

Señor

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO (REPARTO)

Medellín – Reparto

E S D

| | |
|---------------------|--|
| DEMANDANTES | Sergio Estrada Vélez, Juan Pablo Morales Calle y Alejandro Sánchez Hincapié, Carlos Humberto Montoya Ortega |
| DEMANDADO | MUNICIPIO DE MEDELLÍN – CONCEJO MUNICIPAL- |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD SIMPLE |
| REFERENCIA | DEMANDA |

Sergio Estrada Vélez, Juan Pablo Morales Calle y Alejandro Sánchez Hincapié, integrantes del Centro Colombiano de Estudios Constitucionales - CECEC-, y Carlos Humberto Montoya Ortega, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, con fundamento en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentamos ante usted demanda a través del medio de control de nulidad simple contra el Acuerdo Municipal Nro. 090 de 2018 “Por medio del cual se autoriza la enajenación de unas participaciones accionarias”, en relación al siguiente:

1. FUNDAMENTO FÁCTICO

PRIMERO. El 28 de abril de 2018 comenzó la contingencia en el proyecto hidroeléctrico de Ituango (en adelante Hidroituango) por el taponamiento del túnel de desviación del río Cauca originando problemas en el embalse y en su caudal, lo que ocasionó graves afectaciones por los daños materiales en

la obra, el lucro cesante por el retraso para su puesta en marcha y los perjuicios a la población ribereña.

SEGUNDO. EPM calcula entre 6 y 7 billones de pesos la reducción del flujo de caja generada por este siniestro, discriminada así¹:

- Costo aproximado de recuperación técnica, 2 billones de pesos.
- Menor ingreso debido al retraso de entrada en operación del proyecto, entre 3.5 y 4 billones de pesos.
- Gastos sociales, entre 0,5 y 1 billón de pesos.

TERCERO. Los costos reales generados por el siniestro así como los dineros necesarios para la superación de las necesidades de flujo de caja de EPM sólo se podrán determinar con el ingreso a casa de máquinas. Señala EPM en respuesta a la pregunta acerca de la venta o no de más activos: “Esto dependerá del momento en el que se logre entrar a la casa de máquinas del proyecto hidroeléctrico Ituango para evaluar su estado, con base en esto se tendrá una proyección final de las decisiones financieras que EPM deberá tomar.”².

CUARTO. Al mismo tiempo que EPM manifiesta que tiene problemas de liquidez generadas por la contingencia del proyecto, señala que tiene un “sólido flujo de caja operacional” A la pregunta formulada en relación a los problemas de liquidez, responde “No, EPM dispone de un sólido flujo de caja operacional con un buen resultado a junio de 2018 y recursos asegurados de financiación provenientes de las líneas de crédito previamente comprometidas con BID, CAF y BID Invest, por monto de aproximadamente 1200 millones de dólares”³.

¹ EPM. “Por qué EPM debe vender algunos de sus activos?”, *El Colombiano*, septiembre 9 de 2018, p. 5.

² EPM. “Conoce todo sobre el proceso de venta de algunos activos de EPM”. Disponible en <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/proceso-de-venta-de-activos-de-epm-cuestionario-de-preguntas-y-respuestas#20-A-qu-valor-asciende-la-contingencia-del-proyecto-hidroel-ctrico-ltuango-4520>, consultado el 10 de abril de 2019.

³ EPM. “Conoce todo sobre el proceso de venta de algunos activos de EPM”. Disponible en <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/proceso-de-venta-de-activos-de-epm-cuestionario-de-preguntas-y-respuestas#14-EPM-tiene-un-problema-de-liquidez-4514> consultado el 10 de abril de 2019.

QUINTO. Con el fin de superar las dificultades de liquidez generadas por la contingencia del proyecto Hidroituango, EPM decidió vender su participación accionaria en algunas empresas como ISA, Aguas de Antofagasta, Parque Eólico Los Cururos, Promioriente, Gas Natural del Oriente, Hidroeléctrica del Río Aures, Gestión Energética, EMGENSA, Terpel, Corporación Financiera Colombiana, BBVA Colombia, Davivienda y Acerías Paz del Río. Este proceso de desinversión le reportará a EPM entre 3.5 y 4 billones de pesos y tendrá una duración aproximada de un año⁴.

SEXTO. EPM obtuvo la autorización del Concejo de Medellín para la venta de activos con el objeto de solucionar las necesidades de flujo de caja generadas con la contingencia del proyecto de Hidroituango, pero al mismo tiempo afirma que no conoce el valor de lo que requiere para superar la contingencia y señala que no tiene problemas de flujo de caja operacionales.

SÉPTIMO. Ante el concejo de Medellín no se definieron las razones determinantes para la venta de activos: se anunciaron varias como como la necesidad de flujo de caja, necesidad de cumplir con el plan de inversiones, necesidad de superar la contingencia de Hidroituango, evitar la reducción de la calificación en las calificadoras de riesgo, la afectación a la prestación de servicios públicos en términos de calidad y cobertura, reducción de las transferencias al municipio de Medellín.

OCTAVO. Para lograr la venta de las participaciones accionarias en las mencionadas empresas la máxima autoridad administrativa del Municipio y Presidente de la Junta Alcalde Federico Gutiérrez presentó, tal como lo ordena la Ley 226 de 1995 en su artículo 17, proyecto de acuerdo 150 de 2018 por el cual se autoriza la enajenación de unas participaciones accionarias.

NOVENO. EPM no suministró de manera integral toda la información técnica, financiera y jurídica requerida por el ente territorial para la expedición de autorización de venta exigida por la Ley 226 de 1995.

⁴ *Ibidem*.

DÉCIMO. En desarrollo del debate del proyecto de acuerdo, EPM no presentó la información necesaria que permitiera determinar que el plan de desinversiones se constituía, entre un conjunto de medidas, en la más necesaria y en el medio más razonable para la superación de los problemas de flujo de caja generados por la contingencia. Incluso nunca quedó claro qué pasaría si el Concejo de Medellín no autoriza el plan de desinversiones, esto es, se habló de la pertinencia técnica y financiera de la venta de activos pero no se habló de lo que podría ocurrir si no se autorizaba dicha venta. Frente al panorama de que el Concejo no autorice la venta de activos, señala EPM: La selección de los activos que iniciarán trámite ante el Concejo de Medellín se determinó luego de un análisis detallado, cuyo criterio fue desinvertir en aquellas empresas que no fuesen controladas por EPM, con lo cual, se busca conseguir el aval de este estamento”⁵.

DÉCIMOPRIMERO. En desarrollo de los debates fueron frecuentes los requerimientos de algunos concejales para que EPM suministrara la información que permitiera la adopción de la mejor decisión, así como las quejas de los mismos en relación a la ausencia de esa información.

DÉCILOSEGUNDO. La inexistencia total o parcial de información en aspectos relacionados con la afectación del flujo de caja, sus causas y las medidas para superar esa situación no permitió al Concejo de Medellín determinar con claridad si el plan de desinversiones se erigía en el medio más razonable, adecuado y necesario.

DÉCIMOTERCERO. La ausencia de información no permitió determinar con claridad aspectos de indiscutible importancia como:

- a. ¿La causa de los problemas de falta de flujo de caja tiene lugar en la contingencia ocurrida en el mes de abril de 2018 o en hechos anteriores a la misma?

⁵⁵ EPM. “Conoce todo sobre el proceso de venta de algunos activos de EPM”. Disponible en <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/proceso-de-venta-de-activos-de-epm-cuestionario-de-preguntas-y-respuestas#23-Qu-pasar-a-si-el-Concejo-de-Medell-n-no-aprueba-la-enajenaci-n-de-acciones-minoritarias-aprobadas-por-la-Junta-Directiva-4523> consultado el 10 de abril de 2019.

- b. ¿Existía o no un plan de acción para responder a los efectos financieros de la no entrada en funcionamiento del proyecto Hidroituango en el mes de diciembre del 2018?
- c. ¿Era o no razonable adelantar un plan de desinversiones precaviendo el futuro financiero sin determinar el estado de casa de máquinas, las posibilidades de recuperación, los costos y el tiempo?
- d. ¿Era acorde a la finalidad de protección del patrimonio público autorizar un plan de desinversiones sin tener claridad de los dineros requeridos para la superación de la contingencia?
- e. Quedó o no claro qué ocurriría en un panorama distinto al actual en el que las necesidades de flujo de caja fueran menores, la contingencia o el daño en casa de máquinas fuera menor al pensado y en consecuencia se requiriera un dinero inferior al autorizado con el plan de desinversiones? ¿En otros términos, se pensó en un plan de desinversiones gradual acorde a las necesidades?
- f. Dada la dimensión de la obra y la importancia de la misma para el país, para Medellín y para la misma empresa, se tenían planificadas todas las acciones necesarias para precaver situaciones de riesgo financiero que colocaran en riesgo el futuro de EPM?
- g. ¿Si para suplir las necesidades de flujo de caja generada por una contingencia fue necesario un plan de desinversión no contemplado, qué acciones se tenían previstas frente a una posible inviabilidad del proyecto?
- h. En el debate no se abordó con el detalle debido información fundamental en relación al pago de los seguros, la responsabilidad de los contratistas, la posibilidad de un pago de indemnización parcial de daños.

DÉCIMOCUARTO. El Concejo de Medellín no recibió la información necesaria para la expedición de una autorización tan importante como lo es el plan de desinversiones que le permitiera adoptar la medida más eficiente en relación a los problemas generados por la contingencia.

DÉCIMOQUINTO: Entre los días 3 de septiembre y 30 de octubre de 2018 el Concejo del Municipio de Medellín efectuó la socialización del proyecto de

acuerdo número 150 “Por medio del cual se autoriza la enajenación de unas participaciones accionarias”.

DÉCIMOSEXTO. Como se puede evidenciar en los audios, el debate se caracterizó por el no suministro y/o el suministro parcial de información solicitada por algunos Concejales a las Empresas Públicas de Medellín, información necesaria para un debate y posterior decisión con los suficientes elementos de juicio en aspectos técnicos, jurídicos y financieros, concretamente en relación al pago de los seguros.

DÉCIMOSEPTIMO. La ausencia o insuficiente información no permitió tener certeza acerca de si la adopción de la decisión de autorizar el plan de desinversiones era la medida más eficiente y razonable en relación a la existencia o no de otros medios más adecuados y necesarios para superar la contingencia de Hidroituango. El Concejo de Medellín no recibió toda la información solicitada a EPM por lo que la autorización para la venta accionaria no contó con todos los elementos de juicio necesarios.

2. PRETENSIONES

PRIMERA Y ÚNICA: Que se declare la nulidad del Acuerdo Municipal Nro. 090 de 2018 por medio del cual se autorizó la desinversión o venta de activos de las Empresas Públicas de Medellín –EPM-.

3. DISPOSICIONES VIOLADAS

3.1 **De rango Constitucional:** Violación al principio de eficacia establecido en el artículo. 209 de la Constitución Política.

“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.

3.2 De rango Legal: Violación a los principios de Transparencia, publicidad y eficacia establecidos en la Ley 1437 del 2011 numerales 8, 9 y 11.

Art. 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este código y en las leyes especiales.

8. En virtud el principio de transparencia, la actividad administrativa es el dominio público, por consiguiente toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. 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...”

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A continuación se expondrán los cargos de nulidad en contra el Acuerdo Municipal Nro. 090 de 2018, los cuales se concretan en 1) Infracción de norma superior o norma en que debía fundarse (violación a los principios de

transparencia, publicidad y eficiencia) y 2) Expedición irregular del acto administrativo por falta de motivación.

4.1 INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR O NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE

Previo a desarrollar cómo se concreta la violación de los principios referenciados con la expedición del Acto Administrativo contenido en el Acuerdo Municipal N° 090 de 2018 “Por medio del cual se aprobó la venta de activos de EPM” es importante analizar lo expresado por el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de octubre del 2016, Sección tercera, subsección C, MP: Dr. Jaime Orlando Santofimio, Radicado: 11001-03-26-000-2015-00022-00 (53057), referente al medio de control que se está interponiendo, específicamente en cuanto al cargo de la referencia, así:

(...)

2.5 La nulidad procede previa configuración procesal de algunas de las causales establecidas por el legislador en el artículo 137 CPACA, que dicho sea, se ha edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad, que se fundamenta ante todo en el acatamiento al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución del Estado colombiano. El marco genérico del régimen de causales de nulidad de los actos administrativos es siempre la Carta Política, es más, cada una de las causales de manera directa se relaciona de una u otra manera con los principios, valores y normas constitucionales. En este sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contencioso administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad y de legalidad sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas con el fin de que se declara la misma por la autoridad contenciosa correspondiente, salvo que se hubiere purgado la misma conforme lo ha establecido nuestra jurisprudencia.

2.6.- De manera específica, las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan con la infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo, disposiciones estas que se supone fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición. Como se observa, la generalidad de la

redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub constitucional. (Subrayas propias)

(...)

Al ejercerse un medio de control de carácter objetivo, únicamente se pretende la preservación del Ordenamiento Jurídico y del Principio de Legalidad en sentido amplio (ahora Principio de Juridicidad), siendo carga del actor confrontar el Acto Administrativo impugnado con las normas superiores que se aducen vulneradas.

Para efectuar dicha confrontación se partirá de la definición del marco normativo que debió tenerse en cuenta para la expedición del Acto Administrativo cuya legalidad se discute; en otras palabras, el entendimiento que se tenga respecto de las normas superiores, las cuales son criterios de validez del Acuerdo impugnado, es fundamental a la hora de determinar si el Acto Administrativo impugnado debe expulsarse o no del Ordenamiento Jurídico.

Por lo anterior, se hace necesario partir de una reflexión referida al rol de los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, en el contexto de la Constitución Política de 1991 y, especialmente, a la luz de la Ley 1437 del 2011:

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO LÍMITES AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Es claro que a partir de la Ley 1437 de 2011, el derecho administrativo ha sido objeto de transformaciones sustanciales que se pueden resumir en el paso del principio de legalidad al principio de juridicidad entendido como la sujeción de la administración no solo a la Ley sino a los derechos fundamentales y, muy especialmente, a los principios jurídicos. Estos 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. En palabras sencillas, la administración debe estar sometida no solo a la ley sino a los principales elementos del ordenamiento jurídico representados, entre otros, en los principios jurídicos pues estos, se reitera, condicionan la validez de las restantes normas del ordenamiento.

La mayor importancia de los principios no es nueva. Ya desde el año de 1992 la Corte Constitucional⁶ señaló 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 revisten el carácter de normas jurídicas prevalentes e ineludibles en cualquier actuación administrativa.

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 principialidad en sentido ontológico, de la que se desprende la primacía de los principios sobre las normas”*⁷.

De esta manera, más que herramientas o criterios auxiliares, como eran concebidos en el Estado liberal, los principios condicionan la validez de las restantes normas del ordenamiento y limitan el desarrollo de facultades que implican un margen de discrecionalidad. En relación con la función pública, los principios, contenidos o no en la Ley⁸, limitan las potestades de la administración de tal manera que toda acción derivada de la función administrativa debe estar permeada 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

⁶ Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

⁷ Juan C. Cassagne. Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 29-30.

⁸ La sentencia C-248/15 de la Corte Constitucional plantea: “(…)(iii) que en atención a su naturaleza “la consagración legal o constitucional de un principio en nada altera su esencia” dado que “su existencia no puede quedar subordinada a ese reconocimiento y, en todo caso, ni el legislador, ni el propio constituyente, podrían simplemente aniquilarlos”

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 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”⁹

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. Señalando:

“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”¹⁰.

Al respecto, el destacado Doctrinante Colombiano Libardo Rodríguez, desarrollando el concepto del Principio de Legalidad en el Derecho Administrativo, expresa:

“(...)

En concordancia con esta expresión de la legalidad en sentido amplio, la doctrina contemporánea ha explicado que la actuación de la

⁹ Juan C. Cassagne. Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 78.

¹⁰García, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Civitas, Madrid, 1984. P. 39,40

administración y de los tribunales judiciales debe llevarse a cabo con respeto del conjunto de normas superiores, de tal manera que “la palabra legalidad no designa aquí a la ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina «bloque de legalidad» y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también principio de juridicidad.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la primera forma de entender el principio de legalidad corresponde a una idea amplia del mismo en el sentido de que la administración debe someter sus actuaciones a la totalidad del sistema normativo, esto es, a la Constitución, las leyes del Congreso y demás actos con fuerza material de ley, a los reglamentos, a los principios generales del derecho y a las demás normas que forman parte de ese “bloque de legalidad” que debe ser respetado por la administración. Esta primera acepción del principio de legalidad, por su amplitud, corresponde a la idea que se ha estructurado bajo el concepto de principio de juridicidad.

(...)

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, el principio de legalidad en el derecho administrativo debe ser entendido como sinónimo del principio de juridicidad, en el sentido de que la administración, en todos sus actos y actuaciones, se encuentra sometida a la totalidad del ordenamiento jurídico, esto es, a la Constitución, a las leyes del parlamento y demás actos con fuerza material de ley, a los reglamentos, a los principios generales del derecho y a las demás normas que forman parte del llamado “bloque de legalidad”. En fin, reiteramos la definición expuesta en otro estudio, en el sentido de que “el principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos y actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores.¹¹

(...)” (Subrayas propias)

Es claro que la violación de los principios jurídicos debe ser objeto de control jurisdiccional y cuanto más grave o evidente sea esa infracción, más contundente debe ser el control ejercido por la Jurisdicción. Nuestro Código Administrativo y Contencioso Administrativo guarda perfecta sintonía con la

¹¹ Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2011, Págs. 182 y ss.

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 jurídicos, los cuales según el artículo primero tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares. 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 de la declaratoria de Nulidad del acto Administrativo expedido con infracción de dichas normas jurídicas.

Es así como el mismo Consejo de Estado, en la publicación denominada *“Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011”* la cual fue concebida en el marco de la agenda académica del XVIII encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresa frente a la función de los principios:

“En este sentido se busca que el procedimiento administrativo sea entendido por la administración y por los particulares como un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos. Para el efecto se introducen principios y herramientas que permitan a la administración asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales dentro del respeto de los derechos de las personas, sin que éstas se vean obligadas necesariamente a acudir a la protección de los jueces, frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades. Ello porque la administración debe ser la primera protectora de esos derechos y debe tener la voluntad de actuar siempre tomándolos en cuenta, así como el deseo y la capacidad de corregir los errores en que incurra. Ello sin perjuicio del derecho que tendrán en todo caso los interesados de acudir al juez, si excepcionalmente la administración no obra conforme a esta finalidad.” P. 40

Si los Principios Jurídicos son normas superiores que condicionan la validez de las restantes normas (en el caso concreto el Acto Administrativo contenido

en el Acuerdo 090 de 2018) y si el Principio de Legalidad en materia Administrativa se estructura bajo el concepto del Principio de Juridicidad (para comprenderlo, es necesario partir de la base de la teoría de la formación del derecho por grados sistematizada por Kelsen, según la cual unas normas dependen de otras según su importancia, tratándose así de un ordenamiento jerárquico¹²) se procederá a exponer cómo el Acto Administrativo impugnado vulnera concretamente las siguientes normas jurídicas prevalentes:

4.1.1. VIOLACION DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

El principio de transparencia está definido en el numeral 8 de la Ley 1437 del 2011 de la siguiente manera:

Artículo 3º Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales...8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es el dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”.

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.

¹² Kelsen, H. Teoría Pura del derecho, 16º ed, Buenos Aires, editorial universitaria de Buenos Aires, 1979, págs. 135 y ss.

Es de gran importancia tener presente la naturaleza y fines de la autorización exigida por ley para la venta de activos de empresas industriales y comerciales del Estado. Esta no representa un simple trámite administrativo. Se erige en un requisito esencial para la protección del patrimonio público. Representa el ejercicio de un control integral encaminado a la determinación de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que permitan el desarrollo de un plan de desinversiones que no afecte el patrimonio público. Dada la naturaleza (requisito esencial) e importancia (control integral) de la autorización, su expedición debe ser el resultado de una deliberación caracterizada por la presencia de toda la información requerida para la evaluación de la razonabilidad (determinación de la medida más adecuada y necesaria) del plan de desinversiones.

El acto administrativo impugnado que tenía por objeto autorizar a las Empresas Públicas de Medellín la venta de algunos de sus activos con el fin 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 política administrativa solicitó información referente a la póliza, monto de la indemnización a recibir por parte de la aseguradora, fecha de pago, en suma, 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 integral, oportuna y veraz para el desarrollo adecuado de la actividad de los demás órganos 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 en desarrollo de las funciones que le corresponden como Empresa Industrial y Comercial del Estado, debió suministrar la información solicitada por los órganos de control político para la expedición de las debidas autorizaciones.

De la prueba aportada con la presentación de esta acción consistente en los audios que registran el debate en el Consejo de Medellín y la declaración extra juicio de algunos de los concejales, es posible determinar dos aspectos fundamentales:

- No existió respuesta de parte de EPM a los constantes reclamos de información de parte de algunos concejales en relación a temas determinantes para el otorgamiento de la autorización del plan de desinversiones.
- Ante la inexistencia o existencia parcial de información, no fue posible dar un debate técnico, jurídico y financiero en relación al pago de los seguros y otros importantes temas.

Las preguntas que surgen son fundamentales: ¿La entrega oportuna de toda la información en relación con el pago de los seguros era o no relevante para la expedición de la respectiva autorización? ¿Si no existió dicha información, cómo se podría determinar la adopción de la mejor decisión por parte del Concejo de Medellín?

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

1. ¿La causa de los problemas de falta de flujo de caja tiene lugar en la contingencia ocurrida en el mes de abril de 2018 o en hechos anteriores a la misma?
2. ¿Era o no razonable adelantar un plan de desinversiones precaviendo el futuro financiero sin determinar el estado de casa de máquinas, las posibilidades de recuperación, los costos y el tiempo?
3. ¿Existían o no medidas diversas que permitieran determinar que el plan de desinversiones era la mejor solución frente al problema de liquidez?
4. ¿Era acorde a la finalidad de protección del patrimonio público autorizar un plan de desinversiones sin tener claridad de los dineros requeridos para la superación de la contingencia?

5. Quedó o no claro que ocurriría si la contingencia o el daño en casa de máquinas fuera menor al pensado y en consecuencia requiera un dinero menor al autorizado con el plan de desinversiones?
6. Dada la dimensión de la obra y la importancia de la misma para el país, para Medellín y para la misma empresa, se tenían planificadas todas las acciones necesarias para precaver situaciones de riesgo financiero que colocaran en riesgo el futuro de EPM?
7. En el debate no se abordó con el detalle debido información fundamental en relación entre el plan de desinversiones y el pago de los seguros, la responsabilidad de los contratistas, la posibilidad de un pago de indemnización parcial de daños.

No existió, como se podrá 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
(http://sipa.concejodemedellin.gov.co:8091/sipa/invitados/ver.historia/id_proyecto/950/reporte/36/tema/0/tipo_proponente/0/participante/0/periodo/2016), debate en relación a las preguntas formuladas por los Concejales del Municipio de Medellín que permitieran determinar, por ejemplo, si el problema de flujo de caja tenía causas anteriores o posteriores a la contingencia, si el plan de desinversiones era la única alternativa o, si entre varias, era la más razonable (adecuada y necesaria), la forma en que variaría el plan de desinversiones una vez determinadas las condiciones de casa de máquinas, el tiempo de recuperación y los costos de la misma, si se estaba o no dando cumplimiento de lo establecido en el Código de Comercio en relación al pago de los seguros en su artículo 1077 y, un tema muy importante, la causa real del plan de desinversiones (necesidad de flujo de caja, responder a la contingencia del proyecto, continuar con un plan de inversiones, la sostenibilidad de la empresa o el cumplimiento de obligaciones financieras adquiridas con el proyecto u otras ajenas al mismo). A la pregunta, por qué EPM tiene que salir a vender, se lee: “con las desinversiones planteadas se busca garantizar la sostenibilidad de EPM, con lo cual los recursos que entren permitirán atender los costos generados por la contingencia en el proyecto hidroeléctrico Ituango, continuar con el cumplimiento del plan de inversiones

en infraestructura que garantice la seguridad operacional de los negocios actuales y cubrimiento de las obligaciones financieras adquiridas”¹³.

Por ejemplo, en el tema de los seguros quedaron sin resolver interrogantes de gran importancia para la expedición de la autorización del plan de desinversiones: ¿Por qué hay que esperar a que los dineros correspondientes a los seguros ingresen en el año 2021? ¿Qué sentido tiene tener un seguro y luego tener que proceder a vender activos para superar la contingencia asegurada? ¿Por qué no informó EPM al Concejo sobre la presentación 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? ¿Cómo proceder a un plan de desinversiones sin determinar el costo real de los daños y el valor de la recuperación del proyecto? ¿Qué implicaciones puede tener en términos financieros el no pago de los seguros en el año 2021 a causa de una objeción al pago del siniestro?

Estos y muchos más interrogantes sin resolver, 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 omitió informar sobre las diligencias que ha debido desarrollar en relación al pago de los seguros. 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 dé 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

¹³ “Conoce todo sobre el proceso de venta de algunos activos de EPM”. Disponible en <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/proceso-de-venta-de-activos-de-epm-cuestionario-de-preguntas-y-respuestas#1-Por-qu-EPM-tiene-que-salir-a-vender-4501> consultado por última vez el 9 de abril de 2019.

Medellín tomar la decisión con todos los elementos de juicio necesarios para determinar que la venta de activos NO era la mejor opción en relación a las circunstancias y fines. Del 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 Corporados 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. Surge la pregunta ¿No era mejor tener certeza de esto antes de proceder a la venta de activos? ¿Cómo vender sin tener conocimiento del monto de lo que se debe recuperar?

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 Reclamación de información

Min 2:31:20 Reclamación de 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 El Concejal 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? ¿Qué otros medios existen para evitar esa mala calificación por la iliquidez? ¿El plan de desinversiones era el medio más razonable (adecuado y necesario) 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. Se debe resaltar que la personería resalta el deber de que EPM entregue información técnica,

financiera y jurídica. “*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 dé la suficiente ilustración a la Corporación en el sentido técnico, financiero y jurídico*” Documento 20410 P. 5.

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

Apenas se citaron a 5 universidades. Asistieron 3 universidades y el debate fue de apenas 30 minutos. Es necesario advertir las quejas por la poca 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 Se señala que EPM va muy bien en términos financieros.

Min 1:05 Se señala que la necesidad es de flujo de caja, no la contingencia.

No se 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.

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

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

20259 PROYECTO DE ACUERDO.

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 las cuales 1.6 corresponden al costo adicional para la recuperación.

Financiación por venta de activos por 3.8 billones.

20410. Documento personería en el que se advierte la necesidad de contar con suficiente información en aspectos técnicos, jurídicos y financieros.

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 infra asegurado.

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)

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

- El plan de desinversiones solicitado al Concejo de Medellín no tuvo por causa la contingencia del proyecto Hidroituango sino la necesidad de flujo de caja, sin tener claridad de su causa: la misma contingencia o razones previas y distintas al proyecto.
- Fueron reiteradas las solicitudes de información formuladas por los concejales en relación a varios temas determinantes para la expedición

de la autorización sin que se hubiese obtenido respuesta alguna de parte de EPM.

- 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.
- 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 declaratoria de Nulidad.
- 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 y el panorama en caso de que no se acceda al pago de los mismos.

4.2.2. 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 circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión”¹⁴.

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

¹⁴ 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.

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.

4.2.3. VIOLACION DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA

La Corte Constitucional en Sentencia C- 826 del 2013, definió este Principio Jurídico de la siguiente manera:

“(..).por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios (...).”

Soportados en la definición Jurisprudencial, se concluye que este Principio exige una evaluación de los medios 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 buscan? ¿Cuáles son los medios a emplear para la consecución de esos fines? ¿De los medios existentes para la consecución de los fines, cuáles son necesarios? De los medios necesarios, ¿Cuál es el más adecuado? ¿El fin de la venta de los activos es mantener una buena calificación ante las calificadoras de riesgo o tener flujo de caja o 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? Si el pago de los seguros debe realizarse en un término legal máximo de un mes, prorrogable por 60 días¹⁵, ¿por qué se decidió vender unos activos para obtener fluidez de caja? ¿Qué sentido tiene pagar un seguro cuya demora en el pago me exige vender activos?

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. Tampoco quedó claro si el mejor medio era la venta de los activos o reclamar el pago de los seguros contratados, puesto que fue imposible comparar la eficiencia de ambos medios, por la inexistente información. 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, necesarios o adecuados.

A efectos de evidenciar la vulneración al Principio de Eficiencia a través de la ausencia de la información técnica, financiera y jurídica necesaria para la aprobación del plan de desinversiones, se puede emplear, a modo de ejemplo, el tema referido al pago de los seguros. Miremos: EPM tiene previsto que para la recuperación de la pérdida, calculada entre 6 y 7 billones de pesos, se obtendrían por la venta de activos entre 3.5 y 4 billones de pesos, por el aplazamiento de inversiones no prioritarias, 2 billones de pesos, y por optimización de costos y gastos, 1 billón de pesos¹⁶. Por la venta de activos, proceso que tardará aproximadamente un año, EPM espera recibir 1.5 billones de pesos por sus acciones en ISA, mientras que el saldo, entre 2 y

¹⁵ C.Co., art. 1080, sin embargo, las partes pueden ampliar el plazo de pago a 60 días hábiles para seguros de daños de personas jurídicas con valor asegurado superior a 15.000 SMMLV (L. 510/1999, art. 185, núm. 1º)

¹⁶ EPM. "EPM le cuenta", *El Tiempo*, septiembre 9 de 2018, p. 4.3.

2.5 billones de pesos, resultará de la enajenación de las demás participaciones accionarias mencionadas. Para amparar los riesgos potenciales en la ejecución del proyecto Hidroituango se contrataron los siguientes seguros¹⁷: Daños materiales, a valor de reposición o reemplazo, con un valor asegurado de USD 2.556.000.000 y deducible máximo de USD 1.000.000. Lucro cesante, en caso de retraso en la entrada en operación, con un valor asegurado de USD 628.790.000, para un periodo de indemnización de 12 meses por cada una de las 8 unidades y deducible de noventa (90) días. Responsabilidad civil por daños a terceros, con un valor asegurado de 50 mil millones de pesos y deducible de 150 millones de pesos.

Estas cifras no tienen en cuenta las garantías de cumplimiento y seguros de responsabilidad civil exigidos a los contratistas.

Comparando la afectación al flujo de caja por el siniestro de Hidroituango con los seguros existentes y convirtiendo los valores asegurados a pesos colombianos (a una tasa de cambio de tres mil pesos por dólar), sin considerar el deducible, encontramos a modo de conclusión que:

En recuperación técnica (daño material), se calcula la pérdida en 2 billones de pesos, mientras que la suma asegurada es de 7 billones de pesos, por lo que aquella puede recuperarse.

Por el menor ingreso debido al retraso de entrada en operación del proyecto (lucro cesante), se calcula la pérdida entre 3.5 y 4 billones de pesos, mientras el valor asegurado es de 1.9 billones.

En gastos sociales (responsabilidad civil), se calcula la pérdida entre 0.5 y 1 billón de pesos, mientras el valor asegurado es de 50 mil millones de pesos.

Sumado lo anterior, tenemos en principio una pérdida entre 6 y 7 billones de pesos y una indemnización por seguros de unos 4.4 billones de pesos antes de deducible.

¹⁷ EPM. Comunicación N° 0305-20180130131743 de octubre 9 de 2018. Respuesta al derecho de petición de información de Carlos Humberto Montoya Ortega, p. 1.

A pesar de configurarse un eventual infra aseguramiento en los rubros de lucro cesante (hasta un 50%) y responsabilidad civil (hasta un 90%), se podrán recibir unos 4 billones de pesos de indemnización que evitarían la venta de activos, porque serían los requeridos para cubrir la pérdida que se pretende compensar esta acción del orden de 3.5 a 4 billones de pesos.

En el escenario más conservador en el que EPM dice solo recibir del asegurador 2.5 billones de pesos¹⁸, se evitaría la enajenación de algunas participaciones accionarias como la de ISA por 1.5 billones de pesos, considerada por la misma empresa como la inversión más atractiva.

Es posible inferir de manera razonable que la información referida a los seguros, empleado este punto a modo de ejemplo, no permitió al Concejo de Medellín contar con todos los elementos necesarios para la expedición de la autorización. Información que de haber contado con ella hubiera dado lugar a una autorización de la venta de menos activos o a una autorización parcial sujeta a evaluación o a la venta gradual de acuerdo a los avances de la contingencia.

4.2 EXPEDICION IRREGULAR POR FALTA DE MOTIVACIÓN

Un elemento fundamental para la existencia del Estado de derecho consiste en la obligación de toda autoridad de motivar sus decisiones en la medida que del cumplimiento a esa obligación depende la posibilidad de determinar la sujeción de la autoridad al ordenamiento jurídico y la posibilidad de ejercer control a sus actos. Por ello no es extraño que la jurisprudencia del Consejo de Estado defina la motivación como “el deber que tienen todas las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto”¹⁹. Existe, pues, la obligación de entender la motivación como un deber de la administración, una facultad del administrado y una competencia de la jurisdicción para

¹⁸ EPM. Comunicación N° 0305-20180130131743, Op. cit., p. 2.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, expediente 11000-03-25-000-2012-00276-00 (1016-12). 23 de agosto de 2018 C.P. William Hernández Gómez.

determinar la correspondencia de la decisión con el ordenamiento jurídico dentro de criterios de racionalidad y razonabilidad.

En el caso concreto, la Ley 226 de 1995 exige la autorización del ente territorial para la venta de participaciones accionarias de empresas industriales y comerciales del Estado. Esa autorización debe ser el resultado de una información amplia en aspectos técnicos, financieros y jurídicos. La autorización depende de la información. La entrega de la información determina el otorgamiento o no de la autorización, y en caso del otorgamiento de la misma, la forma en que se debe dar cumplimiento a la autorización. Atenta con la obligación legal establecida en la ley 225 de lograr la expedición de autorización del ente territorial si la empresa industrial y comercial del Estado no se entrega la información solicitada por los ediles. El problema es de suma importancia en la medida que no se está frente a un problema de insuficiente información sino de la omisión de información determinante para lograr el consentimiento informado por parte del órgano encargado de la expedición de una autorización bajo criterios técnicos, financieros y jurídicos.

Es absolutamente claro que toda empresa industrial y comercial del Estado prestadora de servicios públicos tiene la libertad para optar por un plan de desinversiones, pero esa discrecionalidad debe estar limitada por criterios de razonabilidad determinados por la correspondencia de los medios necesarios y adecuados con los fines del plan de desinversiones. Si no existe información clara acerca de los fines del plan de desinversiones o la misma es negada al órgano de control, no es posible afirmar que el acto contó con la motivación suficiente. Es claro que no es posible satisfacer razonablemente el interés general sin determinar los medios más adecuados y necesarios.

Sobre la razonabilidad como límite a la discrecionalidad, señala el Consejo de Estado:

“la discrecionalidad es un poder en el derecho conforme a derecho que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos

fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”²⁰

La motivación sirve de elemento esencial para determinar la proporcionalidad y la razonabilidad en el ejercicio de las facultades otorgadas a la administración o a los particulares en ejercicio de funciones públicas. No puede existir razonabilidad sin la información que permita determinar la coherencia entre los medios y los fines. Como se indicó en relación a la infracción a los principios de transparencia y eficiencia, la razonabilidad está atada a la entrega de toda la información con la que se evaluará la coherencia de los medios con los fines. Señala el Consejo de Estado:

“la jurisprudencia constitucional ha indicado que al discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa”²¹.

Tan importante es la motivación que en caso de que el Concejo no cuente con la suficiente información en relación a las causas de la desinversión, no se podrá plantear la razonabilidad de las decisiones, entendida ésta como la correspondencia de los medios adoptados con los fines propuestos. Era deber de EPM manifestar todas las razones del plan de desinversiones en la medida que de ella depende o no el otorgamiento de la autorización, así como las condiciones o el marco para el ejercicio de esa autorización.

Tan relevante es la información como parte de una adecuada motivación que sin aquella no se puede afirmar la expedición regular del acto administrativo. Sin información no hay adecuada motivación. Precisamente la personería de Medellín, como órgano de control, resaltó la importancia de la información al

²⁰ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segundo, Expediente 25000-23-25-000-2010-00254-01, 20 de agosto de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

²¹ " Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente No. 25000-23-42-000-2014-01047-01 (3744-16) 8 de febrero de 2018 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

advertir en documento de fecha...que la autorización del plan de desinversiones debe ser el resultado de una información amplia en aspectos técnicos, financieros y jurídicos.

En el caso concreto referido a la información suministrada en desarrollo de los debates al proyecto de acuerdo por el cual se autorizaba un plan de desinversiones, fueron reiterados los reclamos de los concejales en relación a la falta de entrega de información en aspectos relevantes para el otorgamiento de dicho permiso.

Seguramente se indicará que el número de concejales que se opusieron a la autorización fue mínimo (5) en relación al amplio número que la aprobó (16), pero cuando se trata del deber de motivación, la misma no puede medirse con criterios cuantitativos, basta que uno solo de los concejales manifieste su inconformidad por la no recepción de información para dar por configurado la falta de motivación por dos razones: a. refleja el incumplimiento de una obligación de EPM; b. La información omitida puede alterar el sentido del voto de los restantes concejales.

Cuando se omite el deber de entregar la información, se elimina la posibilidad de determinar la congruencia de la decisión con el ordenamiento jurídicos y con el contexto o las circunstancias fácticas. En otros términos, se impide la posibilidad de evaluar la razonabilidad de la autorización en la medida que no se logra explorar la real necesidad del plan de desinversiones, los medios para suplir esa necesidad y los fines a alcanzar con el plan de desinversiones. Lo anterior permite advertir la importancia de no confundir la ausencia de información con un desacuerdo en relación a la información suministrada cuando esta es integral.

Es claro que la motivación permite determinar la razonabilidad de la decisión entendida como la relación que debe existir entre los medios y los fines, deber de coherencia claramente exigido por el Consejo de estado al señalar la necesidad de que exista una congruencia entre las razones fácticas y jurídicas y la decisión final que se adopta”²².

²²Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta expediente 11001-03-28-000-2013-000600-00 de octubre 8 de 2014 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

En el presente caso, el Acuerdo Municipal Nro. 090 de 2018 resulta estar inmerso en esta causal de nulidad porque para su expedición en la etapa de los respectivos debates en el Concejo de Medellín, esta corporación no contó con toda la información pertinente y necesaria en aspectos técnicos y financieros determinantes para la expedición de la autorización debido a que EPM omitió entregarla. Surge la siguiente pregunta: ¿La falta de información en relación con la contingencia y el plan de desinversiones afectó o no la expedición de la respectiva autorización? ¿Si no existió toda la información, cómo se podría determinar la adopción de la mejor decisión por parte del Concejo de Medellín? Esta omisión de información no 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 opción más razonable en relación a las circunstancias, a los medios existentes y a los fines del plan de desinversión.

A modo de conclusión, de la prueba que se adjunta aunada a la que se practicará en desarrollo de la acción de nulidad, se puede advertir de manera innegable que la información requerida por algunos concejales como encargados de expedir la autorización para el plan de desinversiones no fue entregada, lo que afectó el deber de información necesario para la expedición de un acto debidamente motivado.

5. COMPETENCIA

Conforme al artículo 155 numeral 1 y 156 numeral 1 de la Ley 1437, es usted señor Juez el competente para conocer en primera instancia del presente medio de control de nulidad simple.

6. TRÁMITE

El trámite que se le debe dar al presente medio de control es el establecido en el Título V Capítulo V de la Ley 1437 el cual establece lo concerniente al proceso ordinario.

7. PRUEBAS

7.1 Documentales

- Copia simple del Acuerdo Nro 090 de 2018 con su respectiva constancia de notificación (Art. 166 num. 1)
- Declaración extra juicio de los Concejales Hector Preciado y Luz María Múnera en relación al incumplimiento de EPM frente a los requerimientos para la obtención de información fundamental para la decisión adoptada.
- Documentos obrantes en la página http://sipa.concejodemedellin.gov.co:8091/sipa/invitados/ver.historia/id_proyecto/950/reporte/36/tema/0/tipo_proponente/0/participante/0/periodo/2016 relacionados con el debate del proyecto de acuerdo.

7.2 Audios

Se relacionan todos los audios correspondientes a los debates y mesas de estudio realizados al Proyecto de Acuerdo 150 de 2018 que diera lugar al Acuerdo 090 de 2018. http://sipa.concejodemedellin.gov.co:8091/sipa/invitados/ver.historia/id_proyecto/950/reporte/36/tema/0/tipo_proponente/0/participante/0/periodo/2016

7.3 Testimoniales

Se decretará la recepción de los testimonios de los concejales del Municipio de Medellín LUZ MARIA MUNERA MEDINA, HECTOR FRANCISCO PRECIADO, MARIA PAULINA AGUINAGA, BERNARDO ALEJANDRO GUERRA, SANTIAGO, SANTIAGO JARAMILLO BOTERO, domiciliados todos en este mismo municipio y que recibirán la citación en el recinto del Concejo de Medellín ubicado en el Centro Administrativo La alpujarra, quienes votaron en contra del proyecto de acuerdo 150 de 2018 o Plan de desinversiones de EPM. Declararán sobre los siguientes hechos directamente relacionados con el objeto de la presente acción de nulidad:

- a. Si durante el debate al proyecto de acuerdo 150 de 2018 por el cual se aprobó un plan de venta de activos o plan de desinversiones se recibió o no información detallada en relación a todos los medios

- adecuados y necesarios para la superación de los problemas de liquidez.
- b. Si se recibió información acerca de si los problemas de liquidez fueron generados por causas propias o ajenas a la contingencia del proyecto de Hidroituango.
 - c. Si recibieron información acerca de la causa si el plan de desinversiones.
 - d. Si recibieron información en relación a todos los aspectos solicitados a E.P.M. en desarrollo del proyecto de acuerdo 150 de 2018.
 - e. Declararán sobre la recepción o no de información entregada por EPM en relación a la existencia o no de otras causas distintas a la contingencia del proyecto de Ituango que hayan motivado el plan de desinversiones para recuperar el flujo de caja afectado por el siniestro de la hidroeléctrica en el mes de abril del año 2018.
 - f. Declararan sobre la recepción o no de información en relación a la existencia de otros medios distintos al plan de desinversiones o venta de activos como único medio para la recuperación del flujo de caja requerido por la empresa.

8. NOTIFICACIONES

Los suscritos recibiremos las notificaciones en la Carrera 42 # 3 Sur – 81 Torre 1 Piso 15 Edificio Milla de Oro en la ciudad de Medellín. Correo electrónico: info@cecec.co.

El demandado las recibirá en Calle 44 # 52-165 Centro Administrativo “La Alpujarra” en la ciudad de Medellín. Correo electrónico: notimedellin.oralidad@medellin.gov.co.

Del señor Juez,