

Bogotá D.C.; 19 de agosto de 2015

Señores Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Sección Cuarta
Magistrado Ponente: Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
E. S. D.

Referencia: 110010326000201400054 00 (21025) – acumulados
110010324000201300534 00 (20946)
110010324000201300509 00 (21047) – Nulidad
Proceso

Demandantes: Enrique Alfredo Daza Gamba, Helber Adolfo
Castaño y Rodrigo Toro Escobar.

Demandados: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio
de Minas y Energía.

**ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSION dentro del proceso de acción
nulidad de referencia.**

JOSE ROBERTO ACOSTA RAMOS, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta 70177 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial del ciudadano HELBER ADOLFO CASTAÑO PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.743.286 de Medellín, de conformidad con el poder que consta en el expediente, por medio de este escrito muy respetuosamente presento a ustedes los ALEGACIONES DE CONCLUSION, en el término y de conformidad lo dispuesto en la providencia proferida por el Honorable Consejero Ponente Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS en Audiencia Pública del pasado 3 de agosto de 2015, para que sean tenidas en cuenta por tan Alto Tribunal al momento de fallar de fondo.

1. ALEGATOS DE CONCLUSION RESPECTO A LOS HECHOS OBJETO DEL LITIGIO

En audiencia del pasado 8 de julio, presidida por Honorable Magistrado Ponente, Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, se saneo el proceso de la referencia, se decidieron las excepciones previas, se decretaron pruebas y se fijó el litigio alrededor seis (6) hechos controversiales, de los cuales se desprenden las causales de nulidad que se le atribuyen a los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014, aquí demandados, de conformidad con el artículo 180 de la Ley 1437.

Hechos controversiales y causales aceptados como eje de discusión por las partes y que el Honorable Consejo de Estado procederá resolver en derecho a partir de las normas que enmarcan las conductas administrativas del Gobierno manifiestas en los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014, aquí demandados.

Conforme con los argumentos de las partes, el objeto del litigio se contrae a establecer, entre otros aspectos, los siguientes:

1.1. RESPECTO A LA PRIMERA CONTROVERSIA LITIGIOSA: El Decreto 1609 es nulo por desconocer el criterio de la sostenibilidad fiscal, previsto en el artículo 334 de la Constitución Política.

La notable y estructural inflexibilidad en el gasto público en Colombia y su presión a mayores niveles de endeudamiento, indujo al Gobierno a incluir en nuestra constitución el criterio de sostenibilidad fiscal mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2011, y la adopción de una regla fiscal mediante la Ley 1473 de 2011 con el fin de avanzar en materia de institucionalidad, contraciclicidad fiscal y sostenibilidad de las fianzas públicas, las cuales deben

ser apuntaladas, mediante el fallo de fondo en el presente proceso, por el Honorable Consejo de Estado declarando nulos los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014, so pena de mermar el poder orientador de estos importantes criterios de disciplina fiscal que definen la sostenibilidad del Presupuesto General de la Nación, así como la sostenibilidad financiera del Estado.

Considerando el hecho cierto de que el propósito del Acto Legislativo No. 3 de 2011 es el cumplimiento efectivo y progresivo de los derechos económicos, culturales y sociales que son esenciales al Estado Social de Derecho, en el entendido que la garantía de tales derechos sólo es viable si el Estado puede financiarlos, por lo que permitir la enajenación de la participación accionaria del Estado en ISAGEN, termina atentando contra este racional objetivo, pues tiene como consecuencia la eliminación de un importante ingreso de balance que ayuda al sostenimiento de los ingresos, como lo son los dividendos recibidos año a año por el Presupuesto General de la Nación gracias a dicha participación accionaria y que para el presente año de 2015 ascendieron a Doscientos Setenta y Siete Mil Doscientos Treinta y Siete Millones de pesos (\$ 277.237 millones), cifra nada despreciable, a pesar de que el demandado ha pretendido minimizarla, mas no negarla. Por ello, corresponderá al Honorable Consejo de Estado definir si una cifra de esta magnitud deberá ser defendida dentro del Presupuesto General de la Nación o como dice el demandado, ser eliminada sin miramientos como los hacen los Decretos demandados y sembrar un antecedente jurisprudencial según el cual el criterio de sostenibilidad fiscal y la regla fiscal solo tiene un enfoque de control gastos y no un enfoque de maximización de ingresos.

Es un directriz constitucional que la sostenibilidad fiscal debe orientar las decisiones y acciones de todas las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica y servir de marco al plan plurianual de inversiones públicas, el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto General de la Nación.

Es cierto que “en Colombia la iniciativa y decisiones de varias instancias del poder público tienen implicaciones fiscales, lo cual, bajo una realidad en la que los recursos públicos y el espacio de endeudamiento de la Nación son limitados, hace necesario un principio superior que las rija y coordine, de manera que se garantice la sostenibilidad fiscal o, lo que es igual, para que se pueda dar cumplimiento a la provisión del Estado Social de Derecho”¹, por lo tanto corresponde al Honorable Consejo de Estado, en su fallo de fondo en este proceso, definir una postura jurisprudencial respecto a la obligatoriedad de observancia del criterio de sostenibilidad fiscal por parte del Poder Ejecutivo del Estado cuando, como en este caso, decide eliminar del Presupuesto General de la Nación unos ingresos tan importantes como lo son lo recibido en dividendos por cuenta de la participación accionaria en ISAGEN

Adicionalmente, corresponde al Honorable Consejo de Estado definir una postura jurisprudencial respecto a la decisión del Gobierno de sacar de los activos de la Nación y del Presupuesto General de la Nación, un monto tan importante como lo es la participación accionaria en ISAGEN que asciende a más de Cinco Billones Doscientos Mil millones de pesos (\$5,2 billones), acto administrativo y de disposición de activos de la Nación que se consumaría con la efectividad de lo dispuesto en los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014, aquí demandados.

1.2. RESPECTO A LA SEGUNDA CONTROVERSIA LITIGIOSA: Si el Decreto 1609, en tanto que aprueba el programa de enajenación de un activo accionario, afecta de manera negativa las finanzas del Estado, esto es, que viola la regla fiscal, y, además, desconoce las normas constitucionales y legales que regulan la expedición y ejecución del presupuesto.

De acuerdo con las claras definiciones de la Ley 1473 de 2011, la Regla Fiscal depende del balance entre ingresos y gastos fiscales. Los ingresos

¹ Economía y Política, Análisis de la Coyuntura Legislativa. No. 66, Enero 2011. FEDESARROLLO.

estructurales corresponden a los “ingresos corrientes”² y los “ingresos de balance”³ de la Nación, ajustados por el ciclo económico, por los ingresos provenientes del sector petrolero y por otros “ingresos cíclicos”⁴. Los gastos estructurales comprenden el “gasto básico”⁵ y el “gasto nuevo”⁶. En consecuencia, el déficit o superávit estructural corresponderá a su diferencia.

INGRESOS ESTRUCTURALES – GASTOS ESTRUCTURALES = BALANCE FISCAL ESTRUCTURAL

INGRESOS ESTRUCTURALES = INGRESOS CORRIENTES + INGRESOS DE BALANCE ± CICLO ECONOMICO

GASTOS ESTRUCTURALES = GASTO BASICO + GASTO NUEVO

Con base en las anteriores ecuaciones, derivadas de la Ley 1473 de 2011, se desprende la AFECTACION NEGATIVA, por cuenta de la eliminación del ingreso fiscal proveniente de los dividendos de ISAGEN, sobre el artículo 334 de nuestra Constitución Política y sobre la propia Ley 1473 de 2011 por cuenta de lo establecido por el Decreto 1609 del 30 de julio de 2013, y en Decreto 2316 de 2013 y 1512 de 2014, “Por el cual se aprueba el programa de enajenación de las acciones que la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en ISAGEN S.A. E.S.P.”.

A partir de estos hechos indiscutibles y una lógica contable clara y contundente, el Decreto 1609 de 2013 es nulo por desconocer el criterio de la sostenibilidad fiscal, previsto en el artículo 334 de la Constitución Política y la Ley 1473 de 2011, al tener como consecuencia una AFECTACION NEGATIVA de ingresos totales y estructurales de la Nación y por esta vía

² Los “ingresos corrientes” están constituidos por los impuestos directos e indirectos y las multas.

³ Los “ingresos de balance” están constituidos por el resultado neto de las ganancias y pérdidas derivadas de las participaciones de la Nación en empresas públicas y mixtas. Este es el caso de los ingresos recibidos por la Nación gracias a su participación accionaria en ISAGEN S.A. y que ascendieron en el año 2015 a \$ 277.237 millones.

⁴ En este tipo de “ingresos cíclicos” se cuentan por ejemplo la sobretasa al impuesto al patrimonio establecida en su momento para sufragar los gastos de emergencias invernales.

⁵ El “gasto básico” lo constituyen las obligaciones operativas del Estado así como las transferencias que hace el Gobierno a las regiones de conformidad con lo establecido al Sistema General de Participaciones.

⁶ El “gasto nuevo” proviene de una bolsa que evalúa el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en conjunto con el Departamento Nacional de Planeación a partir de un “banco de proyectos”

AFECTAR NEGATIVAMENTE los saldo fiscales totales y estructurales de la Nación vulnerando la regla fiscal.

1.3. RESPECTO A LA TERCERA CONTROVERSIA LITIGIOSA: Si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público era el competente para diseñar y expedir el programa de enajenación de las acciones de ISAGEN.

Lo usual es que recaiga en cabeza del Poder Ejecutivo del Estado la iniciativa legal para la disposición de gastos públicos. En el caso de Chile el manejo presupuestal está en cabeza del Presidente y el Congreso solo asume un papel de colaborador a partir de una Ley de Presupuestos que incluya tanto la estimación de ingresos como de gastos⁷. En Perú, el Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos, con excepción a los relacionados con su propio presupuesto. Sin embargo, en la creación y eliminación de ingresos, tanto en Perú como en Chile el Congreso tiene papel importante y central.

En Colombia, salvo por la creación de impuestos, el poder que sobre los ingresos fiscales tiene el Congreso se limitaba a posibles modificaciones en el Plan de Inversiones Públicas⁸, siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero, por ello cabría afirmar que, además de tener la iniciativa en el gasto, el Gobierno tenía la iniciativa en la definición de los ingresos diferentes a los impuestos⁹, sin embargo, a partir de la vigencia del Acto legislativo No. 3 de 2011 y la Ley 1473 de 2011, el proceder del Gobierno tiene un nuevo marco de referencia para su proceder, como lo es el criterio de sostenibilidad fiscal y la regla fiscal. A partir de estas valiosas normas del 2011, el Gobierno no puede eliminar a su arbitrio y de manera inconsulta ingresos del Presupuesto General de la Nación ignorando el **criterio de Coherencia** definido en el artículo 4 de la Ley 1473 de 2011

⁷ Granados, Larrain, S., Larrain, F. y J. Rodríguez (2010), "Planificación y presupuesto como herramienta de política pública", publicado en www.reformadelestado.cl

⁸ Artículo 341, Constitución Política.

⁹ Salvo en circunstancias descritas por el artículo 215 de la C.N.

según el cual “*El Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo, El Plan Financiero, el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, deben ser consistentes con la regla fiscal, contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo*”. Entonces, los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014 vulneran palmariamente el Criterio de Coherencia, pues en ninguno de los Planes citados en la Ley 1473 se menciona y/o analiza los dos hechos relevantes en este punto litigioso, como son:

i. La eliminación del ingreso de balance proveniente de los dividendos de ISAGEN¹⁰, y

ii. La eliminación en el Presupuesto General de la Nación del Activo representado por la participación accionaria de la Nación en ISAGEN, como confiesa el propio demandado¹¹, pues dejará de hacer unidad de caja en éste, cuando la enajenación de dicho activo se concrete, de conformidad con lo definido por los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014.

Dos temas concretos de gran trascendencia sobre el cual deberá pronunciarse de fondo el Honorable Consejo de Estado en su fallo sobre esta controversia.

“La regla fiscal es una limitación directa sobre el gasto estructural y se aplica al Gobierno Nacional Central.”¹², por eso no es de recibo el

10 De acuerdo con “Informe sobre Situación de las Finanzas de Estado en 2014” publicado en Julio de 2015 por la Contraloría General de la Nación en su recuadro 5.1, página 38 y de los hechos consignados en el expediente, se concluye sin espacio a dudas, que los dividendos que actualmente recibe la Nación por su participación accionaria en ISAGEN, hacen parte de los Ingresos Fiscales Totales y Estructurales de la Nación, a partir de los cuales se calcula el Balance Fiscal Total y Estructural definidos por la Ley 1473 de 2011 y que de venderse dicha participación, dichos ingresos desaparecerían para siempre afectando afectado las finanzas del Estado, tema central en este punto litigioso.

11 Ver página 12 del Recurso de Súplica contra el auto de 14 de mayo de 2015 por medio del cual se decreta medida cautelar, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Folio 175 del expediente. Según se lee: “...como lo señala certificación anexa por el Subdirector de Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desde el Gobierno Cesar Gaviria, se han enajenado más de 23 billones de pesos, todos los cuales se han hecho unidad de caja con el resto del Presupuesto General de la Nación. De esta forma, esta es el primer proceso de enajenación de propiedad accionaria de la Nación, cuyos recursos tienen una **destinación especial**...” (subrayado y negrilla fuera del texto). Es decir, los recursos provenientes de la enajenación de ISAGEN no harán unidad de caja con el resto del Presupuesto General de la Nación.

¹² Economía y Política, Análisis de la Coyuntura Legislativa (2011), No. 67, FEDESARROLLO. Página 6

argumento del demandado, según el cual la actual base normativa le permite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la venta de activos de la Nación de manera discrecional, pues las alternativas de vender o no vender no son indiferentes jurídicos a la luz del criterio de sostenibilidad fiscal vigente a partir de la inclusión en nuestra normatividad constitucional del Acto Legislativo No. 3 de 2011.

Adicionalmente, dentro del universo de los enunciados deónticos, “tu puedes” es tan significativo como “tú debes” o “tu no debes”, pero en este caso queda absolutamente claro que el “tu puedes” no tiene viabilidad ni fuerza normativa¹³ al estar limitado por la regla fiscal, norma nueva que debe tenerse en cuenta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y como en este caso eliminar del Presupuesto General de la Nación un ingreso como lo son los dividendos de ISAGEN, y un activo que hace unidad de caja en el mismo, se tiene desaparecer la discrecionalidad del Gobierno pues las alternativas de “vender” o “no vender” no son igualmente justas¹⁴,

Por lo anterior, en este caso “enajenar” o “no enajenar” la participación accionaria de la Nación en ISAGEN, no son indiferentes jurídicos por sus probados efectos en el balance fiscal total y estructural definidos por la ley 1473 de 2011, y por la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para diseñar y expedir el programa de enajenación de las acciones de ISAGEN, está supeditada a que éste cumpla cabalmente con el criterio de sostenibilidad fiscal establecido por el Acto Legislativo No.3 de 2011, así como por lo definido claramente por la Ley 1473 de 2011 respecto a salvaguardar los balances fiscales totales y estructurales, eventos que en ninguna parte del expediente aparecen probados, ni mucho menos considerados por el demandado, por lo que el Honorable Consejo de Estado deberá declarar nulos los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014 por sustracción de materia.

¹³ Frederick Schauer, *Las Reglas en Juego*, Marcial Pons, Madrid 2004, Págs 146-47. Citado por el propio demandado en folio 107.

¹⁴ Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T.I, Pág.458, Civitas, Madrid, 2001. Citado por el propio demandado en folio 107.

1.4. RESPECTO A LA CUARTA CONTROVERSIA LITIGIOSA: Si el Gobierno Nacional acató el procedimiento para la enajenación de activos accionarios, previsto en la ley, en especial, en la Ley 226 de 1995.

Se solicita que se declare la nulidad del Decreto 1609, por violar los artículos 6, 29, 83, 114, 123 y 209 de la Constitución Política, y 1, 6 y 8 de la Ley 226 de 1995.

El Decreto 1609 es nulo porque el programa de enajenación de la participación accionaria de la Nación en ISAGEN no fue presentado al Congreso de la República para su aprobación y para que ejerciera el control político, tal y como también lo establece el artículo 12 de la Ley 1473 de 2011 según el cual, "*El Gobierno Nacional, en junio de cada año, rendirá un informe detallado a las Comisiones Económicas del Congreso de la República, en el que se evalúe el cumplimiento de la regla fiscal del año inmediatamente anterior, contenida en el artículo 5 de la presente Ley*" (Subrayado y negrilla fuera del texto). La inexistencia en este proceso de dicho informe detallado a las Comisiones Económicas del Congreso de la República, donde además se considere la eliminación de ISAGEN como fuente de ingresos fiscales totales y estructurales y su eliminación como activo de la Nación brillan por su ausencia, por lo que los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014 adolecen de nulidad.

De otra parte, el informe de enajenación para conocimiento del Congreso tiene dos componentes:

1° El estudio del valor de la empresa a vender con las condiciones y naturaleza del mercado, rentabilidad de la empresa, apoyos del estado y valoración de activos y pasivos y demás.

2° Los estudios técnicos, que contienen el estudio de valor de la empresa y los estudios que justifican la necesidad o conveniencia de la venta como tal, los cuales son el soporte de la exposición de motivos que tendrá el acto de venta.

Estos estudios son la base del plan anual global de enajenación que debe entregarse al Congreso, es decir a cada cámara, al Senado y a la Cámara de Representantes, ese informe global debe incluir esos estudios de valor y los otros estudios técnicos que soportan la decisión. La radicación puede ser en la secretaria general de cada cámara pero siempre se debe dirigir al congreso y comunicarlo a todos los congresistas, no es suficiente con informarlo al secretario del congreso ni al presidente del congreso, pues debe ser informado a todos los congresistas que conforman el Honorable Congreso de la República.

El otro aspecto es que debe realizarse dentro de los 60 días de cada año, en este aspecto no es claro si debe ser todos los años o solo en el año que se inicia el proceso de enajenación de un activo.

Otro asunto a destacar es que los estudios del valor de ISAGEN para la venta se realizaron con posterioridad a febrero de 2013, por lo cual se puede pensar que el informe entregado al Congreso de la República no corresponde a la realidad, está viciado por carecer de actualidad, de pertinencia y de realidad. Además, el haber detenido la venta un año cambia los valores del proceso y estos cambios no han sido notificados en debida forma al Congreso de la República.

Por último, de los hechos sobrevinientes más relevantes en este proceso, está la flagrante violación de la Ley 226 DE 1995, que es clara al determinar en su en su ***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.” (Subrayado fuera del texto), y debido a que como lo declara el Demandado de que los recursos de la enajenación **no harán “...unidad de caja con el resto del Presupuesto General de la Nación. De esta firma, esta es el primer proceso de enajenación de propiedad accionaria de la Nación, cuyos recursos tienen destinación especial,...**”¹⁵ (Subrayado fuera del texto), evento fiscal que no fue puesto a consideración del Congreso de la República. Evento que vulnera la Ley Orgánica del Presupuesto General de la Nación por no ser puesto a consideración del Congreso. Evento que vulnera el principio de publicidad exigido para la determinación del Presupuesto General de la Nación. Evento definido en último momento por el Demandado y contradicho por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado al afirmar¹⁶:

“En ese sentido, es de advertir que la enajenación de las acciones de ISAGEN por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no comporta de ninguna manera una afectación al patrimonio público, siempre y cuando el recurso del balance en que se constituye el producto de la enajenación, se incorpore en el presupuesto al cual pertenece el Ministerio para cumplir con los planes de desarrollo, es decir, no existe un (sic) afectación del patrimonio público siempre y cuando los recursos provenientes de la enajenación de las acciones de ISAGEN ingresen al presupuesto para cumplir con los planes de desarrollo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

De lo que se desprende que si, como está demostrado, los recursos de la enajenación de ISAGEN no ingresarán al Presupuesto General de la Nación, como abiertamente lo reconoce el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su Recurso de Súplica, estaríamos en una clara afectación del

¹⁵ Ver párrafo siete de la segunda columna del Folio 175 de expediente y página 12 del Recurso de Súplica contra auto de 14 de Mayo de 2015 por medio del cual se decreta medida cautelar, presentado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

¹⁶ Folio 160 del expediente, página 5 del Recurso de Súplica presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado contra auto de 14 de mayo de 2015, por el cual se decreta una medida cautelar.

patrimonio público, nunca puesto a consideración del Congreso, ni de ninguna otra instancia, salvo ahora en estos alegatos dentro del presente proceso de nulidad ante el Honorable Consejo de Estado, el cual en su sabiduría deberá definir de fondo sobre un hecho tan delicado tanto para la forma como para el fondo del manejo presupuestal de la Nación, declarando la nulidad de los Decretos 1609 y 2013 de 2013 y 1512 de 2014.

Todos estos hechos, que fueron premeditadamente ignorados por el Demandado, constituyen graves e irremediables vicios de forma que conducen inequívocamente a la declaración de nulidad de los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014.

1.5. RESPECTO A LA QUINTA CONTROVERSIA LITIGIOSA: Si el artículo 8 del Decreto 1609 estableció limitaciones no autorizadas frente a los destinatarios de condiciones especiales, en detrimento de los principios de democratización y preferencia, establecidos en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226.

En cuanto a este hecho litigioso, el acervo probatorio fundamenta las siguientes razones por la cuales los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014 son nulos:

- i. El Gobierno Usurpó funciones del Congreso de la República al consignar limitaciones no permitidas por la Constitución y Ley. (Ver artículo 14 de la Ley 226 de 1995 y Sentencia de la Corte Constitucional C- 384 de 1996).
- ii. Para los trabajadores, ex trabajadores y pensionados de ISAGEN S.A. E.S.P. diferentes a su personal Directivo y para el sector solidario, la ley 226 de 1995 no impuso ninguna restricción. El decreto impuso restricciones al Sector Laboral de ISAGEN en los Artículos 8, numerales 8.2.1, 8.2.2 Y 8.2.3, respecto de monto de patrimonio e ingresos y en el artículo 9, numeral 9.4.2. para el sector solidario, poniéndole trabas ilegales a la Democratización.

iii. La constitución exige condiciones especiales para el Sector Laboral de ISAGEN y el Sector Solidario. El decreto no otorgó condiciones económicas ni jurídicas especiales., que favorecieran el acceso efectivo a las acciones.

iv. Contrario al espíritu de Ley 226, el Decreto 1609 de 2013 acusado, estableció condiciones más gravosas para los destinatarios protegidos por la constitución. (Ver Artículo 5º. Numeral 5.1. del Reglamento de la 1ª. Fase)

v. El. Art. 5 del Reglamento de la 1ª. Fase, numeral 5.18, impuso condiciones innecesarias y exorbitantes para que el Sector Laboral y Solidario pudieran escoger su representante ante ISAGEN, en el evento de que logran adquirir más del 50% de las acciones. El incumplimiento a esta limitación acarrea la pérdidas de las acciones con sanciones que van desde un 25% a un 100%. Tal limitación no existe respecto del “tercero estratégico”, las multinacionales precalificadas.

vi. El decreto 1609 de 2013 no garantiza la continuidad del servicio y permite el retiro del Tercero estratégico en sus componentes de Experto en Energía e Inversor capitalista después de solo 2 años.

vii. El Acto Administrativo demandado transgredió sustancialmente el párrafo del artículo 7 de la ley 226 de 1995, al volver un requisito meramente formal el análisis del Defensor del Pueblo en Defensa de la Transparencia del Proceso y estudio de conveniencia socio económico impuesto al Consejo de Ministros, toda vez que ambos trámites se surtieron en un día, entre el 29 de julio y el 30 de julio de 2013.

viii. Normas Violadas sobre esta materia: Constitución Política Artículos 26 Superior en armonía con el Parágrafo del Artículo 7 L. 226 de 1995, Artículo 60 Superior desarrollado en misma Ley 226/95, en general, y en especial, pero no exclusivamente, en sus artículos 3, 4, 5, 7 y 14 y todos los referentes a la libre concurrencia y competitividad, y los Cánones constitucionales 334 y concordantes.

1.6. RESPECTO A LA SEXTA CONTROVERSIA LITIGIOSA: Si fue legal el procedimiento para ajustar el precio de la acción de ISAGEN inicialmente establecido por el Decreto 2316 y si, además, ese ajuste desconoce los derechos de los destinatarios de condiciones especiales.

El método de valoración utilizado por el consorcio encabezado por Inverlink S.A. consistió en traer a valor presente neto los Flujos de Caja Libre proyectados utilizando una tasa de descuento denominada WACC (Weighted Average Cost of Capital). WACC (Weighted Average Cost of Capital).

Sin embargo, este método tradicional es impreciso y por ello actualmente se usa una metodología más precisa y dinámica de valoración como lo es la metodología de Rolling WACC que consiste en determinar el WACC de cada periodo de proyección con base en la evolución de la composición de las fuentes¹⁷.

La metodología de Rolling WACC es dinámica y relaciona de manera interactiva los estados financieros correspondientes a Estado de Resultados, Balance General y Flujo de Fondos. Los déficit de caja se corrigen con créditos transitorios que generan intereses a tasa activa, en tanto que sobre los excedentes de caja se generan rendimientos financieros a una tasa pasiva.

Adicionalmente, como hecho sobreviniente, se debe tener en cuenta el aumento del precio en pesos del dólar americano en cerca de un sesenta por ciento (60%) desde agosto del año pasado y de casi treinta por ciento (30%) desde mayo 14 pasado, evento no considerado en el modelo tradicional de valoración para el precio definido hasta el momento, haciendo obligatorio una revisión del precio base en pesos, pues la devaluación ha significado un gran descuento en dólares para cualquier inversionista internacionales interesado, en detrimento de cualquier interesado nacional que debiera pagar en pesos, generando un desequilibrio en contra de este último.

Por no haberse considerado la metodología de Rolling WACC se va afectar negativamente las finanzas públicas de la Nación, y esto último hace parte

¹⁷ Ver SANDOVAL TORRES, Rubens Héctor Darío, "Efecto del Desarrollo del Proyecto Central Hidroeléctrica Sogamoso en los resultados y valor de ISAGEN S.A. ESP". Universidad ICESI, Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas, Maestría en Administración, Cali 2010.

central del objeto litigioso fundamental definido en el auto derivado de la Audiencia Pública del pasado 8 de julio de 2015, por lo que debe por lo menos descartar el resultado de nuevo precio mediante esta metodología, so pena de incurrir en una omisión técnica que acarrearía detrimento patrimonial para la Nación, razón por la cual se debe considerar nulos los Decretos 1609 y 2316 de 2013 y 1512 de 2014.

Respetuosamente,

JOSE ROBERTO ACOSTA RAMOS
C.C. No. 79.487.813 de Bogotá D.C.
T.P. No. 70177 del C. S. de la J.