

Bogotá D.C. 8 de noviembre de 2016

Honorables Concejales

PLENARIA

Concejo de Bogotá
Ciudad.

*Ref: **CONSTANCIA VOTO NEGATIVO.**
Observaciones jurídicas y de conveniencia
al texto definitivo de los proyecto de Acuerdo
No. 473 de 2016*

1

Respetados Colegas.

Hemos sido convocados a la sesión plenaria del día de hoy con el fin de iniciar el segundo debate al **proyecto de Acuerdo No. 473 de 2016** “*Por medio del cual se autoriza a Bogotá Distrito Capital a enajenar una participación accionaria en la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. a través de un Programa de Democratización*”, al respecto me permito efectuar las siguientes consideraciones:

1. Lo primero que debo señalar en mi condición de vocera de la Bancada del Partido Liberal es anunciar a la plenaria la decisión adoptada por los integrantes de la misma, después de sendas reuniones realizadas el 4 y 27 de octubre. En dichas reuniones se dio a conocer el criterio individual de cada integrante frente a los tres proyectos de acuerdo presentados por la administración para las sesiones extraordinarias, así: H.C. LUZ MARINA GORDILLO, GERMAN GARCIA, HORACIO JOSE SERPA y JORGE DURAN, manifiestan su apoyo afirmativo a estas iniciativas y piden dejar en libertad para votar. En lo personal, manifesté en dichas reuniones que aún no tenía una posición definida por cuanto estaba estudiando el tema; hoy ya la tengo y paso a explicarla.

2. Esta corporación de tiempo atrás, en diferentes administraciones, se ha ocupado de estudiar iniciativas similares a la contenida en el proyecto de Acuerdo No. 473 de 2016. De hecho parte de mi demora para fijar una posición radicó en el estudio de las actas de sesiones de hace 20 años, es decir, de 1996, cuando este cabildo se ocupó de temas similares y allí están consignados los argumentos jurídicos que fueron válidos en su momento y que siguen siendo pertinentes en la actualidad, básicamente porque el marco normativo no ha cambiado; ni la Constitución Política de 1991, en su artículo 60, ni la Ley 226 de 1995, que reglamenta la materia han sufrido cambio alguno hasta la fecha.
3. En cumplimiento de la función normativa asignada a esta Corporación, es necesario recordar que dos elementos de análisis deben estar presentes durante el estudio y votación de todo proyecto de acuerdo; **1) el jurídico**, que busca asegurar que la iniciativa (acto administrativo complejo) se ajuste en todo a la Constitución, la Ley y los Acuerdos expedidos por la ciudad, en virtud de los principios de responsabilidad y legalidad que deben orientar las actuaciones de todo servidor público, y **2) la conveniencia**; referida a las bondades que dicha iniciativa genera para la ciudad.
4. Frente al primer elemento de análisis, el jurídico; debo recordar que los procesos de enajenación accionaria en Colombia tienen un marco jurídico que nace del artículo 60 de la Carta Política y se desarrolla por el legislador a través de la Ley 226 de 1995, normas que fijan con precisión el objeto y procedimiento de dicho trámite, contenidas de manera especial en los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 y 17 de la señalada ley.
5. En 1996, cuando se tramitaba en este cabildo la iniciativa de la administración Mockus para enajenar la ETB, acudí al maestro LUIS CARLOS SACHICA para que me rindiera un concepto jurídico sobre la manera de interpretar y aplicar la Ley a nivel del Concejo de Bogotá, el cual, básicamente señala lo siguiente:

Comisión Segunda de Gobierno - Acta No.111
Cinta Magnetofónica No.011 -TB- -ES- -MM-

En efecto en la Ley 226 encontramos que:

a) El Artículo 6o. dispone que el gobierno decidirá en cada caso la enajenación de la propiedad accionaria adoptando un programa de enajenación diseñado para cada evento en particular, atando la decisión a lo otro; el programa que debe haber sido adoptado sin que la decisión pueda considerarse perfeccionada cuando no va acompañada del simultáneo plan de enajenación. El tiempo verbal empleado, el gerundio "adoptando", confirma esta interpretación.

b) De acuerdo con este mismo artículo, el programa tiene que sujetarse a las disposiciones contenidas en esta ley, requisito de fondo y de forma, que no se puede obviar, puesto que el Artículo 17 reitera que para el caso de las entidades territoriales en forma imperativa que sus decisiones de enajenación se regirán por las disposiciones de esta ley sin que queden exceptuadas de ninguna de sus prescripciones, pues lo único que admite dicho artículo es una adaptación de tales reglas a la organización y funcionamiento del ente territorial respectivo.

Los Artículos 7, 8, 10, 12, 13, 14 y 16 de la Ley 226, se ocupan en detalle del programa así: el 7o. señala a quien corresponde diseñar el programa y como se elabora; el 8o. fija su trámite; el 10 determina su contenido; el 11 establece las condiciones de la enajenación; el 12, el 13 y el 14 establecen algunas restricciones a la enajenación; y el 16 añade condiciones.

d) El artículo 7o. y el parágrafo del 8o. señalan como contenido esencial del plan, la determinación del valor de cada enajenación en el primero, y los avalúos preliminares respectivos en el segundo.

e) De lo anterior se desprende que el procedimiento para estas enajenaciones configura un acto administrativo complejo, integrado por la decisión gubernamental de enajenar acompañada del plan respectivo, que incluye necesariamente los avalúos que exige la ley como elemento esencial del programa de una parte y de otra la autorización del

Comisión Segunda de Gobierno - Acta No.111
Cinta Magnetofónica No.011 -TB- -ES- -MM-

Concejo Distrital, que perfecciona aquella decisión,

f) La enajenación accionaria en consecuencia no puede efectuarse válidamente, si falta uno cualquiera de los 2 elementos de la actuación o procedimiento administrativo, regulado así por la Ley 226.

g) El Concejo Distrital por tanto, pongan atención, tampoco puede autorizar enajenaciones de esta clase, si el gobierno distrital no ha cumplido la obligación legal de presentar oportunamente el plan.

h) Esta exigencia a la Ley 226, no es un capricho o una formalidad sin sentido, nótese que el Inciso 2o. del párrafo del Artículo 7o. ordena enviar copia del diseño del programa a la Defensoría del Pueblo para que si así lo estima indispensable tome las medidas conducentes para garantizar la transparencia del mismo. Lo que significa que se requiere un control tutelar de los intereses de la Administración y de los que quienes tienen el derecho a la preferencia para adquirir las acciones estatales en venta, de conformidad con el Artículo 3o. concordante con el Artículo 60 de la Constitución, así como la libre concurrencia reconocida en el Artículo 2o. a fin de promover la masiva participación de la propiedad accionaria.

i) En el mismo sentido la Ley 226 incluye todo un capítulo para dictar en los Artículos 14, 15 y 16 que lo integran, medidas para garantizar la democratización de la propiedad accionaria.

j) Fácil sería burlar la preferencia reconocida por la ley a sectores sociales especiales, y el proyecto de democratización accionaria si se pudiera omitir la presentación del plan, lo que deja ver que ha sido establecido, no solo en favor de la administración misma, sino también de terceros directamente interesados en la enajenación de que se trata.

k) Además la obligación legal del Distrito, oírgase bien de presentar el plan en el lapso señalado por la Ley 226, responde a la necesidad legal de obtener la autorización

Comisión Segunda de Gobierno - Acta No.111
Cinta Magnetofónica No.011 -TB- -ES- -MM-

válidamente otorgada por el Concejo Distrital, que no tendrá tales efectos, en su cabal sentido si no se traduce en un acto de esta Corporación debidamente motivado, ya que como se vió, no es facultad discrecional sino por el contrario regida y detalladamente arreglada por la Ley 226 a que se deja expresa constancia en la presentación del plan en tiempo oportuno, y del hecho de que contiene sus elementos esenciales, entre los cuales los avalúos que le han permitido adoptar una resolución racional, bien fundada y ajustada a la ley.

Presentación del plan y autorización razonada que de otro lado le facilitan al Concejo practicar el control que sobre la gestión administrativa del Gobierno Distrital constitucionalmente le competen, en orden a verificar el respeto a la decisión de enajenadas y perfeccionadas. Así las cosas, no es válido legalmente el trámite de una de estas autorizaciones, cuando falta el plan prescrito por la Ley 226, y Ésto es también incuestionable, si la presentación del plan al Concejo no se efectuó de acuerdo con el párrafo del Artículo 8o. o sea, durante los primeros 60 días del año, disposición que no requiere adecuación alguna del régimen legal al caso de las entidades territoriales, porque se trata de un término absoluto, independiente del calendario de sesiones de las corporaciones de elección popular que deben intervenir en estas actuaciones.

En esta forma se permitió rendir un concepto a solicitud mía el doctor Luis Carlos Sàchica Aponte, que considero es una autoridad en la materia, y que todos quienes fuimos sus alumnos, que tuvimos esa fortuna, personalmente nos quitamos el sombrero ante semejante autoridad. No quiero ni mucho menos demeritar, el concepto que ha emitido un abogado llamado Juan Pablo Cárdenas, que no conozco pero a mí me parece que este es un argumento de una autoridad y que como tal, debe ser acatado por el Concejo; èl es una persona que fue Consejero de Estado, que fue Presidente del Consejo de Estado, que fue Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que hizo parte de la Sala Constitucional de la Corte en ese entonces, es una persona que permanentemente está actualizada en sus libros de derecho constitucional y teoría general del Estado, que es conferencista en varias universidades sobre propiedad accionaria.

6. En síntesis, a diferencia de lo que argumenta y expone la administración, tanto en este caso como en la venta de las acciones de ETB, no se ha dado cumplimiento al requisito legal establecido en el parágrafo del artículo 8 de la ley 226 de 1995, que señala: “...Parágrafo.- El plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos, debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año....”, requisito esencial para configurar el acto administrativo complejo en curso, como ha quedado claramente explicado en el anterior concepto del doctor SACHICA.
7. Y ello, se complementa con la teoría de la ciencia administrativa que distingue sin duda alguna las diferencias y alcances entre PLAN, PROGRAMA y PROYECTO. Al respecto es claro, que mientras un **PLAN** define a grandes rasgos las ideas que van a orientar y condicionar el resto de niveles de planificación, en la medida que determina prioridades y criterios de nivel estratégico, el **PROGRAMA** se caracteriza por concretar los objetivos y temas que se exponen en el plan, teniendo como marco un tiempo más reducido, representa la especificación de fines y la concreción de recursos.
8. Por tal motivo, mal podría pretender la administración que el Concejo de Bogotá autorice, primero, la enajenación de acciones a cuenta gotas de diferentes participaciones estatales, sin conocer previamente el PLAN de la administración frente al tema para su periodo de gobierno, el cual debe presentarse durante los primeros 60 días del año.
9. Esto se corrobora con lo efectuado por el Gobierno Nacional al respecto. En cumplimiento de dicho deber legal el Ministro de Hacienda y Crédito Público el 28 de febrero de 2013, radicó ante el Congreso de la República – Presidencia de Senado y Cámara de Representantes – el Plan de Enajenación de Capital para la vigencia 2013, y solo con posterioridad a ello, procedió a dar cumplimiento a los demás requisitos establecidos por el legislador para realizar las enajenaciones previstas, a saber; generar un programa específico para cada caso, remitirlo a conocimiento de la defensoría del pueblo y aprobarlo por decreto presidencial, como se muestra a continuación:

6

“PLAN” DE ENAJENACION ANUAL 2013.

6.6

Bogotá D.C.,

Honorable Representante
AUGUSTO POSADA

Presidente

CÁMARA DE REPRESENTANTES

Ed. Nuevo del Congreso: Carrera 7 N° 8 - 68

Bogotá D.C.

Colombia

Tel: 3823000

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
Numero Radicacion:2-2013-006773
Fecha Radicacion: 28 Feb 2013 16:39:10
Destino:294-CAMARA DE REPRESENTANTES
Origen:SUBDIRECCION DE BANCA DE INVERSION
No.Folios:1 No. Anexos:5

Asunto: Plan de Enajenación de Inversiones de Capital 2013

Honorable Representante:

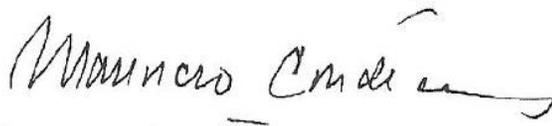
En cumplimiento de lo previsto en el parágrafo del artículo 8° de la ley 226 de 1995, según el cual "el plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos, debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año", de la manera más atenta remito la información correspondiente al asunto en referencia.

7

La lista que se remite y los valores de los avalúos preliminares que se relacionan en el anexo, fueron suministrados por cada uno de los Ministerios del ramo.

Quedamos atentos a resolver cualquier inquietud sobre el alcance y el contenido del Plan Anual de Enajenación para la vigencia 2013.

Cordial saludo,


MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARIA
Ministro de Hacienda y Crédito Público

Anexos: Lo enunciado en cinco (5) folios.

APROBÓ *Ch* *Sel.* *Pct* María Fernanda Suárez / Luis Arango / Paulo Cárdenas
ELABORÓ *Ch* *Sel.* *Pct* Marcela Gómez / Sergio Pineros

"PROGRAMA" DE ENAGENACION ISAGEN -
Defensoría del Pueblo

Bogotá D.C.

Doctor
JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ
Defensor del Pueblo
Defensoría del Pueblo
Calle 55 10 – 32
Bogotá - Cundinamarca
Colombia
(+57) 1 3147300

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO
Número Radicación: 2-2013-026754
Fecha Radicación: 29 Jul 2013 12:59
Destino: DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Origen: DESPACHO DEL MINISTRO
No. Folios: 1 No. Anexos: 91



Asunto: *Diseño del Programa de Enajenación de la Participación Accionaria de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN S.A. E.S.P. // Artículo 7 Ley 226*

Respetado doctor Otálora:

Teniendo en cuenta las directrices contenidas en el Documento CONPES 3281 del 19 de abril de 2004, mediante el cual se recomendó al Gobierno Nacional adoptar la estrategia de enajenación y aprovechamiento de activos públicos allí prevista, el Gobierno Nacional incluyó dentro del plan anual de enajenación presentado al Congreso de la República en el año 2013 la enajenación de la participación accionaria de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en ISAGEN S.A. E.S.P. en cumplimiento de lo previsto en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 226 de 1995.

De conformidad con lo anterior, los suscritos Mauricio Cárdenas Santamaría, Ministro de Hacienda y Crédito Público y Federico Rengifo Vélez, Ministro de Minas y Energía, remitimos para lo de su competencia los borradores del proyecto de decreto del programa de enajenación de ISAGEN S.A. E.S.P. y de los reglamentos de primera y segunda etapa de dicho proceso en los cuales se encuentra contenido el diseño del programa de enajenación, atendiendo lo previsto en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 226 de 1995.

Cordialmente,

MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA
Ministro de Hacienda y Crédito Público

FEDERICO RENGIFO VÉLEZ
Ministro de Minas y Energía

Anexos: *borradores del proyecto decreto del programa de enajenación de ISAGEN S.A. E.S.P. y de los reglamentos de primera y segunda etapa de dicho proceso*
APROBÓ: Claudia González/German Quintero
ELABORÓ: Pablo Cárdenas/Victoria Silva

APROBACION DEL
“PROGRAMA” DE ENAJENACION DE ISAGEN

REPÚBLICA DE COLOMBIA


Libertad y Orden

SECRETARÍA JURÍDICA

Devich

Marobla C

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

DECRETO 1609

(30 JUL 2013)

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.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política y el Artículo 6 de la Ley 226 de 1995,

CONSIDERANDO

9

10. Como queda demostrado, el orden definido por el legislador para adelantar cualquier tipo de enajenación de la propiedad accionaria estatal, parte de la elaboración de un **Plan de enajenación anual en forma global** con sus avalúos preliminares respectivos, debe ser presentado durante los primeros 60 días del año, el cual define a grandes rasgos las ideas que van a orientar y condicionar el resto de niveles de planificación, en la medida que determina prioridades y criterios de nivel estratégico. Luego corresponde con ello, diseñar el **programa de enajenación respectivo**, con base en estudios técnicos correspondientes, el cual se enviará copia a la Defensoría del Pueblo, que será presentado a consideración, en este caso, del Consejo de Gobierno, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación.
11. Todo lo anterior se contradice con lo querido y expresado por la administración, tanto en la exposición de motivos del proyecto como en las explicaciones dadas por la misma, a través de sus diferentes funcionarios en los debates de comisión, se observa que

frente al trámite de la iniciativa se construyó un orden diferente y contrario a la ley, así:

“...La Ley 226 de 1995 organiza cronológicamente el procedimiento de enajenación de propiedad accionaria en cuatro fases:

- a) **Decidir/autorizar** enajenar un activo específico;
- b) *Elaborar un programa de enajenación;*
- c) *Aprobar y adoptar el programa de enajenación;*
- d) **Difundir del plan de enajenación** y ejecución del programa de enajenación que deberá organizarse, por lo menos en dos etapas, siendo la primera de ellas, la correspondiente a la oferta a los destinatarios de condiciones especiales, denominados comúnmente como “sector solidario”....”

12. Adicionalmente a lo anterior, en materia jurídica también surge el tema del IMPACTO FISCAL, de la Ley 819 de 2003, pues pese a que en la exposición de motivos del proyecto se dice:

*“...Como conclusión general, se considera que **la iniciativa no tiene impacto fiscal significativo**, que amerite fuentes adicionales para sustituir el ingreso por dividendos, toda vez que con la implementación de la estrategia adoptada por EEB S.A. E.S.P. y la adopción de las mejores prácticas de gobierno corporativo se espera que en el mediano y en el largo plazo las utilidades de la misma aumenten y en esa medida se maximicen el flujo de dividendos futuros. De otra parte, tal y como se evidenció anteriormente, las inversiones y las obras que realice el Distrito Capital generarán un crecimiento económico para la ciudad, y en consecuencia, efectos positivos en el recaudo tributario...”*

13. No obstante, es absolutamente claro que el Marco Fiscal de Mediano Plazo es uno SI se aprueba la venta de acciones de la EEB y otro muy diferente si NO se aprueba la venta. En la actualidad debe existir un Marco Fiscal de Mediano Plazo, aprobado conformidad al artículo 5° de la Ley 819 de 2003, el cual debe modificarse necesariamente de aprobarse el presente proyecto de acuerdo. Por lo tanto, el impacto fiscal de que trata el artículo 7° de la Ley debe contemplar y especificar los cambios al Marco Fiscal de Mediano Plazo, los cuales NO se están contemplando en la exposición de motivos.

14. Un último argumento frente al análisis jurídico, es el referido a la competencia del Concejo de Bogotá para autorizar recursos destinados a ejecutar obras sobre terrenos que gozan de protección jurídica frente a su uso.

15. En efecto, del conjunto de las ocho (8) obras que piensan financiarse con los recursos de la venta del 20% de la EEB, existen algunas cuyos trazados, aún preliminares, y ejecución futura están sobre terrenos que hoy gozan de una protección especial de carácter ambiental, denominada “**Reserva Thomas Van der Hammen**”. En mi modesto criterio, esta corporación carece de la competencia para destinar y apropiar recursos para obras que modifican el uso del suelo, sin tener la competencia para ello, pues dichos terrenos gozan de una limitación a la propiedad, protección a la fecha vigente.
16. Ahora en lo referente al criterio de la CONVENIENCIA, es claro que este proyecto, en mi criterio, tiene una gran falencia, que lo hacen inconveniente en el momento actual.
17. Para nadie es extraño ni desconocido, incluso la misma administración, la profunda crisis financiera por la que atraviesa la empresa TRANSMILENIO. Aquí demostré que durante los cuatro años por cuenta de la mala implementación del SITP, la ciudad perdió más de \$1.8 billones de pesos. El Fondo de Estabilización Tarifaria FET, que es el instrumento a través del cual la ciudad le gira a TRANSMILENIO los recursos para compensar las pérdidas de la empresa ha girado durante el presente año \$470 mil millones con corte a 30 de septiembre. Es decir la pérdida de solo este año va a ser superior al medio billón de pesos. Reconocemos que la actual administración no es la causante del problema y que se encuentra trabajando en búsqueda de soluciones. Pero la ciudad aún no conoce un plan de salvamento en el que se vislumbre un mejor futuro para TRANSMILENIO. Por lo tanto sacar recursos de una empresa boyante y fuerte financieramente, tal y como se ha demostrado es la EEB para invertir en troncales de TRANSMILENIO. NO SE PUEDE APROBAR, sería una irresponsabilidad total por parte de esta Corporación.
18. Finalmente, conforme lo expresó el pasado 24 de octubre nuestro ilustre Director del Partido Liberal, Senador HORACIO SERPA, es importante preguntarse si “**¿Seguimos invirtiendo en infraestructura vial, o salvamos vidas de colombianos?**”¹, interrogante vigente a nivel distrital, pues es claro que la Reforma al Sector Salud, no ha resuelto la crisis que pretendió resolver, pero sí

¹ <https://www.partidoliberal.org.co/vernoticia.php?idvar=778>

queremos hoy continuar privilegiando la infraestructura vial, como en este caso.

19. Por lo anterior, y en especial por lo previsto en los artículos 6, 121 y 133 de la Carta Política², el artículo 34 de la Ley 734 de 2002 dejo constancia sobre las razones de carácter jurídico y de conveniencia por las cuales no puedo acompañar el proyecto de Acuerdo No. 473 de 2016, manifestando mi **VOTO NEGATIVO** a esta iniciativa.

Cordialmente.

MARIA VICTORIA VARGAS SILVA
Concejal de Bogotá.

12

² Carta Política de 1991. ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

ARTICULO 133. Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura