

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN QUINTA**  
**Consejero (E): ALBERTO YEPES BARREIRO**

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

Radicación Número: 110010315000**20140154400**  
Accionante: Enrique Alfredo Daza Gamba  
Accionado: Consejo de Estado–Sección Cuarta

***Fallo- Primera instancia***

La Sala decide la acción de tutela ejercida por el señor Enrique Alfredo Daza Gamba contra la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por el auto de 21 de mayo 2104, por medio del cual se resolvió un recurso de súplica y se revocó la decisión de conceder la medida de suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Solicitud**

Mediante escrito radicado el 19 de junio de 2014 en la Secretaría General de esta Corporación<sup>1</sup>, el ciudadano Enrique Alfredo Daza Gamba presentó solicitud de tutela para reclamar el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y justicia material. Igualmente, afirma que acude al amparo constitucional para evitar un perjuicio irremediable, cual es la afectación del patrimonio público. Fl 12.

La razón, la Sección Cuarta, en el auto de 21 de mayo 2104, mediante el cual se resolvió un recurso de súplica, revocó la decisión de suspender provisionalmente la vigencia del Decreto 1609 de 2013, por medio del cual el Gobierno Nacional aprobó el programa de enajenación de las acciones de ISAGEN S.A.

**2. Hechos**

**2.1.** El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1609 de 30 de julio de 2013,

---

<sup>1</sup> Fl. 1.

mediante el cual se aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P.

2.2. El ciudadano Enrique Alfredo Daza Gamba demandó mediante el medio de control de simple nulidad el mencionado decreto y solicitó la medida cautelar de suspensión provisional.

2.3. Por auto de 26 de marzo de 2014, la Consejera María Claudia Rojas Lasso a quien por reparto le correspondió conocer de la demanda, ordenó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1609 de 2013, como medida cautelar de urgencia, para garantizar el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia y mantener incólume la integridad del patrimonio público del Estado, precaviendo el perjuicio irremediable que ocasionaría su eventual detrimento, teniendo en cuenta que ISAGEN S.A. E.S.P es la tercera generadora de energía eléctrica, presenta superávit y es un activo de importancia estratégica, porque genera dividendos significativos para la Nación (fls. 120 a 156).

2.4. Por auto de 31 de marzo de 2014, se aclaró la anterior providencia en el sentido de señalar que el medio de control era de simple nulidad y no el de nulidad por inconstitucionalidad.

2.5. Los apoderados del Ministerio de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público, presentaron recurso de súplica contra el auto de suspensión, entre otras razones porque **i)** el actor no demostró ni siquiera hipotéticamente el perjuicio irremediable y tampoco la urgencia de la medida; **ii)** la providencia no hizo un análisis juicioso sobre la razonabilidad, conducencia y pertinencia de la medida que se ordenó; **iii)** la falta de competencia de la Sección Primera para conocer del proceso de nulidad, por considerar que en razón de la materia objeto de estudio, el asunto le correspondía a la Sección Tercera; **iv)** al equivocarse el medio de control, que no era el de inconstitucionalidad sino el de simple nulidad, el análisis normativo que se hizo en el auto de suspensión fue equivocado.

2.6. Por auto de 21 de mayo de 2014, la Sección Cuarta<sup>2</sup> avocó el conocimiento de la acción de simple nulidad por ser la competente en los términos del artículo 13, numeral 4 del Acuerdo 58 de 1999, según el cual corresponde a esa Sala conocer de los procesos relacionados con los actos administrativos relativos a la enajenación

---

<sup>2</sup> Consejera Ponente Carmen Teresa Ortiz Rodríguez.

de la participación del Estado en una sociedad o empresa.

2.7. En el mencionado auto, la Sección Cuarta analizó, entre otros aspectos, i) los rasgos fundamentales de las medidas de cautela en la Ley 1437 de 2011 fls 58 a 65; ii) los fundamentos de la solicitud de medida cautelar y el auto suplicado fls 70 a 75; y iii) las razones para no decretar en ese momento la suspensión provisional fls 75 a 79.

### 3. Fundamentos de la solicitud

A juicio del ciudadano DAZA GAMBÁ, la Sección Cuarta del Consejo de Estado desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia material, por cuanto **el juez que conoce de una medida de cautela no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto.**

En los términos de la solicitud, la Sección Cuarta, en el auto de 21 de mayo de 2014, entró a resolver sin agotar la etapa probatoria correspondiente, algunos de los problemas jurídicos que se plantearon en el medio de control de simple nulidad, entre otros sobre i) que la mencionada enajenación no contó con la autorización del Congreso de la República; ii) la no inclusión en el marco fiscal de mediano plazo los recursos de la mencionada venta (fl 8).

Esos pronunciamientos, sin agotar las etapas procesales establecidas por la ley, son un prejuzgamiento, abiertamente contrario a los derechos al debido proceso y el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, por cuanto lo que se dijo en el auto de 21 de mayo de 2014, era propio de la sentencia, una vez se agotaran las etapas probatorias (fl 9).

En ese sentido, se advierte que hay tres elementos que deben ser tenidos en cuenta para conceder el amparo solicitado *"i) sobrevino un hecho nuevo, el cual consistió en la expedición del auto de 28 (sic) de marzo (sic) de 2014, el cual desconoce los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia; ii) que no existe otro medio de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales conculcados en el auto de 28 (sic) de marzo (sic) de 2014, en el cual la Sala de Sección Cuarta del Consejo de Estado prejuzgó; y, iii) la inminente venta de las acciones de ISAGEN, lo que impediría la ejecución material de una eventual decisión judicial declarando la*

*inconstitucionalidad o ilegalidad del Decreto 1609 de 2013. La conjunción de ambos elementos constituyen una prueba manifiesta de la amenaza y puesta en peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, y la concreción del valor y principio constitucional de la justicia material” (fls 9 y 10).*

#### **4. Petición de amparo**

En el escrito de tutela se lee:

*“1. Tutelar mi derecho fundamental al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y a la justicia material.*

*”2. En consecuencia de lo anterior, decretar la revocatoria del auto de 28 (sic) de marzo (sic) de 2014 proferido por la Sala de Selección de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por conculcar los derechos fundamentales.*

*“3 Como pretensión subsidiaria de la anterior, decretar como medida transitoria, la Suspensión Provisional del Decreto 1609 de 2013, en virtud del cual se autoriza la enajenación de las acciones de ISAGEN S.A. ESP que pertenecen a la Nación, hasta que el juez ordinario se pronuncie mediante sentencia, sobre los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad presentados en contra del referido decreto mediante acción impetrada el 16 de octubre de 2013” (fl. 21)*

#### **5. Trámite de la acción de tutela**

El 1º de julio de 2014, el Consejero Ponente, admitió la solicitud de tutela y ordenó su notificación a los Magistrados de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para que, si lo consideraban del caso, expusieran sus argumentos de defensa.

Asimismo, ordenó vincular a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público; Minas y Energía, como la Agencia Nacional para la Defensa Judicial (fls. 192-194).

En esa misma providencia se negó la medida de suspensión provisional que se solicitó con la solicitud de tutela, por cuanto no se satisficieron los requisitos para que una medida provisional se conceda en el auto que admite una acción de tutela, en los términos del artículo 7º del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, valorados esos requisitos frente a la solicitud específica de tutela, el despacho del Consejero Sustanciador determinó que de los argumentos expuestos en el escrito de la tutela y de los documentos anexos a ella, no era posible establecer que se cumplieran las exigencias que fijó el legislador extraordinario para la concesión de una medida provisoria.

No fue posible evidenciar de manera clara, directa y precisa, la amenaza o vulneración frente los derechos fundamentales que se decían vulnerados ni la inminencia de un daño sobre estos, por la decisión que adoptó la Sección Cuarta, que llevaran a la convicción que esta debía dejarse sin efectos en ese momento procesal.

Por una omisión involuntaria, no se vinculó a ISAGEN S.A. E.S.P, razón por la que por auto de 28 de julio se ordenó la misma. El expediente llegó nuevamente al despacho con todas las notificaciones y vinculaciones el pasado 12 de agosto de 2014.

## **6. Contestación**

**6.1. Ministerio de Minas y Energía.** Mediante apoderado, la entidad solicitó se rechace la acción de tutela porque no existe la vulneración de derecho fundamental alguno. Se analizó el artículo 231 del CPACA, para concluir que la Sección Cuarta no excedió el ámbito de su competencia cuando determinó que no había lugar a la decisión de suspensión provisional. Se concluyó que el juez de tutela no puede tomar una decisión que corresponde al juez de la nulidad, como lo pretende el actor de la tutela.

**6.2. Isagen. S.A. E.S.P.,** a través de apoderado judicial, debidamente acreditado para el efecto, después de una descripción de la naturaleza jurídica de la entidad, como una sociedad anónima de carácter comercial y vinculada al Ministerio de Minas y Energía, señaló que no se pronunciaría sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela, por cuanto i) no participó en la expedición de los Decretos 1609 y 2316 de 2013, que aprobaron y modificaron la enajenación de las acciones de la Nación en ISAGEN; ii) las pretensiones no se dirigieron contra la sociedad ni esta hace parte del proceso de simple nulidad en donde se produjo el auto que es objeto de la acción de tutela de la referencia.

**6.3.** El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Agencia de Defensa del Estado y los Consejeros de la Sección Cuarta, pese a ser notificados en debida forma de la acción de la tutela de la referencia, **no** contestaron.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela ejercida por ciudadano Enrique Alfredo Daza Gamba contra la Sección Cuarta del Consejo de Estado de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y en el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sección al determinar si la Sección Cuarta al resolver el recurso de súplica contra el auto que decretó la medida cautelar de urgencia dentro del proceso de simple nulidad que interpuso quien presenta la tutela, desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al hacer un análisis de algunos de los argumentos expuestos en la demanda, para determinar que en esa etapa procesal no estaba demostrada la violación que se invocaba.

En el presente caso las razones esbozadas contra la providencia de la Sección Cuarta que revocó y negó la medida de suspensión provisional, se fundamentan en la competencia, formalidades y límites que tiene el juez de lo contencioso al momento de decidir una solicitud de medida cautelar. En ese sentido, se discute, principalmente, aspectos que se relacionan con la nueva teleología de las medidas cautelares y el papel que debe desempeñar el juez de lo contencioso frente a ellas y no sobre el fondo del asunto que es del resorte exclusivo del juez de conocimiento de la nulidad.

Por tanto, para resolver el problema jurídico que plantea el amparo constitucional en el vocativo de la referencia, la Sección se referirá brevemente a la i) procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; ii) nueva naturaleza de las medidas de cautela a partir a de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, Ley 1437 de 2011, para determinar si se produjo la violación de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados y ii) naturaleza jurídica del derecho al patrimonio público, para, finalmente iii) determinar la procedencia o no del amparo

constitucional en el caso concreto.

### 2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente<sup>3</sup>, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>4</sup> **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>5</sup>.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>6</sup>.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”<sup>7</sup> (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación modificó su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **entró a analizar las**

<sup>3</sup> Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todos las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro. Referencia: Acción de Tutela.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>5</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

<sup>6</sup> Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

<sup>7</sup> Ídem.

**acciones de tutela contra providencia judicial para determinar si estas vulneraban algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indicó la decisión de unificación.

Sin embargo, el fallo de unificación de la Sala Plena no precisó bajo qué parámetros se haría ese estudio, pues ella simplemente se refirió a los ***“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”***.

En virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014<sup>8</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>9</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>9</sup> Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión ha tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

#### **2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva**

Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo en relación con el primero de los requisitos, esto es, que no se trate de tutela contra decisión de tutela, pues la actuación que se censura se surtió dentro del proceso de simple nulidad adelantado precisamente por el actor de la tutela, proceso que actualmente se encuentra en curso.

En cuanto hace referencia al acatamiento del requisito de inmediatez, este está plenamente satisfecho, toda vez que la providencia contra la que se dirige la acción de tutela es de 21 de mayo de 2014 y la solicitud de amparo se presentó el 19 de junio 2014, es decir, en un plazo más que razonable.

Finalmente, en cuanto hace al tercer requisito, el de la subsidiariedad, no existe recurso alguno, ordinario o extraordinario, contra el auto que resolvió el recurso de súplica contra el que se dirige la acción de amparo.

Cumplidos los requisitos de procedibilidad, corresponde a la Sala abordar el estudio sobre el fondo del asunto planteado.

## 2.5. Breve análisis de medida de suspensión provisional en el nuevo código contencioso administrativo

En los términos del escrito de tutela, se dice que la Sección Cuarta del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia por emitir un pronunciamiento sobre algunos de los problemas jurídicos que se plantearon en la demanda de simple nulidad, en una etapa procesal anterior al fallo: **en el auto que decidió revocar la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional**, lo que implicó que, sin agotar la etapa probatoria respectiva, se hiciera un **prejuzgamiento**, hecho que le está prohibido al juez, pues sus razonamientos sobre el fondo del asunto solo pueden ser expuestos en la respectiva sentencia.

La Sección desde ahora señala que no concederá el amparo solicitado, por cuanto las razones que llevan al actor a elevarlo, es decir, que al juez le está vedado analizar sumariamente algunos de los problemas jurídicos en el auto que resuelve la medida cautelar, es precisamente, lo que exige la nueva normativa –CPACA- para determinar la procedencia o no de la suspensión provisional de los actos acusados. Veamos:

### 2.5.1. La suspensión provisional en vigencia del Decreto 01 de 1984

Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, solo se regulaba un medio de cautela: la suspensión provisional, artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, la que fue elevada a rango constitucional en el artículo 238, al disponer que *“por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*, podrán ser suspendidos por la jurisdicción contenciosa administrativa.

El numeral 2° del artículo 152 del Decreto 01 de 1984 señalaba: *“Si la acción es de nulidad, basta que haya **manifiesta infracción** de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”*. (negrilla fuera de texto)

A partir de la interpretación del vocablo *“manifiesta”* la doctrina y la jurisprudencia entendió que si la violación que se alegaba no era notoria, evidente, ostensible, la suspensión provisional del acto era improcedente. Por tanto, se exigía que la vulneración del ordenamiento **emanara** de la simple confrontación del acto

demandado con el ordenamiento jurídico, sin ningún tipo de análisis, para que la cautela fuera procedente.

Así, esta idea según la cual la violación debía ser “...*clara y ostensible que no requiriera ningún tipo de reflexión, para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores*”<sup>10</sup>, fue expuesta en términos generales así:

**“La medida resulta improcedente si para avizorar la infracción al ordenamiento jurídico es menester hacer lucubraciones o razonamientos profundos o sistemáticos, si más allá de la confrontación entre la norma, el acto acusado y las pruebas presentadas, se debe hacer una valoración mancomunada, sistemática y profunda de la prueba documental aportada y de las normas invocadas, pues tal tipo de razonamientos solamente se puedan hacer al momento de fallar, garantizando al sujeto pasivo de la acción su derecho a la defensa y a contradecir todos y cada uno de los medios de prueba para sustentar la causal de nulidad...”**<sup>11</sup>. (Negrilla fuera de texto original)

En vigencia del Decreto 01 de 1984, entonces, el numeral 2° del artículo 152 del Decreto 01 de 1984 fue interpretado restrictivamente, lo que hizo que solo en casos muy esporádicos se admitiera la procedencia de la suspensión provisional.

En este punto, basta señalar que esa exégesis que se hizo de la procedencia de la medida de cautela en comentario, hizo que la Corte Constitucional advirtiera que la acción de tutela era el mecanismo procedente para determinar la suspensión provisional de un acto, por la **ineficacia de aquella**, en razón de la imposibilidad que tenía el juez administrativo para determinar la vulneración que el acto acusado en esa jurisdicción podría irrogar, específicamente, a los derechos fundamentales de quien acudía a ella<sup>12</sup>.

La interpretación restrictiva que durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 se hizo de la suspensión provisional, entre otras razones, llevó al legislador a plantear su modificación, para lograr no solo la eficacia de esta sino hacer compatibles sus postulados con los mandatos de la Constitución de 1991, en especial, con el derecho a una tutela judicial efectiva, para conseguir que el ciudadano que acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encuentre una respuesta rápida y efectiva a su pretensión de protección de sus derechos y garantías, las que, en muchos casos, se pueden satisfacer desde que se presenta la demanda, a través de las medidas de cautela, cuyo catálogo, por cierto, fue ampliado.

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Quinta, Sentencia de marzo 11 de 1993. C.P.: Dr. Luis Eduardo Jaramillo. Radicación número 0983.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 2 de 2004. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp.3529.

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.

Para garantizar dicha tutela judicial efectiva, se expidió la Ley 1437 de 2011, que no solo derogó expresamente el Decreto 01 de 1984 sino que modificó la forma de interpretar la suspensión provisional.

### 2.5.2. El artículo 231 CPACA: la medida cautelar de suspensión

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, en el artículo 231, establece 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.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”. (negrilla fuera del texto)

En esta descripción normativa, si se revisa con detenimiento su redacción, el legislador eliminó la expresión “*manifiesta*”, para indicar que al juez le corresponde hacer un *análisis* del acto demandado con las normas superiores que se dicen vulneradas y/o con las pruebas aportadas al expediente.

Ese análisis al que se refiere el precepto transcrito le permite al juez contencioso un examen, una valoración inicial del acto acusado con las normas que se dicen desconocidas para determinar la procedencia o no de la suspensión provisional.

Es decir, el legislador en la búsqueda de la prevalencia y garantía de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los fines del derecho, admitió que el juez contencioso, en esta etapa procesal, pueda hacer un pronunciamiento inicial sobre la presunta violación de la normativa que se alega en la demanda.

En consecuencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación<sup>13</sup> intentó superar la interpretación según la cual la locución “*manifiesta*” del código anterior fue sustituida por “*surgir*” para entender que el juez, cuando se solicita la medida cautelar de suspensión provisional y esta se encuentra sustentada, debe **examinar** los argumentos de la demanda para determinar si la violación o ilegalidad que se arguye se presenta o no; es decir, debe hacer un juicio previo o provisional de legalidad.

Ese análisis provisional **no implica un prejuzgamiento**, como expresamente lo

---

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de marzo de 2014. Expediente No. 06871-01. Actor Gustavo Francisco Petro Urrego. Consejero Ponente. Alfonso Vargas Rincón.

indica el artículo 229 del CPACA, pues el legislador facultó al juez para hacer un primer examen de los problemas jurídicos propuestos al momento de resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión, el que puede variar en el curso del proceso en razón de las pruebas allegadas en la etapa correspondiente y los alegatos de las partes. Es decir, solo en el fallo correspondiente se determinará definitivamente sobre el objeto de la *litis*.

El prejuzgamiento implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de la oportunidad procesal su criterio sobre lo que se debate. Sin embargo, es importante advertir que expresamente el artículo 229 CPACA facultó al juez para que al resolver sobre la solicitud de suspensión procesal, realice un juicio de legalidad previo del acto acusado, con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda<sup>14</sup>, sin que lo que allí se determine implique que así será la sentencia definitiva.

Según la nueva normativa, corresponde al funcionario judicial hacer prevalecer la finalidad de la medida cautelar de asegurar el objeto del respectivo medio de control que, en los casos de simple nulidad, no es otro que el restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico perturbado o alterado por un acto contrario a aquel.

En consecuencia, no se puede admitir la interpretación del nuevo código contencioso que impida al juez analizar, examinar los supuestos de hecho y de derecho traídos en la demanda, como de las pruebas cuando a ello haya lugar, para decidir sobre la medida de suspensión provisional, porque desde este momento procesal le corresponde a este asegurar el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según lo prevé el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, es decir, la garantía de los derechos de las personas -sean estos de carácter fundamental o legal- y la preservación del orden jurídico.

Es por ello que el artículo 231 del CPACA solo exige que en la demanda o en escrito separado se determinen las normas violadas, la razón de la violación y las pruebas, cuando ello sea necesario, para que el juez pueda establecer si se debe decretar la suspensión, decisión que como todo acto en el marco de un Estado de Derecho debe ser motivada.

En consecuencia, la concesión o no de esta medida debe estar debidamente

---

<sup>14</sup> Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejuzgamiento. Sobre el particular ver los autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

sustentada.

Lo expuesto hasta este punto indica que carece de fundamento la solicitud de tutela que presentó el ciudadano Enrique Daza Gamba, al indicar que la Sección Cuarta del Consejo de Estado desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, al analizar algunas de las razones de la demanda de simple nulidad instaura por él, para concluir en ese primer examen que no había una vulneración del ordenamiento que justificara la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013, razón por la que se negará el amparo por este aspecto.

En efecto, si se examina el auto de 21 de mayo pasado, en relación con los cargos de la demanda de simple nulidad indicó, entre otros, que **i)** el actor señaló que la enajenación de acciones de ISAGEN no contó con la autorización del Gobierno, sin embargo de las pruebas aportadas a la actuación se cumplió con el requisito del párrafo del artículo 8 de la Ley 226 de 1995, fl 75; **ii)** en relación con la omisión de incluir en el Marco Fiscal de Mediano Plazo la referida enajenación, la Sección Cuarta indicó que esa obligación se cumplió con el envío al Congreso de la República del *“plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos”* fl 77 y **iii)** en cuanto a la no inclusión de esta enajenación en el Plan Nacional de Desarrollo, se dijo que en este se estableció como estrategia financiera del Gobierno la de enajenar los activos en los que la Nación tiene participación fl 78; **iv)** en relación con la imposibilidad de trasladar bienes del patrimonio público al privado, se afirmó que la Constitución en el artículo 60, establece la posibilidad de privatizar la propiedad del Estado. Finalmente, **v)** frente al detrimento del patrimonial del Estado, se advirtió que no se probó ni se fundamentó esa afirmación.

Si se examina la providencia que se tacha como contraria a los derechos del demandante en la acción de simple nulidad, la Sección Cuarta para negar la suspensión provisional cumplió la obligación que le impone el artículo 231 del CPACA, es decir, hacer un análisis suscito de las razones de la violación, con la normas acusadas y las que se decían infringidas, para arribar a una conclusión, que no puede ser objeto de revisión por el juez de tutela, pues este mecanismo no puede convertirse en una tercera instancia en el mencionado proceso de simple nulidad.

### 2.5.3. El patrimonio público es un derecho colectivo

Se afirma en el escrito de amparo que, además de los derechos fundamentales alegados como transgredidos, su procedencia se justificaba por la existencia de un perjuicio irremediable para el patrimonio público en razón de la venta de las acciones que tiene la Nación en ISAGEN, fl 12.

El artículo 88 de la Constitución Política, establece que la ley regulará las acciones populares para la protección e intereses colectivos, relacionados, entre otros, con el **patrimonio público**.

La Ley 472 de 1998, reguló las llamadas acciones populares en donde se reguló todo el trámite para la protección de los mencionados derechos. Uno de ellos, el patrimonio público.

Abundante jurisprudencia de esta Corporación<sup>15</sup> ha indicado que este derecho no solo hace referencia a la *"la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado"*.

El concepto de patrimonio público *"cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo"*.

Igualmente se ha señalado que el patrimonio público se integra, además, por *"bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población"*.

---

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencias de 13 de febrero de 2006, Rad. AP-15P94; 6 de septiembre de 2001, Rad. 163, C.P. Jesús María Carrillo; 31 de mayo de 2002, Rad. 13601, C.P.. Ligia López Díaz, 21 de febrero de 2007, Rad. 2004-0413, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 21 de mayo de 2008, Rad. 01423, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y 12 de octubre de 2006, Rad, 857, CP, Ruth Stella Correa Palacio.

En ese orden de ideas, es claro que la protección de ese derecho tiene unas acciones diversas a la acciones de tutela para su protección, lo que hace improcedente su uso para lograr su garantía.

Ahora bien, es importante indicar que constituye un hecho notorio que el Gobierno Nacional, el pasado 12 de agosto, decidió suspender por un año la venta de las mencionadas acciones<sup>16</sup>, hecho que hizo desaparecer, independientemente de la cautela decidida, el perjuicio irremediable que eventualmente generaría la enajenación en la participación que tiene la Nación en los activos de la mencionada sociedad.

### 3. Conclusiones

La acción de tutela no es el mecanismo judicial ni para decretar la nulidad del auto del pasado 28 de mayo ni mucho menos la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013, que es el objeto de decisión en el proceso de simple nulidad que actualmente cursa en la Sección Cuarta de esta Corporación, la que en el ámbito de su competencia le corresponde determinar si procede o no la nulidad del mencionado acto gubernamental.

Igualmente, no es la acción de tutela el mecanismo para determinar la vulneración al patrimonio público, derecho de rango colectivo frente al cual el Constituyente diseñó la acción popular desarrollada mediante la Ley 472 de 1998.

Es necesario advertir, finalmente, que según la información de procesos, en la actualidad están en curso tres acciones populares<sup>17</sup> que tienen por objeto que no se venda la participación de la Nación en ISAGEN. Así mismo, dos acciones de nulidad simple<sup>18</sup>, una que presentó quien actúa como actor en esta tutela y otra presentada por el ciudadano Rodrigo Toro Escobar. Son esos los mecanismos idóneos para determinar si se ajusta o no al ordenamiento la enajenación a la que hace referencia el Decreto 1609 de 2013 y no la acción de tutela.

---

<sup>16</sup> Ver, entre otros, <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/suspenden-por-ano-proceso-venta-isagen>.

<sup>17</sup> Cfr. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción popular 2013-01959. Actor: Álvaro Uribe Vélez, pendiente de audiencia de pacto de cumplimiento sin decreto de medidas de cautela. Acción popular 2013-02622. Actor: Rodrigo Toro Escobar. Etapa probatoria. Se rechazó pacto de cumplimiento sin decreto de medidas de cautela. Actor: Acción Cívica Popular. El 14 de agosto el Tribunal Contencioso de Antioquia se declaró con falta de competencia y lo remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

<sup>18</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 2013-0054, repartido el 23 de mayo de 2014 a la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, por remisión que hiciera el doctor Marco Antonio Velilla. Expediente 2013-00534-00. Actor Enrique Alfredo Daza Gamba.

En mérito de lo expuesto, se

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: NEGAR** la solicitud de tutela instaurada por el señor Enrique Alfredo Daza Gamba contra la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en razón del auto de 21 de mayo 2104, por medio del cual se resolvió un recurso de súplica y se revocó la decisión de conceder la medida de suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013, por no ser violatoria de los derechos al debido proceso y acceso de a la administración de justicia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela en relación con el derecho al patrimonio público, por existir otro medio de defensa judicial para su protección.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes y a los terceros intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO: REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria, si no fuere impugnada la decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Presidente**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

Expediente N°: 11001-03-15-000-2014-01544-00  
Actor: Enrique Alfredo Daza Gamba  
Falo de primera instancia