

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN “A”

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Referencia: Exp. No. 250002341000202000584-00

Demandante: JONATAN RUÍZ TOBÓN

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS

**MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES
COLECTIVOS**

Asunto. No repone medida cautelar de urgencia. Concede apelación.

Antecedentes

El señor Jonatan Ruíz Tobón, actuando en nombre propio, interpuso demanda en ejercicio del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, previsto por las leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Avianca Holdings S.A.

Adujo el accionante que las demandadas incurren en amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y a “*la seguridad social, en lo que a sostenibilidad se refiere*”, debido a la aprobación y posible desembolso de un crédito a Avianca Holdings S.A. por un valor de US\$370 millones por parte del Gobierno Nacional.

En el escrito de la demanda de acción popular, solicitó el decreto de medidas cautelares con el fin de proteger los derechos invocados en la demanda de acción popular, orientado, entre otros fines, a que se suspenda el desembolso del crédito referido.

Este Tribunal, mediante providencia de 10 de septiembre de 2020, dispuso, entre otras medidas.

“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.”.

Mediante memoriales remitidos al buzón de correo electrónico de este Tribunal, la sociedad Avianca Holdings S.A. (en adelante AVH) y el Ministerio Hacienda y Crédito Público (MHCP) interpusieron recursos de reposición y en subsidio de apelación contra el auto de 10 de septiembre de 2020, por medio del cual se decretó la medida cautelar transcrita.

Durante el término de traslado, el actor popular, solicitante de la medida cautelar, se pronunció sobre los recursos presentados por AVH y el MHCP, en el sentido de solicitar que se mantenga la medida cautelar de urgencia de suspensión del desembolso.

El Procurador Judicial II 135, delegado ante este Tribunal, consideró que la medida cautelar de urgencia se ajustaba a derecho; y que la misma se justificaba en la necesidad de proteger el derecho e interés colectivo al patrimonio público.

Los recursos contra la medida y el pronunciamiento del actor popular.

El recurso de Avianca Holdings S.A.

Los argumentos del recurso presentados por AVH son, en esencia, los siguientes.

Considera que son procedentes los recursos de reposición y, en subsidio, el de apelación, contra la medida cautelar de urgencia, con base en lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 472 de 1998.

Estima que existe un crédito aprobado por el Gobierno Nacional en favor de AVH hasta por US\$370 millones; y que no hay prueba idónea de la inminencia y urgencia de un daño irreparable, por lo que la medida no resulta oportuna ni proporcionada.

Estima que son mayores los perjuicios al derecho colectivo al patrimonio público que los que el demandante pretende proteger, pues la vigencia de la medida cautelar “*resulta en la inevitable liquidación de AVH*”, generando para Colombia una reducción en el PIB de US\$6.300 millones en los próximos 5 años, la eliminación de 123 mil puestos de trabajo y la pérdida de US\$1.300 millones en impuestos.

En consonancia con lo anterior, afirma que de producirse la liquidación de AVH “*no es posible que una nueva aerolínea reemplace a Avianca en el mercado colombiano en el corto ni en el mediano plazo (entre cuatro (4) y seis (6) años)*”. Esto implicaría “*afectar la seguridad aérea*”, pues una aerolínea de reemplazo requeriría cumplir con múltiples

procesos de certificación y de autorización técnica por parte de la Aeronáutica Civil de Colombia.

Enlista una serie de garantías que se ofrecerá a la totalidad de los acreedores en el proceso de reestructuración de AVH que se adelanta ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, que estima aseguranzas suficientes para respaldar el crédito. Acompaña un anexo D, en particular, en el que se describe con precisión cada una de las garantías.

Estima que es procedente la revocatoria de la medida cautelar porque el literal c), artículo 26, de la Ley 472 de 1998, dice que es válida la oposición a la misma para evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

También estima que no hay afectación del derecho a la seguridad social, por la circunstancia de que el Fondo de Mitigación de Emergencias (en adelante el FOME) obtenga parte de sus recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (en adelante el FONPET); pues la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto Legislativo 444 de 2020, sin ningún tipo de condicionamiento.

Acompaña varios estudios sobre la valoración de Lifemiles, del negocio de carga de AVH y de aeronaves respecto de las cuales el Grupo es propietario o tiene participación en ellos, que son algunas de las garantías ofrecidas; así mismo, un estudio sobre la importancia y el impacto de AVH en la economía colombiana.

Afirma que no hubo un adecuado juicio de ponderación de intereses al dictar la medida cautelar, pues no se tuvo en cuenta la importancia de AVH para la economía nacional, ni el impacto que generaría su desaparición en materia de empleo, conectividad del servicio público de transporte, tributación y dinamización de la economía.

El recurso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los argumentos presentados por el MHCP son, en esencia, los siguientes.

Debe resolverse el recurso de reposición contra la medida cautelar de urgencia, pues así lo dispone el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, que es norma especial frente al artículo 243 de la Ley 1437 de 2011. Este recurso se interpone en subsidio del de apelación.

La decisión del Tribunal se basa en una premisa falsa. No hay un crédito aprobado

a favor de AVH. Lo que ha habido es una manifestación de voluntad del Comité del FOME para participar en el proceso de reestructuración de la citada sociedad.

La aprobación del crédito está atada a la emisión de un concepto, para lo cual se contrató a una firma de abogados de Nueva York; y a la aprobación respectiva por parte del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, ante el cual se tramita el proceso de reestructuración de AVH.

La medida cautelar se fundamenta en razones apriorísticas y subjetivas que desbordan las competencias de la Rama Judicial. El trámite de aprobación del crédito corresponde a una facultad de tipo discrecional que, en consecuencia, no puede ser interferida por la Rama Judicial. Como era discrecional, no debió tomarse directamente sino impartirse la orden al MHCP, en aplicación de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

La medida cautelar del Tribunal es absoluta e ilimitada y debe modularse en el sentido de suspender el desembolso hasta tanto se obtengan las garantías que permitan dar seguridad sobre el repago del crédito por US\$370 millones.

No hubo un adecuado juicio de ponderación de intereses, pues no se tuvo en cuenta la importancia de AVH para la economía nacional, ni el impacto que generaría su desaparición en materia de empleo, conectividad del servicio público de transporte, tributación y dinamización de la economía.

El pronunciamiento del actor popular, solicitante de la medida cautelar de urgencia.

Los argumentos presentados por el actor popular, solicitante de la medida cautelar de urgencia, con el fin de que se mantenga la misma, son los siguientes.

Está vencido el término de tres (3) días concedido a los recurrentes para arrimar una serie de pruebas solicitadas por el Tribunal, sin que se haya cumplido con la orden respectiva.

El actor popular no ha afirmado que el MHCP haya realizado el desembolso del crédito por US\$370 millones. Es una apreciación equivocada del MHCP.

Son manifiestas las contradicciones entre el MHCP y AVH en cuanto al impacto económico de AVH en la economía nacional. Muestra de ello son las cifras que en materia de generación de empleo aportan los recurrentes.

El contrato, suscrito con una firma de abogados de Nueva York para estudiar la

viabilidad del crédito, se firmó por el MHCP un día antes de que el Comité del FOME anunciara la participación del Gobierno Nacional en la financiación del proceso de reestructuración de AVH.

Esta circunstancia pone en evidencia que no se contó con estudios previos para tomar la decisión que se cuestiona; y, también, que resulta contradictorio con otras afirmaciones del MHCP, contenidas en el recurso, según las cuales la decisión se tomó luego de realizar análisis y estudios sobre la materia.

Existe una gran incertidumbre acerca de si el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, donde cursa el proceso de reestructuración de AVH, habrá de aceptar la moción DIP (*Debtor in possession* o deudor en posesión del negocio) de que se conceda a la República de Colombia la condición de acreedor privilegiado.

La razón de esta incertidumbre, reside en que en reciente decisión (11 de septiembre de 2020) ese mismo Tribunal no aceptó la moción DIP presentada por LATAM, de similares características, por considerarla inaceptable para los demás inversionistas o acreedores.

Además, no se conocen con precisión los términos de la moción DIP que se presentará ante el Tribunal del Distrito Sur Nueva York por AVH; y no se sabe si este aceptará esa condición de crédito privilegiado en favor de la República de Colombia.

Las respuestas del MHCP corresponden a una serie de argumentos de conveniencia sobre el rescate. Pero lo solicitado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca son medios de prueba concretos acerca de las garantías constituidas en favor de la República de Colombia, elemento que se extraña en dicha argumentación.

De ser tan claras las condiciones para el otorgamiento del crédito y las garantías para su recuperación, ni AVH ni el MHCP necesitarían tiempo en exceso para allegar los soportes al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la medida en que supuestamente se agotó un procedimiento riguroso en lo jurídico, técnico y financiero.

Los accionados deberán probar que existe una relación de causalidad entre los motivos que justificaron la expedición de los decretos legislativos 417 y 440 de 2020 y la situación de crisis financiera de AVH, que es preexistente a la situación de crisis provocada por la pandemia.

Pronunciamento del Ministerio Público

El Procurador Judicial 135, Judicial II Administrativo de Bogotá, expuso las siguientes consideraciones sobre la decisión del Tribunal por medio de la cual se ordenó la medida cautelar y de los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra ella.

Estimó que la medida cautelar ordenada se ajustaba a derecho, que era conveniente y necesaria en aras de proteger el derecho colectivo al patrimonio público, al menos mientras el Tribunal o el H. Consejo de Estado encuentre que están dadas las condiciones para conceder el crédito referido y que se han otorgado las garantías suficientes de respaldo del crédito, como lo planteó en su petición subsidiaria el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, caso en el cual se podría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 del CPACA, levantar, modificar o revocar la medida cautelar.

Si bien la posible afectación de los derechos invocados está directamente relacionada con el acuerdo, celebración y ejecución de un contrato de mutuo o de crédito, lo que se pretende no es la anulación del referido contrato, que como señaló el representante del MHCP aún no se ha suscrito, sino la protección de los derechos colectivos vulnerados y/o amenazados invocados, en especial el del patrimonio público, que es el que se quiere salvaguardar con la medida cautelar.

Estima que como se indica en el auto recurrido, fundado en el Informe del Auditor Independiente de AVH, el escenario financiero de la empresa a la cual se le piensa desembolsar una suma considerable de recursos públicos, en calidad de préstamo, es complicada, lo que lleva a colegir que puede ser inminente el riesgo de perder total o parcialmente esos recursos, máxime si no son claras las garantías reales para su recuperación.

No se trata de desconocer las facultades que como jefe de gobierno y supremo director de la administración pública tiene el señor Presidente de la República para el empleo de los recursos destinados a conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, estamos frente a la actuación de un juez colegiado que en cumplimiento de sus funciones, también constitucionales, considera que la situación debe aclararse a fin de evitar un posible detrimento del patrimonio público.

Tampoco son de recibo las explicaciones del MHCP en el sentido de afirmar que los recursos que se facilitarán con el préstamo son de carácter extraordinario,

suscitados por la emergencia económica social y ecológica que en nada aminoran los recursos del presupuesto ordinario, así que su empleo no generará vulneración o amenaza de los derechos colectivos, pues los recursos públicos sean ordinarios o extraordinarios, tienen la misma calidad, hacen parte del patrimonio público y por Constitución, pueden ser objeto de control jurisdiccional mediante este tipo de acciones de protección de derechos e intereses colectivos.

Frente a lo presuntos perjuicios mayores que causa la medida cautelar al derecho colectivo al patrimonio público, es comprensible que con la eventual liquidación de AVH se afecte el servicio público de transporte pero no por ello se puede llevar a considerar, al menos con las pruebas aportadas, que la suspensión del desembolso conlleve a la liquidación de dicho grupo empresarial, entre otras razones porque los US\$370 millones serían una fracción del financiamiento requerido.

Consideraciones

Cuestión previa. La procedencia de los recursos de reposición y de apelación contra el auto que decreta la medida cautelar.

El Tribunal coincide con el planteamiento hecho por los recurrentes acerca de la procedencia del recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra la decisión por medio de la cual se decreta la medida cautelar en el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

Comparte el criterio según el cual, de conformidad con el artículo 243, numeral 2, inciso 2, de la Ley 1437 de 2011, es apelable el auto que decreta una medida cautelar; sin embargo, esta disposición no excluye la aplicación del artículo 26 de la Ley 472 de 1998, que dispone: “*el auto que decrete las medidas previas (...) podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación.*”.

La vigencia del artículo 26 de la Ley 472 de 1998, ha sido claramente establecida por el Consejo de Estado en su jurisprudencia. Sobre el particular, puede advertirse la providencia de la Sección Primera de dicha corporación conforme a la cual la expedición de la Ley 1437 de 2011 no ha implicado una derogación del sistema de medidas cautelares previsto en la Ley 472 de 1998.¹

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Roberto Augusto Serrato Valdés. 13 de julio de 2017. Radicación 15001-23-33-000-2014-00223-01

A juicio del alto tribunal, debe efectuarse una interpretación armónica, que permita integrar las disposiciones sobre medidas cautelares contempladas en la Ley 472 de 1998 con las de la Ley 1437 de 2011, particularmente porque se considera que el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 confiere un rango mayor de protección de los derechos colectivos, debido al carácter innominado de las medidas allí consagradas.

Por su parte, en fecha más reciente, sin abordar de manera directa la cuestión, la Sala Plena del Consejo de Estado fue clara en señalar la plena vigencia del artículo 26 de la Ley 472 de 1998. En aquella ocasión, hizo énfasis en que las dos únicas providencias apelables en el procedimiento de las acciones populares son el auto que decreta las medidas cautelares y la sentencia.

No obstante haberse enfocado en tal aspecto del procedimiento, pues era el que interesaba en el debate sometido a consideración del alto tribunal, basó su decisión a partir del texto del artículo 26, ya mencionado, que señala la procedencia de los “*recursos de reposición y de apelación*” contra el auto que decreta la medida cautelar.²

En consecuencia, el Tribunal estima procedentes, en el presente caso, los recursos señalados, porque fueron oportunamente interpuestos, y se encuentran con la sustentación debida como para ser considerados por esta Corporación, en el marco del recurso de reposición; y por el H. Consejo de Estado, en sede de apelación.

Una vez resuelta esta cuestión procesal previa, el Tribunal procederá al estudio que sirve de fundamento para negar los recursos de reposición interpuestos y, desde ahora, anuncia que concederá la alzada ante el H. Consejo de Estado, para lo de su competencia.

Con el fin de resolver sobre los recursos de reposición interpuestos, se abordará en primer orden el formulado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se enfoca principalmente a cuestionar las bases probatorias que sirvieron de sustento a la medida cautelar.

A continuación, se ocupará del interpuesto por la sociedad Avianca Holdings S.A., que se orienta, en lo fundamental, a demostrar la suficiencia de las garantías ofrecidas a la República de Colombia, como respaldo del crédito de US\$370 millones.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Consejero Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio. 26 de junio de 2019. Radicación 25000-23-27-000-2010-02540-0

El recurso interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La decisión del Tribunal se basa en una premisa falsa: no hay un crédito aprobado en favor de AVH.

Estima el MHCP que hay un error en las premisas que fundamentaron el decreto de la medida cautelar. La premisa equivocada, a juicio de la entidad pública, es que en la medida previa se parte del “*otorgamiento del crédito de US\$370 millones a Avianca Holdings S.A.*”. Sostiene el MHCP que la actuación respectiva se encuentra en “*una etapa inicial en la que las condiciones del préstamo que se proyecta otorgar a la aerolínea, aún se encuentran en proceso de negociación.*”.

El Tribunal considera sobre el particular, lo siguiente.

No hay una premisa errada. El Tribunal se basa en las informaciones hechas públicas por el propio Gobierno Nacional, según puede apreciarse en el Boletín No. 40 del 29 de agosto de 2020, que se encuentra en la página web del MHCP, cuyos apartes pertinentes se destacan.

“Boletín n°. 040

El Gobierno nacional participará en la reestructuración de Avianca con el fin de preservar el servicio aéreo de los colombianos

Con el fin de garantizar la prestación del servicio, la conectividad aérea de los colombianos y la actividad económica general, el Gobierno nacional participará en el proceso de reestructuración de Avianca.

La operación se hará a través de un crédito hasta por \$370 millones de dólares en una transacción de 18 meses que corresponde al tiempo estimado que dura el proceso de reestructuración de la compañía bajo el marco del Capítulo 11 del Código de Bancarrota de los Estados Unidos de América.

Avianca contribuye con aproximadamente 500 mil empleos directos e indirectos y su operación representa aproximadamente \$14.6 billones de pesos al año para la economía colombiana.

Bogotá, 29 de agosto de 2020 (COMHCP). El Comité de administración del Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME), en el marco de la política para garantizar la protección de la prestación del servicio aéreo, **autorizó** en su sesión del día de hoy, **la participación de la Nación en la reestructuración de Avianca, mediante el financiamiento de hasta \$370 millones de dólares** dentro del proceso que sigue la empresa bajo el Capítulo 11 del Bankruptcy Code de los Estados Unidos. Esta operación deberá ser evaluada y autorizada por el juez que se encuentra a cargo del caso en el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York.

Los beneficios para Colombia y su economía al permitir que Avianca avance en su reestructuración y mantenga su operación en el país son significativos. La afectación a la operación de Avianca tendría repercusiones negativas en la calidad del servicio aéreo, en la economía y en la competitividad del país.

Avianca es la aerolínea más grande de Colombia, con una participación del 45,5% del total de los pasajeros transportados en 2019, sirviendo a más de 75 destinos. En el transporte de carga, Avianca cuenta con el 31,6% de la participación del mercado.

Así mismo, Avianca contribuye con aproximadamente 500 mil empleos directos e indirectos y su operación representa aproximadamente \$14,6 billones de pesos al año para la economía colombiana (aproximadamente 1,4% del PIB).

La decisión se da luego de un proceso de análisis y estudio de alternativas frente a la participación del Gobierno que inició en marzo de este año, cuando la compañía tuvo un primer acercamiento para buscar financiamiento. En este proceso de decisión se tuvo en consideración los potenciales efectos adversos de una cesación permanente de los servicios provistos por Avianca en términos de actividad económica, la capacidad de transporte aéreo, la destrucción de empleos y la pérdida de ingresos, tanto de la Nación como de las Entidades Territoriales.

La decisión del Comité consiste en autorizar la participación del Gobierno nacional en el financiamiento a través de un crédito hasta por \$370 millones de dólares con vencimiento en noviembre de 2021. La transacción se daría bajo la figura de Deudor en Posesión (debtor in possession) prevista bajo el Capítulo 11 del Bankruptcy Code de los Estados Unidos.

Vale la pena resaltar que la transacción contará con nuevos aportes de los inversionistas existentes, así como aportes de nuevos participantes en condiciones de mercado.

(Fin).

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/SaladePrensa/pages_DetalleNoticia?documentId=WCC_CLUSTER-142580.)

Conforme a lo anterior, ya hay una “*decisión*” y esta consiste en “*autorizar la participación del Gobierno nacional en el financiamiento a través de un crédito hasta por \$370 millones de dólares con vencimiento en noviembre de 2021.*”.

Es decir, hay una manifestación de voluntad de una autoridad pública, que tomó la determinación por un monto establecido y fijó un plazo para el pago, lo cual significa que no hay una mera expectativa sino una actuación administrativa en curso.

La contraparte de la operación crediticia, esto es, Avianca Holdings S.A. tiene la misma comprensión. Hay un “*crédito aprobado*”, afirma AVH (Ver página 1 del recurso presentado); y parte de esa premisa para manifestar su inconformidad en relación con la medida cautelar.

Puede aceptarse el argumento del MHCP, que no se expresó en el Boletín No.40, acerca de que se encuentra a la espera de un “*concepto*” para el cual se contrató a la firma Arnold & Porter Kaye Scholer LLP “*sobre la viabilidad de las condiciones del contrato de crédito*” (página 13 del recurso), y que el mismo está pendiente de su aprobación final por parte del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York.

Pero no hay claridad acerca del peso que tendrá dicho concepto. Según el Boletín No. 40: *“La decisión se da luego de un proceso de análisis y estudio de alternativas frente a la participación del Gobierno que inició en marzo de este año, cuando la compañía tuvo un primer acercamiento para buscar financiamiento.”*

Más bien incrementa la preocupación del Tribunal, que se haya hecho el anuncio de participar en la reestructuración de AVH sin haber realizado en forma previa el estudio sobre la viabilidad de las condiciones del contrato de crédito y, al propio tiempo, se estén fijando públicamente las condiciones del mismo.

En todo caso, y pese a las aparentes inconsistencias del MHCP, hay una *“actuación administrativa crediticia”* en desarrollo (Ver página 26 del recurso). Esto es, por parte del Gobierno Nacional, se ha expresado plenamente su voluntad de participar como acreedor en el proceso de reestructuración de AVH.

Lo que resta, es una determinación ajena al Estado colombiano. A saber, la providencia que adopte el Tribunal del Distrito Sur Nueva York, al que se alude, para admitir bajo la condición de acreedor a la República de Colombia con un préstamo de US\$370 millones en favor de AVH.

En conclusión, en lo que atañe al Gobierno Nacional ya se ha tomado una determinación, precedida del análisis y estudio de las alternativas correspondientes, lo que configura el conjunto de condiciones que a juicio del Tribunal hace inminente la posibilidad del desembolso.

La medida cautelar se fundamenta en razones apriorísticas y subjetivas

Señala el MHCP que para el decreto de la medida cautelar *“sólo se parte de afirmaciones y apreciaciones a priori, con un grado de subjetividad evidente que denotan la ausencia de información suficiente y calificada, indispensable en un asunto complejo desde el punto de vista de política económica (...) lo que es apariencia noticiosa frente al anuncio de la aprobación del crédito (...) no es cierto en el ámbito de lo jurídico.”* (página 14).

El Tribunal considera sobre el particular, lo siguiente.

Como quedó establecido, ya se ha tomado por parte del Gobierno Nacional una determinación, precedida del análisis y estudio de las alternativas correspondientes, lo que configura el conjunto de condiciones que a juicio del Tribunal hace inminente la posibilidad de desembolso del crédito por US\$370 millones.

Es decir, se parte de una base objetiva, sustentada en el Boletín No.40 del MHCP. Se trata de una realidad próxima en el desarrollo de la operación crediticia que, por lo tanto, no puede ser calificada como apriorística, sino que ratifica la posibilidad del desembolso y de su inminencia.

Tampoco puede afirmarse que se trata de consideraciones de tipo subjetivo. La base probatoria principal que se tuvo para la medida cautelar es el informe del Auditor Independiente de AVH, la sociedad KPMG, denominado “*Estados financieros consolidados condensados interinos no auditados. Al 30 de junio de 2020 y 31 de diciembre de 2019.*”.

Se trata de un documento cuya autenticidad y contenido no han sido cuestionados en los recursos presentados por AVH y por el MHCP, que concluye sobre la situación de AVH, lo siguiente: “*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.***” (página 2, destacado por el Tribunal).

El auditor arribó a la conclusión anterior, luego de considerar: “*Llamamos la atención sobre la nota 2(e) a la información financiera consolidada condensada, la cual indica que al 30 de junio de 2020 el Grupo presenta pérdidas del ejercicio por US\$353 millones, tiene un déficit patrimonial por US\$355 millones y deficiencias de capital de trabajo por US\$4.027 millones.*” (página 2).

Se agrega a lo anterior, la información pública según la cual el estudio desarrollado por Valora Analitik, firma autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia (Resolución 667 de 2016) para suministrar información especializada, da cuenta de lo siguiente (<https://www.valoraanalitik.com/2020/05/18/avianca-tambi-n-incumpli-pago-de-bonos-que-vencen-en-2023/>).

En mayo de 2013 AVH puso en el mercado de valores de Singapur un bono por US\$300 millones con fecha de vencimiento 10 de mayo de 2020. En abril de 2014, emitió otro bono por US\$250 millones, también con vencimiento el 10 de mayo de 2020. Para un total de US\$550 millones.

El 30 de diciembre de 2019 AVH, decidió renegociar dicha deuda. Prorrogó y canjeó una parte de la misma; y en tal virtud emitió un nuevo bono por US\$484.4 millones, con plazo de vencimiento el 10 de mayo de 2023.

Las palabras de Valora Analitik son las siguientes: *“Avianca Holdings reveló hoy (18 de mayo de 2020) que el bono correspondiente a US\$484.4 millones con vencimiento el 10 de mayo de 2023 entró en **incumplimiento** tras anunciar que entró en proceso de reorganización en Estados Unidos. Detalló que el pasado 10 de mayo de 2020 no fue realizado el pago de intereses de este bono al 2023 (...).”* (Destacado por el Tribunal).

Ahora bien, la diferencia entre los US\$550 millones, que correspondían al bono inicial (US\$300 millones + US\$250 millones), con vencimiento al 10 de mayo de 2020 y los US\$484.4 millones que fueron refinanciados al 10 de mayo de 2023, corresponde a la suma de US\$65.6 millones.

Valora Analitik manifestó sobre la última de las sumas referidas que: *“operó hasta el seis de mayo de 2020 en la Bolsa de Valores Alemana con sede en Fráncfort ya que el vencimiento estaba programado para el 10 de mayo de 2020 y el cual **no fue pagado.**”* (Destacado por el Tribunal).

En conclusión, se trata de elementos objetivos, fundados en informes de AVH y, ahora, de Valora Analitik, que dan cuenta de una situación financiera determinada; y de la circunstancia, también objetiva, que el desembolso de un crédito de hasta US\$370 millones, está en posibilidad de efectuarse en el inmediato futuro.

La medida cautelar sobrepasa las competencias de la Rama Judicial

Señala el recurrente que *“hay una falencia jurídica en la medida cautelar que no puede sobrepasar los límites de la separación de poderes (...) a punto que la rama judicial impida de manera incondicional que se realice la labor de gobierno a la que le corresponde la dirección económica.”*.

Cita en apoyo de este argumento, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, que a juicio del MHCP se habría desconocido por este Tribunal, pues dicha norma limita la competencia del juez de la medida cautelar cuando se trata del ejercicio de una *“facultad que comporte elementos de índole discrecional.”*, caso en el cual (el juez) deberá limitarse a ordenar *“la adopción (de la medida) dentro del plazo que fije.”*

Así mismo, señala el MHCP que se estarían desbordando los límites del Tribunal al intervenir en una decisión de política económica, que se adopta con base en la facultad discrecional de la que goza el Gobierno Nacional.

El Tribunal considera sobre el particular, lo siguiente.

El asunto bajo examen no corresponde a la definición de una política económica del Gobierno Nacional. El objeto de esta controversia es específico y concreto. Consiste en determinar si se amenazan o vulneran los derechos colectivos invocados en la demanda, con motivo del posible desembolso de un crédito por US\$370 millones.

También desestima la posibilidad de aplicación del párrafo del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, como se trata de una decisión de tipo discrecional, no debió impartirse la orden de suspensión de manera directa, sino que debió ordenarse que la autoridad administrativa la adoptara.

No se trata de una facultad discrecional de otorgamiento de créditos con recursos del erario. Hay un procedimiento, establecido en el Decreto Legislativo 444 de 2020 y en el Decreto 844 del mismo año. El propio MHCP (página 26 del recurso) reconoce que se adelanta una “*actuación administrativa crediticia*”.

El primero de los decretos aludidos, establece una serie de condiciones en relación con el objeto del FOME, uso de los recursos, beneficiarios y autoridad facultada para la concesión de los beneficios que otorga, lo cual permite concluir que no se trata de una facultad discrecional.

Por su parte, en el segundo de ellos se contempló la posibilidad de contratar los “*servicios de asesores expertos en temas legales, financieros y de otra índole, que sean necesarios para **la determinación de las condiciones en las cuales se realizarían dichas operaciones.***” (Destacado por el Tribunal).

La concesión del financiamiento al que se refiere la norma, está sujeta a unos parámetros fijados en el mencionado decreto legislativo y a la determinación de unas condiciones técnicas, jurídicas y financieras (Decreto 844 de 2020).

En conclusión, no son criterios de conveniencia y oportunidad de tipo discrecional los que determinan la concesión de los créditos del FOME bajo el artículo 4, numeral 5, del Decreto Legislativo 444 de 2020.

Así mismo, se recuerda que la medida de urgencia se tomó teniendo como fundamento las regulaciones especiales de las leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011, que facultan al juez de la acción popular para adoptar “*las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente*”, en relación con los derechos e intereses colectivos.

Por tal motivo, se desestimará el argumento de que la aprobación del crédito corresponda a una facultad discrecional; y la afirmación de que con la misma se sobrepasan los “límites de la separación de poderes.”.

La medida cautelar del Tribunal es absoluta e ilimitada y debe modularse en el sentido de mantener su vigencia hasta la obtención de las garantías.

En este contexto, resulta oportuno desestimar dos aseveraciones adicionales hechas por el MHCP en relación con la medida cautelar: que la medida decretada debe modularse, pues se formuló como de carácter absoluto e ilimitado; y que debe modularse para señalar que se suspende hasta tanto se acrediten las garantías que el Tribunal estime del caso (página 3 del recurso).

El Tribunal considera sobre el particular, lo siguiente.

La medida ordenada en el auto de 10 de septiembre de 2020 no tiene un carácter absoluto e ilimitado. Ello se deriva de la propia naturaleza provisional de la medida cautelar. El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, señala que se podrán decretar las medidas cautelares “*necesarias para proteger y garantizar **provisionalmente** el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.*” (Destacado por el Tribunal).

Dicho en otros términos, las medidas cautelares pretenden asegurar la eficacia y la eficiencia de la justicia, de manera que mientras transcurre el proceso no se pierda el objeto para el cual se instauró, ni la decisión de fondo resulte inocua, por ese mismo motivo.

Como se señaló en el auto recurrido, resulta incuestionable que en el presente caso “(...) 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.” y, por tal motivo, fue que se decretó la medida de **suspensión** del desembolso.

Pero el mismo auto fue enfático en señalar que se procedería al decreto de unos medios de prueba para cuyo aporte fijó un término perentorio: “*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 (...).*” (Destacado por el Tribunal).

Expresado en otros términos, no hay una medida cautelar absoluta e ilimitada de suspensión del desembolso del crédito, porque aceptar tal posibilidad resulta

contrario a la naturaleza de las medidas previas, a la regulación legal aplicable y porque el auto de la medida cautelar fue claro en establecer la posibilidad de su levantamiento.

Sin embargo, **ninguno** de los elementos de prueba que fueron decretados por el Tribunal en su auto de 10 de septiembre de 2020, han sido arimados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ni por el Ministerio de Transporte; lo que obstaculiza no sólo el adecuado desarrollo de la administración de justicia, sino también las posibilidades de estudio de un eventual levantamiento de la medida cautelar.

En este mismo sentido, no cabe modular la suspensión para que la medida cautelar se decrete hasta tanto se alleguen los medios de prueba que demuestren las garantías que respalden la operación crediticia objeto de análisis, como lo solicita el MHCP (página 3 del recurso), por las siguientes razones.

El MHCP debe dar **pronto** cumplimiento a la orden consistente en el aporte de los medios de prueba dispuestos en el numeral 4 del auto de 10 de septiembre de 2020, que permitan valorar las condiciones de la solicitud y el trámite de aprobación del crédito, presupuestos necesarios para valorar el riesgo al que se verá expuesto el erario.

El señor Viceministro de Hacienda y Crédito Público, por su parte, ha afirmado, refiriéndose a la operación de crédito de US\$370 millones: “*entre las prendas se encuentran Lifemiles, los activos que tiene la firma en el país.*” <https://www.larepublica.co/empresas/las-condiciones-que-hay-detras-del-prestamo-del-gobierno-nacional-a-avianca-holdings-3053099>).

Esto es, al parecer, ya hay unas garantías que se han ofrecido al MHCP, por lo que la cuestión no pareciera residir en el ofrecimiento de garantías, sino en torno a la confiabilidad de las mismas; pues uno de los aspectos centrales de la controversia consiste en el otorgamiento de garantías reales, materiales, avaluables y objetivamente verificables.

Por lo tanto, la modulación que reclama el MHCP se encuentra contenida en la medida cautelar, en los términos en que esta se dictó, pues con ella se persigue, en particular, asegurar que el Gobierno Nacional tome las previsiones que aseguren dicha salvaguarda.

En conclusión, la medida decretada no tiene un carácter absoluto e ilimitado; y no es pertinente modular la suspensión del desembolso a la acreditación de las

garantías, porque es obvio que este es uno de los asuntos centrales de la controversia; y el mantenimiento de la medida dependerá, en muy buena parte, de que aquellas se acrediten debidamente.

Sobre la inexistente consideración de la ponderación de los derechos e intereses.

Se trata de un reclamo común a los recursos interpuestos por el MHCP y AVH. La esencia del planteamiento consiste en que la medida cautelar no consideró la existencia de otro extremo que debió ser objeto de análisis al adoptar la medida de urgencia, a saber, el aporte que en materia de conectividad, empleo, tributación y dinamización de la economía (encadenamiento hacia adelante y hacia atrás) brinda AVH al país.

Para el efecto, arriman los recurrentes una serie de cifras y estudios entre los que cabe destacar dos. El estudio de Fedesarrollo sobre el *“Impacto económico de los costos de ajuste de la industria de transporte aéreo a raíz de la epidemia del coronavirus Colombia.”* y el de Compass Lexcon *“Impacto económico de Avianca en la economía colombiana.”*, los cuales se reseñan en el recurso del MHCP. Además, en el recurso presentado por AVH se acompaña el estudio denominado *“El impacto económico de Avianca Airlines en Colombia. Agosto 2020.”*.

El Tribunal considera sobre el particular, lo siguiente.

La ponderación que se aplicó en el decreto de la medida cautelar, puso en consideración el derecho colectivo al patrimonio público con la solicitud de AVH en el sentido obtener los recursos suficientes para su rescate financiero. En ese orden de ideas, se consideraron tres factores: las condiciones financieras críticas de AVH, la posibilidad del inminente desembolso de un crédito por el MHCP en favor de aquella y la falta de información sobre las garantías otorgadas para respaldar el crédito. El resultado de dicha ponderación, fue el decreto de la medida cautelar.

La importancia de AVH para la economía nacional, es un asunto que no pone en duda el Tribunal y esta condición se destaca en los informes mencionados más arriba. Sin embargo, de dicha circunstancia no puede derivarse que el erario colombiano deba comprometerse, a sabiendas de ello, en una operación fallida de antemano o comprometerse con la misma sin los resguardos que aconseja un manejo prudente de las finanzas públicas.

Entre otras razones, porque en un escenario de eventual liquidación de AVH el Gobierno Nacional deberá tomar las providencias del caso para aminorar su impacto en el servicio público del transporte aéreo, acudiendo a decisiones de

política que bien conoce, y que al Tribunal no compete indicar, para superar un eventual colapso, que tampoco es descartable, ni aún en la hipótesis de encontrarse viable el crédito de US\$370 millones.

No está demás señalar que pese a la respetabilidad de los estudios que se reseña y a la fundamentación económica de los mismos, que se aportan como base para ampliar el abanico en el ejercicio de la ponderación de intereses, de modo que se incluya en esa ponderación el servicio público del transporte aéreo, el argumento central de la conectividad debe ser debidamente examinado, de cara a la siguiente circunstancia.

Se aduce en los estudios mencionados, que AHV realiza el 50% de la conectividad nacional y el 40% de la conectividad del país a nivel internacional (página 28, recurso del MHCP). No obstante, estas cifras no coinciden con la reducción de la flota aérea de AVH, que parece ir en contravía de la pretendida conectividad, como fundamento de las razones de interés nacional que justifican la concesión del crédito en ciernes.

Una vez revisado el informe del Auditor Independiente de AVH de la sociedad KPMG denominado "*Estados financieros consolidados condensados interinos no auditados. Al 30 de junio de 2020 y 31 de diciembre de 2019.*" (página 17), se aprecia una reducción progresiva en la flota de aeronaves que pasó de **171**, con los que contaba AVH a 31 de diciembre de 2019, a **146** a 30 de junio de 2020; y estaría planeando para finales de 2020 operar solo con **57** aeronaves, de acuerdo con informaciones especializadas (<https://www.portafolio.co/economia/viva-air-critica-al-gobierno-por-trato-especial-a-avianca-en-prestamo-544220>).

En este contexto, se aprecia que el plan de AVH en el breve periodo de doce (12) meses (diciembre de 2019 - diciembre de 2020) es el de reducir su flota en un **67%**. Con lo cual no resulta muy clara la soportabilidad de los estudios mencionados, al menos en la dimensión en que se plantea, según los cuales AVH hace un aporte significativo en los aspectos de conectividad, empleo y tributación para Colombia.

En conclusión, la base para una ponderación de intereses, como la que reclaman los recurrentes, que comprenda el servicio público de transporte y, con ello, el impacto de AVH en la economía colombiana; enfrenta la circunstancia de que los estudios aportados no contemplan el **rumbo** que habrá de tomar AVH como negocio y el impacto de su proceso de reestructuración en los aspectos mencionados.

El recurso interpuesto por el Avianca Holdings S.A.

Sobre la inexistente consideración de la ponderación de los derechos e intereses.

Reclama la recurrente que no se advierte un juicio de ponderación de intereses de acuerdo con el cual “*resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*”.

No obstante, los medios de prueba que fueron arrojados con el recurso por parte de AVH, ratifican las preocupaciones que tuvo el Tribunal para el decreto de la medida cautelar de urgencia, por la exposición que sufre el patrimonio público.

En particular, por las contradicciones en la información suministrada y por la falta de fundamentación de varias de las garantías ofrecidas.

En primer orden, el Tribunal advierte que mientras en el escrito del recurso Avianca Holdings S.A. manifiesta que nos encontramos frente a un “*crédito aprobado*” (Ver página 1 del recurso), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el escrito de 14 de septiembre de 2020, mediante el cual reportó “*Cumplimiento de la Medida Cautelar Urgente*”, indica que con la decisión del Comité del Fondo de Mitigación de Emergencias (en adelante FOME) del pasado 29 de agosto sólo hay una “*manifestación de interés.*”.

Es más, el MHCP dice que con el propósito de adoptar “*una decisión definitiva*” sobre la participación, los potenciales financiadores (entre ellos la República de Colombia) realizan la evaluación con base en las condiciones financieras de la compañía, sus proyecciones y algunas condiciones preliminares de la posible transacción de financiamiento, con el propósito de que los potenciales financiadores puedan “*realizar una medición preliminar del riesgo potencial del financiamiento en el cual estarían dispuestos a participar.*”, son las palabras del MHCP.

Esto significa que, según aprecia este Tribunal, contrario a lo sostenido por AVH, la medida cautelar de urgencia se dictó en el momento oportuno. Aún la República de Colombia se encuentra en la fase de medición preliminar del riesgo potencial del financiamiento en el cual estaría dispuesta a participar, situación que permitirá, entre uno de sus principales aspectos, revisar la confiabilidad de las garantías ofrecidas.

Al propio tiempo, la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que justifica su adopción como medida previa urgente, también encuentra respaldo en

el documento aportado por AVH denominado “*Cronología propuesta para cerrar y fondear la estructura*”, pues según dicho documento para el 2 de octubre del presente año está previsto el “*Cierre y fondeo de la financiación DIP*”, lo que implicaría que para esa fecha próxima debería estar disponible el desembolso.

Es más, conforme a misma cronología de AVH, para el 24 de agosto de 2020 (antes de que se dictara la medida cautelar) estaba prevista la existencia de un “*Borrador inicial del contrato de crédito distribuido a la República de Colombia, prestamistas privados del Tramo A y prestamistas del Tramo B.*”; y para el 29 de agosto de 2020 el “*Compromiso escrito de la República de Colombia para financiar la parte no asignada del Tramo A*” (según la misma cronología).

Este conjunto de elementos incrementan 1) las razones acerca de la proximidad del desembolso y 2) las contradicciones entre la información suministrada por AVH y el MHCP, pues mientras el segundo, en el memorial del pasado 14 de septiembre de 2020, habla de una “*manifestación de interés*”, la primera alude a la existencia de borradores del contrato de empréstito y de **compromisos escritos** ya existentes por parte de la República de Colombia.

Estos aspectos, generan preocupación acerca de la consistencia de la información existente, pues AVH indica que para el 24 de agosto de 2020 habría un “*Borrador inicial del contrato de crédito*”, que hasta ahora no ha sido aportado en las dos respuestas emitidas por el MHCP; así como inquietudes sobre el estado actual del proceso de otorgamiento del empréstito de que se trata.

En relación con la inconformidad de AVH en el sentido de que no se observaron los subprincipios del juicio de ponderación, el Tribunal considera lo siguiente.

La Ley 1437 de 2011, artículo 231, establece la obligación del juez que dicta la medida cautelar en el sentido de observar, entre otros, el juicio de ponderación. No se refiere a la existencia de unos subprincipios que deban ser considerados. No obstante, es cierto que la jurisprudencia, con el fin de hacer una mejor aplicación de la ley, ha formulado los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Si bien estos no fueron indicados de manera explícita en el auto de 10 de septiembre de 2020, se encuentran inmersos en dicha providencia, como argumentos de este Tribunal que sustentaron la medida adoptada, veamos.

El subprincipio de idoneidad, consiste en la capacidad de la medida para lograr el efecto de protección de los derechos colectivos. En tal sentido, la orden de suspensión del desembolso, constituye una vía adecuada para precaver la amenaza de los derechos colectivos. Así se sostuvo en el auto de 10 de septiembre de 2020 (página 7, párrafo final).

El subprincipio de necesidad, consiste en que no se identifica otro medio para lograr el propósito de asegurar el objeto del litigio y la efectividad de la sentencia. Se advirtió, en este sentido, que vez efectuado el desembolso, se debilitaban o, incluso, desaparecían de modo significativo las posibilidades de las entidades públicas concernidas, para establecer las garantías que permitan el repago del crédito. Así se sostuvo en el auto de 10 de septiembre de 2020 (página 7, párrafo final).

El subprincipio de proporcionalidad, consiste en que la medida guarde una relación de magnitud con la cuestión que pretende resolver. Debido a que la acción popular se formuló con el propósito de proteger el patrimonio público, suspender el desembolso del crédito es correspondiente con la salvaguarda del derecho colectivo. Así se sostuvo en el auto de 10 de septiembre de 2020 (página 8, párrafo 2).

En conclusión, las razones anteriores permiten advertir que hay motivos suficientes para que en un ejercicio de ponderación de intereses, donde el patrimonio público debe ser objeto de especial protección, se mantenga la medida cautelar de urgencia, debido a las inconsistencias ya reseñadas en la información y a la necesidad de contar con precisión en torno a las garantías que respaldan el crédito en ciernes.

Sobre la inexistencia de afectación o riesgo del patrimonio público.

Señala AVH, en el recurso contra la medida cautelar, que la demanda se basa únicamente en una fracción de la información pública disponible; y que las preocupaciones principales que manifiesta el actor en la demanda, en relación con la posible afectación al patrimonio público, resultan totalmente infundadas.

En apoyo del planteamiento anterior, indica que las garantías que AVH otorgará a los prestamistas comprendidos bajo el esquema de financiamiento que incluye a la República de Colombia son las siguientes.

1) La participación accionaria de AVH en Lifemiles, valorada entre US\$1.600 a US\$2.600 millones. 2) Trescientas (300) cuentas bancarias (efectivo) en aproximadamente 25 países, con un saldo efectivo promedio proyectado de US\$660 millones y un mínimo prendado de US\$300 millones. 3) El negocio de carga de AVH por un valor estimado entre US\$600 millones y US\$920 millones. 4) Varias marcas de AVH. 5) Ciertas aeronaves de carga y activos de propulsión. 6) Intereses económicos residuales sobre ciertas aeronaves. 7) Derechos de adquirencia sobre tarjetas de crédito, estimados en un balance mensual promedio de US\$40 millones. y 8) Prenda sobre acciones de diecinueve (19) subsidiarias de AVH.

El Tribunal considera sobre el particular, lo siguiente.

El propósito de protección del patrimonio público se encamina a dos objetivos principales, de acuerdo con la jurisprudencia que ha desarrollado el Consejo de Estado. De una parte, el mantenimiento de su integridad, es decir, la conservación del mismo, de manera que este no se deteriore, disminuya, decrezca o desaparezca. El segundo, su destinación a los fines de interés público, es decir, de aquellos para los cuales ha sido previsto en la Constitución y en la ley.³

El Tribunal se enfocará, para efectos del presente análisis, en la primera de las dimensiones, por su pertinencia con la medida cautelar decretada.

El riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, que fundamentó la adopción de la medida del pasado 10 de septiembre de 2020, está presente y asociado a tres situaciones: 1) la vulnerabilidad compartida que afecta a las garantías ofrecidas, 2) la falta de fundamentación contable de algunas de ellas y 3) la cuestionabilidad de su eficacia como medio de respaldo crediticio.

Antes de entrar al examen detenido sobre cada una de las garantías, cabe señalar que según la explicación suministrada en el recurso presentado por AVH, la financiación DIP (deudor en posesión) a AVH está integrada por un Tramo A con un valor aproximado de US\$1.300 millones, de la que, según se entiende, haría parte el crédito de la República de Colombia, y un Tramo B por un valor aproximado de US\$700 millones.

No hay ninguna explicación acerca de cuáles son los potenciales financiadores de los US\$930 millones restantes del Tramo A, como para tener certeza acerca que los recursos del empréstito de la República de Colombia tendrán una complementación o una correspondencia que permita afirmar que se cuenta con

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación No.25000-23-26-000-2005-01330-01 (AP).

posibilidades de éxito en ese primer tramo de financiación y que, en consecuencia, los recursos que se apruebe habrán de generar un efecto positivo real sobre las condiciones financieras de AVH, en la expectativa que tiene la República de Colombia de retorno de esos recursos en el plazo que ha sido el anunciado por el Gobierno Nacional.

Se agrega a lo anterior, que las garantías ofrecidas lo serán a la **totalidad** de los acreedores en la llamada financiación DIP por US\$2.000 millones. El recurso interpuesto contra la medida cautelar es claro en señalar que las enlistadas allí son las “*garantías que Avianca otorgará a los prestamistas*”, esto es, no se trata de garantías exclusivas para la República de Colombia, pues esta tendrá que concursar con otros acreedores en un escenario eventual de liquidación de AVH (Destacado por el Tribunal).

Del mismo modo, cabe señalar que no hay ninguna información acerca de cuál es la posición privilegiada o de calificación de la acreencia que tendrá el crédito conferido por la República de Colombia en un escenario de liquidación. Situación que, en particular, preocupa al Tribunal pues se trata de dineros provenientes del erario que, como tales, no tienen los fondeos, seguros y respaldos para su recuperación, propios de los conferidos por entidades especializadas en el financiamiento de esta clase operaciones.

Es cierto que el MHCP afirma en su recurso que se trata de una “*súper prioridad (superpriority claim) en el pago de sus acreencias*” (página 35) para los acreedores del Tramo A. Sin embargo, no se ha emitido ningún concepto técnico de orden jurídico acerca de la legislación extranjera, que finalmente será la que se aplicará sobre la disposición de los recursos del empréstito al abrigo del Capítulo 11 de la Ley de Bancarrota de los Estados Unidos de América, que permita tener certeza al Tribunal sobre la verdadera posición de la República de Colombia como acreedor privilegiado.

En este contexto, el Tribunal pasará a referirse a las garantías ofrecidas por AVH pues estas son, en lo esencial, el argumento con el que AVH sostiene que no hay una situación de inminencia en la ocurrencia de un perjuicio irremediable y que, por ello, debe revocarse la medida cautelar; al propio tiempo, que constituye la inquietud central del Tribunal en el respaldo real y efectivo que puedan ofrecer las garantías referidas.

La vulnerabilidad compartida que afectan a las garantías ofrecidas.

Bajo este rubro de análisis, el Tribunal tomará como referencia el Anexo D del escrito del recurso interpuesto por AVH, en relación con la medida cautelar.

En dicho documento se alude, entre otras, a tres tipos de garantías. La participación accionaria en el programa de fidelidad Lifemiles. El negocio de carga. Y las marcas.

Las dificultades que advierte el Tribunal en relación con estas garantías, están relacionadas con el hecho de que ellas tienen atada su suerte a la de AVH. Dicho en otras palabras, en un escenario de liquidación, en tanto subsidiarias y en tanto negocios de AVH, el deterioro e incluso desaparición de esas garantías es previsible; y no hay un estimado de valoración en un escenario de riesgo de esas características, que permita medir el deterioro de las garantías y la exposición del patrimonio de la República de Colombia, comprometido en esa operación.

Si bien hay una valoración media de Lifemiles estimada en US\$2.100 millones, el estudio de valoración realizado por MBA Aviation de 18 de agosto de 2020 (que se acompañó con el recurso presentado por AVH) señala en el capítulo “IX. Factores de riesgo” el llamado “Riesgo de los socios aéreos” en los siguientes términos.

“La Entidad Objeto depende **en gran medida** de sus asociaciones con **Avianca** y otras aerolíneas asociadas para el canje de millas a los socios. La rentabilidad de la Entidad Objeto, y por lo tanto la valoración, podría verse afectada negativamente **si algún socio no puede cumplir con sus obligaciones**.”.

(Destacado por el Tribunal).

Pese a dicha advertencia y pese a la coyuntura por la que atraviesa AVH, no hay una valoración sobre el impacto de una situación de liquidación de AVH sobre la valoración de Lifemiles como garantía, lo cual sería esencial para determinar el verdadero cubrimiento del riesgo por parte de esta en el escenario más crítico para el erario de la República de Colombia, esto es, el de una eventual liquidación de AVH.

Se agregan a lo anterior dos elementos por considerar.

El primero de ellos, que AVH es propietaria del 70%% del programa de lealtad Lifemiles (página 7, informe de mab Aviation sobre valoración de Lifemiles). Es razonable suponer, en este orden de ideas, que una liquidación de AVH impactaría de manera grave y significativa la valoración de Lifemiles.

El segundo, que hoy la inversión en el negocio Lifemiles es visto negativamente por calificadoras de riesgo como Moody's, que rebajó en mayo de este año la calificación de Lifemiles a Caa1, "inversión de baja calidad y alto riesgo" (<https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/enlosmediosimpreso/semanacom5septiembre2020p.pdf>). Se mantuvo para Standar & Poors en una calificación B, es decir, ligeramente mejor (<https://www.valoraanalitik.com/2020/07/31/s-p-confirma-calificaci-n-de-lifemiles-programa-de-viajero-frecuente-de-avianca/>).

Estos elementos de juicio no son tomados en cuenta por el estudio de MBA Aviation, ya mencionado, y, por ello, generan una especial preocupación al Tribunal acerca de la exposición al riesgo por parte del patrimonio de la República de Colombia en la operación referida.

Consideraciones similares, pueden hacerse en relación con el negocio de carga de AVH y el de las marcas que son de su propiedad. Su condición de negocios de AVH también hace razonable suponer que el valor estimado de los mismos, sufra una fuerte afectación como efecto de una eventual liquidación.

La falta de fundamentación contable de algunas de las garantías.

Bajo este rubro se encuentra la garantía señalada en el recurso presentado por AVH como "Aproximadamente trescientas (300) cuentas bancarias (efectivo) en aproximadamente veinticinco (25) países - con un saldo efectivo promedio proyectado por mes de seiscientos sesenta millones de dólares (US\$660.000.000) (y con un mínimo de preñado de aproximadamente trescientos millones de dólares (US\$300.000.000) según los covenants del DIP) (página 4 del recurso).

Una vez examinado el apartado correspondiente del Anexo D (Numeral 7), hay un listado de 37 sociedades y 8 países, donde se encontrarían 300 cuentas bancarias vinculadas a AVH.

Sin embargo, el anexo carece de cualquier soporte contable sobre la existencia y monto promedio de las mismas, titular de la cuenta o banco donde se encuentra. Tampoco hay un informe que respalde la afirmación sobre la suma de US\$660 millones depositados en las mismas. O, al menos, del preñado de US\$300 millones.

La cuestionabilidad de su eficacia como medio de respaldo crediticio.

Esta consideración del Tribunal se refiere a una de las garantías, que puede ser calificada como concreta. Se trata de los aviones de propiedad de AVH.

En este rubro, el avalúo de los 7 aviones que son propiedad de AVH corre por cuenta de dos informes rendidos por MBA Aviation (oficios de 21 de agosto de 2020). En el primero de ellos, se hace la valoración de 2 aeronaves A-319, fabricadas en 2008, por un valor conjunto de US\$33.13 millones. En el segundo, se hace la valoración de 3 aeronaves A-300 y 2 aeronaves B-767, con una antigüedad que oscila entre 30 y 35 años, por un valor conjunto de US\$20.43 millones.

El cuestionamiento del Tribunal reside en que los segundos (los aviones más antiguos) son ofrecidos dentro del “Anexo D” sobre descripción de garantías (Ver numeral 5. Aeronaves de carga y activos de propulsión). Pero no los primeros, que corresponden por su fecha reciente de fabricación (2008) a las garantías que se encuentran en mejores condiciones de brindar respaldo al crédito de la República de Colombia, en un eventual escenario de liquidación de AVH.

De unas características similares, se aprecian las garantías ofrecidas bajo el numeral 6 “*Interés residual en ciertas aeronaves*”.

Si bien enlista un total de 18 y las califica como garantía real, no hay una valoración de las mismas. Además, precisa el documento que la garantía es sobre el valor residual “*después del pago total de las respectivas contrapartes de AVH o de sus filiales FCA y otras partes con derecho a pagos*” (Ver numeral 6 del Anexo D), sin indicar cuál es la valoración de ese “*Interés residual*”, es decir, no hay una concreción sobre el respaldo real que brinda dicha garantía.

La ausencia de otras garantías que se vislumbran como efectivas formas de protección del patrimonio público.

Un examen del informe del Auditor Independiente de AVH, la sociedad KPMG, denominado “*Estados financieros consolidados condensados interinos no auditados. Al 30 de junio de 2020 y 31 de diciembre de 2019.*”, permite advertir la posible existencia de activos que podrían entrar a constituir garantías para el respaldo del crédito, pero que no aparecen ofrecidas en el Anexo D.

En la página 20, se afirma que “*El Grupo mide los terrenos y edificios administrativos principalmente en Bogotá, Medellín, San José y San Salvador a montos revaluados y los cambios en el valor razonable se reconocen en otros resultados integrales. El Grupo contrató especialistas valuadores independientes para asistir a la Dirección en la*

determinación del valor razonable al 31 de diciembre de 2019. Las técnicas de valoración empleadas por los especialistas se apoyan en estimaciones sobre las condiciones de mercado al momento de preparar el informe.”.

En la página 36, refiere que *“Las principales adiciones durante los seis meses finalizados el 30 de junio de 2020 corresponden a una transacción de compra con arrendamiento posterior de nueve aeronaves Airbus A 320 por un valor de \$197.707 (reconocidos como derechos de uso) con Avalon Aerospace Leasing Limited. Durante los seis meses finalizados al 30 de junio de 2019, el Grupo adquirió una aeronave Boeing 787-9, por un valor de \$77.673, que fue reconocida como derecho de uso y una aeronave Airbus A 300 por \$14.495.”.*

En la página 44, se afirma: *“(1) Al 30 de junio de 2020, las aeronaves que no se habían vendido, 2 Airbus A319, 3 Airbus A320, 4 Airbus A321, 2 Airbus A330 y 1 Airbus A330F, fueron clasificados como parte de propiedad y equipo por \$352.867 (Ver nota 12) teniendo en cuenta que su venta no cumple con el criterio de “altamente probable”, derivado de la situación actual del Grupo por los efectos de COVID 19.”.*

No obstante, se carece de información precisa sobre los inmuebles y las aeronaves mencionadas. La posible existencia de gravámenes y de su situación jurídica. La porción del arrendamiento financiero de dichas aeronaves que pueda considerarse como disponible por AVH. Y, sobre todo, la estimación de valor de varios de tales bienes como disponibles por AVH para eventuales constituciones en garantía.

En suma, las garantías enlistadas por AVH adolecen, en principio, de: 1) su vulnerabilidad por la vinculación con AVH, 2) su falta de fundamentación contable y 3) la cuestionabilidad de su eficacia como medio de respaldo crediticio. Se agrega a lo anterior, la ausencia de información suficiente sobre otros bienes, que sí podrían constituir garantías reales, materiales, valuables y objetivamente verificables.

Finalmente, la manifestación de AVH en el sentido de que renuncia al *“término de ejecutoria de la providencia recurrida de 10 de septiembre de 2020”*, deberá ser desestimada en los efectos procesales pretendidos. La razón para ello, es que los demás demandados y la contraparte gozan del derecho a interponer recursos contra la decisión de 10 de septiembre de 2020 o del derecho a descorrer el traslado con respecto al recurso o a los recursos interpuestos. Esta previsión legal, impide la viabilidad de los efectos procesales pretendidos con la manifestación de renuncia al término de ejecutoria.

Conclusiones.

Se desestimaré el recurso de reposición interpuesto, por los siguientes motivos.

1. Hay razones objetivas y verificables que sustentan el decreto de la medida cautelar, a saber: 1.1. hay un proceso de inminente aprobación y desembolso del crédito por US\$370 millones en favor de Avianca Holdings S.A.; y 1.2. el Informe del Auditor Independiente de Avianca Holdings S.A., da cuenta sobre una situación financiera determinada del grupo, que debe ser considerada a la luz de la protección del patrimonio público.

2. El otorgamiento del crédito debe sujetarse a unas condiciones establecidas en la ley, particularmente en el Decreto Legislativo 444 de 2020 y en el Decreto 844 de 2020, que no han sido acreditadas, y cuyo cumplimiento asegura la protección del patrimonio público.

3. No hay claridad sobre la confiabilidad que ofrecen las garantías propuestas, debido a la vulnerabilidad que las afectan en relación con la situación de AVH, la falta de fundamentación contable de algunas de ellas y la posible ineficacia de otras como medio de respaldo crediticio.

4. La medida cautelar de urgencia decretada el 10 de septiembre de 2020, asegura el objeto del litigio y la efectividad de la sentencia de acción popular, que habrá de verificar, entre otros aspectos, el cumplimiento de las cuestiones planteadas en los tres numerales anteriores.

5. Los recurrentes no acreditaron los supuestos para la oposición a las medidas cautelares, previstos en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998: 1) evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; 2) evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público y 3) evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFÍRMASE la medida cautelar de urgencia dispuesta en el auto de 10 de septiembre de 2020.

SEGUNDO.- CONCÉDESE el recurso de apelación contra el auto mencionado, en el efecto devolutivo, ante el H. Consejo de Estado.

Referencia: Exp. No. 250002341000202000584-00
Demandante: JONATAN RUÍZ TOBÓN
Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS
MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

TERCERO.- REMÍTASE de inmediato al H. Consejo de Estado para el conocimiento del recurso de alzada contra la medida cautelar de urgencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sala realizada en la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

Ausente con excusa por incapacidad médica

CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado