundamentos de hecho y las razones jurídicas que motivaron la decisión, las diversas declaraciones dadas por el Gobierno Nacional, especialmente ante el

Congreso de la República, están referidas a los motivos políticos y de conveniencia que lo llevaron no sólo a tomar la decisión de venta sino a elegir la destinación de los recursos. Unas son las razones jurídicas que sustentan la decisión y, otras, esencialmente diferentes, las razones políticas o de conveniencia que motivan a tomarla. Si bien ambas se complementan, por obvias razones no pueden ser idénticas y tampoco deben estar plasmadas en los mismos actos, pues obedecen a momentos y circunstancias diferentes.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1450 DE 2011 – ARTICULO 260 / DECRETO 1609 DE 2013 / DECRETO 2316 DE 2013 / DECRETO 1512 DE 2014

**DESVIACION DE PODER – Se configura ante la intención particular o arbitraria en la búsqueda de un fin opuesto a las normas en que se debe fundar / PRUEBA EN LA DESVIACION DE PODER – Se ha de encontrar en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa pues se trata de establecer la intención del funcionario / DECISION DEL GOBIERNO PARA LA VENTA DE ISAGEN – Al discutirse su conveniencia no es argumento válido para decretar la suspensión de los Decretos que autorizaron su venta / PRINCIPIO DE DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD – Se desarrolla con la venta de la participación accionaria del Estado en una empresa**

3.6.2.- La desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo. Este vicio se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de quien actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas en las que debe fundarse que, tratándose de actos discrecionales, no es otro que el interés general o el bien común. Así pues, *“demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión”*

3.6.3.- Detectar la desviación de poder puede resultar a veces complicado por la apariencia de legalidad del acto. Es por esto que **se deben confrontar los fines queridos por la norma con los del sujeto que expidió el acto cuestionado**. Como se trata de confrontar los fines queridos por la norma, esto es, los fines legales, no es posible invocar, para efectos de demostrar la desviación de poder, argumentos sobre la conveniencia económica, política o social de la decisión adoptada. De lo que se trata es de demostrar que con la decisión se persiguió un fin extraño al establecido en la norma o uno contrario al interés general, esto es, un fin particular o privado, y no que la adopción de otro tipo de decisión era más conveniente o pertinente, atendida la naturaleza de la potestad o competencia ejercida, que es, como se dijo, discrecional.

3.6.4.- De acuerdo con las premisas sentadas, para el Despacho es claro que el cargo de desviación de poder alegado tampoco da lugar a la suspensión de los actos demandados porque los argumentos expuestos por la solicitante se relacionan más con la inconveniencia de la decisión, que con la desviación del fin buscado por las normas en las que se fundaron los actos demandados. Téngase en cuenta que la finalidad del artículo 60 de la Constitución y de la Ley 226 de 1995 es que, cuando el Estado desee enajenar su participación accionaria en una empresa –facultad discrecional- se desarrolle el principio de democratización de la propiedad, se proteja el patrimonio público y se garantice la continuidad del servicio. En ese sentido, para que en el caso concreto se pudiera alegar una desviación de poder, era necesario que se demostrara que la decisión

de vender ISAGEN y el procedimiento adoptado para ello, evadía el cumplimiento de los fines mencionados.

**FUENTE FORMAL:** LEY 226 DE 1995

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el alcance de la desviación de poder como causal de nulidad se cita del Consejo de Estado, Sala Plena, de 2 de septiembre de 2003, Exp. 23001-23-31-000-1997-8661-01(S-531), C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola

**PLAN NACIONAL DE DESARROLLO – No se requiere que contenga en detalle cada una de las operaciones en que se concreten las políticas trazadas por el Gobierno / ENAJEACION DE LA PARTICIPACION ACCIONARIA EN ISAGEN – No era necesaria que se incluyera en forma detallada en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 / MARCO FISCAL DE MEDIANO PLAZO – No era necesario que la enajenación del parte accionario de ISAGEN se incluyera de manera expresa en el Marco Fiscal de Mediano Plazo / PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION – En el presupuesto para el año 2013 se incluyó en forma genérica como recursos de capital, la venta de ISAGEN**

3.7.1.- De acuerdo con lo expuesto en la solicitud de medidas cautelares los decretos demandados violan los artículos 29, 334 y 346 de la Constitución ya que la venta de ISAGEN no se incluyó en el marco fiscal de mediano plazo. Dichos actos tampoco cumplen con la exigencia contenida en el artículo 4º de la Ley 1473 en vista de que la destinación de los recursos obtenidos por dicha venta no fueron incluidos en el 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. Igualmente, se afirma que los decretos demandados vulneran la regla fiscal porque la venta de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN implica una alteración negativa de las cuentas fiscales en tanto no se fundamenta en una política general de sostenibilidad. 3.7.2.- Sobre esos argumentos la Sala también se pronunció en sentencia del 10 de septiembre de 2015, por lo que no habría razón para decretar la medida cautelar. (...) Al respecto, se dijo que como en el Plan Nacional de Desarrollo se fijan políticas públicas generales, no se requiere un grado de detalle de cada una de las operaciones en las que se concreten las políticas trazadas por el Gobierno Nacional para el cuatrienio correspondiente, razón por la que no era necesario que en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se incluyera de manera específica la enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en ISAGEN. (...) 3.7.3.- En dicha sentencia también se concluyó que la decisión de enajenar las acciones de ISAGEN no violó la regla fiscal, por lo siguiente: (...) *En el sub lite, no es cierto que la enajenación del paquete accionario de Isagén debiera ser incluido de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo, como parece entenderlo el señor Daza Gamba, pues bastaba con que se incluyera de manera general la venta de activos como política de financiación del Estado. (...) Como se ve, la política de venta de activos de la Nación sí fue prevista en el marco fiscal de mediano plazo como un mecanismo de financiación para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal. Otra cosa distinta es, como ya se explicó, que no era necesario que se aludiera específicamente a la enajenación de la participación accionaria en Isagén. IV) La venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el proyecto de ley del presupuesto general de la Nación. (...) Como insistentemente se ha dicho, esa venta hace parte de la política general de enajenar activos, como mecanismo de financiación del Estado, política que sí fue incluida en el presupuesto general de la*

Nación. En efecto, en el proyecto de ley de presupuesto de 2013 sí se incluyeron en forma genérica como rentas de los recursos de capital obtenidos por la enajenación de activos de la Nación, por una suma de cinco billones de pesos.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 334 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 336 / LEY 1753 DE 2015 – ARTICULO 144

**MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION DEL PROCESO O ACTUACION ADMINISTRATIVA – Los requisitos están previstos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 / APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN MEDIDAS CAUTELARES – Exige un examen preliminar respecto a la legalidad del acto o de la titularidad del derecho subjetivo / URGENCIA MANIFIESTA EN MEDIDAS CAUTELARES – Se presenta cuando la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio / PONDERACION DE INTERESES EN CONFLICTO EN MEDIDAS CAUTELARES – Trata de identificar las ventajas para el interés general y las desventajas para el demandante en caso de denegarse la medida cautelar**

De ahí que el artículo 231 del CPACA prevea que las medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional, como lo es la suspensión de un proceso o actuación administrativa, deban cumplir los siguientes requisitos: (...) 4.4.- Como puede verse, la suspensión del procedimiento o actuación administrativa es una medida cautelar diferente a la suspensión de los efectos de los actos administrativos, pues procede de manera excepcional cuando sea la única posibilidad de “*conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción*”, como lo prevé el artículo 230 numeral 2° del CPACA, siempre y cuando se cumpla con cada uno de los requisitos antes mencionados, esto es, se reitera, **(i)** que la demanda tenga apariencia de buen derecho, lo que significa, como lo precisó la Sala Plena de esta Corporación, que haya una “**probabilidad razonable de que prospere su causa**”, **(ii)** que se produzca un daño por el tiempo que se toma en dictar la sentencia y; **(iii)** que después de hacer un juicio de ponderación de intereses, resulte más beneficioso para el interés público decretar la medida que negarla. (...) 5.3.- En cuanto al cumplimiento del requisito de apariencia de buen derecho se dijo que las demandas se encontraban razonablemente fundadas, pues contaban con razones suficientes y claras de derecho y hecho para reclamar la pretensión, especialmente en lo que tenía que ver con la supuesta vulneración del principio de democratización consagrado den el artículo 60 de la Constitución. De hecho, en la providencia por la cual se resolvió el recurso de súplica contra la decisión de suspender el procedimiento de enajenación de ISAGEN, la Sala expresamente manifestó que: “... *si bien existe un precedente de esta Sección en el que se sostiene que la limitación individual de la compra de acciones para las personas que se encuentran en condiciones especiales es una medida administrativa que puede tomar el Gobierno en el decreto de enajenación –como lo sostiene el Ministerio Público en el recurso-, no puede desconocerse –tal como lo pone de presente el demandante- que la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996 condicionó la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 226 de 1995 en el entendido de que las medidas adoptadas por el Gobierno en los decretos de enajenación sólo podían ser de carácter administrativo, pues el único facultado para imponer limitaciones a los destinatarios de condiciones especiales era el legislador. En ese orden de ideas, dado el precedente constitucional, bien puede predicarse la configuración de dicho presupuesto, esto es, la “probabilidad razonable de que prospere su causa”, entendida ésta, se insiste, como un juicio de probabilidad, no de certeza.*” 5.4.- Ahora bien, analizados en el caso concreto los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar de suspensión de

un procedimiento administrativo, el Despacho concluye que en esta oportunidad no es procedente su decreto. Y eso es así, por cuanto una vez estudiados los cargos de la demanda y del escrito de solicitud de las medidas cautelares, es claro que no se cumple con el requisito *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho, ya que no existe una probabilidad razonable de que prospere la demanda, tal como se explicó al analizar la solicitud de suspensión de los efectos de los actos administrativos.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION CUARTA**

**Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ**

Bogotá D.C., dos (02) de diciembre dos mil quince (2015)

**Radicación número: 11001-03-27-000-2015-00044-00 (21848)**

**Actor: JORGE ELIECER PRIETO RIVEROS Y OTROS**

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

#### **AUTO**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir la solicitud de medidas cautelares realizada por la senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa, demandante en el proceso de la referencia.

#### **ANTECEDENTES**

##### **1. Trámite**

En escrito radicado el 12 de noviembre de 2015, esto es, después de presentada y notificada la demanda, la senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa, demandante en el presente proceso, solicitó la práctica de unas medidas cautelares.

Si bien la solicitud se hizo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA, esto es, como medidas de urgencia, la Secretaría de la Corporación le

dio el trámite previsto en el artículo 233 ibídem por lo que corrió traslado del escrito a las demás partes del proceso, sin necesidad de auto que lo ordenara.

## 2. Medidas cautelares solicitadas

En el escrito de medidas cautelares se solicita lo siguiente:

**Primera:** Solicito a su despacho la suspensión provisional de urgencia de los efectos de los actos administrativos acusados por las razones de inconstitucionalidad e ilegalidad manifiesta:

El **Decreto 1609 de 2013** por medio del cual aprueba –sic– el programa de enajenación de la participación de la Nación en ISAGEN; el **Decreto 2316 de 2013** mediante el cual se modifica el precio base al que se ofrecían las acciones de ISAGEN y el **Decreto 1512 de 2014** por el cual se prorroga la vigencia del proceso de enajenación de la participación de la Nación en ISAGEN por 1 año adicional; dada la evidente violación de la ley como se expuso en los conceptos de violación y que, de no suspenderse, la enajenación de Isagen –sic– se haría de manera inminente por lo que no se podría cumplir con lo que se resuelva en la sentencia definitiva.

**Segunda:** Solicito a su despacho que, conforme al numeral 2 del artículo 230 de la Ley 1437, que permite suspender “un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual”, de manera URGENTE, preventiva y para salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que deba recaer en este asunto ordene al Gobierno Nacional (representado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Minas y Energía) que suspenda el proceso de enajenación de las acciones de propiedad de la Nación en Isagen –sic–, que se viene realizando conforme al **Decreto 1609 de 2013**, modificado parcialmente por el **Decreto 2316** del 22 de octubre de 2013 y el **Decreto 1512 de 2014**, hasta que se produzca un fallo definitivo.

**Tercera:** Solicito a su despacho que ordene al Gobierno Nacional representado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Minas y Energía) que el proceso de enajenación de las acciones de propiedad de la Nación en Isagen –sic– se restablezca al estado en que se encontraba antes de que se iniciara la Primera Etapa. Es decir, que se deje sin efectos el proceso de enajenación desde la fecha de presentación de la demanda (23 de septiembre de 2013) –sic– como quiera que una decisión favorable necesariamente afecta la manera como ha debido desarrollarse la primera etapa del proceso de enajenación de las acciones de la Nación en Isagen –sic–.

**Cuarta:** Solicito a su despacho que **ORDÉNE** –sic– al Gobierno Nacional (representado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Minas y Energía) la suspensión temporal del procedimiento o actuación

administrativa que actualmente se surte con ocasión del cumplimiento del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 dictado por el Gobierno Nacional, que aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en Isagén –sic– S.A. E.S.P.

**Quinto:** Solicito a su despacho en concreto que ORDENE al Gobierno Nacional (representado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Minas y Energía) **SUPÉNDER** –sic– la subasta y demás actos programados en relación con la enajenación de las acciones que la Nación tiene en Isagén –sic– S.A. E.S.P.

**Sexto:** Solicito a su despacho ORDÉNAR –sic– al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público asegurar que se cumpla esta orden judicial mediante las respectivas órdenes administrativas, instrucciones y demás medidas pertinentes para ese cometido.

**Séptimo:** Solicito a su despacho que una vez consultada la agenda de los despachos de los demás magistrados que componen la Sala de decisión, se fije con prelación y urgencia la primera audiencia de trámite para adelantar el procedimiento correspondiente, sin perjuicio de las demás medidas a que haya lugar según el estado procesal de los expedientes acumulados.

**Octavo:** Solicito a su despacho Comunicarle al señor Presidente de la República, al Señor –sic– Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Ministro de Minas y Energía la orden cautelar urgente y por cualquiera de los medios previstos.

**Noveno:** Solicito a su despacho que por tratarse de una acción de simple nulidad contra actos de naturaleza reglamentaria y en defensa de intereses públicos, eximir a la parte demandante de prestar caución.” (Negritas del texto).

Como puede verse, la demandante solicita, en esencia, tres medidas cautelares: **(i)** la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, **(ii)** la suspensión del procedimiento administrativo de venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN y, **(iii)** el restablecimiento del proceso de enajenación al estado en que se encontraba antes de que se iniciara la Primera Etapa.

### **3. Fundamentos fácticos y jurídicos de la solicitud de medidas cautelares**

A pesar de ser tres las medidas cautelares solicitadas, la demandante sólo sustenta la suspensión provisional de los actos demandados y la suspensión del proceso de enajenación, con los argumentos que se pasan a resumir.

### **3.1. De la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados**

De acuerdo con la demanda y el escrito de solicitud de la medida cautelar<sup>1</sup>, los actos administrativos demandados son nulos porque incurren en “falsa motivación” y vulneran las siguientes normas:

- Los artículos 2, 4, 29, 83, 114, 209, 334, 339 y 346 de la Constitución.
- Las Leyes 152 de 1994 y 1450 de 2011.
- Los artículos 23 y subsiguientes de la Ley 80 de 1993.
- El Decreto 1790 de 2012.
- Los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 1473 de 2011.
- Los artículos 1, 4, 6 y 7 de la Ley 226 de 1995.

No obstante, por razones metodológicas, el Despacho agrupó los argumentos expuestos en ambos escritos en cinco cargos, dada su naturaleza jurídica: falta y falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular y violación de los principios de la función pública y de la contratación estatal.

#### **3.1.1. Falta de motivación**

El Decreto 1609 de 2013 carece de motivación ya que en los considerandos del acto no se expresaron motivos suficientes que justifiquen la venta de ISAGEN, ni se explica en qué serán invertidos los recursos que se obtengan con dicha enajenación. En dicho acto, se usaron expresiones genéricas, sin contenido, que no permiten conocer los fines de la decisión ni su proporcionalidad.

Dicho decreto establece en su justificación tercera que el Consejo Nacional de Política Económica y Social emitió el documento Conpes 3281 del 19 de abril de 2004, en el que definió la estrategia para la enajenación de la participación del Estado en las empresas y el aprovechamiento de activos. Sin embargo, ese documento no es justificación válida ni suficiente para vender ISAGEN.

---

<sup>1</sup> Debe advertirse que como el artículo 231 del CPACA dispone que la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos es procedente por la “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado”, el Despacho acudió a lo expuesto tanto en el escrito de solicitud de medidas cautelares como en la demanda para hacer el resumen de los cargos de ilegalidad contra los decretos demandados.

Aunque podría llegar a ser una referencia, *“de ninguna forma es vinculante para que por medio de falsas motivaciones y sin estudios serios de necesidad y conveniencia se tomen determinaciones imprudentes que a la ligera pretendan cambiar todo el diseño de la política económica del país, especialmente en sectores tan sensibles como el sector energético”*.

### **3.1.2. Falsa motivación**

3.1.2.1.- Los motivos expresados en los actos demandados para justificar la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN no son ciertos, por cuanto:

**(i)** *Es falso que el programa de enajenación de ISAGEN se haya sustentado en estudios técnicos, como se manifiesta en los considerandos del Decreto 1609 de 2013, pues el único estudio realizado por el Gobierno Nacional fue el de la valoración financiera de la empresa.*

En ese sentido, se echa de menos la realización de otros estudios técnicos previos que avalaran la viabilidad económica, necesidad y/o conveniencia de la venta, circunstancia que vulnera los principios de eficiencia, eficacia y moralidad administrativa, que rigen la de la función pública, establecidos en el artículo 209 de la Constitución, así como los principios de economía, planeación y de responsabilidad, consagrados en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993.

**(ii)** *La Ley 226 de 1995 no excluye la aplicación de la Ley 80 de 1993, razón por la cual el programa de enajenación de activos que la Nación tiene en ISAGEN debe cumplir con los principios de la contratación estatal, los cuales no guiaron al Gobierno en la expedición de los actos demandados.*

3.1.2.2.- Adicionalmente, los motivos expresados en los actos demandados tampoco coinciden con los motivos expresados por el Gobierno Nacional para justificar la venta de ISAGEN, sostenidos en diversas declaraciones de prensa y en las respuestas que le otorgó al Congreso cuando se efectuó el control político respectivo.

De las diferentes intervenciones del Gobierno Nacional –Presidente de la República, Ministro de Hacienda y Crédito Público y Presidente del Fondo de Desarrollo Nacional– puede concluirse que la venta de ISAGEN está motivada en razones diferentes a las expresadas en los actos, a saber: **(i)** en la necesidad que tiene el Gobierno para financiar las vías 4G, ya que el dinero obtenido por la venta se entregará a la Financiera de Desarrollo Nacional o al FONDEX para apalancar el 10% del crédito del mega proyecto a los constructores; **(ii)** en el hecho de que la rentabilidad financiera de la inversión en infraestructura será mayor que la generen los dividendos por la participación en ISAGEN y; **(iii)** en el hecho de que Gobierno ya cumplió su ciclo en el sector eléctrico porque la capacidad de generación de energía eléctrica en el país es suficiente.

Con esas contradicciones sobre la justificación, la necesidad y la destinación de los recursos obtenidos con la venta de acciones de ISAGEN, queda al descubierto la falsa motivación.

3.1.2.3.- Igualmente, analizado el contexto de las afirmaciones hechas por el Gobierno para justificar la venta de ISAGEN, se deduce que las mismas, además de contradecir la motivación de los actos demandados, son falsas y atentan contra los principios de razonabilidad, sensatez, responsabilidad, transparencia, economía, planeación, prudencia administrativa, proporcionalidad, conveniencia, oportunidad y legitimidad, por lo siguiente:

**(i)** *La venta de ISAGEN no es necesaria para financiar las vías 4G, ya que existen otras alternativas para su financiamiento.* Así lo reconoció el Presidente de la República en declaración del 14 de agosto de 2014 durante su intervención en la reunión del Consejo Nacional de Competitividad en el Palacio de Nariño.

Igualmente el Congreso de la República, el 15 de mayo de 2015, radicó ante el Ministerio de Hacienda un texto con 22 alternativas de financiación de las vías 4G, resultado de asesorías de expertos y reconocidos académicos, economistas y financieros<sup>2</sup>. Ese mismo día, el Ministro de Hacienda autorizó la financiación de las

---

<sup>2</sup> Las 22 alternativas a la venta de ISAGEN para financiar las vías 4G fueron las siguientes: “1) Usar las utilidades sobre las reservas internacionales. En 2014 hubo un superávit de 21 billones de pesos a 2014 sobre las reservas. 2) Adquisición de las acciones de ISAGEN por diversas empresas públicas nacionales. 3) Enfrentar la Evasión Fiscal. 4) Traer 2.500 Millones de dólares de las Reservas Internacionales. 5) Emisión de Bonos de Infraestructura que permita captar recursos de Fondos de Pensiones. 6) Usar 2 billones de la Reserva de regalías de las regiones. 7) Emitir Deuda en Pesos (TES) con grado de inversión de Colombia. 8) Emitir Deuda en Dólares (BONOS YANKEES). 9) Procurar la participación de Organismos Multilaterales Internacionales como el BID, la CAF (Corporación Andina de Fomento), la IFC (Corporación Financiera

vías 4G mediante los Fondos de Pensiones, por una suma de 18 billones de pesos, equivalente al 10% de lo que tienen disponible dichas entidades para inversión; valor que supera en 4 veces los recursos que se obtendrían por la venta de ISAGEN.

**(ii)** *No es claro el valor que se requiere para la financiación de las vías 4G ni cuánto de la venta de ISAGEN estaría destinado para dicho fin.* Si bien el Ministro de Hacienda ha defendido que requiere para la tercera ola de las 4G 5 billones de pesos que provendrían de ISAGEN, el Presidente de la Financiera de Desarrollo Nacional ha manifestado que tan solo requiere 3 billones, *“grave inconsistencia pues deja al descubierto que el resto de recursos que se obtengan de ISAGEN se quedarán sin destinación clara”*.

**(iii)** *Los entes de control han advertido sobre los riesgos de vender ISAGEN y los riesgos de invertir el dinero de la venta en vías.* La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República han advertido sobre la inoportunidad e inconsistencia de la venta, así como de su impacto negativo en las finanzas públicas, ya que los ingresos que la Nación obtenía por los dividendos de ISAGEN no serán reemplazados, por lo que su ausencia en el Presupuesto General de la Nación se vería reflejada en el mediano y corto plazo.

La Contraloría, en el boletín macro fiscal No. 7 del 15 de mayo de 2015, advirtió la existencia de un detrimento patrimonial con esta decisión, razón por la que propuso seis alternativas a la venta de ISAGEN. Igualmente, la comunidad académica ha rechazado la venta de ISAGEN en la medida en que existen otras alternativas para financiar las vías 4G.

**(iv)** *No es cierto que la venta de ISAGEN sea necesaria para financiar las vías 4G.* Cuando se expidió el Decreto 1609 del 30 de julio de 2013, las vías 4G no estaban diseñadas, ese mes apenas se había creado el Fondo de Inversión Nacional para

---

*Internacional) y el Banco Mundial. 10) Emisión de Bonos Fogafin. 11) La Titularización de Dividendos de diversas entidades como Isa, Isagen, Ecopetrol, Telecom, Eléctricas Regionales, etc. 12) Usar un porcentaje de los Recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización. 13) Vender Empresas no Estratégicas tales como Telefónica Telecom. 14) Usar las Cuentas abandonadas. 15) Priorizar el gasto. 16) Capitalización a través de deuda de la financiera de desarrollo nacional. 17) Hacer que ISAGEN sea socia de la financiera Nacional de Desarrollo. 18) Colombia también puede explorar garantías parciales de Banca Multilateral, al igual que emplear mejores métodos de Financiamiento Estructurado de Proyectos. 19) Titularizar los flujos de Isagen. 20) La nación cuenta con grado de inversión y calificación crediticia. 21) La Contraloría General de la República ha propuesto enajenar otros activos como Ecopetrol o Bancoldex. 22) Organizar el esquema de ejecución.” (Fl. 6-7 del cuaderno de medidas cautelares).*

la financiación de la cuarta generación de concesiones en infraestructura y, el Conpes 3760, que aprueba las 4G, es de fecha del 20 de agosto de 2013.

**(v)** *Es falso que con la venta de ISAGEN la Nación esté cambiando un activo por otro.* No es cierto que ISAGEN tenga una rentabilidad financiera sólo del 3% sobre la inversión que tiene la Nación en dicha empresa, pues el balance de ISAGEN demuestra que ha rentado en un 12% promedio anual en los últimos 5 años y anualmente el ROA es 10,2%.

A la fecha no existe ningún estudio técnico-financiero que demuestre que la inversión que la Nación haga en vías sea más rentable. Todo lo contrario, tanto la Contraloría General, así como el propio Gobierno mediante la aprobación del Conpes 3760 de 2013, han reconocido que la inversión realizada en vías 4G no será recuperada, ya que los peajes solo pagarán el mantenimiento y la operación de las vías; además, porque el dinero de la venta de ISAGEN será destinado a préstamos de 20 años para los contratistas de las vías, quienes gozarán de un período de gracia de 8 años en los cuales no tendrán que pagar intereses.

En ese sentido, no es posible justificar el cambio de un activo consolidado como ISAGEN por un riesgo financiero como la tercera ola de las vías 4G. Tampoco es posible comparar la rentabilidad que actualmente genera ISAGEN con la supuesta rentabilidad social que generarán las vías, lo que hace falaz la justificación del Gobierno.

**(vi)** *Es incierta la destinación de los recursos que ingresen por la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN.* Mientras la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado informa que los recursos ingresarán al presupuesto para cumplir con los planes de desarrollo, el Ministro de Hacienda afirma que los recursos no harán unidad de caja con el Presupuesto General de la Nación.

**(vii)** *No es cierto que la Nación haya cumplido su ciclo en el mercado de energía eléctrica y que este sector no requiera de la participación del Estado.* La prestación de los servicios públicos domiciliarios, como lo es el de energía eléctrica, es una función inherente al Estado y, por tanto, es una inversión social necesaria para garantizar la expansión requerida para surtir la demanda futura, más cuando el mercado de la generación de energía eléctrica en el país es un oligopolio.

Colombia cuenta con 56 generadoras de energía eléctrica, de las cuales, según la UPME, solo cinco concentran el 76% de la energía generada en el país: EPM (22%), EMGESA (20%), ISAGEN (19%), GECELCA (8%) y EPSA (7%). Así, con la privatización de ISAGEN el Estado renuncia por completo a la posibilidad de determinar los precios en el mercado oligopólico de generación de energía eléctrica, incorporando unas reglas de juego de libre competencia a un sector que no es de competencia perfecta.

Por tal razón, la presencia del Estado es necesaria para tener un mecanismo efectivo de control de precios, de costos y del mercado.

**(viii)** *Existe incertidumbre sobre la administración de los recursos que se obtengan por la venta de ISAGEN.* No hay estudios de riesgo serios que determinen o garanticen que el FONDES será la solución.

La improvisación del Gobierno en el tema se evidencia en el hecho de que aún no se ha definido ni siquiera el porcentaje de apalancamiento que se requiere para iniciar los proyectos de las vías 4G y, mucho menos, los proyectos específicos a los que serán destinados dichos recursos. Eso *“demuestra absoluta carencia de estudios, de rigor, de planeación”*.

**(ix)** *No es cierto que ISAGEN, como activo, no pueda salir del país.* El Gobierno Nacional oculta que en la Cuarta Adenda al Reglamento de la Segunda Etapa de la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN, publicado el 3 de marzo de 2015, se obliga al futuro inversionista a conservar el domicilio social de la empresa sólo durante siete años, contados de la fecha de cierre, tal como se desprende del inciso h del numeral 6.4.1.

Así las cosas, *“el nuevo propietario extranjero podrá cambiar el domicilio de ISAGEN a cualquier paraíso fiscal, en el cual no solo quedarán los beneficios económicos usufructuados de nuestro mercado nacional de energía, sino también la jurisdicción a la que debe responder, afectando gravemente el control jurídico sobre la empresa y para efectos de práctica litigiosa saliendo del alcance por parte del Estado colombiano, de tal suerte que si el nuevo dueño decide vender energía a países vecinos sin priorizar nuestro mercado interno, lo podría hacer, poniendo en grave riesgo de desabastecimiento a los ciudadanos colombianos”*.

### **3.1.3. Desviación de poder**

Los actos demandados incurrir en desviación y abuso de poder porque persiguen una finalidad distinta al bien común y al interés general, circunstancia que vulnera los artículos 29, 83, 114, 209, 224, 365 y 366 de la Constitución por cuanto el proceso de enajenación no cumple con el debido proceso administrativo de enajenación consagrado en la Ley 226 de 1995.

*Y eso “se evidencia al analizar la proporcionalidad de la decisión, al ponderar el tipo de activo a vender, el posicionamiento del mercado del activo en venta, el tipo de destinación de los recursos a recibir y el impacto de la venta. Es decir, los efectos fiscales, financieros, sociales, ambientales, jurídicos, laborales, de continuidad del servicio, de soberanía, el impacto prospectivo en el desarrollo del sector, la economía en general, entre otros”.*

No puede perderse de vista, además, que el Gobierno Nacional no ha tomado ninguna medida que permita corregir los riesgos que se evidenciaron en el estudio “*Second Review of Firm Energy Auctions in Colombia*”, contratado por la CREG en el año 2012. Por el contrario, *“ha tomado decisiones que podrían aumentar aún más el riesgo de no poder garantizar la demanda de energía al decidir poner en venta la empresa ISAGEN”.*

Igualmente, los derechos de los administrados se ponen en riesgo con la venta de ISAGEN porque *“los usuarios de los servicios de energía, se ven abocados a riesgos y cambios que afectan su calidad de vida, por ser un mercado oligopólico, lo cual pone en peligro la expansión, la confiabilidad y las tarifas”*, más cuando ninguna empresa privada ha invertido, en los últimos 10 años, en proyectos de generación de más de 500 MW.

### **3.1.4. Expedición irregular**

De acuerdo con lo expuesto en la solicitud de medidas cautelares, los decretos demandados violan los artículos 29, 334 y 346 de la Constitución ya que la venta de ISAGEN no se incluyó en el marco fiscal de mediano plazo.

Dichos actos tampoco cumplen con la exigencia contenida en el artículo 4º de la Ley 1473 en vista de que la destinación de los recursos obtenidos por dicha venta no fueron incluidos en el 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.

Igualmente, se afirma que los decretos demandados vulneran la regla fiscal porque la venta de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN implica una alternación negativa de las cuentas fiscales en tanto no se fundamenta en una política general de sostenibilidad.

Así pues, se concluye, *“transferir, así sea por un precio muy rentable, a particulares la propiedad de las acciones de ISAGEN S.A. E.S.P., 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 las Finanzas Públicas sino para el País”*.

### **3.2. De la suspensión del proceso de enajenación de la participación accionaria que la nación posee en ISAGEN**

La demandante sostiene que la medida cautelar de suspensión del proceso de enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en ISAGEN no está vinculada con la inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos demandados, sino que se solicita *“para precaver la efectividad de la sentencia que posteriormente se dicte y, de contera, los derechos e intereses involucrados en el respectivo proceso judicial”*, en vista de que la venta de las acciones se hará en el mes de diciembre del año 2015.

De acuerdo con su solicitud, *“esta medida cautelar pretende evitar el detrimento patrimonial del Estado, pues una vez adjudicadas y vendidas las acciones sería imposible recuperarlas”*.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de procedencia de esta medida cautelar, manifiesta:

- “1. La demanda está razonablemente fundada en derecho.  
2. Los argumentos y justificaciones expuestos por el actor –sic– permiten concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses que, ciertamente, resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, habida cuenta de los evidentes efectos patrimoniales ínsitos en el proceso de enajenación de la propiedad accionaria que la Nación –Ministerio de Hacienda posee en ISAGEN S.A. E.S.P.  
3. La medida cautelar se encaminar –sic– a evitar 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 S.A. E.S.P., ante las eventuales indemnizaciones a terceros compradores que conllevaría una eventual decisión judicial de reversar el proceso de venta, a que habría lugar, en caso de que la sentencia definitiva llegare a ser estimatoria de las pretensiones de la demanda”.*

Igualmente, como fundamentación de la medida cautelar transcribe las razones dadas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el auto del 14 de mayo de 2015, mediante el cual se decretó la suspensión del procedimiento de enajenación de la venta de ISAGEN en el proceso con radicado 11001032600020140005400 (21025).

## **OPOSICIÓN**

### **1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se opone al decreto de las medidas cautelares solicitadas por la senadora Gavidia Correa, con fundamento en los siguientes argumentos:

#### **1.1. Ausencia de confrontación entre los actos acusados y las normas que se estimaron violadas y falta de identificación del concepto de violación**

De conformidad con el artículo 231 del CPACA, para que proceda la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es necesario que la violación alegada surja de la confrontación de los mismos con las normas que se invocan como vulneradas.

Sin embargo, la solicitud de medidas cautelares realizada en el presente proceso no realiza una confrontación de las normas que se dicen vulneradas con los actos demandados, sino que *“se limita a señalar de manera genérica que existió una violación de los principios de legalidad y transparencia por la presunta configuración del vicio de Falsa Motivación ‘por versiones contradictorias’, sin siquiera realizar un ejercicio argumentativo en el que explicase en qué consistió la violación que ella endilga de manera concreta a los actos acusados, ni realizó un examen de las pruebas por ella aportadas”*.

Respecto del cargo de *“falsa motivación por versiones contradictorias”* la demandante se limitó a realizar afirmaciones jurídicas indefinidas. No señaló la norma violada ni el concepto de violación, sino que realizó una transcripción parcial de algunas declaraciones realizadas por diferentes funcionarios públicos en medios de comunicación y una exposición de conclusiones personales sobre las mismas.

Igualmente, la demandante se dedicó a realizar valoraciones personales sobre las supuestas alternativas para la financiación de las vías 4G y las versiones dadas por el Gobierno en virtud del control político efectuado por el Congreso, sin detenerse en el análisis jurídico requerido.

**1.2. La venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN se fundamenta en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995 y no lesiona el patrimonio público**

Tanto el artículo 60 de la Constitución como la Ley 226 de 1995 permiten la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, siempre que se cumpla con el principio de democratización, como en efecto se hizo con los decretos demandados.

De otro lado, el documento Conpes 3760 de 2013 recomienda destinar los recursos de la venta de la participación accionaria en ISAGEN a financiar el programa de cuarta generación de concesiones viales (4G), *“así como contemplar cualquier otra alternativa para la financiación de los proyectos 4G, atendiendo en cualquier caso a la evolución de los ingresos de la Nación”*.

En consecuencia, *“no tiene sentido la razón que sugiere la actora referente a que la enajenación de las acciones de ISAGEN puede comportar una lesión al patrimonio público, cuando como parte de una política superior del Estado, los recursos producto de la enajenación serán invertidos para reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional, lo cual evidentemente supone efectos positivos en la producción del país, generación de empleo, ahorros ambientales e incluso seguridad al reducirse niveles de accidentalidad, por mencionar sólo algunos aspectos”*.

Suspender el procedimiento de enajenación, por el contrario, implicaría la afectación de la continuidad, calidad, igualdad y progresividad del servicio de transporte, la afectación de los procesos de infraestructura y un impacto económico a las finanzas del Estado. Además, crearía incertidumbre en el mercado de valores accionarios lo que afectaría directamente el valor de la participación del Estado en ISAGEN.

### **1.3. Improcedencia de decretar la medida cautelar de suspensión del trámite de enajenación**

Como sustento para solicitar la medida cautelar de suspensión del proceso de enajenación de las acciones que la Nación tiene en ISAGEN, la senadora Gaviria Correa transcribió las razones dadas en el auto del 14 de mayo de 2014, proferido por el ponente, Dr. Bastidas Bárcenas, en el proceso con radicado principal No. 11001-03-26-000-2014-00054-00 (21025), mediante el cual se decretó esa misma medida.

No obstante, las razones que dieron lugar a la suspensión del procedimiento de enajenación de ISAGEN en aquella oportunidad son diferentes a las que hoy pueden presentarse, ya que para el momento en que dicha decisión fue adoptada no existía ninguna sentencia que hubiere resuelto sobre la legalidad del Decreto 1609 de 2013.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la actual solicitud de medidas cautelares no contiene nuevos argumentos que fundamenten la nulidad de los decretos

demandados, diferentes a los ya decididos mediante sentencia del 10 de septiembre de 2015.

Recuérdese que en dicha sentencia la Sección Cuarta del Consejo de Estado concluyó que el Gobierno estaba facultado para decretar la enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN y que los actos demandados respetaron los principios de democratización, preferencia, protección al patrimonio público y continuidad del servicio.

#### **1.4. Indebida sustentación de la falsa motivación alegada**

La diferencia entre las supuestas versiones que han dado miembros del Gobierno Nacional ante los medios de comunicación y ante el Congreso en virtud del control político efectuado, no son fuente suficiente para demostrar una falsa motivación o, en otras palabras, *“no revisten valor probatorio alguno para demostrar que los motivos de los actos administrativos demandados son diferentes a los contenidos en sus considerandos”*. Lo que hace la demandante es manifestar su punto de vista sobre presuntas declaraciones públicas que no pueden tenerse como prueba en el proceso.

En el expediente no obra prueba que demuestre que los motivos expresados en los decretos demandados son falsos o que se omitieron hechos que habrían conducido a una decisión diferente.

No puede perderse de vista, además, que la conveniencia y necesidad no pueden ser objeto de análisis del juez contencioso administrativo, pues el proceso de nulidad simple gira en torno a la legalidad de los actos demandados, razón por la cual únicamente debe compararse o estudiarse la motivación de los decretos en relación con las normas que se dicen vulneradas.

#### **1.5. Sobre la solicitud de no fijar caución**

Si bien el medio de control de nulidad tiene como finalidad realizar un control de legalidad de los actos de carácter general, éste no implica el estudio de derechos

colectivos, razón por la cual es procedente la fijación de la caución establecida en el artículo 232 del CPACA.

Todos los procesos que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo implican el estudio de intereses públicos. Por tal razón, el interés público no puede ser un motivo para exonerar del pago de la caución, *“por cuanto se llegaría a la absurda conclusión de que en ningún caso podría decretarse”*.

## **2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone al decreto de las medidas cautelares solicitadas con fundamento en los siguientes argumentos:

### **2.1. Improcedencia del restablecimiento de las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se iniciara la primera etapa del proceso de enajenación de las acciones de ISAGEN**

La medida cautelar pretende conservar un estado de cosas o una situación jurídica para evitar su deterioro y que se hagan nugatorios los efectos de la sentencia. Por eso, no puede tener efectos retroactivos sino referirse a la situación presente y actual.

En otras palabras, las medidas cautelares están encaminadas a impartir órdenes para que no se agrave una situación, no a devolver en el tiempo la ya consolidada.

Si una sentencia que declara la nulidad de un acto general no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas, con mayor razón, las medidas cautelares tampoco pueden hacerlo, como se pretende en el presente caso.

### **2.2. Improcedencia de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de enajenación de ISAGEN**

2.2.1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 del CPACA, la medida cautelar de suspensión del proceso de venta de las acciones de ISAGEN es

fundamentalmente supletiva pues a ella *“sólo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción”*.

En ese sentido, como en el escrito de medidas cautelares se solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, esta medida –la suspensión del procedimiento- pierde todo sentido pues suspendidos los efectos de los actos, consecencialmente deberán suspenderse las actuaciones materiales del proceso de enajenación.

2.2.2.- El interés público no puede ser el único elemento que guíe una solicitud de medida cautelar de esta naturaleza; es necesario que se cumplan con los demás requisitos previstos por el legislador.

Analizado el caso concreto se encuentra que la solicitud hecha por la demandante no cumple con los requisitos previstos en los artículos 230 y 231 del CPACA y, por ende, no es procedente su decreto, por cuanto:

- (i) No se demuestra que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que da lugar a la adopción de la medida cautelar, ni se indica las condiciones o pautas que debe observar la parte demandada para que se pueda reanudar el procedimiento.
- (ii) La demanda no se encuentra razonablemente fundada, no hay apariencia de buen derecho.
- (iii) No se demuestra la vulneración de derechos o intereses generales.
- (iv) No se demuestra que de no decretarse la medida se genere un perjuicio irremediable ni que existen serios motivos para considerar los efectos de la sentencia se harían nugatorios.

### **2.3. Improcedencia de la suspensión de los efectos de los actos administrativos demandados**

La medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos demandados no es procedente en el presente caso porque existe cosa juzgada. La Sección Cuarta del Consejo de Estado ya estudió la legalidad de los actos demandados y ratificó

la posibilidad de la Nación de continuar con la enajenación de su participación accionaria en ISAGEN.

Además, la solicitud de decretar dicha medida cautelar no cumple con los requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 229 y 231 del CPACA, por las siguientes razones:

- (i) Porque la suspensión del acto únicamente procede por violación de las normas en las que debía fundarse y no por otra causal de nulidad como lo es la falsa motivación.
- (ii) Porque las normas invocadas como vulneradas no tienen que ver con el contenido de los decretos demandados.
- (iii) Porque la demandante no cumple con la carga argumentativa y probatoria para demostrar la ilegalidad de los actos demandados.

#### **2.4. Sobre la supuesta falta de motivación alegada**

2.4.1.- El análisis de la motivación de los actos demandados que se hace en el escrito de solicitud de medidas cautelares se sustenta en argumentos ajenos al objeto del Decreto 1609 de 2013, que no es otro que reglamentar el procedimiento para la enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN.

Como ese decreto fue expedido en virtud del artículo 60 de la Constitución y de la Ley 226 de 1995, la legalidad del acto debe ser analizada con relación a dichas normas y no frente a otras que no tienen relación con su contenido y alcance.

2.4.2.- Con la solicitud de la medida cautelar no se aportan pruebas que demuestren que los hechos considerados en la parte motiva del acto sean falsos y, mucho menos, se prueba cuáles hechos, supuestamente, de haberse tenido en cuenta habrían generado una decisión diferente.

No puede perderse de vista que precisamente el Consejo de Estado, en la sentencia del 10 de septiembre de 2015, dejó claro que la decisión de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN es una competencia discrecional del Gobierno.

En ese sentido, el Gobierno debe motivar sus actos en la posibilidad legal que tiene para adoptar la decisión. Tratándose de la facultad discrecional de enajenar su participación accionaria en una empresa, no existe norma que indique que es necesario que en la motivación del acto por el que se expide el procedimiento de enajenación se deba señalar la destinación de los recursos obtenidos con la venta.

2.4.3.- El Decreto 1609 de 2013 no dispone –porque no debía hacerlo- cuál será el destino de los recursos obtenidos con la venta de ISAGEN, por lo que no puede alegarse una falsa motivación en ese aspecto con fundamento en declaraciones que han hecho algunos funcionarios a los medios de comunicación.

Las declaraciones a las que la demandante atribuye la supuesta falsedad por la contradicción de las versiones no hacen parte de los motivos de los decretos demandados, razón por la que es materialmente imposible que exista una falsedad de estos.

2.4.4.- La carga argumentativa y probatoria que implica la solicitud de la medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo no fue cumplida por la demandante.

Los hechos en los que se sustenta la solicitud *“son un listado de situaciones fácticas posteriores a la expedición del decreto que no tiene –sic– el carácter de HECHOS SOBREVINIENTES como lo pretenden los actores –sic–, estos hechos no son ejercicios de subsunción de la norma inferior en la norma superior, sino interpretaciones de hechos que buscan construir de manera equivocada una falsa motivación en cuanto a las razones de venta de la acciones de ISAGEN”*.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Problema jurídico**

De conformidad con lo expuesto, le corresponde al Despacho determinar la procedencia de decretar las medidas cautelares solicitadas por la senadora Gaviria Correa en el presente proceso, esto es: **(i)** la suspensión provisional de los Decretos 1609 de 2013, 2316 de 2013 y 1512 de 2014 y/o, **(ii)** la suspensión del

procedimiento administrativo de enajenación de las acciones que la Nación posee en ISAGEN.

En vista de que no fue sustentada la solicitud de medida cautelar de restablecimiento del proceso de enajenación al estado en que se encontraba antes de que se iniciara la primera etapa, el Despacho se abstendrá de hacer pronunciamiento al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA, que dispone que las medidas cautelares proceden “a *petición de parte debidamente sustentada*”.

## 2. Anotación previa

2.1.- Los actos demandados en esta oportunidad son los siguientes:

- (i) 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.*”.
- (ii) Decreto 2316 de 2013, “*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1609 de 2013*”.
- (iii) Decreto 1512 de 2014, “*Por medio del cual se proroga la vigencia del Programa de Enajenación de que trata el Decreto 1609 de 2013, modificado por el decreto 2316 de 2013*”.

2.2.- La Sección Cuarta de esta Corporación ya tuvo oportunidad de pronunciarse, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2015<sup>3</sup>, sobre la naturaleza de esos actos y el tipo de control que debe ejercer el juez.

En dicha oportunidad se manifestó que los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y, agrega el Despacho, el Decreto 1512 de 2014, son actos administrativos de carácter general encaminados a aprobar el programa de enajenación de la participación accionaria que la Nación tiene en ISAGEN, fijar el precio de la acción para su venta y establecer la vigencia del programa, respectivamente.

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 10 de septiembre de 2015, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Igualmente, se dijo que en virtud de lo establecido en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, dichos actos tienen un componente eminentemente discrecional en cuanto a su objeto. La decisión del Gobierno Nacional de vender su participación accionaria en una empresa no es una competencia reglada, sino que puede ejercerla cuando lo considere necesario y conveniente de acuerdo con las políticas públicas, económicas o desarrollo que se desee ejecutar.

También se aclaró que el Decreto 1609 de 2013 tiene un componente reglamentario, ya que fijó el procedimiento que debe seguirse para la enajenación de ISAGEN, el cual debe estar acorde con las pautas establecidas en la Constitución y la Ley.

2.3.- Frente al componente discrecional de los actos demandados, la Sección manifestó que le compete al juez únicamente determinar si éstos cumplen con la finalidad que la norma autoriza –esto es, si realmente están encaminados a la venta de la participación accionaria que la Nación tiene en ISAGEN-, si los hechos en los que se funda están acreditados –asunto del que nos ocuparemos más adelante- y si el contenido es razonable –es decir, que esté acorde con los principios generales que deben gobernar la actuación administrativa-.

Dicho examen evidentemente no implica ejercer un control frente a la incidencia económica ni la afectación futura y aún incierta de las finanzas públicas por la enajenación de las acciones en cuestión, ni un control sobre la destinación de los recursos obtenidos por la venta, pues el cuestionamiento sobre *“las ejecutorias del poder gubernamental”* es exclusivo del control político que debe ejercer el Congreso de la República, tal como se precisó en la sentencia del 10 de septiembre de 2015 que se está reiterando.

No se trata, pues, de un juicio para examinar, desde el punto de vista extrajurídico si es correcta o conveniente la política de enajenación de un activo para invertirlo en un proyecto de desarrollo del gobierno, como podría ser la infraestructura vial. Tampoco se puede pretender realizar un análisis de la gestión fiscal de los recursos que se obtengan por la venta de ISAGEN, ya que ese control jurídico es competencia de la Contraloría General de la República.

2.4.- De otro lado, frente al componente reglamentario de los decretos demandados, le compete al juez, de acuerdo con el precedente de la Sección, *“cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica abstracta y general creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley a los casos mediante la estipulación de trámites, procedimientos, plazos y todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deban cumplir”*.

### **3. De la suspensión provisional de los actos demandados**

El artículo 231 del CPACA dispone que *“cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, 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”* (Subrayas propias).

Como se expuso en los antecedentes, la ilegalidad e inconstitucionalidad de los decretos demandados se fundamenta en los vicios de falta y falsa motivación, desviación de poder y expedición irregular, razón por la que serán abordados en ese orden a fin de establecer la procedencia o improcedencia de la medida cautelar solicitada por la senadora Gaviria Correa.

#### **3.1. De la falta de motivación**

3.1.1.- Manifiesta la solicitante que el Gobierno Nacional para motivar los actos demandados usó expresiones genéricas y sin contenido que no permiten conocer los fines de la decisión ni su proporcionalidad, ya que en sus considerandos no se explica por qué es necesaria la venta de ISAGEN ni en qué serán invertidos los dineros obtenidos con la misma.

Igualmente argumenta que al no ser vinculante el documento Conpes 3281 de 2004, por el cual se estableció la estrategia para adelantar un programa de aprovechamiento de activos y enajenación de participaciones de la Nación y sus entidades en empresas públicas y privadas, dicho acto no puede considerarse como una justificación válida ni suficiente para vender ISAGEN.

3.1.2.- La motivación plasmada en el Decreto 1609 de 2013 es la siguiente:

*“Que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público es propietaria de mil quinientas setenta y un millones novecientas diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias totalmente suscritas y pagadas emitidas por ISAGEN S.A. E.S.P., las cuales equivalen al cincuenta y siete coma sesenta y seis veinticuatro por ciento (57,6624%) del total del capital suscrito y pagado de esa sociedad;*

*Que la Nación tiene capacidad para realizar directamente o a través de terceros las actividades que resulten necesarias para enajenar la participación accionaria de que trata el anterior considerando;*

*Que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, en su Documento 3281 del 19 de abril de 2004, definió la estrategia para la enajenación de las participaciones del Estado en empresas del sector público o privado, y recomendó al Gobierno Nacional adoptar la estrategia de enajenación y aprovechamiento de activos públicos, prevista en el mencionado documento;*

*Que mediante el convenio interadministrativo No. 194081 celebrado entre la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade, se encargó a éste último para que realice la Gerencia del Programa de Aprovechamiento de Activos y Enajenación de Participaciones de la Nación, particularmente mediante su Otrosí No. 7 de fecha 19 de diciembre de 2008 se amplió el objeto del convenio para incluir la venta de la participación accionaria que la Nación tiene en ISAGEN S.A. E.S.P.;*

*Que el presente decreto tiene por objeto aprobar el programa de enajenación de mil quinientas setenta y un millones novecientas diecinueve mil (1.571.919.000) acciones ordinarias que posee la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN S.A. E.S.P.;*

*Que el programa de enajenación contenido en el presente decreto se diseñó con base en estudios técnicos, a través de instituciones idóneas privadas contratadas para el efecto; programa que contiene, de acuerdo con el avalúo técnico-financiero preparado, un precio de venta de las acciones, conforme con lo establecido por el Artículo 7 de la Ley 226 de 1995;*

*Que el Consejo de Ministros, en sesión del 29 de julio de 2013, emitió concepto favorable sobre el programa de enajenación, el cual incluye el precio por acción para su enajenación, conforme con lo establecido en los Artículos 7, 10 y 11 de la Ley 226 de 1995, y fue remitido al Gobierno para su aprobación, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Artículo 8 de la Ley 226 de 1995;*

*Que el Artículo 2 de la Ley 226 de 1995 establece que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a los procesos de enajenación accionaria de carácter estatal;*

*Que el Artículo 5 de la Ley 226 de 1995 establece que "Cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio";*

*Que de conformidad con el Artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226 de 1995, se debe ofrecer a los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria que enajene el Estado y que, de la misma manera, en el proceso como tal se deben utilizar mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia, así como procedimientos que promuevan la masiva participación, todos ellos conducentes a democratizar la propiedad accionaria;*

*Que del diseño del programa de enajenación, que se materializa en este decreto se envió copia a la Defensoría del Pueblo mediante oficio número. 2-2013-026754 de fecha 29 de julio de 2013, en cumplimiento de lo previsto en el parágrafo del Artículo 7 de la Ley 226 de 1995; en el oficio se presentan los elementos del programa de enajenación que garantizarán su transparencia;*

*Que el 29 de diciembre de 2006, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, en su calidad de accionistas mayoritarios de ISAGEN S.A. E.S.P., suscribieron una oferta de acuerdo de accionistas (en adelante, el "Acuerdo de Accionistas"), que fue aceptada por los destinatarios de la oferta mediante la suscripciones de acciones de ISAGEN S.A. E.S.P., en cuyo Artículo 5.7 se estableció que en el evento en que la Nación como accionista mayoritario decida vender o enajenar su participación accionaria y ello implique la transferencia del control de la sociedad a un tercero estratégico, la Nación llevará a cabo dicha enajenación conforme con los procedimientos y las reglas previstas en la Ley 226 de 1995 y sus modificaciones y adiciones. Adicionalmente, la Nación se comprometió a incluir dentro del respectivo reglamento de enajenación y adjudicación, el texto del Acuerdo de Accionistas vigente a la fecha de expedición del presente decreto y a que el tercero estratégico acepte y se adhiera al mismo. También aceptó imponer al eventual tercero estratégico la obligación de realizar una oferta pública de adquisición voluntaria dirigida por lo menos a los accionistas minoritarios definidos en dicho Acuerdo de Accionistas al mismo precio negociado con la Nación;".*

3.1.3.- Por su parte, el Decreto 2316 de 2013 se fundamentó así:

*“Que mediante el Decreto 1609 de 2013 fue aprobado el programa de enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A E.S.P.*

*Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 226 de 1995, el citado programa de enajenación accionaria fue elaborado con fundamento en estudios técnicos aplicables a este tipo de operaciones, ampliamente reconocidos a nivel local e internacional.*

*Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Decreto 1609 de 2013, en concordancia con lo establecido en los artículos 3° y 11 de la Ley 226 de 1995, se establece que las acciones se ofrecerán a los Destinatarios de las Condiciones Especiales, a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$2.850).*

*Que en igual sentido, el artículo 17.1 del Decreto 1609 de 2013 establece que las Acciones que se dispongan en la Segunda Etapa, tendrán un precio mínimo de dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$2.850) por acción el cual será actualizado por la variación del índice de precios al consumidor entre la fecha de expedición del citado decreto y la fecha de iniciación de la Segunda Etapa.*

*Que en atención al amplio interés del mercado en participar en el proceso de enajenación de esta participación accionaria, resulta viable incrementar el precio mínimo de la acción en el marco de los estudios elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para la valoración de ISAGEN, que fueron presentados al Consejo de Ministros en su sesión del 29 de julio de 2013.*

*Que en desarrollo de lo anterior, el Consejo de Ministros en su sesión del día 30 de septiembre de 2013, emitió concepto favorable respecto de modificar el precio mínimo de venta de las acciones correspondiente al programa de enajenación de estas que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S. A E.S.P, tomando como referencia el máximo valor arrojado por la metodología de flujo de caja libre descontado, conforme a los estudios presentados a consideración del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2013, elaborados por la banca de inversión contratada por Fonade para tal efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 226 de 1.995”.*

3.1.4.- Finalmente, el Decreto 1512 de 2014 manifiesta:

*“Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del Decreto 1609 de 2013, modificado por el Decreto 2316 de 2013, la vigencia del Programa de Enajenación de las acciones que la Nación -Ministerio de Hacienda Y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P., será de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación del decreto, la cual se realizó el 30 de julio de 2013.*

*Que en el mencionado artículo 28 del Decreto 1609 de 2013 se dispuso que el Gobierno Nacional podrá prorrogar el término del Programa de Enajenación hasta*

*por un (1) año más, en el evento en que ello sea conveniente para cumplir los propósitos y objetivos del mismo.*

*Que el Programa de Enajenación de que trata el Decreto 1609 de 2013 fue suspendido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, por auto del 26 de marzo de 2014 -notificado por estado el 28 de marzo-, suspensión que fue levantada por el mismo Tribunal en auto del 21 de mayo de 2014, notificado en la misma fecha.*

*Que, en consecuencia, el Programa de Enajenación de que trata el Decreto 1609 de 2013 está vigente hasta el día 24 de septiembre de 2014, en razón al restablecimiento de términos de que fue objeto conforme a la fecha del auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo que resolvió el recurso de súplica y levantó la suspensión provisional.*

*Que es conveniente prorrogar el término de vigencia del Programa de Enajenación de acciones para cumplir con los propósitos y objetivos del mismo y con el fin de dar mayor plazo a los oferentes para evaluar la inversión y participar en el proceso.*

*Que, en consecuencia, el Consejo de Ministros en sesión del día 12 de agosto de 2014, autorizó prorrogar el término de vigencia del programa de enajenación autorizado mediante el Decreto 1609 de 2013, por un (1) año más, contado a partir de la fecha de vencimiento del Programa de Enajenación”.*

3.1.5.- La lectura de los considerandos de los actos demandados permite concluir que los mismos están sustentados en circunstancias fácticas y jurídicas y no, como lo afirma la senadora Gaviria Correa, en expresiones genéricas y sin contenido.

Obsérvese que entre los hechos que sustentan las decisiones adoptadas por los actos demandados, se encuentran los siguientes: **(i)** la Nación es propietaria de la mayoría de las acciones de ISAGEN; **(ii)** existe un convenio interadministrativo para realizar la gerencia del programa de enajenación de la participación accionaria de la nación en las diferentes empresas, previsto por el documentos Conpes 3281 de 2004; **(iii)** existe concepto favorable de los Ministros; **(iv)** la Defensoría del Pueblo conoce el programa de enajenación de ISAGEN; **(v)** se suscribió una oferta de acuerdo de accionistas de ISAGEN; **(vi)** existe un amplio interés del mercado en participar en el proceso de enajenación de ISAGEN y; **(vii)** la Sección Cuarta del Consejo de Estado suspendió el proceso de enajenación pero luego fue levantada la medida.

Igualmente, las decisiones adoptadas en los decretos se fundamentan, esencialmente, en los artículos 60 y 189-11 de la Constitución, la Ley 226 de 1995 y en el documento Conpes 3281 de 2004.

De esa motivación es clara la finalidad pretendida por el Gobierno Nacional, que no es otra que implementar el procedimiento para la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN, fijar su plazo, así como el valor de las acciones.

Así las cosas, no es posible predicarse falta de motivación de los actos cuya suspensión se solicita.

3.1.6.- Como la enajenación de las acciones que el Estado posee en empresas o públicas o privadas es una facultad discrecional del Gobierno, éste la puede ejercer cuando lo considere conveniente para adoptar o ejecutar las políticas de su plan de gobierno.

Se advierte que las razones políticas o de conveniencia que llevaron al Gobierno Nacional a tomar la decisión de venta y a establecer la destinación específica de los recursos que se obtendrían con la misma, son aspectos que, en principio, escapan al control del juez ordinario, como tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Cuarta de esta Corporación en la sentencia del 10 de septiembre antes citada; más cuando el artículo 4 de la Ley 226 de 1995 prevé que el producto de las enajenaciones de la participación accionaria del Estado en una empresa, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo, para cumplir con los planes de desarrollo respectivos.

En consecuencia, no era necesario que en el Decreto 1609 de 2013 el Gobierno Nacional manifestara que los recursos obtenidos con la venta de ISAGEN ingresarían al presupuesto del Ministerio de Hacienda –propietario de las acciones- para ejecutar los planes de desarrollo a su cargo.

3.1.7.- De otro lado se advierte que la destinación de los recursos a uno u otro proyecto específico del plan de desarrollo del Ministerio de Hacienda es una decisión política que tampoco debía quedar plasmada en los decretos demandados. Varias son las razones que sustentan esa afirmación:

- (i) La Ley 226 de 1995, le exige al Gobierno Nacional, cuando éste decida vender su participación accionaria en una empresa, adoptar un programa de enajenación que fije las reglas de venta. No le exige determinar con anticipación la destinación específica de los recursos que obtendría con la venta.
- (ii) La adopción o ejecución de los programas incluidos en el plan de desarrollo del titular de las acciones son decisiones eminentemente políticas y, por ende, discrecionales –no arbitrarias-. Al ser una potestad discrecional, el Gobierno está facultado para adoptar entre varias alternativas posibles y legales la destinación de los recursos que obtiene por la venta de sus acciones.
- (iii) La decisión sobre la destinación específica de los recursos obtenidos por la enajenación de la participación accionaria en una empresa no necesariamente debe adoptarse antes de o en el momento en que se expida el programa de enajenación. Todo dependerá de la planeación presupuestal y de las prioridades de inversión que tenga el titular de las acciones, las cuales siempre dependerán del plan de gobierno de turno.

3.1.8.- En ese contexto, debe concluirse que la decisión del Gobierno Nacional de enajenar las acciones que tiene en ISAGEN está debidamente motivada y el ejercicio de esa facultad es legítimo y válido a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución y la Ley 226 de 1995.

Al respecto, en la sentencia del 10 de septiembre de 2015, que debe acatar el suscrito magistrado por obvias razones, se dijo:

*“En el sub judice, la Sala advierte que el Gobierno Nacional sí estaba facultado para adoptar la decisión de enajenar su participación accionaria en Isagén — decisión que finalmente fue adoptada por el artículo 1 del Decreto 1609—, como pasa a explicarse a continuación.*

*El documento Conpes 3281 del 19 de abril de 2004<sup>4</sup> estableció una estrategia para el aprovechamiento de recursos públicos, para cumplir, entre otras, las*

---

<sup>4</sup> El Consejo de Política Económica y Social Conpes es un organismo asesor del Gobierno Nacional en aspectos relacionados con el desarrollo económico del país. Según el artículo 2 del Decreto 627 de 1974, el Conpes cumple las siguientes funciones:

1. Servir de organismo coordinador y señalar las orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno.
2. Recomendar para adopción del Gobierno la política económica y social que sirva de base para la elaboración de los planes y programas de desarrollo.
3. Estudiar y recomendar al Gobierno, para que sean sometidos al Congreso Nacional, los planes y programas de desarrollo que le presente el Departamento Nacional de Planeación, como resultado del estudio

siguientes finalidades: **I)** sanear las finanzas públicas, **II)** propiciar los programas de democratización de propiedad accionaria, **III)** fortalecer el mercado de capitales, **IV)** obtener recursos para destinarlos a las finalidades del Estado y **V)** promover el desarrollo regional.

En concreto, como una de las formas para lograr esos objetivos, el Conpes 3281 recomendó adelantar una estrategia coordinada entre las diferentes entidades estatales para identificar los activos de la Nación que podrían ser objeto de aprovechamiento o enajenación. El artículo primero del Decreto 1609 del 30 de julio de 2013 (acto acusado) se enmarca dentro de este objetivo, en cuanto demuestra la decisión del Gobierno Nacional de enajenar el activo radicado en Isagén.

Las anteriores recomendaciones fueron reiteradas en el documento Conpes 3760 del 20 de agosto de 2013, en cuanto se refirió a la posibilidad de destinar recursos obtenidos de la enajenación de activos a la financiación de proyectos de infraestructura bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales. En el capítulo de recomendaciones se señala:

*Se recomienda al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de la estrategia de enajenación de los activos de la Nación, destinar los recursos de la venta de la participación accionaria en Isagen S.A. a financiar este programa; así como contemplar cualquier otra alternativa para financiar los proyectos 4G, atendiendo en cualquier caso a la evolución de los ingresos de la Nación y asegurando que el desarrollo de dichos proyectos no aparte a la Nación de una deuda sostenible en el mediano plazo definida en el Marco Fiscal a Mediano Plazo.*

En la misma dirección, el artículo 260 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010–2014, había establecido, antes de la expedición del Decreto 1609, que «El Gobierno Nacional definirá los instrumentos necesarios para garantizar la adecuada administración, representación y tenencia de la participación accionaria de las entidades estatales del orden nacional». De hecho, en el documento Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010 -2014<sup>5</sup>, se explicó de manera más específica que el Gobierno Nacional debe:

*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*

---

y evaluación de los planes y programas sectoriales, regionales y urbanos elaborados por o con la intervención de los Ministerios, Departamentos Administrativos y entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

4. Estudiar los informes periódicos u ocasionales que se le presenten a través de su Secretaría Ejecutiva, sobre el desarrollo de los planes, programas y políticas generales sectoriales, regionales y urbanos, y recomendar las medidas que deban adoptarse para el cumplimiento de tales planes y programas.

5. Estudiar y definir las bases de los programas de inversión y de los gastos públicos de desarrollo sobre los cuales debe elaborarse el proyecto de presupuesto que el Gobierno presente a la Consideración del Congreso Nacional.

6. Aprobar o improbar el otorgamiento de garantías por parte de la Nación o préstamos externos.

7. Las demás que le hayan sido señaladas o se le señalen por otras disposiciones de carácter legal.

<sup>5</sup> Conforme con el artículo 2 de Ley 1450 de 2011, el documento Bases del Plan Nacional de Desarrollo hace parte de la ley del plan nacional de 2010 -2014.

*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.). Se destaca.***

*Lo anterior le permite a la Sala concluir que no es nulo el artículo 1 del Decreto 1609, que aprobó el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén, por cuanto la decisión adoptada hace parte de una política económica de financiación que le permite al Estado decidir discrecionalmente qué activos optimiza o cuáles otros enajena, en el ámbito de las competencias del Gobierno Nacional.*

*El Gobierno Nacional decidió discrecionalmente desprenderse de las acciones de Isagén y la Sala advierte que el ejercicio de esa facultad es legítimo y válido a la luz de los mandatos generales que habilitan al Estado para decidir la forma en que obtiene recursos para financiar proyectos de infraestructura, en el marco de una determinada política económica.*

*La Sala insiste en que no le corresponde examinar el alcance ni la conveniencia de esa política económica, sino que basta establecer que la decisión esté conforme con los mandatos generales que habilitan al Estado a vender uno u otro activo.* (Subrayas fuera de texto).

### **3.2. De la falsa motivación porque el programa de enajenación de ISAGEN no se sustentó estudios técnicos**

3.2.1.- Para la demandante los decretos acusados deben suspenderse porque es falso que se hayan sustentado en estudios técnicos tal como se afirma en uno de los considerandos del Decreto 1609 de 2013.

En su sentir, era necesaria la realización de estudios previos que avalaran la viabilidad económica, necesidad y/o conveniencia de la venta, omisión que vulnera los principios de eficiencia, eficacia y moralidad administrativa que rigen la función pública, establecidos en el artículo 209 de la Constitución, así como los principios de economía, planeación y de responsabilidad, consagrados en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993.

3.2.2.- El despacho encuentra que el asunto planteado en esta oportunidad fue resuelto, con efecto de cosa juzgada, en la sentencia del 10 de septiembre de 2010<sup>6</sup> –numeral 2.3.3. de la parte considerativa-.

Tal como lo afirmó la Sala en esa sentencia, la Ley 226 de 1995 no exige que haya un estudio *ad hoc* que determine si es conveniente y oportuno vender una determinada participación accionaria.

Lo que el Legislador exige es que la enajenación accionaria se realice con base en estudios técnicos que comprendan la valoración de la entidad, de las acciones y todas las condiciones del mercado, tal como lo señala el artículo 7 *ibídem*; estudios que sí existieron y fueron los que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta para decidir la venta y el precio de la acción.

En efecto, de acuerdo con lo expuesto en dicha sentencia, el programa de enajenación de las acciones que la Nación posee en ISAGEN se realizó a partir del avalúo técnico-financiero elaborado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink, el cual fue avalado mediante el concepto técnico rendido por Valfinanzas Banca de Inversión.

3.2.3.- Es un hecho cierto que los decretos demandados contaron con los estudios técnicos exigidos por ley –valoración de la entidad, de las acciones y todas las condiciones del mercado-, por lo que puede decirse que en realidad si existió un estudio de conveniencia para vender ISAGEN a los precios que el Gobierno Nacional fijó y mediante la programación que diseñó en el Decreto 1609.

No puede exigirse, como lo pretende la demandante, la realización de un estudio de conveniencia que demuestre que el Gobierno Nacional bien podía vender otros activos y no los radicados en ISAGEN o financiar sus proyectos con otros recursos y no con los provenientes de la venta de su participación accionaria, pues tal requisito no está contenido en la ley ni es pertinente dado que se trata de una facultad discrecional.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00 (21025) –acumulado-, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

### **3.3. De la falsa motivación porque la Ley 226 de 1995 no excluye la aplicación de la Ley 80 de 1993**

3.3.1.- De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda y en la solicitud de medidas cautelares, el Decreto 1609 de 2013 incurre en falsa motivación al afirmar que el artículo 2 de la Ley 226 de 1995 excluye la aplicación de la Ley 80 de 1993, dado que el proceso de enajenación debe estar guiado por los principios de la contratación estatal.

3.3.2.- El Despacho comparte apreciación de la solicitante en el sentido de que el proceso de enajenación de la participación accionaria de la Nación en una empresa debe estar guiado por los principios propios de la Administración Pública. Sin embargo, considera que no existe falsa motivación.

La Ley 80 de 1993 no es aplicable para los procesos de enajenación de activos en lo que tiene que ver con los procedimientos de selección del contratista, en este caso, del comprador o compradores, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 226 de 1995.

Por tal razón, necesariamente debe concluirse que es cierta la afirmación hecha en los considerandos del Decreto 1609 de 1993 y, por ende, no habría razón para decretar la medida cautelar.

### **3.4. De la falsa motivación porque los motivos expresados en los actos demandados no coinciden con las declaraciones del Gobierno Nacional**

3.4.1.- Se dice en la demanda y en la solicitud de medidas cautelares que los Decretos 1609 de 2013, 2316 de 2013 y 1512 de 2014 adolecen de falsa motivación porque los considerandos no coinciden con los motivos expresados por el Gobierno Nacional en diversas declaraciones de prensa y en las respuestas que le otorgó al Congreso cuando se efectuó el control político respectivo.

De hecho, de las diferentes intervenciones del Gobierno puede concluirse que la venta de ISAGEN está motivada en: **i)** la necesidad que tiene el Gobierno para financiar las vías 4G, ya que el dinero obtenido por la venta se entregará a la

Financiera de Desarrollo Nacional o al FONDEX para apalancar el 10% del crédito del mega proyecto a los constructores; **ii)** el hecho de que la rentabilidad financiera de la inversión en infraestructura será mayor que la generen los dividendos por la participación en ISAGEN y; **iii)** el hecho de que Gobierno ya cumplió su ciclo en el sector eléctrico porque la capacidad de generación de energía eléctrica en el país es suficiente.

3.4.2.- Como se dijo anteriormente, en los actos demandados se expresaron las razones de hecho y de derecho que llevaron al Gobierno Nacional a adoptar la decisión de vender las acciones de ISAGEN; razones que a la luz de la Constitución y la ley son suficientes para motivar los actos de enajenación.

El Gobierno Nacional, se insiste, no estaba obligado a manifestar en los considerandos de los decretos demandados las razones políticas o de conveniencia que lo llevaron a tomar la decisión de venta y, mucho menos, a establecer la destinación específica de los recursos que se obtendrían con la venta.

Al tratarse de una decisión eminentemente política y, por ende discrecional, el control que debe ejercerse sobre la conveniencia de dicha decisión le corresponde fundamentalmente al Congreso, no al juez ordinario de lo contencioso administrativo.

3.4.3.- Recuérdese que tal como lo estableció la Sección en la sentencia del 10 de septiembre de 2015, la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN surgió de la recomendación general que se hizo en el documento Conpes 3281 de 2004 para la aprovechamiento de los recursos públicos mediante la enajenación de la propiedad de las entidades estatales sobre empresas públicas o privadas, la cual se hizo obligatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley 1450 de 2011 (Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014).

Así mismo, la decisión de destinar los recursos obtenidos por la venta de ISAGEN a la financiación de las vías 4G, estuvo sustentada en las recomendaciones efectuadas en el documento Conpes 3760 de 2013.

En ese sentido, se concluye, como en efecto se hizo en la sentencia citada, que la decisión de vender ISAGEN estuvo ajustada a derecho. Cosa distinta es el control político y de conveniencia y el control sobre la debida ejecución de los recursos.

3.4.4.- De acuerdo con lo expuesto, no es posible predicar la contradicción alegada por la demandante y, mucho menos, una falsa motivación, porque si bien en los actos demandados se expresaron los fundamentos de hecho y las razones jurídicas que motivaron la decisión, las diversas declaraciones dadas por el Gobierno Nacional, especialmente ante el Congreso de la República, están referidas a los motivos políticos y de conveniencia que lo llevaron no sólo a tomar la decisión de venta sino a elegir la destinación de los recursos.

Unas son las razones jurídicas que sustentan la decisión y, otras, esencialmente diferentes, las razones políticas o de conveniencia que motivan a tomarla. Si bien ambas se complementan, por obvias razones no pueden ser idénticas y tampoco deben estar plasmadas en los mismos actos, pues obedecen a momentos y circunstancias diferentes.

### **3.5. Falsa motivación porque las declaraciones hechas por el Gobierno Nacional en los medios de comunicación y ante el Congreso no son ciertas**

3.5.1.- Para la solicitante los decretos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación, toda vez que las afirmaciones hechas por el Gobierno en los medios de comunicación y ante el Congreso para justificar la venta de ISAGEN son falsas y atentan contra los principios de razonabilidad, sensatez, responsabilidad, transparencia, economía, planeación, prudencia administrativa, proporcionalidad, conveniencia, oportunidad y legitimidad.

Lo anterior por cuanto:

- (i) La venta de ISAGEN no es necesaria para financiar las vías 4G, ya que existen otras alternativas para su financiamiento.
- (ii) No es claro el valor que se requiere para la financiación de las vías 4G ni cuánto de la venta de ISAGEN estaría destinado para dicho fin.

- (iii) Los entes de control han advertido sobre los riesgos de vender ISAGEN y los riesgos de invertir el dinero de la venta en vías.
- (iv) No es cierto que la venta de ISAGEN sea necesaria para financiar las vías 4G.
- (v) Es falso que con la venta de ISAGEN la Nación esté cambiando un activo por otro.
- (vi) Es incierta la destinación de los recursos que ingresen por la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN.
- (vii) No es cierto que la Nación haya cumplido su ciclo en el mercado de energía eléctrica y que este sector no requiera de la participación del Estado.
- (viii) Existe incertidumbre sobre la administración de los recursos que se obtengan por la venta de ISAGEN.
- (ix) No es cierto que ISAGEN, como activo, no pueda salir del país.

3.5.2.- Como se expuso anteriormente y en la sentencia del 10 de septiembre de 2015 antes citada, los motivos políticos o de conveniencia que llevaron al Gobierno a adoptar la decisión de vender ISAGEN no son objeto de control por parte del juez ordinario de lo contencioso administrativo. Además, como no están plasmados en los decretos demandados, porque no era necesario, no pueden considerarse como motivos de los actos y, por ende, no pueden ser controlarse por esta vía judicial.

Tal como se manifestó dicha sentencia, *“el control fiscal o el control político o aún el control social sobre esa decisión no es del resorte de la acción de nulidad simple ni de la acción de nulidad por inconstitucionalidad incluso, pues son acciones para ventilar la conformidad de decisiones administrativas con normas preexistentes contenidas en la Constitución y la ley”*.

Por tal razón, no existe razón para decretar la medida cautelar solicitada por estos argumentos.

### **3.6. De la desviación de poder**

3.6.1.- De acuerdo con la demanda y el escrito de solicitud de medida cautelar, los actos demandados incurren en desviación y abuso de poder porque persiguen una finalidad distinta al bien común y al interés general, circunstancia que vulnera los artículos 29, 83, 114, 209, 224, 365 y 366 de la Constitución. Y eso “se evidencia al analizar la proporcionalidad de la decisión, al ponderar el tipo de activo a vender, el posicionamiento del mercado del activo en venta, el tipo de destinación de los recursos a recibir y el impacto de la venta. Es decir, los efectos fiscales, financieros, sociales, ambientales, jurídicos, laborales, de continuidad del servicio, de soberanía, el impacto prospectivo en el desarrollo del sector, la economía en general, entre otros”.

También fundamentan la desviación de poder en el hecho de que el Gobierno Nacional no ha tomado ninguna medida que permita corregir los riesgos que se evidenciaron en el estudio “*Second Review of Firm Energy Auctions in Colombia*”, contratado por la CREG en el año 2012. Por el contrario, “ha tomado decisiones que podrían aumentar aún más el riesgo de no poder garantizar la demanda de energía al decidir poner en venta la empresa ISAGEN”.

Igualmente, hay desviación de poder, en sentir de la demandante, porque con la venta de ISAGEN “los usuarios de los servicios de energía, se ven abocados a riesgos y cambios que afectan su calidad de vida, por ser un mercado oligopólico, lo cual pone en peligro la expansión, la confiabilidad y las tarifas”, más cuando ninguna empresa privada ha invertido, en los últimos 10 años, en proyectos de generación de más de 500 MW.

3.6.2.- La desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo. Este vicio se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de quien actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas en las que debe fundarse que, tratándose de actos discrecionales, no es otro que el interés general o el bien común<sup>7</sup>.

Así pues, “demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.

---

<sup>7</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 2 de septiembre de 2003, radicado: 23001-23-21-000-1997-8661-01 (213775), C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

*Cuando se invoca este vicio, necesariamente, **la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión***<sup>8</sup> (Negrillas fuera de texto).

3.6.3.- Detectar la desviación de poder puede resultar a veces complicado por la apariencia de legalidad del acto. Es por esto que **se deben confrontar los fines queridos por la norma con los del sujeto que expidió el acto cuestionado.**

Como se trata de confrontar los fines queridos por la norma, esto es, los fines legales, no es posible invocar, para efectos de demostrar la desviación de poder, argumentos sobre la conveniencia económica, política o social de la decisión adoptada. De lo que se trata es de demostrar que con la decisión se persiguió un fin extraño al establecido en la norma o uno contrario al interés general, esto es, un fin particular o privado, y no que la adopción de otro tipo de decisión era más conveniente o pertinente, atendida la naturaleza de la potestad o competencia ejercida, que es, como se dijo, discrecional.

3.6.4.- De acuerdo con las premisas sentadas, para el Despacho es claro que el cargo de desviación de poder alegado tampoco da lugar a la suspensión de los actos demandados porque los argumentos expuestos por la solicitante se relacionan más con la inconveniencia de la decisión, que con la desviación del fin buscado por las normas en las que se fundaron los actos demandados.

Téngase en cuenta que la finalidad del artículo 60 de la Constitución y de la Ley 226 de 1995 es que, cuando el Estado desee enajenar su participación accionaria en una empresa –facultad discrecional- se desarrolle el principio de democratización de la propiedad, se proteja el patrimonio público y se garantice la continuidad del servicio.

En ese sentido, para que en el caso concreto se pudiera alegar una desviación de poder, era necesario que se demostrara que la decisión de vender ISAGEN y el procedimiento adoptado para ello, evadía el cumplimiento de los fines mencionados. No obstante, dicho asunto ya fue decidido, con efectos de cosa

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de octubre de 2012, radicado: 25000-23-25-000-2010-00253-01 (1116-12), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

juzgada, en la sentencia del 10 de septiembre de 2015 tantas veces citada, con los siguientes argumentos que se resumen a continuación:

- (i) El Decreto 1609 de 2013 garantizó el principio de democratización de la propiedad, toda vez el Gobierno Nacional cumplió con el mandato de preferencia, al ofrecer la totalidad del paquete accionario, en la primera etapa, a los destinatarios de las condiciones especiales por un período y precio fijo con posibilidad de crédito favorable y de usar la cesantías para el efecto.

Igualmente, estableció medidas encaminadas a evitar abusos de los destinatarios de las condiciones especiales y la concentración de la propiedad, así como a garantizar que esos destinatarios adquieran acciones de acuerdo con su capacidad adquisitiva.

- (ii) No es cierto que la enajenación de ISAGEN afecte la continuidad del servicio que presta, esto es, la generación y venta de energía eléctrica y la comercialización de gas natural por redes, carbón, vapor y otros elementos energéticos de uso industrial.

Las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en el artículo 14 del Decreto 1609 y en los reglamentos de la primera y segunda etapa del proceso de enajenación son suficientes y necesarias para garantizar la continuidad del servicio que presta ISAGEN, pues el objeto social de la compañía se seguirá desarrollando independientemente de la composición accionaria.

- (iii) No puede considerarse como irrazonable o desproporcionada la decisión de vender ISAGEN, en tanto es válido, conforme con el artículo 365 de la Constitución, que los servicios públicos sean prestados por particulares, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado.

Los estudios técnicos realizados en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 226 de 1995, *“transmiten razonabilidad y proporcionalidad a la decisión de vender esa participación accionaria conforme con el artículo 60 de la Constitución y la Ley 226. No se trata, como ya se dijo, de una decisión arbitraria, sin sustento económico ni financiero alguno que el Gobierno Nacional hubiera adoptado”*.

### **3.7. De la expedición irregular**

3.7.1.- De acuerdo con lo expuesto en la solicitud de medidas cautelares los decretos demandados violan los artículos 29, 334 y 346 de la Constitución ya que la venta de ISAGEN no se incluyó en el marco fiscal de mediano plazo.

Dichos actos tampoco cumplen con la exigencia contenida en el artículo 4º de la Ley 1473 en vista de que la destinación de los recursos obtenidos por dicha venta no fueron incluidos en el 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.

Igualmente, se afirma que los decretos demandados vulneran la regla fiscal porque la venta de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN implica una alteración negativa de las cuentas fiscales en tanto no se fundamenta en una política general de sostenibilidad.

3.7.2.- Sobre esos argumentos la Sala también se pronunció en sentencia del 10 de septiembre de 2015, por lo que no habría razón para decretar la medida cautelar.

Al respecto, se dijo que como en el Plan Nacional de Desarrollo se fijan políticas públicas generales, no se requiere un grado de detalle de cada una de las operaciones en las que se concreten las políticas trazadas por el Gobierno Nacional para el cuatrienio correspondiente, razón por la que no era necesario que en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se incluyera de manera específica la enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en ISAGEN.

Sin embargo, se advirtió que la estrategia financiera sustentada en la gestión de activos sí estaba definida en el Plan Nacional de Desarrollo correspondiente al cuatrienio 2010–2014, lo que le permitía al Gobierno Nacional elegir autónomamente los bienes objeto de enajenación o consolidación.

De hecho, esa estrategia de financiación fue reiterada en el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014–2018, en cuanto dispuso que el FONDES tendría por objeto la inversión y financiamiento de proyectos de infraestructura y que sería financiado con los recursos producto de la enajenación de la participación accionaria de la Nación.

3.7.3.- En dicha sentencia también se concluyó que la decisión de enajenar las acciones de ISAGEN no violó la regla fiscal, por lo siguiente:

*I) La enajenación no genera un incremento en los niveles del gasto o de endeudamiento y, por ende, no se refleja en un aumento del déficit fiscal máximo previsto en el artículo 5 de la Ley 1473. La venta persigue la realización de un activo, esto es, el recaudo de recursos para financiar obras de infraestructura vial, finalidad que no se contrapone con la regla fiscal.*

*II) Tal como lo señaló el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la venta de activos de la Nación tiene como propósito mantener sanas las finanzas públicas porque evitan que el Gobierno Nacional acuda al endeudamiento como mecanismo de financiación, endeudamiento que sí puede incrementar el déficit fiscal.*

*III) La venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo.*

(...)

*El marco fiscal de mediano plazo es una herramienta de planificación y gestión financiera, que permite proyectar las previsiones de ingresos, gastos, excedentes, requerimientos y alternativas de financiamiento necesarios para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuesta<sup>9</sup>.*

*El marco fiscal de mediano plazo incluye un análisis detallado de los resultados macroeconómicos y fiscales observados en la vigencia anterior y la descripción de lo que se proyecta será el comportamiento futuro de las principales variables económicas y los resultados fiscales para la vigencia siguiente y el mediano plazo<sup>10</sup>.*

*En el sub lite, no es cierto que la enajenación del paquete accionario de Isagén debiera ser incluido de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo, como parece entenderlo el señor Daza Gamba, pues bastaba con que se incluyera de manera general la venta de activos como política de financiación del Estado.*

---

<sup>9</sup> MARCO FISCAL DE MEDIANO PLAZO 2014. Disponible en: <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicaFiscal/marcofiscalmedianoplazo/MF2014/06182014-Marco-Fiscal-de-Mediano-Plazo-2014.pdf>

<sup>10</sup> *Ibidem*.

(...)

*Como se ve, la política de venta de activos de la Nación sí fue prevista en el marco fiscal de mediano plazo como un mecanismo de financiación para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal. Otra cosa distinta es, como ya se explicó, que no era necesario que se aludiera específicamente a la enajenación de la participación accionaria en Isagén.*

**IV)** *La venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el proyecto de ley del presupuesto general de la Nación.*

(...)

*Como insistentemente se ha dicho, esa venta hace parte de la política general de enajenar activos, como mecanismo de financiación del Estado, política que sí fue incluida en el presupuesto general de la Nación. En efecto, en el proyecto de ley de presupuesto de 2013 sí se incluyeron en forma genérica como rentas de los recursos de capital obtenidos por la enajenación de activos de la Nación, por una suma de cinco billones de pesos<sup>11</sup>.*

*La Ley 1687 de 2013 (Presupuesto General de 2013) aprobó esa política, al punto que en el artículo 100 dispuso la creación del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura (Fondes), administrado por la Financiera de Desarrollo Nacional y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tendrá por objeto la financiación y/o la inversión en proyectos de infraestructura y será alimentado, entre otros, con recursos resultantes de la enajenación de activos de la Nación.*

*En esas condiciones, la Sala estima que bastaba la inclusión general de la venta de activos de la Nación en el proyecto de presupuesto del 2013, que fue aprobado mediante la Ley 1687.*

*En todo caso, la inclusión en esos instrumentos de la hacienda pública del producto de la venta de los activos radicados en Isagén tiene que ver con la ejecución del Decreto 1609 y no con su expedición. La nulidad se estudia frente a las condiciones de expedición de los actos y no frente a las condiciones en que debería cumplirse su ejecución.*

**V)** *Como quedó expuesto en la tercera cuestión preliminar de esta sentencia, a esta Corporación no le corresponde ejercer control de los eventuales efectos negativos que pudiera generar la enajenación de la participación accionaria de la Nación en Isagén, pues se trata de hechos futuros y aún inciertos.*

**VI)** *Por último, la Sala considera que el hecho de que el Estado deje de percibir los dividendos que reporta Isagén no implica una afectación negativa de las finanzas públicas porque, a pesar de representar un ingreso importante (que para los años*

---

<sup>11</sup>[http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/presupuestogeneraldeNacion/ProyectoPGN/2013/PROYECTO%20PGN%202013\\_2.pdf](http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/presupuestogeneraldeNacion/ProyectoPGN/2013/PROYECTO%20PGN%202013_2.pdf) .

2013 y 2014 fue de \$250.224.847.000 y \$251.733.952.000, respectivamente<sup>12</sup>), no es significativo frente a los ingresos totales del Estado y, por ende, no tiene la entidad suficiente para afectar el resultado fiscal estructural. En efecto, los dividendos que reporta la compañía no superan el 0,02 % del PIB, equivalentes al 0,1 % del total de ingresos del Gobierno Nacional, según lo informado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

### **3.8. Conclusión**

Realizado el análisis de cada uno de los cargos de la demanda y de los argumentos expuestos por la senadora Gaviria Correa en el escrito de medidas cautelares, para el Despacho es claro que ninguno da lugar a que se decrete la medida solicitada.

En esas condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA, se procederá a negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los decretos demandados, pues no existe la vulneración alegada.

### **4. De la medida cautelar de suspensión de un procedimiento o actuación administrativa**

4.1.- El artículo 229 del CPACA establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas, el artículo 230 ibídem prevé la suspensión de una actuación o procedimiento administrativo, inclusive de carácter contractual.

4.2.- Esta medida cautelar, tal como se manifestó en los autos del 14 y 28 de mayo de 2015<sup>13</sup>, no necesariamente está atada o vinculada a la ilegalidad o inconstitucionalidad de los actos demandados, sino que su adopción se justifica en

---

<sup>12</sup> Folio 623 del expediente 21025.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, autos del 14 y 28 de mayo de 2015, radicado 110010326000201400054 00 (21025) –acumulado-, Consejeros ponentes: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y Martha Teresa Briceño de Valencia, respectivamente. Providencias mediante las cuales se decretó provisionalmente la suspensión del proceso de enajenación de ISAGEN y se confirmó la misma.

la necesidad de precaver la efectividad de la sentencia que posteriormente se dicte y, por ende, los derechos e intereses involucrados en el proceso judicial.

De ahí que el artículo 231 del CPACA prevea que las medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional, como lo es la suspensión de un proceso o actuación administrativa, deban cumplir 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”.*

4.3.- Dichos requisitos son los que la doctrina y la jurisprudencia han denominado *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho, *periculum in mora* o urgencia manifiesta, y ponderación de intereses en conflicto, a saber:

*“ 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”<sup>14</sup>.*

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 21 de mayo de 2014, radicado 11001-03-24-000-2013-00534 (20946), C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

4.4.- Como puede verse, la suspensión del procedimiento o actuación administrativa es una medida cautelar diferente a la suspensión de los efectos de los actos administrativos, pues procede de manera excepcional cuando sea la única posibilidad de “*conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción*”, como lo prevé el artículo 230 numeral 2° del CPACA, siempre y cuando se cumpla con cada uno de los requisitos antes mencionados, esto es, se reitera, **(i)** que la demanda tenga apariencia de buen derecho, lo que significa, como lo precisó la Sala Plena de esta Corporación, que haya una “**probabilidad razonable de que prospere su causa**”<sup>15</sup>; **(ii)** que se produzca un daño por el tiempo que se toma en dictar la sentencia y; **(iii)** que después de hacer un juicio de ponderación de intereses, resulte más beneficioso para el interés público decretar la medida que negarla.

## 5. Análisis del caso concreto

5.1.- Mediante los autos del 14 y 28 de mayo de 2015<sup>16</sup>, proferidos en el proceso con radicado110010326000201400054 00 (21025) –acumulado-, la Sección Cuarta del Consejo de Estado suspendió, de manera provisional, el proceso de enajenación de ISAGEN.

Esa medida cautelar se decretó, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, en aras de “*precaver la efectividad de la sentencia*” o, lo que es lo mismo, “*para salvaguardar los efectos de la sentencia definitiva que deba recaer en este asunto*”.

5.2.- En esa oportunidad, en relación con la urgencia y necesidad de la medida y la ponderación de intereses se concluyó, en síntesis, que<sup>17</sup>:

**(i)** La venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN se caracteriza por tener un “*evidente interés público*”, pues “*implica la adopción de una política pública de efectos transversales en cuanto que no solo tiene*

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 17 de marzo de 2015, exp. 2014-03799 (IJ), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, autos del 14 y 28 de mayo de 2015, radicado110010326000201400054 00 (21025) –acumulado-, Consejeros ponentes: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y Martha Teresa Briceño de Valencia, respectivamente. Providencias mediante las cuales se decretó provisionalmente la suspensión del proceso de enajenación de ISAGEN y se confirmó la misma.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 14 de mayo de 2015, radicado110010326000201400054 00 (21025) –acumulado-, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*que ver con la finalidad de financiar obras públicas sino con el equilibrio presupuestal, la sostenibilidad fiscal y la presencia del Estado no en el diseño sino en la misma ejecución de políticas relativas a la satisfacción de necesidades generales, como resulta ser el servicio público de producción y comercialización de energía eléctrica”:*

- (ii) C  
omo política pública que se materializa en la expedición de actos administrativos de carácter general, está sujeta a los controles jurídicos por parte del juez de lo contencioso administrativo.
- (iii) A  
nte la eminente subasta de las acciones –segunda etapa del proceso de enajenación- y la poca participación las personas en condiciones especiales en la primera etapa, se hacía necesario la suspensión del procedimiento con el fin de garantizar una tutela judicial efectiva.
- (iv) D  
e recaer una sentencia en favor de las pretensiones de nulidad, se podría *“producir un efecto mucho más caótico frente a la seguridad jurídica que los simples efectos de una suspensión de los plazos para adelantar el procedimiento de venta de las acciones”.*
- (v) La  
sentencia que resolvería de manera definitiva las demandas instauradas transmitiría plena confianza tanto al Estado como a los inversionistas de que la negociación sería segura jurídicamente hablando; o de salir abantes las pretensiones, el Gobierno tendría la oportunidad de rediseñar la política concerniente a la transferencia de esas acciones al sector privado.

5.3.- En cuanto al cumplimiento del requisito de apariencia de buen derecho se dijo que las demandas se encontraban razonablemente fundadas, pues contaban con razones suficientes y claras de derecho y hecho para reclamar la pretensión, especialmente en lo que tenía que ver con la supuesta vulneración del principio de democratización consagrado den el artículo 60 de la Constitución. De hecho, en la providencia por la cual se resolvió el recurso de súplica contra la decisión de suspender el procedimiento de enajenación de ISAGEN, la Sala expresamente manifestó que<sup>18</sup>:

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 28 de mayo de 2015, radicado110010326000201400054 00 (21025) –acumulado-, Consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.

“... si bien existe un precedente de esta Sección en el que se sostiene que la limitación individual de la compra de acciones para las personas que se encuentran en condiciones especiales es una medida administrativa que puede tomar el Gobierno en el decreto de enajenación<sup>19</sup> –como lo sostiene el Ministerio Público en el recurso-, no puede desconocerse –tal como lo pone de presente el demandante- que la Corte Constitucional en la sentencia C-384 de 1996 condicionó la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 226 de 1995 en el entendido de que las medidas adoptadas por el Gobierno en los decretos de enajenación sólo podían ser de carácter administrativo, pues el único facultado para imponer limitaciones a los destinatarios de condiciones especiales era el legislador.

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

5.4.- Ahora bien, analizados en el caso concreto los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar de suspensión de un procedimiento administrativo, el Despacho concluye que en esta oportunidad no es procedente su decreto.

Y eso es así, por cuanto una vez estudiados los cargos de la demanda y del escrito de solicitud de las medidas cautelares, es claro que no se cumple con el requisito *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho, ya que no existe una probabilidad razonable de que prospere la demanda, tal como se explicó al analizar la solicitud de suspensión de los efectos de los actos administrativos.

En ese orden de ideas, se procederá a negar la solicitud de suspensión del proceso administrativo de enajenación de ISAGEN.

## **6. Sobre la audiencia inicial**

Una vez vencido el término de traslado de la demanda y consultada la agenda de los despachos de los demás magistrados que componen la Sala de Decisión, se fijará con prelación la primera audiencia de trámite para adelantar el procedimiento correspondiente, de acuerdo con la solicitud efectuada por la demandante.

En mérito de lo expuesto, se:

### **RESUELVE**

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de septiembre de 2008. Radicado 11001-03-27-000-2005-00055-00 (17739). Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa.

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

2.- Por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, se **NIEGA** la medida cautelar de **SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL PROCESO DE ENAJENACIÓN DE LAS ACCIONES QUE LA NACIÓN POSEE EN ISAGEN.**

3.- Una vez vencido el término de traslado de la demanda y consultada la agenda de los despachos de los demás magistrados que componen la Sala de Decisión, se fijará con prelación la primera audiencia de trámite para adelantar el procedimiento correspondiente.

4.- Se reconoce personería a la abogada Juanita María López Patrón, como apoderada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con las resoluciones No. 421 de 2014 y 047 de 2015, que obran en los folios 50 a 57 del cuaderno de las medidas cautelares.

5.- Se reconoce personería al abogado Diego Ignacio Rivera Mantilla, como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con la Resolución No. 2736 de 2013, que obra en los folios 132 a 133 del cuaderno de las medidas cautelares.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**  
**Consejero Ponente**