

El segundo, que se desestimó por parte de los suscritos magistrados la posibilidad de declarar un impedimento, que podría originarse en que los recursos pagados por estos a título de Impuesto Solidario COVID 19 también alimentan el FOME; debido a que los mismos salieron del patrimonio personal para pasar al del Estado y, en consecuencia, constituyen bienes ajenos que, por tal motivo, no generan interés directo ni indirecto con respecto a los funcionarios que toman la presente decisión.

A continuación, la Sala pasará a exponer las razones por las cuales considera que se da cumplimiento a los requisitos previstos en la Ley 1437 de 2011, artículo 231, inciso 2, para el decreto de la presente medida cautelar de urgencia.

La demanda se encuentra razonablemente fundada en derecho. Sustenta sus pretensiones y la solicitud de medida cautelar en informaciones que dan cuenta del otorgamiento del crédito de US\$370 millones a Avianca Holdings S.A. y, así mismo, sobre la ausencia de información pública **suficiente** sobre el particular (numeral 1, artículo 231, Ley 1437 de 2011).

El demandante obra facultado por la legitimación por activa que confiere el artículo 12, numeral 1, de la Ley 472 de 1998 (toda persona natural o jurídica) para el ejercicio de las acciones populares de protección de los derechos e intereses colectivos (numeral 2, artículo 231, Ley 1437 de 2011).

El demandante presentó “*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones*” que permiten concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla (numeral 3, artículo 231, Ley 1437 de 2011).

El demandante ha informado sobre la situación financiera que afronta Avianca Holdings S.A., que se ve reflejada en el anexo que corresponde al archivo electrónico “03 Prueba 1” de la demanda denominado “*Estados Financieros Consolidados Condensados Interinos No Auditados*” de Avianca Holdings S.A. y subsidiarias al “30 de junio de 2020 y 31 de diciembre de 2019 y por los periodos de seis meses terminados el 30 de junio de 2020 y 2019.” “*Informe del Auditor Independiente sobre la Revisión Financiera Intermedia.*”, rendido por la sociedad de auditoría KPMG S.A.S.

Dicho documento da cuenta que según la información financiera consolidada condensada al 30 de junio de 2020, el Grupo empresarial en mención presenta pérdidas del ejercicio por US\$353 millones, tiene un déficit patrimonial por US\$355 millones y diferencias de capital de trabajo por US\$4.027 millones (página 22 del informe de auditoría).

Igualmente, señala (página 69) que la situación de Avianca Holdings S.A. es preexistente a la situación de pandemia generada por el Covid 19, pues en el año 2019 no repartió dividendos entre sus accionistas debido a las dificultades por la situación financiera que desde entonces afrontaba (*“pérdidas retenidas a 31 de diciembre de 2019”*).

También que para afrontar los efectos generados por la pandemia del COVID 19, el 10 de mayo de 2020 el Grupo aludido presentó peticiones voluntarias ante el Tribunal de Bancarrota del Distrito Sur de Nueva York, para su protección bajo el Capítulo 11 del Código de Bancarrotas de los Estados Unidos (página 23 del informe de auditoría).

Concluye dicho informe señalando que *“Estas condiciones indican la existencia de una incertidumbre material que puede generar dudas significativas sobre la habilidad del Grupo para continuar como negocio en marcha. Nuestra conclusión no es modificada en relación con este asunto.”*.

Tomando en consideración que el presente medio de control se formula con el propósito de que se tomen los resguardos para la protección del patrimonio público a raíz del crédito otorgado a una sociedad que pese a su condición estratégica en el desempeño de la economía colombiana, se encuentra en una situación como la descrita; el Tribunal estima que hay razones suficientes para considerar que en el juicio de ponderación de intereses al que se refiere el numeral 3 del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, están acreditadas las condiciones para afirmar que resulta *“más gravoso para el interés público negar la medida que concederla.”* (página 2).

Se trata de un préstamo por US\$370 millones aprobado con recursos del patrimonio público que hacen parte del Fondo de Mitigación de Emergencias, en

relación con los cuales no existe claridad acerca de las condiciones de otorgamiento ni de las garantías reales verificadas para su respaldo.

Finalmente, cabe señalar que de no otorgarse la medida se causaría un perjuicio irremediable para el patrimonio público (literal a), numeral 4, artículo 231, Ley 1437 de 2011); en especial, porque una vez producido el desembolso se reducen de manera significativa las posibilidades con que cuentan las entidades estatales concernidas para reducir o controlar los riesgos de pérdida de los recursos públicos de que se trata.

En este contexto, existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios (literal b), numeral 4, artículo 231, Ley 1437 de 2011), con lo cual no se garantizaría el objeto del proceso ni la efectividad de la sentencia del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

4. Decreto de medios de prueba

Con la finalidad de garantizar el derecho a la defensa de los accionados y contar con elementos de juicio suficientes en el presente trámite cautelar, que permitan el levantamiento o la continuidad de la medida provisional de que se trata, se decretan los siguientes medios de prueba que deberán ser allegados en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de la presente providencia.

Al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

- i) El reglamento con base en el cual se otorgan los créditos por parte del FOME.
- ii) Las motivaciones de orden técnico para el otorgamiento del crédito como medida regulatoria. En este apartado, deberán considerarse: la selección de opciones o alternativas, la justificación de la medida (inclusión social, medio ambiente, tributación e interés nacional), el análisis de los impactos de la medida y la forma como está prevista su implementación y monitoreo. Particularmente, el análisis de impacto en las condiciones de libre competencia en el mercado aeronáutico nacional.

iii) Las condiciones detalladas del crédito.

iv) La documentación que sirvió de base para su otorgamiento: solicitud de crédito, documentación acompañada para el efecto (condiciones de retorno del crédito, plan de negocios que lo sustenta, garantías ofrecidas y valoración sobre las mismas) y documentos que acreditan el desarrollo de la actuación administrativa desplegada por el FOME para el otorgamiento del crédito.

v) Consideraciones sobre el establecimiento de una jurisdicción extranjera para la disposición de los recursos que constituyen el préstamo.

vi) La existencia de solicitudes y trámites similares por parte de otras aerolíneas que tienen por base el territorio nacional.

vii) Monto de los recursos de los que dispone el FOME en la actualidad y cuál es la proyección estimada en los próximos 18 meses.

viii) El contrato de prestación de servicios con código No.13.009-2020, suscrito el 28 de agosto de 2020 entre la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la firma de abogados Arnold & Porter Kaye Schiller LLP. Así como las razones que lo justificaron y el propósito esencial por el cual se suscribió, en el marco del crédito de que se trata.

Al Ministerio de Transporte.

Los estudios y las razones de conectividad en materia de transporte aéreo que justifican el crédito. El estudio de alternativas y la justificación de cada una de ellas. Así como las razones para elección de la escogida, esto es, el otorgamiento del crédito aludido a Avianca Holdings S.A.

A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Sus consideraciones sobre el establecimiento de una jurisdicción extranjera para la disposición de los recursos que constituyen el préstamo de US\$370 millones

aprobado a Avianca Holdings S.A., derivados de la posibilidad de participación dentro del proceso de insolvencia bajo el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos (*Chapter 11 of Title 11 of the United States Code*) de la mencionada sociedad y, en ese sentido, de la protección del patrimonio público colombiano en el marco del referido proceso judicial que se adelanta ante el tribunal extranjero.

Las autoridades anteriores, deberán indicar la información que tenga carácter reservado, con el fin de que el Tribunal confiera el tratamiento que corresponde.

Conclusión

Se ordenará como medida cautelar de urgencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público que adelante las gestiones administrativas necesarias para que el Fondo de Mitigación de Emergencias se abstenga de realizar el desembolso del crédito aprobado a Avianca Holdings S.A. por un valor de US\$370 millones.

Se negará como medida cautelar de urgencia que el Ministro de Hacienda y Crédito Público informe públicamente cuál es el análisis objetivo que llevó a aprobar el crédito en mención. El motivo para ello, es que no tiene una relación directa con la inminencia del desembolso del crédito. No obstante, será materia del debate probatorio que se adelante en el cuaderno principal del presente proceso de acción popular.

Se negará la solicitud de medida cautelar consistente en que el señor Presidente de la República previo a cualquier desembolso del crédito referido informe sobre cualquier posible conflicto de intereses por la circunstancia de que su hermana, señora María Paula Duque Samper, se desempeña como Vicepresidente Senior de Relaciones Estratégicas y experiencia del Cliente de Avianca Holdings S.A.

Esta solicitud se negará por cuanto no tiene una relación directa con la medida cautelar de urgencia encaminada a suspender el desembolso del crédito por US\$370 millones aprobado por el FOME a Avianca Holdings S.A. No obstante, dicha cuestión será abordada en el marco del medio de control de acción popular (Numeral noveno de los hechos de la demanda).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A",

RESUELVE

PRIMERO.- ADMITIR la demanda instaurada en ejercicio del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos por el señor Jonatan Ruíz Tobón contra el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Avianca Holdings S.A.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE el contenido de esta decisión a los señores **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y **PRESIDENTE DE AVIANCA HOLDINGS S.A.**, o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, de conformidad con el artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 21, inciso 3º, de la Ley 472 de 1998.

TERCERO.- INFÓRMESE a los señores **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y **PRESIDENTE DE AVIANCA HOLDINGS S.A.**, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 472 de 1998, se les concede un término de diez (10) días para contestar la demanda y solicitar la práctica de pruebas, contado a partir del día siguiente al de la respectiva notificación.

CUARTO.- En atención a lo dispuesto en el inciso final del artículo 21 de la Ley 472 de 1998, **COMUNÍQUESE**, por Secretaría de la Sección, a los señores Procurador General de la Nación, Contralor General de la República y Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sobre la admisión de la demanda.

QUINTO.- Remítase al señor Defensor del Pueblo copia de la demanda y de este auto para el registro de que trata el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

SEXTO.- A costa de la parte actora, **INFÓRMESE** a los miembros de la comunidad

a través de un medio masivo de comunicación (prensa o radio) que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", Expediente No. **2500023410002020-00584-00**, se adelanta el Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos interpuesto por el señor Jonatan Ruíz Tobón que considera vulnerados y/o amenazados los derechos colectivos a la seguridad social (en lo que a su sostenibilidad se refiere), al patrimonio público y a la moralidad administrativa por la aprobación e inminente desembolso de un crédito otorgado por el Gobierno Nacional - Fondo de Mitigación de Emergencias a Avianca Holdings S.A. por un valor de US\$370 millones.

SÉPTIMO.- ADOPTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA consistente en **suspender el desembolso** del crédito aprobado a Avianca Holdings S.A. por el Fondo de Mitigación de Emergencias por un valor de US370 millones. Para tales efectos, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público deberá adelantar, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la comunicación de la presente medida, todas las actuaciones administrativas necesarias con el fin de dar cumplimiento a la orden impartida e informará a este Tribunal sobre tal determinación, acompañando los soportes correspondientes. La presente decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento en los términos del artículo 229, inciso final, de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO.- NEGAR LA MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA consistente en que el Ministro de Hacienda y Crédito Público informe públicamente cuál es el análisis objetivo que llevó a aprobar en favor de Avianca Holdings S.A. el crédito por un valor de US370 millones. La presente decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento en los términos del artículo 229, inciso final, de la Ley 1437 de 2011.

NOVENO.- NEGAR la medida cautelar consistente en que el señor Presidente de la República, previo a cualquier desembolso del crédito referido, informe sobre cualquier posible conflicto de intereses por la circunstancia de que su hermana, señora María Paula Duque Samper, se desempeña como Vicepresidente Senior de Relaciones Estratégicas y experiencia del Cliente de Avianca Holdings S.A. La presente decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento en los términos del artículo 229, inciso final, de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO.- DECRETAR los medios de prueba indicados en el numeral 4. de la parte motiva de la presente providencia, con destino al cuaderno de la medida cautelar y al cuaderno principal de la presente acción popular. Por la Secretaría de la Sección, ofíciase.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sala realizada en la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

L.C.C.G.