

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014).

Expediente: No. 25000-23-42-000-2014-02275-01
Referencia: 02275-01
Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.
Acción de Tutela

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 12 de junio de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. (en adelante EEB), acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de los derechos a la igualdad, libertad y libre iniciativa empresarial, presuntamente amenazados por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, el Departamento Nacional de

Planeación Nacional, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo y la Superintendencia de Industria y Comercio¹.

Solicita en amparo de los derechos invocados, que en aplicación del precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-1193 de 2000, se suspenda el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, *“hasta tanto la Jurisdicción Contencioso Administrativa se pronuncie definitivamente en sentencia ejecutoriada frente al medio de control con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, Resolución 15447 del 5 de marzo de 2014, Resolución 19862 del 28 de marzo de 2014 y Resolución 32184 del 19 de mayo de 2014 expedidas”* por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Adicionalmente solicita que se tomen las medidas pertinentes para garantizar su participación en igualdad de condiciones en el proceso de enajenación de accionantes de ISAGEN.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-53):

Afirma que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1609 de 2013, modificado por el Decreto 2316 del mismo año, dio inicio al proceso de enajenación de acciones que posee el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN S.A. E.S.P.

Indica que frente a la enajenación de dichas acciones la Superintendencia de Industria y Comercio realiza un estudio previo para *“establecer si existen razones para objetar o no la adquisición de las acciones en venta o*

¹ La Superintendencia de Industria y Comercio expresamente no fue incluida como una de las entidades accionadas en la demanda, sin embargo del contenido de la misma se infiere claramente que la parte accionante reprocha que la Superintendencia haya emitido en contra de los derechos fundamentales invocados varios actos administrativos, razón por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, vinculó a dicha entidad al presente trámite, mediante auto del 9 de junio de 2014 (Fl. 540).

autorizarla con condicionamientos con el fin de preservar el mercado y evitar indebidas restricciones a la libre competencia en los términos de la Ley 1340 de 2009”.

Destaca que le informó a la referida Superintendencia sobre su intención de participar en el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, allegando la documentación pertinente.

Señala que sin garantizársele el derecho de contradicción la Superintendencia de Industria y Comercio emitió la Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, mediante la cual resolvió autorizar de manera condicionada su participación en el referido proceso de enajenación.

Argumenta que la “aunque la Resolución 5545 autorizó la participación de EEB en el proceso, lo hizo imponiendo unos condicionamientos estructurales de desinversión que implican que EEB tendría que vender su participación en Emgesa y Codensa casi completamente sólo con el fin de adquirir una participación mayoritaria, pero no total, en ISAGEN. Eso implicó, en términos prácticos, que la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso a EEB como condición realizar una desinversión a través de una venta para poder realizar una inversión que, según las cifras que ha publicado el Gobierno Nacional tendría un valor mucho menor. En términos sencillos, en la Resolución 5545 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que para que EEB pueda adquirir un activo de menor valor, debe vender un activo más valioso que el que estaría adquiriendo, lo cual, como es obvio, repugna frente a cualquier lógica empresarial” (Fls. 8,9).

Subraya que contra la Resolución 5545 de 2014 presentó recurso de reposición, a través del cual de un lado solicitó que se le permitiera participar en el referido proceso de enajenación sin condicionamiento alguno, y de otro, que se decretaran algunas pruebas para ejercer su derecho de contradicción

y se declarara la nulidad de lo actuado, teniendo en cuenta las irregularidades que tuvieron lugar durante el proceso de expedición del acto administrativo antes señalado.

Indica que mediante la Resolución N° 15447 del 5 de marzo de 2014, se rechazaron algunas de las pruebas solicitadas y se negó la solicitud de nulidad que formuló.

Destaca que mediante la Resolución 32184 del 19 de mayo de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio realizó algunas modificaciones a las condiciones que le impuso para participar en el proceso de enajenación de acciones, pero mantuvo aquellas que a su juicio le impiden materialmente hacer parte del referido proceso.

Relata que tomó la decisión de controvertir la legalidad de las Resoluciones 5545, 15447, 19862 y 32184 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual presentó la solicitud de conciliación prejudicial de que trata el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De otro lado destaca, que contra la Resolución 5545 de 2014 de la referida Superintendencia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó recurso de reposición el cual fue negado mediante la Resolución 32185 de 2014.

Frente a lo anterior destaca que la misma entidad que pretende enajenar sus acciones (el Ministerio de Hacienda y Crédito Público), considera que con la Resolución 5545 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio se están vulnerando los derechos de la Empresa de Energía de Bogotá.

Destaca que el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN continúa su curso normal, en virtud a que la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 21 de mayo de 2014, revocó la providencia que decretó la suspensión provisional del Decreto 1609 de 2013 del Gobierno Nacional.

En atención a las anteriores circunstancias sostiene que la acción de tutela constituye el único mecanismo judicial de defensa para impedir que el referido proceso de enajenación continúe, hasta tanto en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se decida sobre la legalidad de los actos administrativos que condicionaron su participación en el referido proceso.

Sobre el particular argumenta que aún el evento de obtener una sentencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que reconozca su derecho a participar sin mayores condicionamientos en el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, no lograría la protección efectiva de los derechos invocados, en atención a que para la fecha en que se emita el fallo correspondiente, el referido proceso de enajenación habrá concluido sin que materialmente haya participado en el mismo.

Añade que aún si en el proceso contencioso administrativo se suspendieran provisionalmente las referidas resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, no obtendría una protección efectiva de sus derechos, en tanto con dicha decisión simplemente se limitarían los efectos de las decisiones de la mencionada Superintendencia, pero el proceso de enajenación de acciones continuaría sin su participación, en vulneración de los derechos invocados.

En ese orden de ideas precisa que se encuentra en una situación de perjuicio irremediable, que hace procedente la acción de tutela, con el fin de que pueda competir en igualdad de condiciones con los demás oferentes por la adjudicación de las acciones a la venta de ISAGEN.

Agrega que “la tutela judicial efectiva solamente se obtiene con la medida de suspensión provisional del proceso de enajenación que se reclama en la presente acción, pues la restitución de los derechos fundamentales de EEB solamente se obtendrá cuando, como efecto de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 5545 y 32184, la Superintendencia de Industria y Comercio proceda a restablecer a EEB en su derecho mediante la expedición de una resolución que la autorice a participar en el proceso sin condicionamientos” (Fl. 20).

Precisa que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para establecer si la referidas resoluciones adolecen o no de las causales de nulidad prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, y por lo tanto que “el pronunciamiento judicial que se pide en este escrito consiste en la imposición por vía de tutela de una medida preventiva que proteja eficazmente los derechos fundamentales de EEB y que consiste en decretar la suspensión del proceso hasta tanto el honorable Tribunal Administrativo y, si es del caso, el honorable Consejo de Estado, actuando como jueces ordinarios y no en calidad de jueces de tutela, se pronuncien respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por EEB” (Fl. 14).

Destaca que la Corte Constitucional en la sentencia SU-1193 de 2000 resolvió un caso similar al de autos, en el que la sociedad Empresas Públicas de Medellín alegó que la Comisión de Regulación de Energía y Gas le impedía presentarse a un proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, considerando que era procedente el amparo solicitado por vía de la acción de tutela, hasta que se resolviera definitivamente el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la sociedad afectada.

Después de realizar algunas consideraciones sobre el carácter vinculante del precedente, alega que en aplicación de los criterios establecidos en la

sentencia antes señalada, en el caso de autos debe suspenderse el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, hasta que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se resuelva la demanda relacionada con la legalidad de las Resoluciones 5545, 15447, 19862 y 32184 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Después de exponer los argumentos por los cuales estima que la Resolución 5545 de 2014 de la Superintendencia antes señalada es contraria al ordenamiento jurídico, en síntesis sostiene que se le está impidiendo en vulneración de los derechos invocados, comparecer en igualdad de condiciones al proceso de enajenación de acciones de ISAGEN.

Agrega que los Comités Técnico y de Dirección del proceso de enajenación, de los cuales hacen parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Minas y Energía, el Departamento Nacional de Planeación Nacional y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, *“no les asiste ningún derecho a cercenar la posibilidad para que cualquier empresa participe en el proceso, más aún cuando esa compañía ofrece todas la condiciones y cumple con todos los requisitos para participar” (Fl. 43).*

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 12 de junio de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, declaró improcedente la acción de tutela para el amparo de los derechos al debido proceso, libertad y libertad empresarial, y negó las demás pretensiones de la demanda. Lo anterior por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 649-672):

Destaca que la actuación que motiva la interposición de la acción de tutela, tiene lugar en el trámite de un proceso de enajenación de acciones de

ISAGEN de propiedad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el que de conformidad con el reglamento de enajenación se debe cumplir con el requisito regulatorio, que consiste en la autorización que emite la Superintendencia de Industria y Comercio para participar en el referido proceso.

Destaca que frente a la EEB, la mencionada Superintendencia autorizó de manera condicionada su participación en el proceso de enajenación mediante Resolución N° 5545 del 6 de febrero de 2014, frente a la cual la referida empresa presentó recurso de reposición, que fue resuelto a través de la Resolución N° 32184 del 19 de mayo de 2014.

Añade que la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la EEB, también profirió la Resolución N° 15447 del 5 de marzo de 2014, por la cual resolvió una solicitud de nulidad, decretó y rechazó unas pruebas solicitadas por la parte accionante. Precisa que la anterior resolución fue confirmada por la Superintendencia mediante la Resolución N° 19862 del 28 de marzo de 2014.

El Tribunal destaca las anteriores circunstancias a fin de ilustrar que a juicio de la parte accionante con las mencionadas resoluciones se le está impidiendo participar en el proceso de compra de acciones de ISAGEN, y que frente a las decisiones contrarias a sus intereses ha presentado los recursos correspondientes en sede administrativa.

Argumenta que para debatir la legalidad de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, la parte accionante además de los recursos en sede administrativa que ya utilizó, puede acudir a la jurisdicción mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho,

respecto del cual destaca que se está adelantado el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad.

Indica que no comparte las consideraciones que realiza la parte accionante sobre la ineficacia del medio de control antes señalado, en tanto en virtud del mismo puede ser reparado el daño causado en el evento de resultar probado, y además puede solicitar en protección de sus derechos que se decreten medidas cautelares.

Resalta que en virtud de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la encargada de adelantar investigaciones y adoptar las decisiones administrativas correspondientes por infracción a las disposiciones sobre protección a la competencia, razón por la cual se encuentra facultada para condicionar las integraciones empresariales y autorizar o no la participación de determinado proponente en un proceso de enajenación como ocurre en el presente caso.

Añade que la acción de tutela no es el medio para analizar la legalidad de los actos que condicionaron la participación de la parte accionante en el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN.

A renglón seguido indica que *“el camino correcto es presentar ante la Superintendencia de Industria y Comercio por ser la autoridad correspondiente para adoptar decisiones e imponer restricciones a los destinatarios de un proceso de enajenación, y quien tiene la facultad de condicionar la participación o no de los mismos, los recursos pertinentes y no debatir el fondo de la controversia en sede de tutela”* (Fl. 669).

Frente a la pretensión consistente en que se suspenda el referido proceso de enajenación, sostiene que *“el Consejo de Estado, Sección Primera se pronunció en providencia de 26 de marzo de 2014 decretando la suspensión provisional del proceso de venta de acciones de Isagen, no obstante, posteriormente la Sección Cuarta en providencia de 21 de mayo de 2014 con ponencia de la Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez revocó tal decisión y negó la medida cautelar solicitada, lo que en efecto reanudó el proceso de enajenación, decisión que no se encuentra en firme por encontrarse surtiéndose un recurso de súplica interpuesto contra dicha providencia”*.

Sobre el particular agrega que *“la decisión de revocar la suspensión del proceso fue analizada por el juez natural competente dentro del proceso ordinario que se lleva a cabo contra el Decreto 1609 de 2013 que regula todo el proceso de enajenación de las acciones de Isagen, es decir, que en esa oportunidad se determinó tras un análisis de los requisitos para la procedencia de la suspensión provisional, que es viable continuar con el trámite del medio de control sin suspender el proceso, razón por la cual no es dable a esta Corporación invadir la órbita del juez natural ordinario, máxime cuando la propia actora acepta que cuenta con otra vía judicial y cuando ya hubo pronunciamiento judicial al respecto”* (Fl. 669-670).

En cuanto a la presunta violación del derecho a la igualdad, estima que *“la Superintendencia de Industria y Comercio no está impidiendo la participación de la entidad demandante, solo se le está asignando una carga para poder participar en el proceso de enajenación, inclusive no es a la única empresa a la que se le está imponiendo cumplir condicionamientos para poder participar en dicho proceso, ya que de acuerdo a la Resolución N° 5604 de 6 de febrero de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió un recurso de reposición contra la Resolución N° 525 de 2014, resolución en la*

cual condicionó la integración económica entre el Grupo Argos S.A y el Ministerio de Hacienda, al cumplimiento de unos condicionamientos en el proceso de venta de la acciones de Isagen”.

Por la anterior circunstancia afirma que no evidencia que se esté colocando a la parte accionante en condiciones de desigualdad en el referido proceso de enajenación de acciones.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito radicado el 3 de julio de 2014, visible a folios 696 a 716 del expediente, la parte demandante impugnó el fallo de primera instancia por las siguientes razones:

A su juicio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sugiere que la Superintendencia de Industria y Comercio no vulneró los derechos invocados, en tanto no le negó la posibilidad de participar en el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, desconociendo a su juicio que las condiciones que le impuso para hacer parte del mencionado proceso, materialmente constituyen una negativa para participar en el mismo, en atención a que se le ha solicitado *“que haga un desinversión que supera, en mucho, el valor de la inversión que pretende efectuar en ISAGEN, descapitalizándose, y además dejando las inversiones que ha hecho con el patrimonio público, desatendidas y sin posibilidad de gerenciarlas” (Fl. 697).*

Estima que el juez de primera instancia no comprendió que el problema jurídico planteado no gira en torno a discutir la legalidad de las resoluciones proferidas por la referida Superintendencia, sino en la necesidad de suspender el proceso de enajenación, mientras en la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo se decide si las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que impidieron su participación en el referido proceso de enajenación, adolecen o no de nulidad.

Precisa que frente a la anterior discusión el Departamento Nacional de Planeación y los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía, están legitimados en la causa por pasiva, en tanto al ser parte del Comité Directo del proceso de enajenación de las acciones de ISAGEN, son los llamados a efectuar la suspensión de éste que solicita por vía de la acción de tutela.

En cuanto FONADE indica que su vinculación al presente trámite se justifica al ser la entidad contratada para gerenciar el referido proceso de enajenación.

Estima que las entidades antes señaladas desconocen los derechos invocados, al seguir adelante el proceso de enajenación, a pesar de conocer que a uno de los interesados se le impusieron condiciones exorbitantes.

Reprocha que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el presente trámite indique que no se han vulnerado los derechos invocados, aunque con anterioridad haya controvertido las condiciones que se le impusieron a la EBB para participar en el proceso de enajenación.

De otro lado reprocha que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no haya hecho mención a la sentencia SU-1193 de 2000 de la Corte Constitucional, cuya aplicación expresamente solicitó en la demanda, por tratarse de un precedente aplicable al caso de autos.

Frente a dicha decisión reitera las razones por las cuales estima que es totalmente aplicable, con el fin de que se suspenda el proceso de enajenación mientras en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se decide sobre la legalidad de las decisiones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Estima que el juez de primera instancia con el fallo impugnado no sólo tomó una decisión totalmente opuesta a la contenida en la sentencia SU-1193 de 2000, sino que ignoró totalmente una sentencia de unificación de la Corte Constitucional, y pasó *“por alto las pruebas, hechos y argumentos jurídicos que se pusieron en consideración del juzgador de instancia y que se encuentran en la demanda”*.

Argumenta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurre en un error al indicar que como el Consejo de Estado, Sección Cuarta en providencia del 21 de mayo de 2014, determinó que no es necesario que se suspenda el proceso de enajenación de ISAGEN, en el caso de autos no le es posible pronunciarse sobre la solicitud de suspensión que se realiza en la demanda objeto de estudio.

Lo anterior, porque el Tribunal no precisa que el referido pronunciamiento de la Sección Cuarta de esta Corporación, se realizó frente a una demanda que se presentó contra el Decreto 1609 de 2013 (que dio inicio al proceso de enajenación), cuyos hechos y consideraciones son totalmente distintos a los que han expuesto en el presente trámite, en el cual en momento alguno ha cuestionado la legalidad de la norma antes señalada.

En ese orden de ideas precisa, que *“lo que se pretende en esta demanda no es entonces que se suspendan los efectos legales del Decreto 1609 por*

considerar que éste es ilegal. Lo que se pretende en la presente acción es que por medio de una sentencia de tutela se ordene suspender temporalmente los efectos del Decreto 1609 hasta tanto una situación ilegal de hecho, creada por la imposibilidad de participar de un interesado, no sea corregida con decisión judicial final” (Fl. 706).

Reitera que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no constituye un mecanismo idóneo para garantizar los derechos invocados, en tanto para el momento en que se emita una decisión de fondo en virtud del mismo, el proceso de enajenación habrá finalizado, sin que se le haya brindado la oportunidad material de participar en el mismo.

Añade que “lo mismo ocurre con las medidas cautelares del medio de control ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado en contra las Resoluciones, pues estas, contrario a lo que afirma el Tribunal, tampoco son idóneas para proteger los derechos reclamados en esta tutela, pues aunque se suspendan los efectos jurídicos de las Resoluciones, EEB como interesado en el proceso seguirá no pudiendo cumplir con el requisitos regulatorio, pues aunque demuestre que los condicionamientos impuestos son manifiestamente ilegales, al suspenderse los efectos del acto que condiciona la participación, sigue sin tener un acto que lo autorice expresamente a participar” (Fls. 707-708).

Argumenta que la “*jurisprudencia de unificación desconocida por el Tribunal es clarísima en afirmar que lo que genera la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso de un participante en un proceso de enajenación de Ley 226 no es la ilegalidad judicialmente declarada del acto administrativo que impide su participación. El hecho generador del perjuicio, según la jurisprudencia, es que ese acto sea*

potencialmente ilegal y que éste siendo demandado de nulidad ante la Jurisdicción contencioso administrativa y que antes de la decisión judicial final, el vendedor decida seguir adelante con la enajenación. Con esa conducta, el vendedor causa que la sentencia judicial quede sin ningún efecto, pues si se declara la nulidad del acto administrativo que prevenía la participación después de que las acciones ya han sido enajenadas a un tercero, ya no hay manera de retrotraer dicha enajenación” (Fls. 711-712).

Sostiene que el juez de primera instancia incurre en una “*impropiedad jurídica*” al afirmar que tiene pendiente el agotamiento de recursos ante la Superintendencia de Industria y Comercio, aunque en el fallo controvertido también reconoce que ya hizo ejercicio de los mismos.

Finalmente solicita que se requiera a las entidades demandadas, para que alleguen el cronograma definitivo del proceso de enajenación, a fin de ilustrar la situación de perjuicio irremediable en que se encuentra.

INTERVENCIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

- La **Superintendencia de Industria y Comercio** (Fls. 717-718, 854-859) aportó al presente trámite, copia de la Resolución N° 38982 del 24 de junio de 2014(Fls. 719-834), por medio de la cual “*condicionó la eventual operación de integración entre las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (EPM) e ISAGEN S.A. E.S.P.*”.

Lo anterior con el fin de ilustrar que no le ha dado a la parte accionante un trato discriminatorio frente a otros interesados en participar en la subasta de acciones de ISAGEN, tales como el GRUPO ARGOS S.A y EPM, a quienes

también se les ha exigido el cumplimiento de ciertas condiciones teniendo en cuenta sus características particulares

De otro lado estima que la parte accionante en realidad pretende con la acción objeto de estudio, un pronunciamiento sobre la legalidad de las Resoluciones 5545 y 32184 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio, en tanto alrededor de las mismas argumenta la presunta vulneración de los derechos invocados.

Destaca que frente al referido proceso de enajenación de acciones, a entidades como el Grupo Argos, EPM y Gas Natural, se les han impuesto determinadas condiciones, razón por la cual estima que es inexistente la violación al derecho a la igualdad que alega EEB.

En cuanto a los derechos a la actividad económica e iniciativa privada, considera que la parte accionante olvida que la Constitución Política en su artículo 333, señala que deben ejercerse dentro de los límites del bien común, y por ende, que las condiciones que se le han impuesto en el referido proceso de enajenación buscan garantizar los derechos de los consumidores y a la libre competencia.

Respecto al presunto desconocimiento del derecho al debido proceso argumenta que *“ninguno de los argumentos que presenta la EEB en su escrito tiene asidero, y todos fueron abordados en las Resoluciones 5545 de 2014 y 32184 proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Allí consta como hubo un total respeto por el debido proceso de la EEB; tanto que la Superintendencia de Industria y Comercio de oficio realizó todas las acciones tendientes para corregir cualquier posible dificultad procesal,*

decretando pruebas de oficio, garantizando la contradicción, contestando absolutamente todas las peticiones de la EEB, etc” (Fls. 857).

De otro lado sostiene que el Tribunal Administrativo no desconoció el precedente judicial invocado por la parte accionante, teniendo en cuenta que la sentencia SU-1193 de 2000 que la misma no cita no es aplicable al caso de autos.

Lo anterior porque para el momento en que se emitió el fallo antes señalado no había entrado en vigor la Ley 1340 de 2009, que le confiere a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de condicionar una operación de integración empresarial, facultad que en el caso analizado en la sentencia SU-1193 de 2000, no tenía la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Añade que el asunto que fue objeto de revisión en el fallo de unificación, se trataba de la existencia de un acto administrativo de carácter general que le impedía a EPM adquirir las acciones que el Ministerio de Hacienda poseían en ISAGEN, mientras en el caso de autos, *“las resoluciones de la Superintendencia no le impiden a la EEB adquirir la totalidad de las acciones que MINHACIENDA poseen en ISAGEN”*.

- El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** considera por las siguientes razones que el fallo de primera instancia debe confirmarse (Fls. 860-865):

Precisa que *“las exigencia de la Superintendencia no son en términos de autorizar o no que la EEB adquiriera las acciones en ISAGEN S.A. ESP es que, una vez adquiridas, los porcentajes de participación accionaria de la*

EEB en empresas del sector energético que resulten, cumplan con las normas de competencia y mercado dispuestas en la Ley 1340 de 2009”.

Argumenta que la suspensión del proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, en lugar de garantizar derechos fundamentales, desconocería los derechos de los demás participantes.

Añade que la “EEB no está siendo sometida a la situación de exclusión del proceso de enajenación previsto en el Decreto 1609 de 2013, está siendo “alertada” de las eventuales sanciones en que pudiere incurrir de exceder los límites autorizados por la Superintendencia de Industria y Comercio en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, se está anticipando a que no puede adquirir cuando ni siquiera ha sido excluida del proceso de enajenación de las acciones de la Nación en ISAGEN S.A. ESP, dentro del cual hasta ese preciso momento, Honorables Consejeros, ha venido participando. Situación distinta es lo que deberá realizar cuando la EEB, de adquirir el paquete accionario de ISAGEN S.A. ESP, frente a las previsiones de alerta impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en sus resoluciones 5545, 15447 y 32184 de 2014 en relación con la violación de los límites de integración empresarial en el sector energético y de las medidas que deba tomar para excluirse de tales violaciones so pena de multas y sanciones” (Fl. 861).

En ese orden de ideas considera que “no es necesario suspender el proceso de enajenación en espera de resolver sobre la legalidad o no de las decisiones contenidas en los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio pues los derechos que invoca la actora como vulnerados por tales resoluciones no hacen relación con la eventual adquisición del paquete accionario en ISAGEN sino a la dinámica

que, en consideración al total de su participación en empresas del sector energético, deberá adelantar para mantener las participaciones accionarias en las mismas y las medidas que deba tomar para adecuarse a los límites previstos en la Ley 1340 de 2009 una vez llegara a adquirir las acciones que se ofrecen en ISAGEN S.A. ESP” (Fl. 862)

Estima que contrario a lo que indica la parte accionante, el Comité Directo y el Comité Técnico del mencionado proceso de enajenación de acciones, no han actuado en contra de la ley, y por el contrario han dado continuidad al mismo en cumplimiento del Decreto 1609 de 2013 y teniendo en cuenta las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, que gozan de presunción de legalidad.

Manifiesta que comparte las consideraciones expuestas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sobre la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que la parte accionante controvierta las decisiones contrarias a sus intereses, a través del cual puede solicitar la suspensión provisional de los actos demandando y/o del proceso o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, de conformidad con el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

Agrega que tampoco puede predicarse que la parte accionante se encuentre en una situación de perjuicio irremediable que haga procedente como mecanismo transitorio la acción de tutela, teniendo en cuenta sobre el particular la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.

De otro lado sostiene que la sentencia SU-1193 de 2000 no resulta aplicable al caso de autos, porque en ésta se discutió una decisión de la Comisión de Regulación de Energía y Gas que establecía un tope máximo de acciones a

adquirir, y en esta oportunidad se cuestiona una decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio, que consiste en establecer “*unas exigencias para mantener el porcentaje adquirido en la medida (que) con tal porcentaje se excedan y desconozcan los límites de la Ley 1340 de 2009 (posterior al fallo SU-1193 de 2000)*”.

Añade que “*con la decisión de la CREG (objeto de la sentencia SU 1193 de 2000) se impedía la adquisición de acciones, aquí se multa el exceso que genere la eventual adquisición, no se está desautorizando, se indica que se excederían los límites de respeto y observancia del equilibrio empresarial por adquisición de porcentajes en otras empresas del sector que “dispare” la actual posición en la participación total del mercado e influencia en la libre competencia*” (Fl. 860).

Finalmente expone los argumentos por los cuales estima que las decisiones de la referida Superintendencia que se controvierten en esta oportunidad, no vulneran los derechos invocados.

- La **Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.** mediante escrito del 23 de julio de 2014, solicitó como medida provisional dentro del presente trámite, que se ordenara la suspensión del proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, mientras se emite el fallo de tutela de segunda instancia, en consideración a que la subasta de aquéllas se programó para el día 22 de agosto de 2014.

Lo anterior con el fin de garantizar que la decisión que en segunda instancia se profiera dentro del presente trámite, se emita antes de que sea imposible su participación en el referido proceso de enajenación (Fls. 868-876).

Posteriormente la parte accionante mediante escrito del 14 de agosto del año en curso (Fls. 878-879), informó que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1512 de 2014, prorrogó por un año, contado desde el 24 de septiembre de 2014, el referido proceso de enajenación.

Argumenta que en virtud del anterior decreto el proceso de enajenación de acciones podría terminar en cualquier momento antes del 24 de septiembre de 2015, circunstancia que a su juicio justifica que por vía de la acción de tutela se suspenda el mismo, hasta que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se decida sobre la legalidad de las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que vulneran los derechos invocados.

Sobre el particular sostiene que *“teniendo en cuenta los términos que ordinariamente se presentan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para proferir una sentencia definitiva dentro de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el plazo de hasta un año por el que fue prorrogado el proceso de enajenación sigue siendo absolutamente insuficiente para que EEB pueda participar como comprador dentro del mismo”* (Fl. 879).

No obstante lo anterior indica que en próximos días contra las Resoluciones 5545, 15447, 19682 y 32184 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que *“condicionaron en forma ilegal la participación de EEB en el proceso de enajenación”*, presentará demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que ya agotó los requisitos de procedibilidad correspondientes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. De la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro medio judicial de defensa, salvo la configuración de un perjuicio irremediable.

La procedencia de la acción de tutela por mandato constitucional (artículo 86) y de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta su ejercicio, es una acción de carácter excepcional y subsidiario para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Lo anterior quiere decir, que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Una de las principales razones de lo expuesto, es que el legislador teniendo en cuenta determinadas situaciones de hecho y de derecho, y por consiguiente, la naturaleza, ejercicio, garantía y protección de los derechos de las partes, intervinientes y/o de la comunidad en general, ha elaborado acciones y procedimientos judiciales especializados para el mejor proveer de cierto tipo de situaciones, de acuerdo a las directrices de la Constitución Política.

Por lo anterior, la misma Carta Constitucional ha preceptuado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa, porque de lo contrario, desaparecerían todas las acciones y

procedimientos especialmente instituidos por el legislador para controvertir cualquier diferencia.

En este sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha establecido como causales de improcedencia de la acción de tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales; cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política (ante la existencia de las acciones popular y de grupo); y cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (en tanto los mismos son objeto de control mediante la acción de inconstitucionalidad y/o los medios de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo).

Sin embargo, teniendo en cuenta el valor vinculante de la Constitución Política (artículo 4°), y la supremacía que la misma le asigna a los derechos fundamentales (artículo 5°), por el valor jurídico y axiológico que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha previsto que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, cuando con ella se persigue evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la Corte Constitucional con el fin de delimitar el concepto de perjuicio irremediable, y por consiguiente de preservar el carácter residual y excepcional de la acción de tutela, ha establecido respecto a éste las siguientes características:

“A).El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible

daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.²

Como puede apreciarse, para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, es necesario que el juez en cada caso determine si el eventual perjuicio posee las características antes expuestas, so pena de negar el amparo solicitado por la improcedencia de la acción constitucional.

II. Análisis del caso en concreto

Al analizar los argumentos expuestos por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P, se tiene que en síntesis la misma pretende que se suspenda el proceso de enajenación de las acciones que posee la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN, mientras en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se decide de manera definitiva sobre la legalidad de las Resoluciones 5545, 15447,19862 y 32184 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que a su juicio materialmente le impiden participar en el referido proceso de enajenación, en virtud de las condiciones que se le impusieron para continuar en el mismo.

Sobre el particular precisa que ni la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ni la suspensión provisional de los actos acusados constituyen mecanismos eficaces de protección, de un lado, porque para el momento en que se emita la decisión definitiva sobre la legalidad de los actos administrativos antes señalados, el proceso de enajenación de acciones de

² Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

ISAGEN habrá culminado, y de otro, porque con la suspensión provisional de dichas resoluciones, no logrará un pronunciamiento positivo de la administración, en virtud del cual se le permita sin condiciones participar en el mencionado proceso.

Entre los argumentos que la parte demandante desarrolla para sustentar la referida pretensión, cita la sentencia SU-1193 de 2000 de la Corte Constitucional, en la que a su juicio se analizó un caso similar al de autos.

Frente a las situaciones antes expuestas las entidades accionadas y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostienen que la acción de tutela es improcedente por la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y las medidas cautelares que puede solicitar en virtud del mismo, y además aquéllas argumentan que la sentencia de unificación antes señalada en manera alguna es aplicable al caso objeto de estudio.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estima la Sala que el problema jurídico en el caso de autos consiste en establecer si el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y las medidas cautelares que pueden solicitarse en virtud del mismo, constituyen mecanismos eficaces de protección, para controvertir los actos administrativos que a juicio de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., le impiden participar en el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, y para garantizar su participación oportuna y con todas las garantías en el referido proceso.

Por supuesto, de la resolución del problema planteado depende en el caso de autos la procedibilidad de la acción de tutela, en tanto de establecerse que la parte accionante cuenta con otro medio de defensa que de manera eficaz y oportuna puede proteger sus derechos fundamentales, tendría concluirse que la acción constitucional es improcedente; por el contrario, de determinarse

frente los supuestos de hecho y derecho del caso de autos, que a pesar de que existe otro mecanismo judicial de protección, a través del mismo no pueden garantizarse materialmente los derechos fundamentales de la parte accionante, la acción de tutela sería procedente, por lo menos como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en los términos expuestos en el numeral I de la parte considerativa de esta providencia.

En ese orden de ideas lo primero que se advierte, es que tanto la parte demandante como demandada en el presente trámite, están de acuerdo en que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, constituye el mecanismo por excelencia para revisar la legalidad de las Resoluciones 5545, 15447, 19862 y 32184 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que a juicio de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., le impiden participar en el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN.

Sobre el particular también considera la Sala que es a través del referido mecanismo de control, que el juez natural del asunto, mediante el procedimiento legalmente establecido, debe establecer si las condiciones que se le impusieron a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. para participar en el referido proceso de enajenación, son o no contrarias al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, en el caso de autos se parte de la existencia de un medio judicial de defensa para verificar la legalidad de las resoluciones antes señaladas, que a juicio de la parte demandada son las que vulneran sus derechos fundamentales, razón por la cual el siguiente interrogante que debe resolverse es si el mencionado medio de control es eficaz para garantizar dichos derechos.

Sobre el particular la parte accionante como líneas atrás se indicó, de un lado argumenta que para el momento en que se resuelva de manera definitiva el

medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN habrá culminado, y de otro, que con la suspensión provisional de dichas resoluciones, no logrará un pronunciamiento positivo de la administración, en virtud del cual se le permita sin condiciones participar en el mencionado proceso.

Frente a la anterior argumentación estima la Sala, que en efecto es probable que para el momento en que finalice el referido proceso de enajenación, aún no se haya resuelto de manera definitiva el medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, que la parte accionante afirma ejercerá para controvertir los actos administrativos que considera contrarios a sus derechos, y también, que con la simple suspensión provisional de dicho actos, mientras se decide el proceso contencioso administrativo, en estricto sentido la parte demandante no lograría un pronunciamiento positivo de la administración que la autorice a continuar en el proceso de enajenación de acciones, sin embargo, en criterio de la Sala, en virtud de las anteriores circunstancias no puede concluirse como la hace la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., que en el caso de autos el referido medio de control y las medidas cautelares que se pueden solicitar en virtud del mismo son ineficaces.

Lo anterior teniendo en cuenta que la Ley 1437 de 2011 (a diferencia del Decreto 01 de 1984), consagró además de la suspensión provisional de los actos acusados, otras medidas cautelares para garantizar de manera material, eficaz y oportuna los derechos de las personas que acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras se adoptan las decisiones definitivas sobre las controversias objeto de análisis, e incluso, estableció la posibilidad de solicitar dichas medidas sin previa notificación a la contraparte, cuando por las circunstancias del caso concreto se requieren medidas urgentes e inmediatas de protección, que para ser eficaces deben adelantarse sin agotar un procedimiento previo.

Para mayor ilustración se transcriben los artículos 230 y 234 de la Ley 1437 de 2011, en virtud de los cuales se evidencia que se ampliaron significativamente las competencias del juez administrativo en materia de medidas cautelares, a fin de que el mismo de manera oportuna y eficaz garantice los derechos de las personas que acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y por lo tanto, que éstas no sólo al finalizar el proceso judicial, sino durante el desarrollo del mismo, reciban las medidas de protección a que tienen derecho.

“ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la

medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente”.

“ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete”.

Por lo tanto, en atención a las significativas modificaciones que introdujo la Ley 1437 de 2011 en materia de medidas cautelares, advierte la Sala que contrario a lo que afirma la parte accionante, la suspensión provisional de los actos acusados no constituye la única medida cautelar que puede solicitar mientras se resuelve de manera definitiva la demanda nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que estima contrarias a sus derechos, y por el contrario se evidencia que cuenta con otras alternativas para solicitarle al juez natural del asunto, desde la presentación de la demanda, que garantice éstos de manera oportuna y eficaz mientras se adopta una decisión de fondo.

Es más, se reitera que la referida Ley en su artículo 234, consagra la posibilidad de solicitar las medidas cautelares pertinentes con carácter urgente, por supuesto, siempre y cuando se acredite que por la especial situación en que se encuentra el afectado, no es posible llevar a cabo el trámite previsto en el artículo 233, que prevé un traslado a la parte demandada para que ejerza el derecho a la defensa, para que después del mismo el juez administrativo adopte la decisión a que haya lugar.

Por las razones expuestas, se estima que aras de salvaguardar la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, y a su vez, el respeto de los mecanismos especialmente diseñados por el legislador para resolver determinadas controversias, en criterio de la Sala no es desproporcionado exigirle a la sociedad accionante que en los términos y condiciones legalmente establecidos, acuda al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y a las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011, para controvertir las referidas resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y lograr su participación en el proceso de enajenación de acciones de ISAGEN.

Es más, sobre el particular se destaca que en esta instancia la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., afirmó que ya agotó los requisitos de procedibilidad correspondiente para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual desde la misma presentación de la demanda puede solicitarle al juez natural del asunto que a través de las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011, adopte las medidas pertinentes para garantizar su efectiva participación en el referido proceso de enajenación.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la parte accionada para justificar la procedibilidad de la acción de tutela y la supuesta ineficacia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, trae a colación la sentencia SU-1193 de 2000, a través de la cual la Corte Constitucional suspendió un proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, hasta que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se decida sobre la legalidad de los actos proferidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que limitaban la participación de las Empresas Públicas de Medellín en el referido proceso.

Frente al fallo de unificación antes señalado, lo primero que debe destacarse es que fue emitido hace 14 años, y por lo tanto que para ese momento en materia de lo contencioso administrativo estaba vigente el Decreto 01 de 1984, que fundamentalmente entrándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, establecía como medida cautelar la suspensión de los actos acusados, de manera tal que las partes y el juez administrativo, en principio no contaban con otras alternativas para lograr la protección oportuna de los derechos invocados mientras se adoptaba la decisión de fondo correspondiente, razón por la cual la Corte Constitucional en el asunto que fue objeto de análisis en la sentencia SU-1193 de 2000, consideró procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Dicho de otro modo, no puede pasarse por alto que las consideraciones expuestas en el referido fallo de unificación, se realizaron teniendo en cuenta el marco normativo vigente para el año 2000, en materia de mecanismos de defensa en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que tratándose de medidas cautelares tuvo significativas modificaciones en virtud de la Ley 1437 de 2011, que entre otros propósitos, busca garantizar la protección oportuna, inmediata y urgente de los derechos que puedan estar en riesgo.

Por lo tanto, las consideraciones de la sentencia SU-1193 de 2000 de la Corte Constitucional no pueden aplicarse de manera automática como lo pretende la parte accionante, sobre todo cuando en los términos arriba expuestos se advierte que en virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 1437 de 2011 en materia de medidas cautelares, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es eficaz para garantizar los derechos invocados en el caso de autos.

Asimismo también debe considerarse que en el caso que fue objeto de estudio en la sentencia de unificación, difiere en algunos aspectos al que es analizado en esta oportunidad, por ejemplo en la naturaleza, las atribuciones y el marco normativo de las entidades que impusieron restricciones o condiciones para participar en el proceso de enajenación de ISAGEN, motivo por el cual el análisis que se realizó frente a la Comisión de Regulación de Energía y Gas en el fallo SU-1193 de 2000, no pueden extenderse de manera automática a la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre todo cuando han transcurrido 14 años desde la emisión de la sentencia antes señalada, durante los cuales se han presentado importantes desarrollos normativos alrededor de las competencias de las entidades antes señaladas.

De otro lado debe considerarse que en la acción de tutela que dio origen al referido fallo de unificación, la entidad demandante puso de presente que la primera etapa del proceso de enajenación terminaría el 6 de diciembre de 1999, por lo que presentó la acción de tutela el 12 de noviembre del mismo año, con el fin de que se garantizaran los derechos que estima vulnerados, es decir, acreditó que existía una situación inminente y urgente que requería la intervención impostergable del juez de tutela.

En el caso de autos la parte accionante al presentar la demanda expuso una situación de inminencia y urgencia similar a que la que fue objeto de análisis en la sentencia SU-1193 de la Corte Constitucional, resaltando que la subasta de las acciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN se llevaría a cabo el 22 de agosto de 2014 (Fls. 869-870), empero, frente a dicha situación no puede perderse de vista que recientemente el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1512 del 12 de agosto del año en curso, prorrogó el referido proceso de enajenación por un año, contado a partir del **24 de septiembre de 2014** (Fl. 880).

Con la referida prórroga del proceso de enajenación, en criterio de la Sala se desvirtúa o al menos atenúa la situación de inminencia y urgencia que predica la parte accionante para solicitar la intervención impostergable del juez de tutela, pues ni siquiera ha comenzado a correr el término de un año que se concedió para que finalice el referido proceso de enajenación de acciones de ISAGEN, lo que justifica aún más, que la parte accionante acuda al juez natural del asunto para lograr la protección oportuna y eficaz de sus derechos, máxime cuando indica que para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ya agotó los requisitos de procedibilidad pertinentes, y cuando desde la presentación de aquélla puede solicitar que se adopten medidas cautelares con carácter urgente de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

Por lo tanto, ante la prórroga del referido proceso de enajenación y las garantías que se han consagrado en la ley antes señalada para quienes acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, estima la Sala que en el caso de autos la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., no se encuentra en la situación de perjuicio irremediable en que se encontraban las Empresa Públicas de Medellín cuando la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-1193 de 2000.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 12 de junio de 2014 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)
PÁEZ**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE