

SEÑOR

JUZGADO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN,

ASUNTO: PETICION MEDIDA CAUTELAR SUSPENSIÓN PROVISIONAL

ACCIÓN: NULIDAD ACUERDO MUNICIPAL 090 DE 2018.

ACCIONANTES: SERGIO ESTRADA VÉLEZ, JUAN PABLO MORALES CALLE, JUAN JOSÉ ARANGO RUIZ, ALEJANDRO SÁNCHEZ HINCAPIÉ, CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA.

Respetuoso saludo.

Sergio Estrada Vélez, Juan Pablo Morales Calle y Alejandro Sánchez, integrantes del Centro Colombiano de Estudios Constitucionales -CECEC-, y Carlos Humberto Montoya Ortega, en calidad de accionantes, presentamos las razones por las cuales se estima imperioso el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Acto Administrativo, contenido en el Acuerdo Municipal N°090 del 2018, de conformidad con los artículos 230 numeral 3° y 231 de la Ley 1437 de 2011, acto administrativo por medio del cual se autorizó la desinversión o venta de participaciones accionarias de la empresa industrial y comercial del Estado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN. El presente escrito se desarrolla en el siguiente orden: definición del problema jurídico; la violación de principios jurídicos como causal para la declaratoria de medida cautelar; violación de los principios de transparencia, publicidad y eficiencia, conclusiones.

A. PROBLEMA JURIDICO

La medida cautelar tiene por objeto salvaguardar el ordenamiento jurídico, proteger y garantizar el objeto del proceso y, algo muy importante, la efectividad de la sentencia. Se erige en un medio de protección de un derecho fundamental de acceso eficaz a la administración de justicia en la medida que busca el amparo provisional del bien jurídico que se pretende salvaguardar ante el riesgo de su afectación durante el desarrollo del trámite de la acción de nulidad.

En el caso concreto, es fundamental responder a la pregunta: ¿Cuál es el objeto del proceso? Sin duda el objeto del proceso es la protección del ordenamiento ante la existencia de un acto que careció de argumentación en la medida que no se tuvieron presentes razones que debieron ser conocidas por el Concejo de Medellín para autorizar la venta de los activos.

La medida cautelar no es una oportunidad para reabrir el debate en relación a la razonabilidad o no de la autorización de un plan de desinversiones, menos para analizar la importancia o no de determinados argumentos, aspecto que debe ser objeto del debate procesal, sino que alude a la urgencia de suspender un acto administrativo en cuya expedición se infringieron flagrantemente los principios de transparencia, publicidad y eficiencia, ocasionada por la inexistente y en ocasiones insuficiente información para el otorgamiento de la autorización del plan de desinversiones pese a haber sido requerida por los Concejales del Municipio de Medellín.

La petición de medida cautelar deberá demostrar la violación de las disposiciones superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El objeto del proceso es eliminar del ordenamiento jurídico un acto que viola normas superiores como son los principios de transparencia, publicidad y eficiencia. La petición de la medida cautelar se fundamentará en la infracción del ordenamiento jurídico y en la necesidad de que sea otorgada para evitar que los efectos de la sentencia sean nugatorios.

Con el acto administrativo acusado de invalidez se infringen los siguientes principios: transparencia, publicidad y eficiencia, infracción resultante tanto de la actuación de EPM frente al Concejo Municipal como de esta Corporación en relación a la información que debió tener en cuenta para la expedición de la autorización de un plan de desinversiones.

El acto de autorización de la venta de activos debía contar con el cumplimiento de dos deberes: el deber de EPM de entregar la información completa que permitiera el análisis de todos los medios y fines para la adopción de una decisión razonable, y, de otro, el deber del Concejo Municipal de exigir la entrega de la información. Del estudio de los audios se desprende con claridad, tal como se demostrará en esta petición de medida cautelar, que ambas obligaciones fueron omitidas: EPM no entregó información determinante en relación a temas relevantes como el pago de las pólizas de seguro y otros más a pesar de los constantes requerimientos de

parte de algunos concejales del Concejo del Municipio de Medellín. A pesar del evidente incumplimiento al deber de información, se procedió a la votación del proyecto de acuerdo.

B. VIOLACION DE PRINCIPIOS JURIDICOS ENTENDIDOS COMO NORMAS SUPERIORES.

a. Los Principios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La importancia de los principios en el Estado constitucional ha sido reconocida por la Corte Constitucional en varias sentencias en las que resalta que se erigen en normas jurídicas prevalentes sobre las restantes normas del ordenamiento, de tal manera que si otra norma infringe un principio ésta debe ser separada del ordenamiento o, por lo menos, inaplicada. En todo caso, no se justifica ninguna actuación de alguna autoridad del poder público al margen de los principios.

El primer pronunciamiento que se debe resaltar de la Corte Constitucional acerca de la mayor importancia de los principios jurídicos es la sentencia T-406 de 1992 en la que se indicó:

“Principios y Estado Social

8. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y **los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional.** Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad” (Subrayas extratexto).

Esa perspectiva dirigida a resaltar la importancia y prevalencia de los principios sobre las restantes normas del ordenamiento es confirmada por la misma Corporación en la sentencia C-818 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil:

“De suerte que, como lo ha reconocido esta Corporación, los principios tienen una naturaleza normativa que opera *prima facie* sobre las reglas, por virtud de la cual o bien pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto¹, o en definitiva, podrían dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía” (subrayas extratexto).

Esta sentencia es reiteración de lo señalado en la C-126 de 1998 M.P. Jaime Araújo Rentería en la que se advierte con absoluta claridad el mayor peso de los principios sobre las restantes normas:

“[Los] principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que

¹ Así, por ejemplo, en sentencia T-520 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), al plantearse en sede constitucional las controversias surgidas entre los secuestrados y las instituciones financieras con ocasión de los créditos hipotecarios asumidos por los primeros, esta Corporación decidió inaplicar las disposiciones relativas a las obligaciones que surgen del contrato de mutuo mercantil, tales como, el pago de los intereses remuneratorios y moratorios en aplicación de los principios constitucionales de solidaridad social y buena fe.

retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma - sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios” (subrayas ajenas al texto).

b. Los principios jurídicos del derecho administrativo como límites al ejercicio de la función pública.

Se podría afirmar que de manera tardía pero vertiginosa, el derecho administrativo viene incorporando importantes transformaciones a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 con su modelo de Estado constitucional y social de derecho. Lo que se ha denominado como constitucionalización del derecho administrativo o, en términos de Abman “derecho constitucional concretizado”², obliga a la cualificación de conceptos como el principio de legalidad (por el de juridicidad), separación de poderes (colaboración armónica y rigor subsidiario), naturaleza y función de los principios jurídicos del derecho administrativo (criterios de validez), el control a las potestades discrecionales (máximo de control a las mismas), la moralidad administrativa como criterio de validez de la actuación de la administración, los fines de la administración pública (la promoción de los derechos fundamentales), las relaciones con los ciudadanos, entre otros. Los principios no son solamente criterios de interpretación o herramientas auxiliares. En el marco jurídico actual de Estado constitucional se erigen en normas prevalentes que condicionan no solo la validez de las restantes normas del ordenamiento sino que fungen de límites a la actuación de la administración.

A partir de esos cambios, es necesario fortalecer mecanismos de protección de los derechos fundamentales y una teoría fuerte de los principios jurídicos

² SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo. Trad. Monica Ibagón Ibagón. En : La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 23.

como partes del bloque de juridicidad que condiciona toda la actividad del Estado³ (, conceptos ambos que se erigen en algunas de las más importantes modificaciones al régimen de garantías individuales frente a la administración y a los límites en desarrollo de su actuación. Principio de no regresividad, principio de confianza legítima, de cargas públicas, de proporcionalidad, eficiencia y transparencia, entre muchos otros, constituyen importantes ejemplos de una necesaria transformación de la actividad de la administración en el Estado social.

La razón no puede pasar desapercibida: si el derecho administrativo surge, y tiene por una de sus principales tareas, para proteger la libertad del individuo a través del establecimiento de límites a la actividad del Estado, la práctica jurídica pone en evidencia que la limitación de la función de la administración a través de los derechos fundamentales, resulta insuficiente. La tesis es la siguiente: toda actividad de la administración que lesione un derecho fundamental es arbitraria, pero no toda actividad arbitraria de la administración viola un derecho fundamental, pero, como mínimo, viola el principio de juridicidad o legalidad material concretado en los principios jurídicos.

Significa lo anterior que no toda la actividad arbitraria de la administración alcanza a ser controlada o limitada a través de los derechos fundamentales. Estos terminan siendo, en materia de límites a la administración, la última ratio. Antes de acudir a los derechos fundamentales, es necesario que la administración esté sometida a una legalidad amplia conformada no solo por estas garantías individuales sino por los principios jurídicos entendidos como normas jurídicas fundantes, fundamentadoras y, en consecuencia, prevalentes, sobre las restantes normas del ordenamiento.

La Ley 1437 de 2011 estableció los límites de la administración a través de una legalidad cualificada denominada juridicidad, esto es, el tránsito del

³ HENAO, Juan Carlos. Estado social y Derecho administrativo. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 186. "...la sujeción al principio de juridicidad, como se debe entender en el Estado social de Derecho, no solo se refiere a la sujeción de normas diferentes a la ley, en sentido formal o material, sino que debe incluir contenidos normativos que se encuentran en otro escaño de la jerarquía, como es el caso de las normas de raigambre constitucional, o de Derecho internacional" p. 186.

obedecimiento a la legalidad formal a un sometimiento a todo el ordenamiento jurídico. En palabras sencillas, la administración debe estar sometida no solo a la ley sino a los principales elementos del ordenamiento jurídico representados en principios jurídicos. Esto son normas que cumplen dos funciones fundamentales: condicionan la validez de las restantes normas del ordenamiento y limitan la actuación de la administración pública.

La mayor importancia de los principios no es nueva. Ya desde el año de 1992, como se expresó al inicio, la Corte Constitucional⁴ había señalado que en el Estado social y constitucional los principios adquieren una relevancia excepcional como normas jurídicas que delimitan la validez de las restantes normas del ordenamiento y, se insiste, condicionan la actuación de la administración en la medida que debe ser respetuosa no solo de la ley en su sentido formal sino de los principios como normas superiores a la ley.

Los principios del derecho administrativo no son solo normas prevalentes por mandato constitucional ni jurisprudencial. La misma historia indica que el derecho administrativo está construido sobre los principios jurídicos que priman sobre las restantes normas del ordenamiento. Señala Cassagne: “Siendo los principios generales del derecho el origen o el fundamento de las normas y en definitiva, la causa del derecho positivo, ellos participan de la idea básica de principalidad en sentido ontológico, de la que se desprende la primacía de los principios sobre las normas” p. 29-30.

De esta manera, más que herramientas auxiliares como eran concebidos en el Estado liberal, los principios son normas que condicionan la validez de las restantes normas del ordenamiento y limitan el desarrollo de facultades que implican un margen de discrecionalidad. En relación a la función pública, los principios, más que la ley misma, limitan las potestades de la administración de tal manera que toda acción derivada de la función administrativa debe estar condicionada por los principios. En términos sencillos, en el marco constitucional y social, el Estado de derecho depende de la obediencia que deben tener los funcionarios o los particulares que ejercen funciones públicas, a los principios jurídicos. Estos representan verdaderas garantías frente al abuso del poder. Señala Cassagne en este sentido: “...los principios generales del derecho operan como garantías que impiden el abuso de las potestades discrecionales por parte de la administración pues si aquello son la causa o base del ordenamiento jurídico no puede concebirse que el

⁴ Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

ejercicio de los poderes discrecionales pudiera controvertirlos Por ese motivo, los jueces o funcionarios públicos deben siempre confrontar la norma que habilita la potestad discrecional y su desencadenamiento con los principios generales del derecho”⁵ p. 78.

A su vez Eduardo García de Enterría, uno de los más importantes teóricos del derecho administrativo, resalta la importancia, tímidamente reconocida en nuestro contexto, de los principios generales. Señala:

“Hay además otra razón definitiva para que el derecho administrativo postule de suyo enérgicamente la técnica de los principios generales del Derecho, y es la insuficiencia de la sumisión de la Administración a la simple legalidad formal, para que su enfrentamiento con los administrados, supuesta su formidable potenciación actual, pueda discurrir por cauces de justicia. Como ha dicho certeramente Fortsthoff, la técnica de la garantía de la libertad legada por el siglo pasado, como una garantía conseguida a través del respeto a formas jurídicas, “funciona únicamente bajo la presuposición de que la vida social es fundamentalmente autónoma, pero fracasa frente a una administración que interviene en todos los ámbitos de la vida social”. Por ello, continúa, “no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino solo la vinculación a principios jurídicos materiales puede asegurar hoy en la medida necesaria libertad individual y justicia social, legitimando al Estado como Estado de Derecho”⁶.

Es claro que la violación de los principios jurídicos por parte de la administración debe ser objeto de control jurisdiccional y cuanto más grave o evidente sea esa infracción, más contundencia debe existir en el control ejercido por la jurisdicción. La jurisdicción no puede pasar por alto la infracción flagrante de los principios jurídicos. Señala Cassagne: “Si la administración conculca los principios generales del derecho y si estos

⁵ Juan C. Cassagne. Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 78.

⁶García, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Civitas, Madrid, 1984. P. 39,40

forman parte del ordenamiento jurídico, esa conducta no puede quedar al margen de la protección jurisdiccional, porque de ser así esto implicaría una real denegación de justicia”⁷.

Nuestro Código Administrativo y Contencioso Administrativo guarda perfecta sintonía con la noción de principios como límites de la administración. Por eso enuncia en su artículo tercero el deber de todas las autoridades de aplicar las reglas con sujeción a los principios. De allí se desprende que mientras más grave sea la infracción de un principio mayor debe ser el control por parte de la jurisdicción. Para el caso concreto, la infracción flagrante de los principios de transparencia y eficiencia exigen un control a través del decreto de la medida cautelar se suspensión provisional de los efectos del acto acusado de nulidad.

c. Violación del principio de transparencia.

El principio de transparencia está definido en el artículo tercero del numeral 8 del artículo tercero de la Ley 1437 de 2011. De su significado, surge la obligación de que la actuación de la administración sea de dominio público. La regla general es el conocimiento público y la excepción es la reserva establecida expresamente en la ley. El deber de transparencia se proyecta en dos dimensiones: frente al ciudadano y frente a las demás autoridades. Además de establecer una garantía de los ciudadanos representada en el derecho de conocer las actuaciones de la administración, establece el deber de las autoridades de entregar toda la información requerida para el buen desempeño de las funciones a cargo de otras autoridades administrativas.

El acto administrativo impugnado tenía por objeto autorizar a las Empresas Públicas de Medellín la venta de algunos de sus activos con el objeto de superar los problemas de liquidez derivados de la contingencia del Proyecto de Hidroituango. Fue expedido con clara infracción del principio de transparencia en la medida que EPM no entregó toda la información requerida por el Concejo de Medellín para la adopción de la mejor decisión en relación a la venta de los activos. De manera reiterada la corporación Consejo de Medellín solicitó información referente a la póliza, monto del dinero a recibir

⁷ Ob. cit. pag. 96.

por parte de la aseguradora, fecha de pago, información determinante para la adopción del acto administrativo por el cual se autorizaba la venta de algunos activos.

De acuerdo al principio de transparencia, no solo es derecho de los administrados conocer la actuación de la administración, sino que es fundamental que las entidades públicas suministren información oportuna y veraz para el desarrollo adecuado de la actividad de la administración. De acuerdo a ese sentido del principio de transparencia, es claro que todas las entidades administrativas, en el caso concreto, las empresas públicas de Medellín EPM, en desarrollo de las funciones que le corresponde como entidad pública en su condición de empresa industrial y comercial del Estado, debe suministrar la información solicitada por los órganos de control político para la expedición de las debidas autorizaciones. De la prueba aportada con la acción consistente en los audios que registran el debate en el Consejo de Medellín y la declaración extrajudicial de algunos de los concejales, es posible determinar dos aspectos fundamentales para el decreto de la medida cautelar:

- a. No existió respuesta de parte de EPM a los constantes reclamos de información de parte de algunos concejales en relación al pago de los seguros.
- b. Ante la inexistencia de información, NO fue posible un debate técnico, jurídico y financiero en relación al pago de los seguros.

La pregunta que surge es fundamental: ¿La entrega oportuna de toda la información en relación con el pago de los seguros era o no fundamental para la expedición de la respectiva autorización? ¿Si no existió información, cómo se podría determinar la adopción de la mejor decisión por parte del Consejo de Medellín?

La violación del principio de transparencia no permitió dar respuesta a preguntas de incommensurable importancia:

1. Por qué razón EPM siempre afirmó en el debate del acuerdo que el dinero del seguro ingresaría en el año 2021 cuando la normativa

nacional señala claramente que el pago debe realizarse por la aseguradora en el mes siguiente a la reclamación (art. 1080 Código de Comercio)?

2. Si en otra oportunidad en la que ocurrió un siniestro (incendio de la turbina en Guatapé) el pago del seguro se logró en tiempo récord, por qué no podía ocurrir lo mismo en este caso?
3. ¿Cómo sería el plan de desinversión de haber sido incorporado el capital correspondiente al pago de los seguros en menor tiempo al pronosticado (2021)?
4. ¿Por qué en otros siniestros la empresa EPM logra el pago en tiempo récord y en esta contingencia se procede a la desinversión?
5. Si el ordenamiento jurídico establece el pago de los seguros en un término de dos meses, por qué se establece el ingreso de los dineros en el 2021?
6. ¿Por qué esperar el resultado del estudio de la causa raíz cuando el mismo no es determinante para el pago de los seguros?

No existió, como se puede evidenciar en las más de treinta y dos horas de audio y en los documentos obrantes en el sistema de información del Concejo de Medellín, debate alguno en relación al cumplimiento de lo establecido en el Código de Comercio que regula la forma en que debe hacerse el pago de los seguros en sus artículos 1077 y siguientes. Se puede advertir que sólo se afirmó que el dinero del seguro entraría en el año 2021, sin explicar la razón de esa demora. EPM nunca hizo mención a aspectos elementales del derecho de seguros que indican que la reclamación y el pago no deben estar sujetos a la determinación de la causa raíz de la contingencia. Basta, como lo indica el artículo 1077 del Código de Comercio la prueba del siniestro y la cuantía aproximada del mismo para que la aseguradora proceda al pago en el término legal. ¿Surgen preguntas que representan un claro desconocimiento del ordenamiento jurídico: ¿para qué determinar la causa raíz? ¿Por qué esperar a que esos dineros ingresen en el año 2021? ¿Qué sentido tiene tener un seguro y luego tener que proceder a vender activos para superar la contingencia? ¿Por qué no informó EPM sobre la presentación o no de la reclamación a la aseguradora y el monto de la misma? ¿Si es claro que la aseguradora puede efectuar pagos parciales, por qué proceder a la venta de activos?

Estas y muchas preguntas más, aún sin respuesta, determinan la infracción flagrante del principio de transparencia en la medida que EPM no solo no compartió información determinante para la adopción de la mejor decisión sino que ocultó informar sobre las diligencias que ha debido desarrollar en relación al pago de la póliza de seguro. Ya la personería había advertido la importancia de que EPM ofreciera suficiente ilustración en aspectos técnicos, financieros y jurídicos, llamado que no fue atendido por EPM. Señala la Personería (documento 20410):

“Por lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público emite concepto favorable para el proyecto de acuerdo 150 de 2016, en el entendido de los pronunciamientos constitucionales presentados y a la luz de los motivos expresados en la iniciativa, siempre y cuando se de la suficiente ilustración a la Corporación en el sentido técnico, financiero y jurídico” Documento 20410 P. 5.

Señor Juez, la infracción al principio de transparencia es flagrante. Con la omisión de la información por parte de EPM no se permitió al Concejo de Medellín tomar la decisión con todos los elementos de juicio necesarios para determinar que la venta de los activos era la mejor opción en relación a las circunstancias y fines. De un estudio de los audios no cabe duda de la infracción al principio de transparencia en la medida que se advierte el permanente ruego de los ediles para que la empresa EPM entregara la información solicitada. No existió el deber de transparencia en la medida que la información referida al pago de las pólizas y demás temas referidos a los seguros no fue suministrada.

Esta es la relación de los audios y su respectivo análisis.

Audio	Fecha	Duración	Tema
20278	Lunes 3 de septiembre	3:13:07	
20279	Martes 4 de septiembre	3:35:59	
20292	Miércoles 5 de sep.	2:58:20	
20301	Viernes 7 de septiembre	3:34:09	

20319	Sábado 8 de septiembre	1:31:38	
20320	Domingo 9 de septiembre	1:25:40	
20407	Martes 2 de octubre	1:32:28	
20414	Jueves 4 de octubre	2:20:34	
20417	Sábado 6 de octubre	2:54:59	
20470	Sábado 20 de octubre	5:14:15	
20652	Martes 30 de octubre	2:09:04	
20348	Septiembre 11	37:44	Sesión de estudio
20286		1:35:35	Sesión de estudio
20325		43:09	Sesión estudio
20340		1:28:06	Sesión de estudio
20592		1:16:53	Sesión de estudio

1. 20278 Sesión lunes 3 de septiembre Tiempo 3:13:07

Min 18:20 Explica cómo se analiza la obtención de recursos.

Min 2: 35: 40 Se expresa que hasta que no se cierre el paso de agua por casa de máquinas no se puede establecer con precisión el tiempo y costos de recuperación. ¿No era mejor tener certeza de esto antes de proceder a la venta de activos? ¿Cómo vender activos sin tener conocimiento real del costo de la recuperación?

2. 20279 de socialización de martes 4 de septiembre tiempo 3:35:59

El gerente expone el proyecto pero no hace referencia al tema de los seguros.

Min 0:7:25 El problema no es de rentabilidad sino de liquidez. Gerente

Min 14:00 El gerente indica que el pago del seguro se espera para finales del 2020.

Min 1:17:17 Cuestionamiento ante la urgencia o el afán de vender.

Min 2:08:40 Queja por la falta de información.

Min. 2:27:00 Reclama información

Min 2:31:20 Reclama información

Min 2: 36: 20 Exige respuesta a cada pregunta para la sesión de sep 5.

Min 2:40:00 Queja por la falta de información.

Min 3:03 Exigir el pago de las pólizas por 2.5 millones de USD

Min 3:17:30 Carlos Alberto Zuluaga pide respuestas claras y contundentes.

3. 20292 Miércoles septiembre 5 Tiempo 2:58:20

Es la sesión de respuesta a las preguntas de los concejales. Escenario básico Recuperación de casa de máquinas en 36 meses. Tres escenarios:

1. Proyecciones en mayo de 2017
2. Proyecciones para agosto de 2018
3. Proyecciones si el proyecto fracasa.

Min 8:40 recuperación de seguro por 2.5 billones de pesos para el 2021. Pero no se analizan dos puntos fundamentales: la posibilidad de recuperación de casa de máquinas y el pago anticipado del seguro. Una preocupación es la calificación ante las calificadoras de riesgo. ¿Cuál sería el impacto de la misma? ¿En cuánto tiempo se recupera una mala calificación? ¿Justifica vender activos para mantener una buena calificación?

Min 2:07:30 Solicita información.

Min 2:23:35 Alusión al tema de las calificadoras.

Min 2:32:40 Queja por la falta de información.

Min 2:35:30 Pregunta por las aseguradoras.

4. 20301 Sept 7 Plenaria del viernes Tiempo 3:34.09

Min 2:22:30 No todo el endeudamiento es por Hidroituango.

Min 3:23:34 El concejal Héctor Francisco Preciado Pregunta por las pólizas.

5. Audio 20319 Sep 8 sábado. Tiempo 1:31:38

Min 4:50 Valoración de las acciones por las bancas de inversión.

Min 1:02:28 Registro del activo en Isa está en 1.5 billones

6. Audio 20320 Septiembre 9 de 2018 Domingo Tiempo 1:25:40

Min 34:50 Pregunta por las aseguradoras sin que haya habido respuesta

7. Audio 20407 octubre 2 martes Tiempo 1:32:28

Min 19:12 Moción de orden judicialización del control político.

Min 59. EPM no suministra la información.

Min 1:16:30. Reclamo de información.

8. Audio 20414 Jueves 4 de octubre Tiempo 2:20:34

Lectura de informes de personería y contraloría. En el informe de Personería se lee con claridad **“Por lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público emite concepto favorable para el proyecto de acuerdo 150 de 2018, en el sentido de los pronunciamientos constitucionales presentados y a la luz de los motivos expresados en la iniciativa, siempre y cuando se de la suficiente ilustración a la Corporación en el sentido técnico, financiero y jurídico”**. (documento 20410).

9. 20417 Audio de la sesión con la academia Tiempo 2:54:59

Apenas se citaron a 5 universidades. Asistieron 3 universidades y el debate fue de apenas 30 minutos. Dio vergüenza la no presencia de las universidades

Min 15:00 Según el gerente hay necesidad del dinero para mediados del 2019.

Min 46:00 Cartas enviadas a las universidades.

Min 1:18:35 Petición de información de seguros Ramón Acevedo. Exige la curva con y sin pago de los seguros.

Min 1:50:20 Regaño a la academia.

Min 2:07:15 Preguntas sobre los seguros.

2:36:45 Respuesta de EPM a las preguntas sobre seguros.

10. 20470 Audio de primer debate octubre 20 sábado tiempo 5:14:15

Min 2:34:30 Constancia de Falta información.

Min 4:04:20 El concejal se pregunta por los seguros.

Min 15:11 No lectura del informe de minorías de ponencia negativa.

Min 37:08 Informe de mayorías

Min 41:50 No lectura del informe de mayorías

Min 46:15 Intervención del gerente.

Min 55:40 EPM va en términos financieros muy bien, entonces para que la venta

1:05 La necesidad es de inversión, no la contingencia. No mencionó en ningún momento el tema de seguros.

11. 20652 Segundo debate martes 30 de octubre

Min 1:00:00 Yamid López Sepúlveda. Centro de Estudios del trabajo de Antioquia.

Min 1:43:20 Indica que los seguros es cuestión de semanas pero eso no es lo que dice la ley. Cobertura de 2.500 millones de dólares.

ANALISIS AUDIOS DE SESION DE ESTUDIO DEL PROYECTO

1. Audio 20286 Sesión de estudio de septiembre 5

Min 4:20 Comentario en relación a la precaria información.

Min 37:00 Explicación de las calificadoras a cargo de Jorge Tabares.

Min 49:30 Solicitud de información.

¿Los estudios de la causa raíz de la contingencia determina el pago de los seguros?

Min 1:21:15 a 1:22:24 Respuesta de los seguros.

2. Audio 20348 septiembre 11 Comisión de estudio Tiempo 37:44

Min 3:50 Fallo de tutela que pone en evidencia la ausencia de claridad

Min 8:05 Reclamo de información.

Min 20:30 Compromiso del gerente frente a la entrega de información.

Min 26:30 Reclamo de información.

Min 30:30 Compromiso de entrega de toda la información para el viernes 21.

3. Audio 20325 Septiembre 14 Mesa jurídica Tiempo: 43:09

Min 5:05 Personería de Medellín

4. Audio 20340 Septiembre 21 mesa jurídica

Se centró en la competencia del Concejo para autorizar la venta de activos en el exterior.

5. Audio 20592 sesión de estudio Tiempo 1:16:53

Min 57:10 Se insiste en la obtención de las respuestas.

Min 59:30 se insiste en la información.

Min 1:05:35 Se insiste en la información.

Min 1:7:38 Se reclama la información.

ANALISIS DOCUMENTOS

Documento 20259 PROYECTO DE ACUERDO. No se hace referencia alguna al tema del pago de los seguros.

Documento 20293. Recuperación de seguros por 2.5 billones para el año 2021. Costos proyectos 5.5. billones Inversiones 2018 al 2021 de 4,0 Billones de los cuales 1.6 corresponden al costo adicional para la recuperación. Pregunta: ¿la recuperación requiere la consolidación del daño? Financiación por venta de activos por 3.8 billones.

Documento 20410. Documento personería. En el informe de Personería se lee con claridad **“Por lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público emite concepto favorable para el proyecto de acuerdo 150 de 2018, en el sentido de los pronunciamientos constitucionales presentados y a la luz de los motivos expresados en la iniciativa, siempre y cuando se de la suficiente ilustración a la Corporación en el sentido técnico, financiero y jurídico”**.

Documento 20411 Pág. 5 La exposición de motivos indica tres razones de las desinversiones, las cuales eran previsibles en un panorama de riesgo y, además, esas razones son las que deben ser cubiertas por los seguros, salvo que el proyecto esté infrasegurado.

Documento 20443: Pág 40. Gráfico de la situación con seguros y sin seguros y se señala que el dinero entraría en el año 2021.

p. 43. Se hace referencia a un crecimiento del 19% en parte gracias al recaudo de los seguros.

P. 81 Situación financiera con el pago de seguros.

p. 97 Pago de indemnización por seguros de daños 1.222 MM y por lucro cesante de 1321 MM

Es importante advertir que en el documento 20432 se relaciona una indemnización por seguros de daños de 1.222 MM y por lucro cesante 1.321 MM. Para un total de 2.543 MM. (ver documento 20432) ¿Si el proyecto tiene un valor de 14 Billones, cómo va a estar asegurado por 2.543 MM?

Del análisis detallado a los audios y a los documentos se puede concluir:

1. Fueron reiteradas las solicitudes de información formuladas por los concejales en relación al tema de los seguros sin que se hubiese obtenido respuesta alguna de parte de EPM.
2. Temas fundamentales para la decisión del Concejo Municipal no fueron abordados y la ausencia de información sin duda determina una decisión que no supera el menor juicio de razonabilidad por no contar con todos los elementos técnicos, financieros y jurídicos necesarios para la adopción de tan importante autorización.
3. El concejo municipal no contó con toda la información necesaria para la expedición de un acto por el cual se autorizaba la venta de activos de las Empresas Públicas de Medellín. Ello representa una infracción flagrante del principio de transparencia que exige la imposición de la medida cautelar.
4. Queda claro que aspectos básicos del derecho de seguros no fueron abordados como la necesidad o no del estudio de la causa raíz de la contingencia para la realización de la reclamación, tiempo para el pago de la póliza, el infra aseguramiento de los riesgos frente a terceros, la razonabilidad de una venta de activos estando pendiente el pago de una póliza.

Por la infracción flagrante de normas superiores como es el principio de transparencia y ante el riesgo inminente de generarse una afectación gravísima del patrimonio público con la venta de activos autorizada por el Concejo sin haber contado con la información necesaria, lo que generaría unos efectos nugatorios de la sentencia, es procedente la medida de suspensión provisional.

d. Violación del principio de publicidad.

Señala el artículo 209 de la C.P.:

“ART. 209.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La

administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señala la ley”

A su vez indica el artículo tercero numeral 9 de la Ley 1437 de 2011:

“En virtud del principio de publicidad las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley...”

De acuerdo con esta normativa, el principio de publicidad se concreta en el caso concreto en el deber de la EPM de entregar la información solicitada por los concejales como condición para la expedición de un acto de autorización bajo criterios de racionalidad y razonabilidad.

Es fundamental resaltar que la motivación es un requisito esencial del acto administrativo de tal manera que si la misma no cuenta con la información requerida por el órgano de control a pesar de haber sido reiteradamente solicitada, no se puede afirmar que el acto reunió las condiciones de razonabilidad entendida como la evaluación de los medios y los fines. La censura es mayor en la medida que el deber de motivación recaía inicial y principalmente en el órgano objeto del control a través de la autorización solicitada al Concejo Municipal. Señala el Consejo de Estado:

“La motivación de los actos administrativos constituye un elemento necesario para la validez de un acto administrativo. Es condición esencial que existan unos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen. En otras palabras deben existir unas circunstancia o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión”⁸.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández Rad. 110010325000201000064 (0685-2010). Julio 5 de 2018.

En conclusión, nunca se podrá afirmar que se cumplió con el deber de publicidad cuando EPM no entregó toda la información requerida por el Concejo Municipal para la adopción de una decisión razonable que contemplara todos los criterios técnicos, financieros y jurídicos. No le era posible a EPM determinar la pertinencia o no de la información solicitada (salvo las reservas de ley) en tanto que su obligación era entregar toda la información requerida por su órgano de control, el Concejo de Medellín para la expedición de una autorización bajo criterios de razonabilidad o adecuación de los medios con los fines.

e. Violación del Principio de Eficiencia.

El principio de eficiencia exige una evaluación de los medio más idóneos y necesarios para la consecución de los fines del Estado. En términos simples, el cumplimiento eficiente de las tareas del Estado debe ser el resultado de un juicio de razonabilidad o test de razonabilidad que se construye a partir de preguntas básicas como ¿Cuáles son los fines que se tratan de proteger? ¿Cuáles con los medios para la consecución de esos fines? ¿De los medios existentes para la consecución de los fines, cuáles son necesarios? ¿Cuál es el fin de la venta de los activos: mantener una buena calificación ante las calificadoras de riesgo? ¿tener flujo de caja? ¿superar la contingencia? ¿Qué relación tiene la venta de los activos con la recuperación del proyecto? ¿Si todo proyecto debe estar lo suficientemente asegurado, por qué se procede a la venta de activos? ¿Qué sentido tiene pagar un seguro que me exige vender activos mientras se efectúa el pago del mismo?

El cumplimiento al principio de eficiencia está directamente relacionado con el principio de transparencia en la medida que el otorgamiento de la información integral permitirá la adopción de los mejores medios en relación a los fines. Todos los interrogantes se resuelven a partir de la claridad de la información, pero ¿si no existió transparencia como se puede lograr la eficiencia? No quedó claro si el fin era capitalizar la empresa o superar la contingencia de hidroituango. Como tampoco quedó claro si el mejor medio era la venta de los activos o si existió claridad del mejor momento para hacerla (antes de la reclamación a la aseguradora, antes de determinar el estado de

casa de máquinas, antes de determinar los costos reales de la recuperación del proyecto). Resulta muy grave tomar una decisión tan importante de vender activos sin tener claridad de la información requerida para la adopción de los mejores medios dirigidos a la recuperación del proyecto.

Es claro que el principio de eficiencia, como norma rectora o superior, se ve afectado cuando se adoptan los medios que pueden resultar más gravosos en relación a los fines o con desconocimiento de otros medios que pueden ser más idóneos o necesarios.

La ausencia de debate en relación a aspectos fundamentales dejó sin resolver importantes interrogantes que ponen en entredicho la adopción de la autorización bajo criterios de transparencia y eficiencia. Algunos de ellos serían:

- a. ¿Por qué EPM no reclama inmediatamente el pago de los seguros y afirma que ese dinero solo ingresará en el 2021?
- b. ¿Si el seguro equivale a una suma superior a los siete billones de pesos, por qué vender unos activos que representa la recuperación de un flujo de caja por cuatro billones?
- c. ¿Por qué teniendo la posibilidad de reclamar el pago del seguro EPM insiste en la realización de un estudio de la causa raíz?
- d. ¿Por qué acudir a la venta de activos teniendo como primera posibilidad la obtención del pago de los seguros?
- e. ¿Por qué convertir activos importantes en flujo de caja teniendo la posibilidad de obtener en el mismo tiempo el dinero del seguro por una suma superior a la que se obtendría de la venta de activos?
- f. ¿Es la venta de los activos el medio necesario para la superación de la contingencia del proyecto Hidroituango?
- g. ¿No es precisamente el riesgo de la descapitalización o de la reducción de la calificación una razón de suficiente peso para obtener de manera inmediata el pago de los seguros?
- h. ¿No afecta la economía y estabilidad del asegurado, que es precisamente lo que quiere preservar una póliza, la espera de más de dos años para el pago del siniestro?
- j. ¿Si la indemnización por seguros equivale a unos 4.4 billones de pesos antes de deducible, por qué se tienen que vender los pasivos para recuperar una suma de 3.5 a 4 billones?

C. PRUEBAS APORTADAS CON LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.

1. Declaración extrajuicio de algunos concejales que manifestaron que no les fue suministrada la información completa en relación al pago de los seguros.
2. Audios tomados de la página del Consejo de Medellín en los que se determina la inexistencia de un debate técnico y jurídico en relación a temas requeridos por lo Concejales.

D. PETICIÓN

Con fundamento en la exposición de las razones jurídicas soportadas en la infracción de los principios de transparencia y eficiencia, de la evaluación de las pruebas documentales y los respectivos audios, resulta urgente el decreto de la medida de suspensión del acuerdo por el cual se autorizó la venta de los pasivos de EPM.

Del Señor Juez.