

258
207

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000201301959-00
Demandante: ÁLVARO URIBE VÉLEZ
Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS
MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS
Asunto. Corre traslado medida cautelar.

ANTECEDENTES

Por escrito radicado el 8 de agosto de 2013 el señor Álvaro Uribe Vélez, quien actúa por conducto de apoderado judicial, interpuso el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos en contra de la Presidencia de la República, del Consejo de Ministros y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El actor popular solicitó la protección de los siguientes derechos e intereses colectivos: (i) la moralidad administrativa; (ii) la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; (iii) la defensa del patrimonio público; (iv) la seguridad y salubridad públicas; (v) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y (vi) los derechos de los consumidores y usuarios; los cuales se encuentran consagrados en los literales b), c), e), g), j) y n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998. (Fls. 1 a 28 de este cuaderno).

Considera el actor popular que tales derechos se transgredieron con ocasión de la decisión adoptada por el Gobierno Nacional en el sentido de poner en venta las acciones que la Nación posee en la empresa Isagen S.A. ESP.

Mediante providencia de 13 de agosto de 2013 se inadmitió la demanda con el fin de que se acreditara el cumplimiento del requisito de procedibilidad consistente en la reclamación ante las entidades demandadas sobre la protección de los derechos e intereses colectivos presuntamente vulnerados, en los términos de los artículos 144 y 161, numeral 4º, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, también denominado de constitución en renuencia, para lo cual se le concedió al actor un término de tres (3) días con el fin de subsanarla (Fls. 83 a 86 *ibídem*).

Lo anterior, bajo los siguientes argumentos: (i) las solicitudes que se allegaron como de constitución en renuencia, en realidad lo fueron en ejercicio del derecho de petición presentado ante las accionadas que no cumplieron con las formalidades exigidas porque no señalaron los derechos colectivos presuntamente vulnerados; (ii) en las aludidas solicitudes no se pidió a las autoridades respectivas la protección de los derechos colectivos invocados; (iii) no se cumplió con el término de quince (15) días que prescribe el artículo 144 *ibídem* para permitirles a las entidades accionadas que se pronunciaran sobre el particular; y (iv) el requisito anterior, o de constitución en renuencia, no se pudo obviar en dicho caso ante la ausencia de medios de prueba que sustentaran la existencia de un "inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable" en detrimento de tales derechos colectivos objeto del medio de control.

En memorial radicado el 20 de agosto de 2013 el actor popular presentó oportunamente escrito de subsanación de la demanda, en el que expuso una serie de argumentos tendientes a demostrar la existencia del "inminente peligro de ocurrencia de un perjuicio irremediable" frente a cada uno de los derechos colectivos invocados (Fls. 90 a 105 de este cuaderno).

Mediante auto de la fecha este Tribunal dispuso tener por subsanada la demanda de acción popular, admitir la misma y, merced al aporte de pruebas hecho con la subsanación, eximir al actor popular de constituir en renuencia a las accionadas por considerar que:

"(...) reposan nuevos elementos en el proceso, que si bien no son concluyentes en tanto no pueden ser valorados como prueba de la vulneración de los derechos colectivos invocados, aspecto de fondo que deberá ser analizado al momento de emitir fallo, son suficientes para que en esta etapa preliminar del proceso fundamenten la excusa a la parte actora de agotar el requisito de procedibilidad de la constitución en renuencia, al que ya se ha aludido por parte del Tribunal."

CONSIDERACIONES

En el escrito de la demanda el actor popular solicitó, de conformidad con el artículo 25 de la ley 472 de 1998, la adopción de una serie de medidas cautelares; la más relevante de las cuales consistía en que se ordenara la suspensión del proceso de expedición del decreto que llegare a contemplar el programa de enajenación de las acciones del Estado en ISAGEN S.A. ESP; y, en general, la cesación de los actos por medio de los cuales las entidades accionadas estaban desarrollando el proceso de enajenación de la participación de la Nación en la citada empresa (Fl. 23).

Posteriormente, en el escrito de subsanación de la demanda solicitó que se decretara medida cautelar de urgencia en virtud del artículo 234 de la ley 1437 de 2011 consistente en declarar la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1609 del 30 de julio 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. ESP" al igual que los actos administrativos que versen sobre el tema que es sujeto de este medio de control. Se aduce para el efecto que la medida es conducente, prudente y pertinente en virtud de la amenaza y el peligro inminente de perjuicio irremediable a los derechos e intereses colectivos que se invocan en la demanda (Fl. 100).

Este Tribunal, en auto de la fecha, determinó que reposaban nuevos elementos en el proceso que si bien no eran concluyentes en tanto no

261
110

podían ser valorados como prueba de la vulneración de los derechos colectivos invocados, eran suficientes para que en esa etapa preliminar del proceso (la de admisión de la demanda) fundamentaran la excusa a la parte actora de agotar el requisito de procedibilidad de la constitución en renuencia.

Sin embargo “el inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable” al que se refiere el artículo 144, inciso final, de la ley 1437 de 2011 no puede equipararse al requisito de la “urgencia” para decretar la medida cautelar del artículo 234 del Nuevo código, que no exige correr traslado a la contraparte antes de resolver, porque mientras en la primera de las situaciones descritas – la admisión de la demanda- se está excusando el cumplimiento de un requisito de procedibilidad del medio de control; la segunda de ellas – el decreto de la medida cautelar de urgencia– implica una determinación que habrá de afectar una posición jurídica particular y, por lo tanto, el umbral de exigencia ha de ser mucho mayor.

En consecuencia, los medios de prueba aportados por el actor popular en el escrito de subsanación de la demanda¹ que sirvieron de fundamento para admitirla sin exigir la constitución en renuencia a las entidades accionadas no muestran en las actuales condiciones del acervo probatorio la entidad suficiente para que se proceda al decreto de una medida cautelar de urgencia, prevista en el artículo 234 de la ley 1437 de 2011, esto es, sin correr traslado a las entidades accionadas con el fin de que se pronuncien sobre la solicitud.

Por lo tanto, el derrotero normativo que corresponde aplicar en el presente caso es el procedimiento previsto en el artículo 233 de la ley 1437 de 2011, con la precisión que pasará a efectuar el Tribunal.

El H. Consejo de Estado, Sección Primera, en auto de 26 de abril de 2013, con ponencia de la Magistrada María Elizabeth García González, consideró

¹ Nos referimos a: (i) el Decreto 1609 de 30 de julio de 2013; (ii) el documento “Acercamiento al ejercicio de valoración de la empresa ISAGEN a partir de la mejor información secundaria existente.”; y (iii) el Documento Conpes 3339 de 28 de febrero de 2005 (Fis. 125 a 138).

que debe propenderse por una aplicación armónica de las normas sobre medidas cautelares previstas en la ley 472 de 1998 y las disposiciones que sobre cautelas están contempladas en el capítulo XI de la ley 1437 de 2013, en la perspectiva de abogar por un estatus jurídico que brinde la mayor protección a los derechos e intereses colectivos:

"Considera la Sala que las disposiciones contenidas en el capítulo XI del CPACA sobre medidas cautelares, deben ser interpretadas de manera armónica con la Ley 472 de 1998, pues en algunos casos aquellas normas resultan ser menos garantistas en tratándose de la protección de derechos colectivos.

(...)

Visto lo anterior, se advierte que la Ley 472 de 1998 le otorga amplias facultades al Juez Popular para que decrete cualquier medida cautelar para salvaguardar un derecho colectivo, lo cual no ocurre con el artículo 230 CPACA, el cual limita el accionar del juez constitucional, únicamente a las medidas taxativamente consagradas, de suerte que, dicha norma resulta ser restrictiva y retrocede el camino avanzado en materia de protección de derechos colectivos, razón por la cual la Sala, en aras de armonizar la aplicación de las normas en mención, entiende que el Juez popular sigue estando facultado para decretar cualquier medida cautelar y en particular, si así lo considera necesario, las contempladas en los artículos 25 y 230 de la ley 472 de 1998 y del CPACA, respectivamente.

(...)

Por lo demás, considera la Sala que las otras disposiciones de la Ley 1437 de 2011, no amenazan las garantías ya otorgadas por la Constitución y la Ley 472 de 1998 para la protección de los derechos colectivos, razón por la que se pueden aplicar en su totalidad." (Destacado por el Tribunal).

En este orden de ideas, se observa que el régimen de las medidas cautelares previsto en el capítulo XI de la ley 1437 parece limitar la actuación del juez de lo contencioso administrativo pues el decreto de la medida no es oficioso, artículo 229 (salvo la cautelar de urgencia); es el demandante quien debe presentar los "documentos, informaciones, argumentos y justificaciones" para pedir la cautela, artículo 231, numeral 3; y debe otorgarse caución (como regla general), artículo 232.

Sin embargo, la debida "armonización" y el criterio de mayor protección con el que se debe obrar en casos de derechos e intereses colectivos, según el enfoque precitado del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, permiten advertir que consulta el propósito de las acciones populares, o medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, que

263
212

el juez de la acción popular pueda adecuar la solicitud de medida cautelar de urgencia (artículo 234) a la de medida cautelar ordinaria (artículo 233) así como decretar pruebas de oficio.

Conforme al razonamiento anterior el Tribunal dispondrá (i) negar la solicitud de medida cautelar de urgencia, prevista en el artículo 234 de la ley 1437 de 2011; (ii) dar a la presente medida cautelar el trámite consagrado en el artículo 233 de la ley 1437 de 2011; y (iii) decretar unas pruebas de oficio dado que se requiere contar con mayores elementos de juicio para resolver la cautela y en consideración a que esta Corporación, en oportunidades anteriores, ha decretado pruebas dentro del trámite de una medida cautelar en acciones populares².

Por consiguiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A",

RESUELVE

PRIMERO.- NIÉGASE la solicitud de medida cautelar de urgencia, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011-, por Secretaría córrase traslado a las entidades y autoridades demandadas por el término de cinco (5) días para que se pronuncien en escrito separado acerca de la medida cautelar solicitada por la parte demandante a folios 23 y 100 del expediente.

TERCERO.- Decrétense de oficio las siguientes pruebas:

a). Líbrese oficio al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público para que

² Sección Primera, Subsección "A", Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Expediente No. 110013331030200700141-01. Demandante: Luis Bernardo Fandiño. Demandado: Secretaría de Planeación Distrital. Auto de 3 de junio de 2008.

allegue los estudios técnicos realizados bajo los términos del artículo 7° de la Ley 226 de 1995, para efectos de la expedición del Decreto 1609 de 30 de julio de 2013 "Por la 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."

En atención a que dichos documentos tienen el carácter de reservados, tal como lo estipuló el numeral 5° del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando éstos sean allegados a este Tribunal, guárdense bajo llave y manténganse en custodia por parte de la señora Secretaria de la Sección Primera de esta Corporación, los cuales no podrán ser exhibidos bajo ninguna circunstancia.

b). Líbrese oficio al señor Secretario General del Congreso de la República para que certifique si se presentó ante dicho órgano, durante los primeros sesenta (60) días del presente año, el Plan de Enajenación Anual de forma global junto con sus avalúos preliminares respectivos, relacionado con el programa de enajenación de las acciones que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P., conforme al párrafo del artículo 8° de la Ley 226 de 1995.

c). Líbrese oficio al señor Gerente General de la compañía ISAGEN S.A. E.S.P. para que allegue copia auténtica, completa y legible de la minuta del contrato suscrito con la compañía Power Finance Trust Limited en el año 2005 para un préstamo de dinero, así como certificación de la suma solicitada y de la suma adeudada a la fecha.

Término para que los funcionarios mencionados den cumplimiento a la presente orden: tres (3) días a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado