

Bogotá, 18 de enero de 2016

SEÑORES

**HONORABLES MAGISTRADOS**

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Reparto

Ciudad

**Ref: Acción popular contra el proceso administrativo de enajenación de ISAGEN y Medidas Cautelares de Urgencia**

**Demandantes: JORGE ENRIQUE ROBLEDO, VIVIANE MORALES, ANTONIO NAVARRO WOLF, SOFÍA ALEJANDRA GAVIRIA CORREA, ERNESTO MACÍAS TOVAR, JOSÉ ROBERTO ACOSTA RAMOS.**

**Demandados: NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.**

Los accionantes, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos ACCION POPULAR contra la autoridad pública que se indica en esta demanda, para que previos los trámites señalados en la Ley 472 de 1998, SE PROTEJAN LOS DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS COMO VULNERADOS Y AMENAZADOS POR LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN DE LA PARTE DEMANDADA, con fundamento en los siguientes

## **I. HECHOS**

1. El pasado 13 de enero del año en curso se realizó la “subasta” de enajenación de las acciones que tenía la Nación en ISAGEN, ante la presencia de un Oferente Único, aspecto que viola el derecho colectivo a la libre competencia económica, en la medida que un solo oferente elimina la posibilidad de optimizar los recursos del Estado, que es el objetivo principal del mecanismo de subasta pública.
2. Así mismo, la falta de claridad en el proceso de enajenación de ISAGEN, la falta de información oportuna sobre la existencia de un oferente único y la omisión de desplegar las acciones necesarias para asegurar la mayor concurrencia posible de oferentes a lo largo de todo el proceso, ponen en evidencia la violación al principio de transparencia de la administración pública, y la afectación al derecho de moralidad administrativa.
3. De igual manera, la inexistencia de pluralidad de oferentes impidió una puja real entre competidores, lo que a su vez eliminó la posibilidad de obtener mayores recursos producto de la enajenación, impidiendo la maximización de los recursos económicos y afectando el patrimonio público.
4. El proceso inició el 30 de julio de 2013, cuando se expidió el Decreto 1609 de 2013 por medio del cual se aprueba el programa de enajenación de la participación de la Nación en ISAGÉN.
5. El 18 de noviembre de 2013, se publica aviso de Oferta Pública Primera Etapa.
6. El 19 de noviembre de 2013, se expide el reglamento de enajenación para la primera etapa del proceso de enajenación.
7. El 28 de noviembre de 2013, se expide el reglamento de enajenación para la segunda etapa del proceso de enajenación. El cual permite en su Anexo 6 la enajenación en el caso de una única oferta económica aceptable.
8. El día 13 de febrero de 2014, concluye la primera etapa del proceso de enajenación con la transferencia de acciones a los compradores del sector solidario.
9. El 28 de febrero de 2014, se realiza aviso para el comienzo de la segunda etapa.
10. El día 12 de agosto de 2014, se expide el Decreto 1512 de 2014 por el cual se prorroga la vigencia del proceso de enajenación de la participación de la Nación en ISAGÉN por 1 año adicional.
11. El 23 de diciembre de 2015 se publicó el Aviso de Subasta, en el cual se estableció como fecha de subasta el 16 de enero de 2016.

**12.** El día 29 de diciembre la empresa chilena Colbún S.A. emitió una carta en la que indica que ante las noticias relativas al interés de dicha compañía en participar en la puja por ISAGEN, en atención al plazo de la subasta y al aumento del precio mínimo, “la compañía esta evaluando en las instancias corporativas pertinentes la conveniencia y la posibilidad de participar en el proceso”.

**13.** El día 4 de enero de El Ministerio de Hacienda, mediante Comunicado No. 01 manifestó que: *“Se confirma que se presentaron garantías por parte de (1) BRE Colombia Investments L.P., del fondo de inversión canadiense Brookfield Asset Management, quien gestiona más de \$225 mil millones de dólares en activos; y (2) del Consorcio del Pacifico, de la empresa de energía chilena Colbun, quien cuenta con una capacidad de generación instalada de 3.278 MW”.*

**14.** El día 8 de enero de 2016 la empresa Colbún S.A. emitió una nueva carta, en la que indica que ante “las recientes noticias de prensa en las que aseguran la participación de Colbún en la etapa final del proceso de subasta pública de Isagen y que implican la presentación de una oferta el próximo 13 de enero, Colbún informa que “–debido a los nuevos plazos establecidos por la autoridad para la presentación de la Oferta y también en parte por el aumento del precio mínimo en un 21,5%-, no estará en condiciones de presentar una oferta en la fecha definida”.

**15.** Solo hasta el día lunes 11 de enero de 2016 el Estado colombiano, a través del Ministro de Hacienda, informó que únicamente se presentaría un proponente a la subasta de Isagen, a pesar de esto, el Ministro Cárdenas expresó a través de los medios de comunicación que se seguiría con la subaste con un solo oferente.

**16.** El 13 de enero de 2016 se adjudicó la participación de la Nación en Isagén a un único oferente, hecho que viola abiertamente el régimen especial que regula la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, normas constitucionales y los derechos colectivos a la libre competencia, la moralidad administrativa y el patrimonio público.

**17.** El reglamento de enajenación establecía en el numeral 6.11.1. que el acto de cierre, en el cual se realizaría el pago y se llevaría a cabo la transferencia de las acciones –perfeccionamiento del contrato-, tendría lugar 15 días habiles posteriores a la fecha de subasta.

**18.** El 22 de diciembre de 2015, 22 días antes de la "subasta", el Ministerio de Hacienda cambió el reglamento (adenda séptima al reglamento) y señaló que la fecha de cierre tendrá lugar dentro de los 10 días hábiles, posteriores a la "subasta".

**19.** En la denominada fase de cierre, numeral 6.11.2. del Reglamento, se indica que "El Inversionista Adjudicatario efectuará (a) el pago de las Acciones al precio contenido en su última Oferta Económica, y (b) el pago de la Retribución del Asesor Externo de la Nación.

**20.** El numeral 6.13. del reglamento establece que "La transferencia de la titularidad de las Acciones adjudicadas se realizará con la anotación en cuenta que realice DECEVAL – previa instrucción de la Nación- a favor del Inversionista Adjudicatario, es decir, con el registro del Inversionista Adjudicatario como titular de las Acciones en el libro de registro de acciones de ISAGEN que lleva DECEVAL, una vez cumplidas todas las actuaciones señaladas en el numeral 6.11 anterior.

**21.** Lo anterior permite concluir que la enajenación de las acciones que tiene el Estado en ISAGEN, aún no se ha perfeccionado, en la medida que el intercambio entre precio y acciones no se ha surtido, y el traspaso de ambos está pendiente, así como su respectiva protocolización a partir de la inscripción en el registro de accionistas.

## **II. DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS VULNERADOS O AMENAZADOS**

Los derechos colectivos invocados para su protección son los siguientes: i) libre competencia económica, ii) patrimonio público y iii) moralidad administrativa.

## **III. PRETENSIONES**

Solicitamos proferir sentencia de acuerdo con las siguientes pretensiones:

**PRIMERA:** Conceder el amparo a los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a

ser vulnerados si se perfecciona la venta de las acciones de ISAGEN que pertenecen a la nación, 57%, a un solo oferente.

**SEGUNDO:** Que se ampare el derecho colectivo la libre competencia económica, el cual fue vulnerando tras adelantar el proceso de enajenación con un Oferente Único.

**TERCERO:** Que como consecuencia de las pretensiones anteriores, se suspenda el procedimiento administrativo de enajenación de las acciones que la Nación tiene en ISAGEN, el cual no ha culminado por cuanto hace falta que se surta la fase de cierre, hasta tanto se garanticen los derechos colectivos afectados.

**CUARTA:** Que se ordene al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, adelantar las acciones necesarias para ajustar el procedimiento administrativo de enajenación, de tal manera que cesen las violaciones a los derechos colectivos, y solo se pueda reanudarse el proceso una vez se garanticen la participación de múltiples oferentes que permita maximizar los recursos para el estado colombiano.

**QUINTA:** Que se revoque el acto de apertura de subasta debido a que no existe pluralidad de oferentes.

#### **IV. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

##### **1. LA PARTICIPACIÓN DE UN OFERENTE ÚNICO EN LA SUBASTA PÚBLICA DE ISAGEN, AFECTA EL DERECHO COLECTIVO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA.**

La expresión económica del Estado Social de Derecho es la denominada Economía Social de Mercado, según la cual la libertad de empresa es el motor de la vida económica, pero ésta debe ser direccionada hacia el cumplimiento de las finalidades del Estado, relativas a la igualdad, la dignidad humana y la prevalencia del interés general.

Al respecto el H. Concejo de Estado, ha señalado que: “la libre competencia económica, prevista en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, constituye un pilar no solo de economía de mercado, sino de Estado Social de Derecho, e implica necesariamente que para un bien o servicio determinado, exista una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada”<sup>1</sup>.

**i) El régimen especial de enajenación de acciones del Estado, que es distinto al régimen general de contratación estatal, debe asegurar el derecho colectivo a la libre competencia.**

La libre competencia económica no es ajena a los procesos de contratación del Estado, ni mucho menos a los procesos de enajenación de la participación accionaria de la Nación, y por lo tanto, el derecho colectivo a la libre competencia debe asegurarse en el marco de tales procedimientos administrativos. De ahí que la Ley 226 de 1995, ley especial que gobierna la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, disponga en sus artículos 2 y 9 lo siguiente:

*“**Artículo 2º.- Democratización.** Todas las personas, naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionario que el Estado enajene. En consecuencia, en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. (...)*

(...)

---

<sup>1</sup> **CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ).

**Artículo 9º.-** *La enajenación de la participación accionaria se hará utilizando mecanismos que contemplen **condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia**". (Énfasis fuera de texto)*

(...)

*Cuando se utilicen las operaciones de martillo se realizarán de conformidad con los reglamentos de funcionamiento de los martillos de las bolsas de valores y las reglas para su operación fijadas por la Superintendencia de Valores.*

Precisamente, “el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratante”<sup>2</sup>.

En ese sentido, la existencia de una “subasta” con oferente único implicaría desconocer los efectos positivos derivados de la libre concurrencia, traducida en la pluralidad de oferentes, razón por la cual, la figura excepcional del Oferente Único, riñe de manera profunda con la esencia y la naturaleza del mecanismo de subasta y de los principios de democratización y libre concurrencia que deben asegurarse en este tipo de transacciones.

Por su parte, al examinar las normas que regulan las operaciones de martillo (Decreto 2555 de 2010), tampoco se encuentra ninguna referencia al Oferente Único, lo que deja sin sustento jurídico la ocurrencia de tal hipótesis.

El argumento del Ministerio de Hacienda para justificar la antinatural subasta con Oferente Único, consiste en invocar normas del régimen de contratación estatal, como el Decreto 1082 de 2015, que es una norma reglamentaria de la ley de la contratación pública, esto es, que desarrolla un marco normativo de referencia, el cual no es aplicable al proceso de enajenación de ISAGEN por expreso mandato del artículo 2 de la Ley 226 de 1995, norma

especial que –se insiste- regula la enajenación de acciones públicas. La citada disposición señala:

**“ARTÍCULO 2o. DEMOCRATIZACIÓN.** *Todas las personas naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. En consecuencia, en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. La Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria”.* (Énfasis fuera de Texto)

No obstante la claridad de la norma anterior, el Ministerio de Hacienda, en el Reglamento de Enajenación de ISAGEN, en el Anexo 6, numeral 2, (v), (a) dispuso:

*“(v) El Presidente de la Subasta procederá de la siguiente manera:*

**(a) Única Oferta Económica Aceptable: En el evento en que se reciba una sola Oferta Económica Aceptable, se procederá a declarar como Inversionista Adjudicatario al respectivo Inversionista Preclasificado**”. (Énfasis fuera de texto).

La anterior disposición, es la única norma del proceso de enajenación en la cual se ampara el Ministerio de Hacienda para asegurar que si es posible realizar una “subasta” con Oferente Único. Sin embargo, de una lectura cuidadosa de la disposición se puede advertir que el hecho de que exista una Única Oferta Económica Aceptable, no se puede inferir que esto autorice un único oferente, pues pueden presentarse varios oferentes, de los cuales solo resulte una Única Oferta Económica Aceptable. La anterior interpretación resulta más clara cuando se lee la definición prevista en el reglamento de enajenación, el cual señala:

**2.59. Oferta Económica Aceptable:** Son las Ofertas Económicas presentadas por los Inversionistas Preclasificados que cumplan con los requisitos establecidos en numeral 6.3 de este Reglamento y en el Instructivo Operativo de la BVC al efecto y que sean declaradas como tal por la BVC en la Subasta.

De lo anterior, se colige que una Única Oferta Económica Aceptable no es sinónimo de Oferente Único, por el contrario la disposición hace alusión a la posibilidad de que dentro de las diferentes ofertas económicas (pluralidad de oferentes), solo una haya contado con el lleno de los requisitos, situación que no afectaría la libre competencia, pues ante la existencia de otros oferentes, los precios ofrecidos por los participantes no serán los precios mínimos de adjudicación, como si sucede en el caso de Oferente Único.

Ahora bien, en gracia de discusión, si el reglamento efectivamente permitiera el Oferente Único, aspecto que es sumamente cuestionable, una disposición en tal sentido sería ilegal e inconstitucional por desconocer el derecho colectivo a la libre competencia, en la medida que la Ley 226 de 1995, que es ley especial, de ninguna manera permite tal hipótesis, y por el contrario, propende por mecanismos que permitan la mayor publicidad y libre concurrencia, lo cual no se cumple solo con anuncios en prensa de posibles participantes, sino con la participación real y efectiva de pluralidad de sujetos en la subasta.

En ese sentido, ni la ley 226 de 1995, ni los Decretos 1609 de 2013, 2316 de 2013, y 1512 de 2014, por medio de los cuales se aprobó el programa de enajenación de la participación de la Nación en ISAGÉN, autorizan que el mecanismo de subasta se pueda surtir con un Oferente Único, ésta posibilidad solamente aparece en el reglamento de enajenación, y no precisamente en el cuerpo de dicho reglamento, de cuyas normas se puede interpretar que la subasta supone pluralidad de oferentes. Tal regla aparece en un subliteral, de un subnumeral, del Anexo 6, en donde se contempla la posibilidad de que exista una única oferta económica aceptable, caso en el cual se declarará “como Inversionista Adjudicatario al respectivo Inversionista”.

Pero como se explicó con suficiencia, tal regla no cuenta con un soporte jurídico, al contrario, parase introducida como un salvavidas arbitrario e ilegal en caso de que solo exista un oferente, o sabiendo que así sucedería, pero carece de toda fundamentación legal, pues –se insiste- tal posibilidad no ha sido prevista para el específico régimen de enajenación de acciones del Estado.

ii) Del Reglamento de Enajenación de ISAGEN se infiere que el proceso supone pluralidad de oferentes.

Ahora bien, al examinar el contenido del reglamento de enajenación, se encuentran varias disposiciones a partir de las cuales se concluye que el proceso de subasta implica pluralidad de oferentes, como es lógico, tal y como se expone a continuación:

**“2.52. Mecanismo de Subasta o Subasta:** *Es la subasta que se realizará a través de la BVC, mediante el cual se llevara a cabo la Adjudicación de las Acciones al Inversionista Adjudicatario que pague el mayor precio por las mismas y que se encuentra descrito en el Anexo 6 de este Reglamento.*

**2.59. Oferta Económica Aceptable:** *Son las Ofertas Económicas presentadas por los Inversionistas Preclasificados que cumplan con los requisitos establecidos en numeral 6.3 de este Reglamento y en el Instructivo Operativo de la BVC al efecto y que sean declaradas como tal por la BVC en la Subasta.*

**6.1. Mecanismo de Subasta** *La Subasta se llevará a cabo a través de la BVC en la Fecha de Subasta. A través del Mecanismo de Subasta se recibirán las Ofertas Económicas a través de la SCB contratada para el efecto, y se procederá a la Adjudicación de las Acciones al Inversionista Precalificado que presente, la Oferta Económica más alta. El Mecanismo de Subasta tendrá dos fases diferentes así: (i) una fase inicial, donde todos los Inversionistas Precalificados, a través de su SCB, presentarán su Oferta Económica y se determinará los dos (2) Inversionistas Precalificados con Ofertas Económicas Aceptables más altas (la “Fase Inicial”), y (ii) una fase final, en la que participarán solo los dos (2) Inversionistas Precalificados que presentaron Ofertas Económica más altas en la Fase Inicial, quienes tendrán una sola oportunidad de presentar, a través de su SCB, una nueva Oferta Económica, resultando ganador el Inversionista Precalificado que haya presentado la Oferta Económica Aceptable más alta (la “Fase Final”).*

**6.7. Presentación de las Ofertas y Adjudicación de las Acciones** *En la Fecha de Subasta, los Inversionistas Precalificados cuyos documentos contenidos en el Sobre de*

*Documentos de la Oferta se encuentren conforme a lo establecido en el Reglamento, presentarán a través de una SCB contratada para el efecto, su Sobre de Oferta Económica. La BVC, por cuenta de la Nación, procederá a levantar un acta en la que constarán los nombres de los Inversionistas Precalificados que efectivamente presentaron Oferta Económica. Posteriormente, se dará apertura a la urna y se abrirán los Sobres de Oferta Económica con el fin de adelantar la Subasta en los términos y condiciones del Anexo 6 del Reglamento. Si por cualquier causa la Subasta debe ser suspendida, la BVC indicará la fecha, lugar y hora en la cual se reanudará, todo lo cual se hará constar en el acta que al efecto se levante, la cual deberá ser suscrita por todos los Inversionistas Precalificados que hayan asistido y presentado Oferta Económica, la BVC, y los demás asistentes a la Subasta. Al momento de reanudar la Subasta, se reiniciará en la misma fase en la cual quedó al momento de la suspensión". (Énfasis fuera de texto)*

A lo largo del reglamento de enajenación se encuentran extractos similares, en donde se habla en plural del proceso de subasta, pues es de la naturaleza de dicho mecanismo que existan pluralidad de oferentes, quienes puedan efectuar ofrecimiento económicos distintos y con mayor precio, a partir de los cuales se logre **optimizar las ganancias del Estado** que se está desprendiendo de una porción del patrimonio público.

**iii) La existencia de un Oferente Único desconoce la esencia del mecanismo seleccionado por el Ministerio de Hacienda para adjudicar las acciones de ISAGEN, consistente en la subasta pública, y así lo ha reconocido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.**

El mecanismo seleccionado voluntariamente por el Ministerio de Hacienda, la subasta pública, tiene la finalidad principal de maximizar los recursos del Estado, toda vez que la interacción dinámica de los diferentes ofrecimientos económicos conducen a la obtención de un mayor valor al momento de la venta, finalidad que queda absolutamente eliminada ante la existencia de un Oferente Único, escenario en el que se pierden todos los espacios de negociación que se buscan al implementar este tipo de mecanismos.

En ese sentido, la administración estaría limitada a los términos de la oferta del único participante, quien ajustará su ofrecimiento a los mínimos requerimientos, renunciando la administración, desde el inicio, al objetivo de obtener un precio mayor, producto de la puja entre competidores. Tal escenario convierte el valor mínimo por acción, en el precio de adjudicación, desechando toda posibilidad de obtener un mejor rendimiento fruto de la libre y leal competencia.

Precisamente, en el contexto del mecanismo de adjudicación escogido para vender ISAGEN, debe asegurarse la pluralidad de oferentes, con el fin de que la mejor propuesta surja de la competencia entre los participantes, máxime si se trata de una empresa relacionada de manera directa con un bien tan escaso como la energía eléctrica, cuya demanda actual aumenta en la medida que la oferta disminuye debido a fenómenos climáticos como el intenso fenómeno del niño que padece Colombia en estos momentos, lo que tiene al país discutiendo sobre posibles apagones y cortes en el suministro de energía eléctrica.

Así las cosas, la existencia de un Oferente Único desconoce la libre competencia, y transforma, de manera irregular y arbitraria, la subasta pública en un contrato directo.

Al respecto, es pertinente referir que el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de Sala Plena, en el caso de la licitación del tercer canal de televisión privada, se pronunció sobre la subasta pública y el proponente único, y señaló entre otras cosas que:

*“Conforme a los desarrollos de la doctrina y los propósitos mismos de las normas señaladas, el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratante”*

*(...) esa pluralidad se requiere para que a través de la confrontación de estos actores, surjan precios que maximicen los recursos para el Estado (...)*<sup>3</sup>

Adicionalmente, el H. Consejo de Estado sobre la exigencia de pluralidad de oferentes, en la misma providencia, indicó:

*“[tal] Exigencia (...) no constituye un mero requisito formal o del arbitrio del legislador, sino por el contrario, una talanquera legal para evitar procesos de selección carentes de la sustantividad pluralista y participativa necesaria en relación con un bien tanpreciado, valioso y vital para la vida de la colectividad nacional como lo es el espectro electromagnético, en especial, cuando de por medio está la asignación de un servicio público de absoluto interés público, como lo es el de la televisión de operación privada y de cobertura nacional, que por su misma naturaleza y magnitud, no puede ser objeto de un simple proceso de asignación o de concesión por fuera de los más elementales marcos que la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en concordancia con el postulado también constitucional de la libre competencia económica, reclaman para la contratación pública, como es, el conformado por los principios de concurrencia, pluralidad, igualdad y no discriminación, que deben ser garantizados siempre por la administración pública en todos sus niveles”<sup>4</sup>.*

Frente a lo anterior, es preciso señalar que si bien el referido pronunciamiento se efectuó en atención a un caso particular como lo es la asignación del tercer canal privado de televisión y la existencia de una normativa particular, sus consideraciones resultan plenamente válidas para la enajenación de ISAGEN, toda vez que dicha venta está relacionada con un bien sumamentepreciado y escaso como es la segunda generadora eléctrica del país, dueña de un sinnúmero de hidroeléctricas, parques eólicos, infraestructura eléctrica y el agua como fuente de energía, “vital para la vida de la colectividad nacional”, en especial “cuando de por medio esta la asignación de un servicio

---

<sup>3</sup> **CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

público de absoluto interés público”, como es el aprovisionamiento de energía eléctrica, sin la cual no solo se afectaría el acceso a la televisión, sino también resultaría lesionada la producción, la competitividad y, por supuesto, los consumidores en sus más habituales actividades.

Si bien no existe una norma especial que hable de pluralidad de oferentes como sucede en el caso de la televisión, a dicha conclusión puede arribarse de la interpretación armónica de la “cláusula del Estado social, democrático y pluralista de derecho en los términos del artículo 1 constitucional, pero también, con postulados fundamentales como los de libre competencia económica incorporados en los artículos 88 y 333 constitucionales, y recogidos en el artículo 2, numeral 2, de la misma Ley 1341 de 2009, que implica irremediablemente, la garantía de pluralidad, concurrencia, igualdad, participación y no discriminación (...)”<sup>5</sup>.

Bajo tales consideraciones, la existencia de un oferente único, como sucedió el pasado 13 de enero en la “subasta” de las acciones que el Estado tiene en ISAGEN, no solo desconoce la naturaleza del mecanismo de adjudicación seleccionado, sino que afecta postulados constitucionales de particular importancia, como la libre concurrencia, la cual se debe asegurar tanto para proteger los derechos de los demás participantes, como para proteger la dimensión colectiva de la libre competencia, que se relaciona con la optimización de los recursos y la mayor eficiencia en la asignación de los mismos.

En efecto, si el mecanismo seleccionado por el Ministerio de Hacienda para enajenar las acciones del Estado en ISAGEN fue la subasta pública, uno de los objetivos de tal decisión era lograr que la puja natural que se deriva de la existencia de agentes económicos en competencia, condujera a un mayor precio de venta del patrimonio público, objetivo sumamente deseable si se tienen en cuenta las motivaciones expuesta por la administración para vender una empresa estratégica.

---

<sup>5</sup> **CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ).

La optimización de los recursos obtenidos por la venta solo es posible en la medida que exista competencia, de lo contrario, ningún agente económico sin competidor, encontraría incentivo alguno para mejorar su ofrecimiento económico. De ahí que el artículo 333 no solo proteja la libre competencia desde una dimensión subjetiva, entendida como los derechos que tienen los agentes de acceder a un mercado, sino que también ampara dicho bien jurídico desde su dimensión colectiva, entendida como las eficiencias económicas que se derivan de la interacción competitiva de los agentes que participan en el mercado.

En consecuencia, así como el monopolio no es deseable y por lo tanto existen normas dirigidas a evitar su configuración, las subastas con único proponente tampoco lo son, en la medida que se eliminan de entrada los aspectos positivos derivados de la competencia entre agentes, desechando desde un comienzo las ventajas de acudir a tal mecanismo de selección.

Así las cosas, si el Ministerio de Hacienda escogió libre y voluntariamente el mecanismo de subasta para la enajenación de ISAGEN, debe asegurar que las ventajas y los objetivos propios de tal mecanismo se lleven a cabo, y como consecuencia de lo anterior, le está vedado cambiar de manera arbitraria y sin previo aviso, una subasta pública por una adjudicación directa.

En conclusión, la subasta con Oferente Único en el caso de ISAGEN es improcedente por ilegal e inconstitucional, y lesiona de manera grave el derecho colectivo a la libre competencia, tal y como lo ha señalado el H. Consejo de Estado, en precedente emitido por la Sala Plena, lo que lo hace vinculante, máxime cuando sus consideraciones jurídicas y principalísticas, independientemente de la norma aplicable al caso concreto, resultan plenamente válidas al caso objeto de análisis.

Aunado a lo anterior, es preciso señalar que la libre competencia, y la pluralidad de oferentes que ella implica, no solo debe asegurarse en las etapas de convocatoria, sino que debe garantizarse a lo largo de todo el proceso. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente el concepto ampliado de la sala de consulta y servicio

civil han establecido que la libre concurrencia y la pluralidad de oferentes debe ser permanente durante todo el proceso, es decir no es suficiente con que estén registrados al inicio del proceso sino que deben permanecer hasta el último instante incluyendo la presentación de las ofertas<sup>6</sup>.

Por lo tanto, resulta imperativo suspender el proceso de enajenación de las acciones que el Estado tiene en ISAGEN, al cual le hace falta agotar la etapa final de cierre, a fin de reiniciarlo para lograr pluralidad de oferentes, y así garantizar el derecho colectivo a la libre competencia económica.

## **2. EL PROCESO DE ENAJENACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA DEL ESTADO EN ISAGÉN VIOLA EL DERECHO COLECTIVO AL PATRIMONIO PÚBLICO.**

Con respecto a la defensa del patrimonio público, la jurisprudencia ha reiterado que éste está conformado por todos los bienes, derechos y obligaciones que le pertenecen al Estado, dentro de los que se encuentran, por supuesto, la participación accionaria de la Nación. Su protección, a través de la acción popular, está dirigida a garantizar una “administración eficiente y responsable” que debe estar acompañada por “los principios de buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa”<sup>7</sup>.

El patrimonio público en el caso objeto de análisis, es vulnerado por las razones que proceden a exponerse enseguida:

### **i) La “subasta” con un Oferente Único impidió maximizar los recursos derivados de la enajenación de ISAGEN, lo que afectó el patrimonio público.**

---

<sup>6</sup> **Sala de Consulta y Servicio Civil**, Consejo de Estado, C.P. William Zambrano Cetina, Radicación No. 1966 –SOLICITUD DE AMPLIACION al Concepto 1966 de 2009 cuya ampliación se solicita. Expediente: 11001-03-06-000-2009-00049-00. Referencia: Pluralidad de oferentes en adjudicación de tercer canal de televisión.

<sup>7</sup> **CONSEJO DE ESTADO**, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA  
Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)

Tal y como se explicó en el cargo anterior, la ausencia de competidores impidió obtener el mayor valor que se pretendía con el uso del mecanismo de adjudicación de la subasta.

En efecto, al acudir a la subasta pública se buscaba obtener por la venta de ISAGEN un valor superior al mínimo establecido. Al existir un Oferente Único, la apuesta de éste, es decir, su ofrecimiento económico, fue apenas el precio estipulado como mínimo, lo que impidió en la práctica que a las finanzas públicas ingresara un mayor valor.

Tal situación es atribuible al Ministerio de Hacienda, en el entendido que éste debía desplegar todas las acciones pertinentes para garantizar la mayor concurrencia, tal y como lo ordena la Ley 226 de 1995, y no lo hizo, pues a pesar de tener las facultades para aplazar la subasta, decidió continuar, renunciando sin motivación alguna, a la plusvalía derivada de la competencia entre oferentes.

Al examinar en detalle la comunicación emitida por la empresa Colbún S.A., salta a la vista que la primera razón invocada por tal compañía para justificar su no participación en la subasta, antes que el incremento del precio, está relacionada con los tiempos fijados por la autoridad.

En efecto, mediante comunicación del 8 de enero la sociedad chilena manifestó:

*“las recientes noticias de prensa en las que aseguran la participación de Colbún en la etapa final del proceso de subasta pública de Isagen y que implican la presentación de una oferta el próximo 13 de enero, Colbún informa que “debido a los nuevos plazos establecidos por la autoridad para la presentación de la Oferta y también en parte por el aumento del precio mínimo en un 21,5%-, no estará en condiciones de presentar una oferta en la fecha definida”.*

De lo anterior se puede concluir que la imposibilidad de presentar una oferta, está estrechamente relacionada con las fechas definidas por la autoridad, y que principalmente en virtud de “los nuevos plazos establecidos por la autoridad para presentar la oferta”, “y también en parte por el aumento del precio”, Colbún S.A. considera que no estará en

condiciones de participar. En tal sentido, la autoridad colombiana, teniendo la posibilidad de reorganizar los plazos, y de aplazar las fechas, ha debido hacerlo en aras de asegurar la mayor concurrencia que exige la normatividad, y no lo hizo, lo que condujo en la practica a que se obtuviera un menor valor por la enajenación de ISAGEN, aspecto que repercute en los ingresos del Estado, y por lo tanto, lesiona el patrimonio público.

Así mismo, vale señalar que el ministro de hacienda en varias declaraciones recientes esperaba que la puja generara una venta de las acciones por valor de 9.3 billones de pesos, lo que permite tener algún punto de referencia para calcular la oportunidad que se perdió, al continuar con una “subasta” con oferente único, que según las cuentas del ministros correspondería a una pérdida de más 3 billones de pesos.

**ii) ISAGEN aumentó su participación en el mercado y sus ganancias luego de 10 años de etapa de expansión. El Estado, tras la enajenación de la compañía, renunció no solo a los dividendos que venía obteniendo, sino a la mayor rentabilidad de las acciones de ISAGEN fruto de su importante crecimiento, situación que lesiona el patrimonio público.**

El patrimonio público goza de especial protección en tanto derecho colectivo, y tal garantía también fue reconocida en la Ley 226 de 1995, cuyo artículo 4 señala:

***Artículo 4º.-** Protección del patrimonio público. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad.*

A pesar de lo anterior, el patrimonio público se afectó de manera significativa con el procedimiento administrativo de enajenación de ISAGEN, en la medida que no se tubo en cuenta que después de largos años de inversiones fruto de un ambicioso plan de expansión de la Generadora de energía, se renunció a recoger los frutos que se

potenciarían tras la entrada en operación de Hidrosogamoso en 2015, lo que la convirtió en la segunda generadora del país.

Las cifras financieras acumuladas a septiembre de 2015 lo demuestran. **La empresa generó 37% más energía que en 2014, aumentando sus ingresos 12% a \$1,9 billones, con un Ebitda de \$935.000 millones mayor en 88% al año anterior.** Los costos operacionales bajaron \$200.000 millones o un 17% y la utilidad operacional se duplicó para llegar a \$756.000 millones.

**Los buenos resultados han sido fruto de la entrada en operación de Hidrosogamoso** y del hecho de que Isagén tiene vendido el 80% de su generación a clientes industriales y mayoristas a través de contratos en firme. Sin embargo ahora el Gobierno después de haber sido accionista durante la etapa de sacrificio para lograr la expansión, renunció a cosechar los dividendos futuros que podía entregar Isagén al erario, lo que afecta de manera directa el derecho colectivo de defensa del patrimonio público.

A cambio de Isagén que entrega dividendos y se pueden predecir con certidumbre sus flujos de caja, porque es un activo en explotación con un negocio ya maduro, el Gobierno ha señalado que las carreteras van a rendir igual cuando ni siquiera se conocen los flujos de caja proyectados de esas vías y además existen mayores riesgos por ser proyectos que iniciarán su construcción y con altas probabilidades de sobrecostos.

En adición, los supuestos que se usaron para valorar Isagén no incorporaron a su precio el valor monetario de la posición de mercado de la empresa (segunda generadora del país y regulador natural de tarifas) y su capacidad para emitir bonos de carbono así como el crecimiento de la demanda eléctrica de Colombia que se espera sea mayor al 4% en los próximos años.

Todo lo anterior, pone en evidencia que la decisión pública de enajenar una compañía estratégica, lesiona de manera grave el patrimonio público, en la medida que se dejan de

recibir utilidades que crecieron de manera significativa, debido a que la compañía entró en etapa de cosecha de las multimillonarias inversiones realizadas en buena parte por el Estado, a las que renuncia sin que existan análisis técnicos que tengan en cuenta tales circunstancias y que justifiquen la conveniencia de la referida enajenación.

En ese sentido, el impacto a las finanzas públicas no consiste solo en los dividendos que venía recibiendo, y que tras la enajenación dejará de recibir, a ellos debe sumarse el incremento significativo de las utilidades marcado por la nueva fase de consolidación, y el aumento en la demanda de un servicio público esencial, cual es, el aprovisionamiento de energía eléctrica.

**iii) La pérdida de control estatal de ISAGEN genera una pérdida adicional de alrededor de \$70.000 millones de pesos del patrimonio público.**

La pérdida de control estatal de Isagén ocasionará la activación de una cláusula contractual por cerca de **\$70.000 millones de pesos**. Esa cláusula nace de un empréstito adquirido por Isagén en el año 2005 con la Power Trust Financial Limited, que tiene garantía de cumplimiento de la Nación y de la agencia estadounidense Overseas Private Investment Corporation, Opic. La Opic dio garantías y respaldó el crédito por ser una empresa de control estatal, para apoyar el desarrollo del sector eléctrico del país.

El saldo de la deuda a septiembre de 2015 eran \$382.000 millones con una tasa de interés del IPC +5,25% y amortización semestral. La contrapartida de esa garantía es que si la empresa es vendida por el estado o este pierde su control se debe pagar inmediatamente el saldo por cancelar del crédito, pero compensando a la Opic los flujos de caja que dejara de recibir por concepto de intereses. En conclusión, **la venta de Isagén acarrea cancelar una multa equivalente a \$70.000 millones aproximadamente, aspecto que constituye una vulneración directa al derecho colectivo del patrimonio público**, pues los recursos de propiedad del estado se ven seriamente lesionados.

Lo anterior no ha sido contado al país por el Gobierno y sus funcionarios cuando tratan de justificar con sus argumentos, sin asidero financiero, que Isagén es un activo menos rentable que las 4G o que fue el cambio de un activo por otro.

En ese sentido, el Estado no solo renuncia a obtener los mayores beneficios obtenidos por el crecimiento de ISAGEN, sino que se encarga de sufragar los costos derivados de su privatización, generando una doble afectación al patrimonio público, tanto por lo que deja de ingresar –incluyendo una mayor rentabilidad de tales acciones- como por los onerosos costos que tiene que asumir.

**iv. Según la Procuraduría General de la Nación, el valor asignado a la empresa no corresponde con su valor real, lo que representaría una pérdida de cerca de 2 billones de pesos.**

Es preciso resaltar lo referido por la Procuraduría General de la Nación quien señaló que la valoración de la empresa estaba desajustada, y no correspondía a su valor real lo que representaría una pérdida de cerca de 2 billones de pesos.

Al respecto el Ministerio Público señaló que:

*“La venta de ISAGEN no “es un buen negocio” como lo ha señalado el Gobierno Nacional, por el contrario, podría implicar un detrimento patrimonial sin antecedente en la historia del país. La estructuración del valor de la venta de la participación estatal en ISAGEN, que se inició durante el año 2013, fijó el valor de la acción en \$2.850 (Artículo 17.1 Decreto 1609 del 30 de julio de 2013).*

*A través de Decreto 2316 del 22 de octubre de 2013 se indicó que “Las Acciones se ofrecerán a un precio fijo por Acción en moneda legal colombiana, cada una equivalente a tres mil ciento setenta y ocho pesos (\$3.178)”*

| Año  | IPC<br>(Variación anual) | Valor Acción +<br>ajuste IPC | TRM<br>US\$ | Valor acción en<br>US\$ | Variación |
|------|--------------------------|------------------------------|-------------|-------------------------|-----------|
| 2013 |                          | \$ 3.178                     | \$ 1.855,52 | 1,71 (octubre)          |           |
| 2014 | 3.66%                    | \$3.294,31                   |             |                         |           |
| 2015 | 6.77%                    | \$3.517.33                   |             |                         |           |
| 2016 | Dcr.2468                 | \$4.130                      | \$ 3.287,28 | 1,25 (enero)            | 27% menos |

*Si bien se contempló un ajuste basado en el índice de precios al consumidor - IPC -, el mismo no equipara la variación en términos de pagos en divisas que se estimó en la estrategia de venta, con lo cual se podría llegar a producir un grave detrimento para el tesoro nacional.*

*Como se observa, la venta de ISAGEN se está llevando a cabo con un valor de la acción menguado, esto es, disminuido en 27%. Mientras en el año 2013 cada acción ascendía a US\$1,71, a pesar del ajuste por IPC de la acción, para el año 2016, aun con el ajuste del Decreto 2468 de diciembre de 2015, equivale a US\$1,25, es decir US\$0,46 menos. En otras palabras, de cada acción los colombianos están perdiendo 1.511,68 pesos si el Gobierno realiza la venta en tales condiciones.*

*En síntesis, señor Presidente, si el Gobierno insiste en vender ISAGEN en las actuales condiciones se perderían dos billones trescientos setenta y seis mil doscientos treinta y ocho millones quinientos trece mil novecientos veinte pesos (\$2.376.238.513.920), que representan el 0,46 dólar menos que se pagaría por la acción, en comparación con el valor inicial estimado por el Gobierno Nacional en el año 2013 .*

*En este orden de ideas, el estudio que sirvió de base el valor ajustado mediante el Decreto 2468 de 2015, no cubre el diferencial cambiario y el retorno efectivo de la cuantificación del patrimonio representado en ISAGEN, en lo percibido durante el año 2013 y la fecha”.*

Por su parte, la Contraloría General de la República, en el Boletín Macrofiscal No. 7 y 11 de 2015, evaluó los impactos de la venta de ISAGEN sobre “las finanzas públicas, el mercado energético, y el uso de recursos obtenidos de la venta”. Una de las conclusiones

es que “la venta de ISAGEN genera presiones sobre las finanzas públicas, pues la Nación dejará de recibir anualmente el monto de los dividendos para la financiación del gasto público, por lo cual la venta en las actuales condiciones de los ingresos de la Nación podría llevar, en los próximos años, a hacer recortes presupuestales en otros sectores diferentes al de infraestructura vial”.

La pérdida de tales ingresos, y su falta de sustitución por activos productivos que permitan el retorno inmediato de inversión, podrían significar el cobro de más impuestos a los ciudadanos con el fin de garantizar los recursos que por dividendos percibe la Nación, provenientes de ISAGEN. Más impuestos, que junto con el aumento de la inflación y el impacto que pueda tener la venta en las tarifas del servicio de energía, hará más gravosa la situación económica de los colombianos. El Gobierno Nacional no debería pasar esto por alto."

**v) Los recursos obtenidos por la enajenación de ISAGEN ingresarán al FONDES, en contravía de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 226 de 1995 que ordena que los ingresos por enajenación de acciones del Estado ingresen directamente al presupuesto nacional, aspecto que afecta el derecho colectivo al patrimonio público.**

Es preciso revisar nuevamente el artículo 4 de la Ley 226 de 1995 que señala:

***Artículo 4º.-** Protección del patrimonio público. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad.*

La protección del patrimonio público no solo consiste en evitar dilapidar o malgastar los recursos públicos, también consiste en verificar que los recursos sean destinados correctamente de acuerdo a la ley y a la constitución. Tal situación es desconocida por el

procedimiento de enajenación de ISAGEN, en la medida que tal y como lo ha señalado en numerosas oportunidades diferentes personalidades del Gobierno, los recursos de la venta de ISAGEN serán dirigidos al Fondo Nacional de Desarrollo, FONDES, en lugar de destinarse al presupuesto al cual pertenece el respectivo titular, como obliga la norma especial que gobierna la materia.

La situación planteada, lejos de ser una simple formalidad o un asunto menor, desconoce la destinación que la ley le da a los recursos obtenidos producto de la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, lo que no solo desconoce el principio democrático, sino que extralimita las funciones de la autoridad, quien modifica de manera arbitraria los destinos otorgados por la ley para unos específicos recursos.

En adición, trasladar o transferir a particulares, así sea por un precio muy “rentable”, la propiedad de las acciones de ISAGÉN sin razón alguna contenida en el Plan de Desarrollo y mucho menos sin establecer la destinación específica en el Presupuesto Anual, es destruir un bien público, sin que se tenga certeza normativa –mas allá de simples pronunciamientos en medios de comunicación- sobre el fin económico al que se destinaran, ni mucho menos que beneficio va a traer, no solo para las finanzas públicas sino para el país. No basta con pronunciamientos mediáticos del Gobierno o sus Ministros sobre el destino de los recursos de la venta, pues el artículo 334 de nuestra Carta Política exige que se enmarque dicho destino dentro de la regla fiscal, lo cual se materializa en el Plan Fiscal de Mediano Plazo, en donde actualmente dicho detalle no se incorpora.

Tal incertidumbre normativa sobre la destinación de los recursos obtenidos tras la enajenación de ISAGEN, lesionan el patrimonio público pues se desconocen principios rectores en materia presupuestaria como la planeación y el principio de sostenibilidad fiscal, que supone análisis de conveniencia y oportunidad, los cuales no sustentan el proceso de enajenación objeto de la presente acción popular.

En efecto, el Decreto 1609 de 2013 por el cual se estableció el programa de enajenación de ISAGEN, viola las normas de Regla Fiscal mencionada, pues un programa de

sostenibilidad fiscal nunca puede sustentarse en un procedimiento de venta de activos de la Nación generador de ingresos de balance, como sucede en este caso, sino en un análisis de los beneficios que esta venta trae para el país y una evaluación de los beneficios y pérdidas que pueda traer para la economía nacional. No se sostiene el presupuesto y mucho menos se equilibra con la venta de acciones de ISAGÉN S.A. E.S.P. máxime si se tiene en cuenta que el déficit fiscal es estructural y esta medida es extraordinaria por lo irreplicable, violando abiertamente el Artículo 3 Definiciones, de la Ley 1473 del 5 de julio de 2011, que en su literal e dice:

*“e. **Ingreso Estructural:** Es el ingreso total del Gobierno Nacional Central, una vez ajustado por el ciclo económico y los efectos extraordinarios de la actividad minero energética y otros similares.”*

Buscar reducir el déficit fiscal estructural con ingresos conseguidos de manera extraordinaria, como es la venta de activos de la Nación, viola el artículo 29 de la Constitución Nacional porque no establece ni las causas, ni los objetivos, ni las finalidades de esta venta y permite la liquidación del patrimonio público para incluir el producto de dicha liquidación en el giro normal del presupuesto general de la nación, o en cualquier otro programa interinstitucional y que en últimas constituye unidad de caja en las cuentas fiscales de la Nación.

Finalmente, se afecta el patrimonio público en la medida que ISAGEN representa utilidades para el Estado, y los procesos de enajenación fueron concebidos principalmente para aquellas empresas estatales que representan pérdidas para el erario. Al respecto, es pertinente indicar lo previsto en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 226 de 1995 que dispone:

*“**Artículo 8º.-** El ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentarán el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministro, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación.*

**Parágrafo.- (...)**

*El Ministerio de Hacienda de un término de dos meses contados a partir de la vigencia de la presente Ley, **presentará al Congreso una relación de las empresas estatales nacionales que pasan por un mal momento económico**". (Énfasis fuera de texto)*

Así las cosas, existen numerosas razones para demostrar la afectación evidente al patrimonio público ocasionada por el proceso administrativo de enajenación de las acciones estatales de ISAGEN, interés colectivo de gran connotación en el Estado de Derecho colombiano, teniendo en cuenta que es a través del patrimonio público que el Estado da cumplimiento a los fines para los cuales fue estatuido, y participa en la prestación de servicios públicos en beneficio de la comunidad.

### **3. EL PROCESO DE ENAJENACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA DEL ESTADO EN ISAGÉN VIOLA EL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA**

Debe entenderse por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario<sup>8</sup>. De allí que la actuación proba y transparente del funcionario público sea una exigencia de la función pública, y su desconocimiento sea una afrenta tanto al principio constitucional de la moralidad en las actuaciones del Estado, como al derecho colectivo a la moralidad administrativa que tienen todos los ciudadanos.

Durante el proceso de enajenación de la propiedad accionaria que el Estado tiene en ISAGEN, se pueden advertir varias actuaciones contrarias a la diligencia y cuidado de un buen funcionario público, que desconocen la probidad y la transparencia que deben predicarse de la actividad pública, tal y como pasa a exponerse.

**i) El Ministerio de Hacienda confirmó que las compañías Brookfield y Colbun presentaron garantías, información falsa que fue desvirtuada días más tarde.**

---

<sup>8</sup> Exps. AP-166 del 17 de junio y AP-163 del 6 de septiembre, ambas de 2001

El Ministerio de Hacienda, mediante Comunicado No. 01 del 4 de enero de 2016 manifestó lo siguiente:

*“Se confirma que se presentaron garantías por parte de (1) BRE Colombia Investments L.P., del fondo de inversión canadiense Brookfield Asset Management, quien gestiona más de \$225 mil millones de dólares en activos; y (2) del Consorcio del Pacífico, de la empresa de energía chilena Colbun, quien cuenta con una capacidad de generación instalada de 3.278 MW”.*

Sobre el particular, el reglamento de enajenación reguló de manera detallada la presentación de garantías de seriedad en los siguientes términos:

***“2.42. Garantía de Seriedad de la Oferta:*** *Es (i) una póliza de seguro de cumplimiento expedida por una Compañía de Seguros Aceptable, o (ii) una garantía bancaria de un Banco Aceptable, según sea el caso, en las condiciones establecidas en el numeral 6.4.2(i) del presente Reglamento. La Garantía de Seriedad de la Oferta deberá ser presentada por el Inversionista Precalificado y deberá ser incluida en el Sobre de Documentos de la Oferta. (Énfasis fuera de texto).*

Por su parte, el reglamento estableció parámetros para la presentación de los sobres así:

#### ***“6.4. Contenido de los sobres***

*A efectos de presentar Ofertas se deberán entregar el Sobre de Oferta Económica y el Sobre de Documentos de la Oferta, a través de una SCB de conformidad con los plazos y requisitos establecidos en los numerales 6.4.1, 6.4.2, 6.5.1 y 6.5.2 de este Reglamento y en el Instructivo Operativo de la BVC.*

#### ***6.4.2. Contenido del Sobre de Documentos de la Oferta***

*El Sobre de Documentos de la Oferta deberá presentarse cerrado, con identificación del nombre del Interesado y contener (i) la Carta de Presentación de la Oferta (Anexo 9 de este Reglamento), y (ii) la Garantía de la Seriedad de la Oferta, la cual deberá sujetarse a los requisitos que se exponen a continuación:*

(i) Deberá ser emitida por una Compañía de Seguros Aceptable o por un Banco Aceptable a favor de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

(ii) Los Inversionistas Precalificados deberán presentar junto con la Garantía de Seriedad de la Oferta:

(iii) El monto de la suma asegurada será de cien mil millones de Pesos (COP\$ 100.000.000.000).

#### **6.5.1. Presentación del Sobre de Documentos de la Oferta**

*El Sobre de Documentos de la Oferta deberá presentarse a través de una SCB contratada para el efecto por el Inversionistas Precalificado, por lo menos seis (6) Días Hábiles antes de la Fecha de la Subasta, en las oficinas de la BVC, ubicadas en la ciudad de Bogotá en la Carrera 7, No. (...). (Énfasis fuera de texto).*

De las reglas anteriores, definidas en el reglamento de enajenación, se advierte que el sobre de documentos de la oferta debía presentarse 6 días hábiles antes de la fecha de la subasta, es decir, debía presentar a más tardar el 4 de enero de 2016, y dentro de los documentos de la oferta debía incluirse la garantía de seriedad de la oferta, que según el comunicado del Ministerio del 4 de enero de 2016 fue presentado por las dos compañías, Brookfield y Colbun.

No obstante, el día 8 de enero de 2016, Colbún manifestó que no participaría en la puja, situación que pone en duda el hecho de que efectivamente haya presentado la garantía de seriedad, pues los costos de este tipo de seguros, que deben asegurar cien mil millones de Pesos (COP\$ 100.000.000.000), no son menores, razón por la cual, es bastante probable que una compañía que está realizando acciones para optimizar sus ganancias, y que ha manifestado desde el 23 de diciembre de 2015 que tiene serias dudas de participar en la subasta, no haya constituido, ni presentado la garantía de seriedad, lo que inexorablemente conduciría a la conclusión de que el Ministerio de Hacienda faltó a la verdad y falseo la realidad en su comunicado del 4 de enero de 2016, generando la impresión –falsa por demás- de una pluralidad de oferentes, cuando

solamente existía uno, situación que genera graves indicios no solo de inmoralidad administrativa, sino incluso serías sospechas sobre posibles actos de colusión.

Las anteriores inquietudes, de no ser resueltas satisfactoriamente por el Ministerio de Hacienda, deberán ser investigadas a profundidad por las autoridades competentes a fin de establecer el alcance y la responsabilidad de los implicados.

Sobre el particular, es oportuno referir lo expuesto por el H. Consejo de Estado en materia de moralidad administrativa quien ha manifestado que:

*“Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias para preservar los intereses colectivos, o trasgreden la ley de forma burda, entre otras conductas, se está ante una inmoralidad administrativa que puede ser evitada o conjurada a través de acciones populares”<sup>9</sup>*

El precedente anterior, deja claro que una trasgresión burda y protuberante a la ley, como lo es la subasta con Oferente Único, y la omisión en la que incurrió el Ministerio de Hacienda de no desplegar todas las acciones necesarias para asegurar la mayor concurrencia posible, situación que evidencia la falta de diligencia para preservar intereses colectivos como la libre competencia económica, e incluso deja entrever cierta prevalencia de los intereses personales o de terceros en perjuicio del bien común, lo constituye una clara inmoralidad administrativa, que requiere ser conjurada por el juez popular.

Bajo tales consideraciones, el derecho colectivo de la moralidad administrativa, que debe regir todas las actuaciones públicas, se encuentra seriamente afectado, pues el proceder de la administración no ha sido del todo transparente, ni respetuoso de la ley, y ha estado desprovisto de la debida diligencia, probidad y cuidado que debe observarse en este tipo de actuaciones, máxime cuando se encuentran en juego tan importantes intereses colectivos y billonarios recursos públicos.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. AP- 300 de 2002.

En definitiva, a lo largo de todo el proceso de enajenación se echa de menos el respeto por el principio de transparencia, del que se deriva el imperativo de dar a conocer de manera veraz y oportuna las condiciones que rodean un proceso de enajenación de la magnitud de la venta de ISAGEN. La celeridad injustificada del proceso, la omisión de desplegar todas las acciones pertinentes para garantizar la mayor concurrencia y la libre competencia, el ocultamiento de información relevante, la toma de importantes decisiones en medio de la vacancia judicial y el cese de actividades del congreso de la república, la decisión de seguir con el proceso de “subasta” a pesar de existir único oferente, el desconocimiento de las importantes objeciones sobre la venta provenientes de distintos sectores, académicos, políticos y de la sociedad civil, dan cuenta de una actuación administrativa que no se adecúa a los postulados que exige el principio constitucional y a la vez derecho colectivo de la moralidad administrativa.

## **V. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

La presente acción se sustenta en la Constitución Política artículos 40, 78, 79, 80, 81, 82, 88, 95, 229, 277, 282 y 333; así como en la Ley 80 de 1993, Ley 270 de 1996 art. 36<sup>a</sup>, Ley 472 de 1998, Ley 226 de 1995, y la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 144, 230, 104, 139, 152, 155, 164, 179, 187, 196, 229, 232, 233, 243, 257, 269, 270, 272, 273, 274, 303.

**Principio Pro Actione.** Así mismo, se solicita a la sala aplicar el principio pro actione, según el cual el examen que se haga de las demandas que se presenten en ejercicio de acciones públicas, debe favorecer el ejercicio de tales acciones presentadas por los ciudadanos, y por ello no puede ser tan exigente que llegue al punto de enervar la efectividad de tales derechos políticos y de acceso a la administración de justicia.

## **VI. PRUEBAS**

Solicitamos a su despacho que se decreten, practiquen y se tengan como pruebas las siguientes:

1. Decreto 1609 de 2013, por la cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGÉN S.A. E.S.P.
2. Reglamento de la primera etapa de enajenación de las acciones de propiedad de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO EN ISAGEN S.A. E.S.P. y sus anexos.
3. Reglamento de la segunda etapa de enajenación y adjudicación para la recepción de aceptaciones dentro del programa de enajenación de las acciones de propiedad de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO EN ISAGEN S.A. E.S.P. y sus anexos.
4. Decreto 2316 de 2013, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1609 de 2013.
5. Decreto 1512 de 2014, por medio del cual se prorroga la vigencia del Programa de Enajenación de que trata el Decreto 1609 de 2013, modificado por el Decreto 2316 de 2013.
6. Documento Conpes 3760 DE 2013.
7. Carta de la compañía COLBÚN S.A. del 8 de enero de 2016, en la que señala que no estará en condiciones de presentar una oferta en la fecha definida”.
8. Boletín MacroFiscal No. 7, Contraloría General de la República.
9. Boletín Macro-Fiscal No. 11, Contraloría General de la República.
10. Carta de la Procuraduría General de la Nación del 12 de enero de 2016.
11. Información histórica del crédito OPIC.
12. Operaciones de financiamiento de ISAGÉN S.A. E.S.P.
13. Presentación de resultados financieros de ISAGÉN durante el tercer trimestre de 2015.
14. Otros resultados financieros de ISAGÉN durante el tercer trimestre de 2015.
15. Balance financiero de Isagen a 2014
16. Balance financiero de Isagen a 2015

17. Boletines y Comunicados de Prensa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Boletín número 123: 1 de agosto de 2013
18. Boletín número 131: 13 de agosto de 2013, MHCP.
19. Boletín número 178: 1 de octubre de 2013, MHCP.
20. Dos solicitudes de información a Minhacienda por parte del Senador Jorge Enrique Robledo
21. Presentación el impacto económico de la infraestructura 4G
22. Plan de privatización de ISAGEN por Natalia Moreno Salamanca
23. Boletín Técnico del Índice de Precios al Consumidor (IPC) diciembre de 2015.
24. Comunicado No. 01 del 4 de enero de 2016 del Ministerio de Hacienda, en el que asegura que dos compañías presentaron garantías.
25. Respuesta de la Financiera de Desarrollo Nacional al H.S. Jorge Robledo el 6 de agosto de 2014.
26. Respuesta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al H.S. Jorge Robledo el 8 de agosto de 2014.
27. Respuesta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al H.S. Jorge Robledo con radicado UJ-0884-14.
28. Boletín N°7 de la Bolsa de Valores de Colombia sobre adjudicación de las acciones a Brookfield Asset Management.
29. Boletín N°4 de la Bolsa de Valores de Colombia sobre el reglamento de la enajenación de acciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGÉN S.A. E.S.P.
30. Prensa: Crece oposición para que ISAGÉN no venda el control a privados.
31. Prensa: Inversionistas de Francia, Chile y Canadá interesados en ISAGÉN en Colombia.
32. Prensa: Brookfield, Colbún y GDF Suez, dispuestas a pagar \$5,3 billones por ISAGÉN.
33. Prensa: Las dos caras de la polémica venta de ISAGÉN.
34. Prensa: La subasta de la participación del Estado se llevará el 13 de enero.

35. Prensa: Brookfield Asset Management de Canadá Colbún de Chile, en la puja por ISAGÉN.
36. Prensa: ¿Quiénes son Brookfield y Colbún, postores por ISAGÉN?
37. Prensa: ISAGÉN se venderá así haya una sola oferta: MinHacienda.
38. Prensa: Gobierno ratifica subasta de ISAGÉN con un solo oferente.
39. Prensa: No estaba fuera de cálculos que solo haya un oferente por ISAGÉN: MinHacienda.
40. Prensa: La subasta por ISAGÉN se hará con un solo oferente.

Todo lo anterior, constituye un Principio de prueba susceptible de ser completado con otras elementos probatorios que se practiquen dentro del proceso, y deberán ser tenidos como válidos, auténticos y veraces, y con todo su valor probatorio, hasta que no se demuestre lo contrario en virtud del principio de buena fe.

## **OFICIOS**

Solicito se sirva oficiar a las entidades que se relacionarán a continuación con el propósito que a mis costas alleguen al plenario los siguientes documentos:

### **1. Oficiar al Senado de la República para que:**

Certifique y allegue al despacho cuantos debates de comisión y plenaria se han realizado desde 2013 a 2015 sobre la venta de Isagen.

Allegue al despacho copia de las respuestas dadas por el Ministerio de Hacienda, Ministerio de Minas y Energía, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República a los cuestionarios de las respectivas proposiciones de debates sobre el tema de Isagen en el lapso de tiempo mencionado (2013 a 2015) y los videos correspondientes a estos debates en comisión y plenaria. Oficiar para que allegue la constancia de los senadores presentada el 15 de abril de 2015, oponiéndose a la venta de Isagen.

### **2. Oficiar a la Cámara de Representantes para que:**

Certifique y allegue al despacho cuantos debates de comisión y plenaria se han realizado desde 2013 a 2015 sobre la venta de Isagen. Que allegue al despacho copia de las respuestas dadas por el Ministerio de Hacienda a los cuestionarios de las respectivas proposiciones de debates sobre el tema de Isagen en el lapso de tiempo mencionado (2013-2015) y los videos correspondientes a estos debates en comisión y plenaria.

**3. Oficiar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que:**

Allegue al despacho los estudios previos realizados para justificar la venta de Isagen, tanto los estudios técnicos sobre el avalúo de la empresa como los estudios de conveniencia y oportunidad de la venta de las acciones. Allegue al despacho todas las respuestas dadas al debate del control político de cámara y senado de la república, entre el periodo 2013 a 2015 sobre Isagen. Certifique cuales son las razones y hechos que motivan a la venta de Isagen. Certifique cual fue el acuerdo del Ministro de Hacienda y Crédito de Público con el Vicepresidente German Vargas Lleras del 15 de mayo de 2015 respecto a los proyectos de infraestructura 4G, especificando como es el cierre financiero de cada uno de los proyectos 4G. Allegue los boletines y comunicados emitidos por su despacho desde el 1° de Agosto de 2013 a la fecha.

**6. Oficiar a la Presidencia de la República** para que allegue al despacho, boletines y comunicados emitidos entre 2013 y 2015 relativos a la venta de acciones de Isagen.

**7. Oficiar a la Financiera de Desarrollo Nacional** para que explique y certifique:

Cuál es la estructuración de los proyectos 4G y la forma en las que están siendo apalancados, Cuáles de estos proyectos requieren financiación por parte de la Financiera de Desarrollo Nacional. A cuánto asciende el total de esa financiación sobre los 19 proyectos que están pendiente. Cómo va el proceso de capitalización del Fondes, por parte de la Financiera de Desarrollo Nacional. Que otras alternativas han sido estudiadas por la Financiera de Desarrollo Nacional.

## **TESTIMONIALES:**

Solicito respetuosamente a su despacho proceder a vincular en calidad de testigos a las siguientes personas para que declaren ante su despacho sobre los temas indicados al respecto para cada uno en relación con la venta de acciones de Isagen.

### **1. Al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, Mauricio Cárdenas Santamaría.**

Además, responda a su despacho el siguiente cuestionario:

- i. ¿Bajo qué modalidad contractual con la FDN el Ministerio de Hacienda y Crédito Público llevará a cabo la sesión en administración de los recursos del FONDES?
- ii. ¿Cuáles el marco jurídico y/o contractual a partir del cual el FONDES y/o su administrador puede adelantar operaciones de apalancamiento financiero?
- iii. ¿Cuál es el perfil de riesgo con el que el ministerio de Hacienda cede en administración el manejo de los recursos del FONDES?
- iv. Si los recursos del FONDES no hacen unidad de caja con el resto del Presupuesto General de la Nación, ¿En qué concepto de la contabilidad fiscal se llevará el seguimiento de dichos recursos?
- v. ¿Cuál es el fundamento técnico y jurídico para que la deuda senior y/o subordinada que se garantice con los recursos del FONDES no se tenga en cuenta para el cálculo de la Regla Fiscal?
- vi. ¿Bajo qué modalidad contractual la FDN se llevará a cabo la administración de los recursos del FONDES?
- vii. Según la FDN, ¿Que rentabilidad financiera estima que obtendrá el FONDES por la financiación de proyectos?

- viii. ¿Qué líneas de crédito se financiaran con el FONDES y cuáles son las características de tasa, plazo y garantías?
- ix. ¿Qué tasa(s) de siniestralidad de cartera se ha(n) estimado para las líneas de crédito que se pondrán a disposición para la financiación de proyectos? 57
- x. ¿Cuál es el marco jurídico y/o contractual a partir del cual el FONDES y/o su Administrador puede adelantar operaciones de apalancamiento financiero?
- xi. ¿Qué relación(es) contractual(es) se tiene(n) estructurada(s) para vincular fondos de capital privado con el FONDES y/o con la FDN?
- xii. ¿Explique la forma en que usaran los recursos de la venta de Isagen?.
- xiii. Exponga los motivos de la venta de acciones de Isagen,
- xiv. Exponga los estudios previos que justifican la conveniencia y necesidad de la venta de esas acciones.
- xv. Explique los cambios de justificación que ha expresado el Gobierno Nacional durante los diferentes medios, debates, boletines y alocuciones desde el año 2013 a la fecha.

**2. Al señor José Roberto Acosta, identificado con la cedula de ciudadanía N° 79.487.813.**

Para que explique a su despacho la viabilidad técnica y financiera de otras alternativas más eficientes de financiación de las vías 4G sin vender las acciones de Isagen.

**3. Al señor Mario Alejandro Valencia Barrera, identificado con la cedula de ciudadanía N° 16.918.461, Economista, Magister en Gobierno y Políticas Públicas, Columnista y fuente de referencia de Cable noticias y otros medios de comunicación.**

**4. Al señor Clemente Luis del Valle Borraez, c.c. N° 79.148.272 de Usaquén, Presidente de la Financiera de Desarrollo.**

Además que responda a su despacho el siguiente cuestionario:

i. ¿Bajo qué modalidad contractual con la FDN el Ministerio de Hacienda y Crédito Público llevará a cabo la sesión en administración de los recursos del FONDES?

ii. ¿Cuáles el marco jurídico y/o contractual a partir del cual el FONDES y/o su administrador puede adelantar operaciones de apalancamiento financiero?

iii. ¿Cuál es el perfil de riesgo con el que el ministerio de Hacienda cede en administración el manejo de los recursos del FONDES?

iv. Si los recursos del FONDES no hacen unidad de caja con el resto del Presupuesto General de la Nación, ¿En qué concepto de la contabilidad fiscal se llevará el seguimiento de dichos recursos?

v. ¿Cuál es el fundamento técnico y jurídico para que la deuda senior y/o subordinada que se garantice con los recursos del FONDES no se tenga en cuenta para el cálculo de la Regla Fiscal?

vi. ¿Bajo qué modalidad contractual la FDN se llevará a cabo la administración de los recursos del FONDES?

vii. Según la FDN, ¿Que rentabilidad financiera estima que obtendrá el FONDES por la financiación de proyectos?

viii. ¿Qué líneas de crédito se financiaran con el FONDES y cuáles son los características de tasa, plazo y garantías?

ix. ¿Qué tasa(s) de siniestralidad de cartera se ha(n) estimado para las líneas de crédito que se pondrán a disposición para la financiación de proyectos?

x. ¿Cuál es el marco jurídico y/o contractual a partir del cual el FONDES y/o su Administrador puede adelantar operaciones de apalancamiento financiero?

xi. ¿Qué relación(es) contractual(es) se tiene(n) estructurada(s) para vincular fondos de capital privado con el FONDES y/o con la FDN?

**5. Al señor Jaime Humberto López de Asobolsa** para que explique al despacho la figura de financiación de vías 4G mediante bonos de infraestructura.

**6. Al señor CAMILO DIAZ** identificado con la cedula de ciudadanía N° 80.724.534, columnista de la revista dinero para que exponga al despacho otras formas de financiación a las vías 4G.

**7. A la señora Ana María Silva Bermúdez,** C.C. 76.326.594, Contralora Delegada para Sector Minas y Energía, para que explique las razones para no vender Isagen en lo referido a generación de energía y tarifas.

**8. Eduardo Sarmiento Palacio,** Doctor en Economía, Director de la Escuela de Altos Estudios Económicos y Columnista del periódico El Espectador, para que sustente ante su despacho:

i. Como se analiza la rentabilidad financiera de la inversión.

ii. Cual es la carencia de estudios sobre la necesidad y conveniencia de la venta de acciones de ISAGEN por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

iii.Cuál es la ausencia de estudios comparativos que sustente la venta de acciones de ISAGEN, el cual contenga la comparación entre invertir en ISAGEN 5 billones, invertir en vías 4G 5 billones de pesos, invertir en la Financiera de Desarrollo Nacional 5 billones de pesos e invertir en el FONDES 5 billones de pesos.

**PERICIALES:**

**1. Comedidamente solicito a usted la práctica de una prueba pericial económico financiera, a fin de determinar:**

i. Un análisis del costo fiscal para la Nación que se deriva del Contrato de Estabilidad Jurídica EJ-02 de 2010, firmado entre la Nación e ISAGEN S.A. E.S.P y del alcance de dicho contrato en el caso de que la empresa tenga como accionista mayoritario a un privado.

ii. La tasa de rentabilidad financiera y eficiencia de los recursos invertidos en ISAGEN a un periodo de 10 años contabilizados desde la fecha que determine la práctica de esta prueba.

iii. La tasa de rentabilidad financiera y eficiencia de la inversión en la tercera ola de los proyectos de infraestructura denominados vías 4G, señalados en el Conpes 3760 de 2013, a un periodo de 10 años contabilizados desde la fecha que determine la práctica de esta prueba.

iv. La tasa de rentabilidad financiera y eficiencia de la inversión en el Fondes, a un periodo de 10 años contabilizados desde la fecha que determine la práctica de esta prueba.

v. La tasa de rentabilidad financiera y eficiencia de la inversión en la Financiera de Desarrollo Nacional, a un periodo de 10 años contabilizados desde la fecha que determine la práctica de esta prueba.

vi. El impacto fiscal y a la regla fiscal que se ocasiona con la falta de los ingresos futuros que dejara de recibir el Presupuesto General de la Nación, tanto por concepto de dividendos, como por impuesto a la renta en el caso que se disminuyeran las utilidades de la empresa.

vii. Cuál fue el equity con el que el Gobierno entró en la constitución de ISAGEN y cuál sería la TIR lograda hasta la fecha considerando el precio de la acción en Bolsa y con el precio de base para la subasta. Considerando los diferentes eventos de caja como la democratización parcial hecha en otro Gobierno.

viii. Certifique la conveniencia o no de quedarse como accionista minoritario después de la enajenación del 57,5% de ISAGEN.

**2. Una valoración financiera de todas las alternativas** que se han presentado para financiar las 4G, versus la opción de vender la participación en ISAGÉN. Debe quedar claro entonces cuál de esas alternativas representa la mejor fuente de financiación para las 4G y porque en términos de costos financieros y de oportunidad, para determinar la viabilidad y eficiencia técnica y financiera de las siguientes alternativas de financiación de las vías 4G, determinadas en el Conpes 3760 de 2013 sin vender las acciones de Isagen:

i. Usar las utilidades sobre las reservas internacionales. En 2014 hubo un superávit de 21 billones de pesos a 2014 sobre las reservas.

ii. Adquisición de las acciones de ISAGEN por diversas empresas públicas nacionales. 60

iii. Enfrentar la Evasión Fiscal.

iv. Traer 2.500 Millones de dólares de las Reservas Internacionales.

v. Hoy nuestras reservas internacionales son 47.300 Millones de dólares.

vi. Emisión de Bonos de Infraestructura que permita captar recursos de Fondos de Pensiones.

vii. Usar 2 billones de la Reserva de regalías de las regiones.

viii. Emitir Deuda en Pesos (TES) con grado de inversión de Colombia.

ix. Emitir Deuda en Dólares (BONOS YANKEES).

x. Procurar la participación de Organismos Multilaterales Internacionales como el BID, la CAF (Corporación Andina de Fomento), la IFC (Corporación Financiera Internacional) y el Banco Mundial.

- xi. Emisión de Bonos Fogafin.
- xii. La Titularización de Dividendos de diversas entidades como Isa, Isagen, Ecopetrol, Telecom, Eléctricas Regionales, etc.
- xiii. Usar un porcentaje de los Recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización.
- xiv. Vender Empresas no Estratégicas tales como Telefónica Telecom.
- xv. Usar las Cuentas abandonadas.
- xvi. Priorizar el gasto.
- xvii. Capitalización a través de deuda de la financiera de desarrollo nacional.
- xviii. Hacer que ISAGEN sea socia de la financiera Nacional de Desarrollo.
- xix. Colombia también puede explorar garantías parciales de Banca Multilateral, al igual que emplear mejores métodos de Financiamiento Estructurado de Proyectos.
- xx. Titularizar los flujos de Isagen.
- xxi. La nación cuenta con grado de inversión y calificación crediticia.
- xxii. La Contraloría General de la Republica ha propuesto enajenar otros activos como Ecopetrol o Bancoldex.
- xxiii. Organizar el esquema de ejecución.

Para llevar a cabo la prueba solicitada, respetuosamente solicito de su despacho el nombramiento de peritos economistas y financieros, para quienes ruego darles posesión y señalarles sus honorarios.

Solicito a su despacho que designe perito financiero o de áreas afines que determine el impacto fiscal y a la regla fiscal que se ocasiona con la falta de los ingresos futuros que dejara de recibir el Presupuesto General de la Nación

**VII. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA.  
SUSPENSIÓN PROVISIONAL Y DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE  
ENAJENACIÓN**

En el caso que se presenta, las razones que llevan a asimilarlo con el tercer canal son suficientes para que el Tribunal Administrativo, en respeto de la línea jurisprudencia fijada por el Concejo de Estado, haga valer dicho precedente. Estas razones, como se explicó, son, entre otras, la falta de una norma de origen legal que autorice la venta a un Oferente Único y la necesidad de respetar la libre concurrencia que, en circunstancias normales, por fuera del marco de la Ley 80 de 1993, trae consigo la necesidad de pluralidad de oferentes.

De la misma manera, la necesidad de garantizar las condiciones que salvaguarden el patrimonio durante la enajenación impiden una autorización como la que contiene el reglamento de enajenación, que prevé la adjudicación a un único proponente lo que conduce a que la administración obtenga como precio final el valor mínimo de base, sin que el mismo se haya sometido a las fuerzas del mercado y a las eficiencias derivadas de la libre concurrencia signada en la pluralidad de oferentes.

Como primera medida debe decirse que es de público conocimiento, un hecho notorio relevado de prueba<sup>10</sup>, que una de las empresas precalificadas para pujar en el procedimiento de adjudicación tomó la decisión de no pujar en la subasta por razones que no vienen al caso.

También es de público conocimiento que el día 13 de enero de 2016 se llevó a cabo la subasta de las acciones de Isagén con un único oferte, en violación de las normas y consideraciones acá presentadas. Aunque la presente demanda y las medidas cautelares de urgencia sean decretadas después de surtida la “subasta”, debe decirse que ello no impide que se suspenda el procedimiento administrativo para hacer valer la normativa

---

<sup>10</sup> Sin embargo, se solicita al Consejo de Estado que le ordene a la Nación remitir con el expediente administrativo el documento en el cual la empresa Colbún informa de su decisión de renunciar a su derecho a pujar en la subasta.

legal vigente, toda vez que el proceso de enajenación no se ha perfeccionado quedando pendiente la fase de cierre en la que se realizará tanto el pago como la transferencia de acciones, lo cual puede ocurrir en cualquier momento de aquí al 27 de enero de 2016.

Según el Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo los jueces de esa jurisdicción tienen plena libertad para decretar las medidas cautelares que consideren necesarias<sup>11</sup>, razón por la cual solicitamos que se decrete la suspensión del proceso administrativa de adjudicación, o la medida cautelar que el H. tribunal considere pertinente.

Se pide que la medida cautelar a decretar sea de las de urgencia contempladas en el artículo 234 del CPACA, pues de no decretarse de manera inmediata la suspensión del procedimiento administrativo de enajenación de la propiedad accionaria que la Nación tiene de ISAGEN, se ocasionaría un perjuicio irremediable, basado en una actuación administrativa ilegal e inconstitucional, que se ventiló ante la jurisdicción, motivo por el cual se acude a solicitar esta extraordinaria medida cautelar de urgencia.

## VIII. COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca es la instancia competente de acuerdo con lo establecido por el artículo 16 de la Ley 472 de 1998 y teniendo en cuenta, que los hechos que motivan la Acción Popular, cubren el Territorio Nacional, caso en el cual "Conocerá a prevención el Juez ante el cual se hubiere presentado la demanda".

## IX. ANEXOS

Tres copias de la demanda

## X. NOTIFICACIONES

---

<sup>11</sup> Artículo 229. *Procedencia de medidas cautelares.* En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, **las medidas cautelares que considere necesarias** para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

**Demandado:** Ministro de Hacienda y Crédito Público, Mauricio Cárdenas Santamaría en la carrera 8 # 6 C- 38. Ministro de Minas y Energía, Tomas González en la calle 43 # 57 – 31, CAN.

**Demandante:** Congreso de la Republica, Edificio Nuevo, y Calle 51 No. 9-69 Oficina 401.

**A los miembros de la comunidad:** Señor juez, solicitamos comedidamente que se informe a los miembros de la comunidad a través de un medio masivo de comunicación, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 479 de 1998.

Respetuosamente,

**JORGE ENRIQUE ROBLEDO**

C.C. 14.204.889

**VIVIANE MORALES**

C.C. 51.637.897

**ANTONIO NAVARRO WOLF**

C.C. 14.948.629

**SOFÍA ALEJANDRA GAVIRIA CORREA**

C.C. 42.894.998

**ERNESTO MACÍAS TOVAR**

C.C. 12.187.043

**JOSÉ ROBERTO ACOSTA RAMOS**

C.C. 79.487.813