



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Édgar González López

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Interna: 11001-03-06-000-2018-00235-00

Número Único: 2407

Referencia: Democratización de la propiedad accionaria del Estado. Empresas domiciliadas en el exterior.

El Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a la Sala con el propósito de que se precise el concepto No. 2314 del 15 de diciembre de 2016, con relación a la autorización que requiere Empresas Públicas de Medellín (EPM) E.S.P. para llevar a cabo inversiones de sociedades en el exterior y disponer luego ellas.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta se presentaron a la Sala las siguientes consideraciones:

1. En el concepto No. 2314 del 15 de diciembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado respondió el siguiente interrogante:

“1. ¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?”

No. En virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de participación accionaria estatal en empresas que se encuentran domiciliadas en el extranjero.

En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate”.

2. Empresas Públicas de Medellín (EPM) fue creada en el año de 1955 como establecimiento público autónomo. Posteriormente se transformó en empresa industrial y comercial del Estado. Su único propietario es el municipio de Medellín.

Además de las normas que le resultan aplicables por su naturaleza jurídica, la compañía se encuentra sujeta a la Ley 142 de 1994.

3. Con el propósito de superar la contingencia que enfrenta por lo sucedido con el proyecto Hidroituango, la Junta directiva de EPM autorizó la venta de algunas inversiones en Colombia y en el exterior. En consecuencia, el Alcalde de Medellín presentó ante el Concejo de la ciudad el Proyecto de Acuerdo 150 de 2018, "Por medio del cual se autoriza la enajenación de unas participaciones accionarias", entre las que se encuentran las acciones que EPM tiene en Interconexión Eléctrica S.A E.S.P. (ISA), Hidroeléctrica del Río Aures S.A E.S.P. y otras.

La solicitud de autorización obedece al cumplimiento del procedimiento consagrado en la Ley 226 de 1995, para la venta de la participación accionaria estatal en Colombia.

4. En el desarrollo de los debates realizados al interior del Concejo de Medellín surgió la discusión sobre si era aplicable o no el procedimiento consagrado en la Ley 226 de 1995 a la venta de las participaciones accionarias que EPM proyecta realizar sobre tres sociedades propiedad de la compañía, constituidas y domiciliadas en Chile.

Las compañías que EPM tiene pensado vender en el exterior son: i) Parque Eólico Los Cururos Ltda., EPM Transmisión Chile S.A. y Aguas de Antofagasta S.A., todas ellas sociedades chilenas, cuya enajenación se llevará a cabo a través de los vehículos de inversión constituidos de tiempo atrás en ese país por EPM, y que son también sociedades constituidas y domiciliadas en Chile.

En efecto, de acuerdo con lo manifestado a la Sala, la Junta Directiva de EPM aprobó que las inversiones que la compañía posee en Chile sean enajenadas con el propósito de obtener liquidez para hacer frente a la contingencia del Proyecto Ituango.

Las inversiones de EPM en el país austral se instrumentan por medio de la participación que la propia EPM y la sociedad EPM Inversiones S.A. (sociedad de economía mixta, constituida y domiciliada en Colombia, en la que EPM tiene el 99,999% de su capital) tienen en EPM Chile S.A. en los negocios de energía y gas.

EPM Chile S.A. fue constituida el 22 de febrero de 2013 en Chile, y está domiciliada en la capital del país. Su creación se adelantó conforme a la legislación chilena para que a través de ella se adquirieran las sociedades Parque Eólico El Pacífico S.A y

Parque Eólico La Cebada S.A., también chilenas. Ambas sociedades se fusionaron el 16 de abril de 2013 siendo la absorbente la primera de ellas, y modificándose su razón social por la de "Parque Eólico Los Cururos Ltda".

Dando cumplimiento a una obligación de carácter legal en Chile, el 2 de febrero de 2017 los accionistas de Parque Eólico Los Cururos Ltda. (EPM Inversiones S.A. y EPM Chile S.A.) acordaron escindir el patrimonio de la sociedad, de manera que los activos de generación de energía quedaran separados de los activos de transmisión, creando una nueva compañía denominada EPM transmisión Chile S.A. (constituida y domiciliada en ese país) . Como resultado de esta división, la nueva empresa, EPM Transmisión Chile S.A., quedó con los activos de transmisión, relacionados con la subestación; y la sociedad Parque Eólico Los Cururos Ltda. quedó con los activos relacionados con la generación de energía de ese país. Las dos sociedades quedaron con idéntica composición accionaria.

De otra parte, en el año 2014 las sociedades chilenas "Inversiones Punta de Rieles Limitada" y "Antofagasta Railway Company P.LC", accionistas de Aguas de Antofagasta S.A. (ADASA), iniciaron un proceso competitivo para vender sus acciones en dicha sociedad, dedicada a la producción y distribución de agua potable, la recolección de aguas servidas, y el tratamiento y disposición de aguas servidas. En el proceso de venta participó EPM, quien para el efecto construyó unos vehículos adicionales de inversión, y resultó ganadora. De esta suerte, el 23 de abril de 2015 suscribió un contrato de compraventa de acciones entre los entonces accionistas de ADASA y los vehículos constituidos por EPM para esta inversión. Actualmente, son accionistas de ADASA: i) la sociedad subsidiaria de EPM "Inversiones y Asesorías South Water Services SpA" quien posee una participación accionaria del 98,9% en ADASA y ii) la filial EPM Chile S.A. propietaria del 1.1% de las acciones de ADASA.

En el caso de que se lleven a cabo las desinversiones proyectadas en Chile, el paquete accionario mayoritario de las sociedades no se enajenaría directamente por EPM, sino a través de las compañías chilenas propietarias de acciones, así:

(i) Las de Parque Eólico Los Cururos Ltda. y EPM Transmisión Chile S.A., por EPM Chile S.A.;

(ii) Las de ADASA S.A. por EPM Chile S.A., o por Inversiones y Asesorías South Water Services SpA, dependiendo de dónde se dé la mayor eficiencia financiera y tributaria en la operación.

Como puede observarse, según EPM, se trata de una enajenación que realizarían unas compañías constituidas y domiciliadas en Chile para ser titulares de las inversiones operativas en los negocios de aguas y energía en ese país, y regidas por las leyes del mismo. Si bien es la Junta Directiva de EPM la que ha impartido la

autorización general para llevar a cabo las desinversiones que ahora se proyectan, será el órgano estatutario de cada una de las sociedades vendedoras – EPM Chile S.A e Inversiones y Asesorías South Water Services SpA- los que tomen la respectiva decisión corporativa requerida por las normas chilenas para disponer de las acciones de las sociedades operativas en venta.

4.1. Frente al debate suscitado en el Concejo, la Personería de Medellín señaló que “[e]n el caso de la enajenación de acciones de propiedad de EPM en el extranjero no se aplica la Ley 226 de 1995, toda vez que por aplicación de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad consagrados en la Carta Política no sería oponible en territorios extranjeros, este precepto concordado con el concepto emitido por el Consejo de Estado ya mencionado”.

Asimismo, recomendó consultar a órganos consultivos como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

4.2. Por su parte, el municipio de Medellín y EPM concuerdan con el Consejo de Estado en el sentido de que a la luz de los principios de territorialidad de las leyes, la autodeterminación de los pueblos y el tratado internacional de Montevideo, las sociedades se rigen por las leyes del país de su domicilio. Por lo tanto, la enajenación de la participación estatal de una sociedad domiciliada en el extranjero no está sometida a la Ley 226 de 1995. Su regulación será la normatividad interna del país en el cual está domiciliada la sociedad.

Asimismo, señalan que si se aplicara el procedimiento previsto en la Ley 226 de 1995 para la enajenación, la empresa enajenante estaría enfrentada a una dificultad práctica que atentaría contra los principios de democratización y preferencia que consagra la Ley 226. Lo anterior, habida cuenta que el derecho de preferencia se reconocería en primer lugar a los trabajadores, pensionados y ex trabajadores de la empresa extranjera y no a los ciudadanos colombianos, al igual que, de manera eventual, a otras entidades del sector solidario de Chile.

Para las dos entidades “es claro que la consagración normativa del órgano territorial competente, obedece a la forma de implementar un procedimiento que en esencia desarrolla la democratización contenida en la ley, sobre la base de que dicha ley aplique. No puede decirse entonces que se toma de la Ley 226 la competencia del Concejo de Medellín para autorizar la enajenación de acciones de empresas de EPM en el exterior, cuando es claro, por los argumentos expuestos, que la enajenación de esas acciones se somete al procedimiento establecido en la Ley 226 de 1995. Hacerlo, sería ir contra el principio de inescindibilidad de la Ley, ‘... en virtud de la cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno u otro régimen ofrezca”.

En lo que respecta al órgano competente para autorizar las desinversiones en el exterior, consideran que, a diferencia de las participaciones accionarias que se tienen en Colombia, y en virtud de que no aplica la Ley 226, la facultad de enajenación no es del Concejo, sino de la Junta Directiva de EPM, órgano competente estatutariamente para autorizar la participación en sociedades.

5. Asimismo se estima, que cuando el concepto 2314 señala que “En todo caso, las personas que representen intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes (...)”, la Sala se está refiriendo a lo establecido por normas como el numeral 3º del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, para la creación de filiales de las empresas industriales y comerciales de Estado.

6. Igualmente, se señala en el texto de la consulta, que en el caso de EPM, se entiende que la autorización de la “autoridad territorial competente” para crear sociedades y participar en su capital, “la obtuvo dicha entidad a partir de la autorización que de manera genérica el Concejo de Medellín del año de 1998 plasmó en sus estatutos, para que esta se asociara “con otras personas jurídicas, nacionales o extranjeras, con el fin de lograr la universalidad, calidad y eficacia en la presentación de los servicios públicos”, y con la asignación de competencias a su Junta Directiva para que impartiera la autorización en cada caso concreto.

En este sentido, se argumenta que la autorización que se imparte para la participación de EPM en sociedades conlleva la habilitación para que el gerente de esa entidad concorra a la constitución de la sociedad que se crea, mediante la suscripción del contrato de sociedad; o celebre el contrato de compraventa de acciones para hacerse a la propiedad de una parte del capital social, si la sociedad ya existe. En uno y otro caso, el efecto es que EPM se convierta en accionista de la sociedad, lo cual implica unos derechos y obligaciones.

7. Se indica además que el disponer de las acciones mediante una venta es un derecho de los accionistas. Por lo tanto, cuando una empresa como EPM se convierte en accionista de una sociedad por haber sido autorizada por la Junta Directiva en desarrollo de la autorización general que le fue impartida por el Concejo de Medellín como autoridad territorial competente, se considera que queda habilitada para ejercer todos los derechos inherentes a su condición de tal. De esta suerte, al tomarse decisiones en relación con la gestión de la inversión que representa la participación accionaria, así se trate de la venta de dichas acciones, se está ejerciendo los derechos que comporta la inversión misma, y en consecuencia, no se requiere de otra autorización por parte de la autoridad territorial.

8. En suma, consideran el Municipio de Medellín y la EPM que la autorización para que esta pueda llevar a cabo inversiones en el exterior y disponga posteriormente

de dichas inversiones, fue obtenida por la empresa con la autorización de que de manera genérica el Concejo le otorgó en el año de 1998 a través de los estatutos de la entidad y que fue asignada a la Junta Directiva para que impartiera la autorización en cada caso concreto.

Con fundamento en lo anterior, el Departamento Administrativo de la Función Pública formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Cuál es el alcance del siguiente texto contenido en el Concepto del Consejo de Estado No. 2314 del 15 de diciembre de 2016: “¿(sic) En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate”?*

2. *Para el caso específico de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., ¿puede concluirse que la autoridad territorial competente para autorizar sus inversiones en sociedades dentro o fuera del país fue el Concejo de Medellín con la autorización general consagrada en los estatutos de la entidad? ¿y que la competencia para autorizar cada caso concreto fue asignado a su Junta Directiva, la cual, en consecuencia, autoriza también la disposición de esas inversiones de manera directa o indirecta? En caso de que la respuesta sea negativa ¿cuál sería la autoridad llamada a impartir la respectiva autorización para la enajenación de la inversión?*

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a la pregunta objeto de consulta, la Sala se referirá a la conclusión a la que se arribó en el señalado concepto, así como a la interpretación que se le deba dar a la autorización requerida para efectos de la enajenación de la propiedad accionaria de sociedades domiciliadas en el exterior.

1. La Ley 226 de 1995

La Constitución Nacional establece en su artículo 60 que:

“Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia”.

Esta disposición constitucional fue desarrollada a través de la Ley 226 de 1995¹, tal como se evidencia de la ponencia para primer debate, en la que se señaló:

*"Dicho proyecto desarrolla el inciso segundo del artículo 60 de la Constitución Política, el cual establece que, en el momento en que el Estado decida enajenar su participación en una empresa, deberá tomar las medidas conducentes a la democratización de las acciones que enajene y ofrecerá condiciones especiales a ciertos sectores, los indicados en el artículo 3º del proyecto"*².

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado que el artículo 60 superior:

"i) Contribuye a la materialización de los fines que persigue el Estado social de derecho, como lo son, la función social de la propiedad, la promoción de la propiedad asociativa, el acceso a la propiedad y el incentivo a los trabajadores para que participen en la gestión de las empresas.

ii) Impone al Estado la obligación de proveer los medios necesarios para que se materialice el acceso a la propiedad estatal. En consecuencia, debe establecer condiciones especiales en favor de los grupos solidarios y de trabajadores para que estos puedan competir con los grupos económicos convencionales. Así se ha señalado por la Corte Constitucional:

"El deber social de garantía de acceso a la propiedad estatal societaria y, específicamente, de la democratización de su titularidad, se concreta en la obligación de ofrecer 'condiciones especiales' a un sector social determinado, en desarrollo del mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva (C.P., arts 58, 60, 13). Este deber se estructura, en primer término, en el reconocimiento de los trabajadores y organizaciones solidarias y del trabajo como los destinatarios de un

¹ Justamente la Ley 226 desarrolló el artículo 60 de la Carta Política y estableció las condiciones y las reglas para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, tal y como se explicará detalladamente más adelante.

No debe olvidarse que el primer destinatario del artículo 60 de la Constitución Política no es propiamente el Gobierno Nacional, sino el Congreso de la República que, mediante leyes, como la Ley 226, permite garantizar el principio previsto en ese artículo. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025). "El amplio alcance que la Corte Constitucional le atribuye a lo preceptuado en el artículo 60 de la Carta Política, también debe orientar la interpretación de la ley 226 de 1995, en cuyas normas se desarrolla ese mandato superior. Expresado de otra manera, si el artículo 60 de la Carta es aplicable no solamente para la enajenación de acciones, cuotas, derechos, partes de interés o cualquier otra de las modalidades de derechos o títulos que pueden presentarse sino que puede abarcar igualmente la enajenación de activos estatales, necesariamente ha de entenderse también que la Ley 226 de 1995 tiene esos mismos alcances, pues al fin y al cabo la democratización de la propiedad, es un mandato constitucional que está llamado a orientar, en casos como este, la democratización de la propiedad". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00021-00.

² Gaceta del Congreso. No. 384 del 7 de noviembre de 1995, pp. 2 y 3.

régimen especial de acceso a la propiedad accionaria del Estado, que por estar consagrado directamente en la Constitución no admite restricción o limitación por parte del legislador. También se materializa en el establecimiento de instrumentos mediante los cuales los beneficiarios puedan hacer realidad la voluntad constitucional de acceso y democratización de dicha propiedad, esto es, verdaderas prerrogativas frente a las condiciones ordinarias de acceso previstas para el público en general, suficientes para garantizar a sus titulares la posibilidad real y efectiva de concretar la adquisición de activos estatales en los procesos de enajenación accionaria. Estamos, entonces, frente a un principio de diferenciación positiva a favor de trabajadores y organizaciones solidarias, que exige del Estado condiciones de acceso real a la propiedad accionaria que se pone en venta”.

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de otorgar a los trabajadores y a las organizaciones solidarias un acceso preferente en los procesos de enajenación de la propiedad estatal.

iii) Otorga un derecho preferencial a los trabajadores y organizaciones para acceder a la propiedad del Estado, derecho que de acuerdo con la Corte Constitucional no admite restricción o limitación, pues la ley no le impuso ninguna condición.

iv) Debe interpretarse de forma sistemática con otras disposiciones constitucionales tales como los artículos 25, 57, 58, 333, y 334, los cuales buscan que los particulares accedan a la propiedad estatal, promoviéndose con ello la participación democrática y la promoción del sector trabajo.

v) Es un instrumento para equilibrar la participación de los diferentes sectores de la sociedad en el manejo de los bienes y servicios, lo cual hace posible que a través de dicha participación se produzca una reformulación de los objetivos y políticas en materia de desarrollo social y crecimiento económico.

vi) Opera en los procesos de privatización de empresas estatales, pues la norma se refiere con claridad a la enajenación de la propiedad del Estado . Por lo tanto, el mandato que se deriva del artículo 60 no es obligatorio cuando se trate de una transferencia entre entidades públicas”³.

Dentro de este marco, la Ley 226 de 1995 regula, en términos generales, las competencias, procedimientos y responsabilidades para llevar a cabo la enajenación de la participación accionaria del Estado. A través de sus disposiciones se busca garantizar un ofrecimiento preferente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y de los trabajadores, y asegurar la existencia de condiciones especiales favorables, para que estos puedan accionar a dicha propiedad.

³ Concepto B. 5 de julio de 2016 Radicación Interna: 11001-03-06-000-2016-00056-00 0. Número Único: 2289

Como mecanismo para asegurar los propósitos perseguidos por la ley, así como los principios que guían el procedimiento de enajenación (democratización, preferencia, protección del patrimonio público y continuidad del servicio (artículos 2 a 5))⁴, el artículo 17 de la Ley establece expresamente la obligación de los entes descentralizados de obtener la autorización respectiva para llevar a cabo la enajenación de su participación accionaria:

“Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se regirán por las disposiciones de esta Ley, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de éstas y aquéllas.

Los Concejos Municipales o Distritales o las Asambleas Departamentales, según el caso autorizarán, en el orden territorial las enajenaciones correspondientes”.

2. El concepto 11001-03-06-000-2016-00208-00(2314) del 15 de diciembre de 2016

En el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 se preguntó a la Sala acerca de la aplicación de la Ley 226 de 1995 frente a la venta de la propiedad accionaria que el Estado posee en empresas domiciliadas fuera del territorio nacional. Respecto a este interrogante, la Sala concluyó, basado en los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, que la Ley 226 de 1995 no era aplicable:

“Sin embargo, no obstante el peso específico del artículo 60 Superior y de la Ley 226 de 1995 en el conjunto de valores y principios constitucionales, así como el hecho de que se trata de mandatos aplicables a la generalidad de órganos y empresas del Estado en todos sus niveles⁵, no puede desconocerse que tanto la Constitución Política como las leyes expedidas con base en ella solo están destinadas a regir, por regla general, dentro del territorio nacional.

En este sentido, cuando la Constitución Política señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger “a todas las personas residentes en Colombia” (artículo 2º C.P.), queda determinado el ámbito de aplicación de sus normas internas, pues es en ese espacio físico -el del territorio nacional, artículo 101 ibídem-, donde las autoridades colombianas pueden actuar y ejercer las competencias que les confiere el ordenamiento jurídico interno para la garantía de los principios y derechos consagrados en ella.

Por tanto, como se señaló, no es necesario que toda ley disponga expresamente que su ámbito de aplicación está restringido al territorio nacional, del mismo modo que

⁴ “Luego de haber definido el campo de aplicación del mismo, el proyecto se detiene a formular cuatro principios generales, esenciales al procedimiento de enajenación, son estos:”. Gaceta del Congreso. No. 384 del 7 de noviembre de 1995, p 3.

⁵ Sentencia C-632 de 1996 (*supra*, numeral 2)

tampoco podría entenderse que el silencio del legislador en ese punto genera duda sobre la aplicación o no de una ley colombiana en el territorio de otro país. Tal vacío o incertidumbre normativa no existe, porque simplemente los principios de soberanía nacional y de reciprocidad establecidos en los artículos 9 y 226 de la Constitución Política, los cuales a su vez son parte de los principios generales de derecho internacional, determinan que el ámbito material (natural) de aplicación de las leyes está limitado al territorio de cada Estado.

Según se indicó, la Ley 226 de 1995 regula competencias, procedimientos, responsabilidades, sanciones, facultades de reglamentación y ordenación, entre otros aspectos, que lógicamente solo podrían ejercerse dentro del territorio nacional y que, por lo mismo, no podrían extenderse a actos y contratos que, como en el caso consultado, tendrían que perfeccionarse, cumplirse y ejecutarse en el extranjero.

En consecuencia, la Sala concluye que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la enajenación de participación accionaria estatal en empresas establecidas en el exterior y regidas por la normatividad interna de otro Estado”.

Con todo, en el mismo concepto la Sala señaló que de todas maneras debía contarse con la respectiva autorización de la autoridad nacional o territorial competente para llevar a cabo la enajenación de la participación accionaria. Así, la Sala concluyó:

“1. ¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?

No. En virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de participación accionaria estatal en empresas que se encuentran domiciliadas en el extranjero.

En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate.

Además los funcionarios nacionales que autoricen la venta de la participación accionaria del Estado en el exterior estarán sujetos a responsabilidad fiscal y disciplinaria y los recursos de la venta podrán ser objeto de control fiscal”.

Ahora bien, es importante destacar que, tal como lo indicó expresamente la Sala, la respuesta contenida en el concepto fue proferida dentro de un ámbito general, en atención a los términos planteados en la Consulta:

“Cabe advertir que de acuerdo con los antecedentes expuestos, la Sala entiende que la consulta recae sobre empresas constituidas y domiciliadas en otros Estados bajo

reglas de derecho privado, razón por la cual no ejercen en esos países ningún tipo de representación oficial ni condición alguna de autoridad pública colombiana, a partir de lo cual sea necesario hacer un estudio particular de tratados o regímenes especiales.

De otra parte, la Sala aclara que responderá la consulta desde la misma perspectiva general en que ha sido planteada, esto es sin referencia a ningún caso, empresa o país en particular. Por tanto, lo que enseguida se señala se entiende sin perjuicio del análisis que puedan exigir casos específicos o regímenes normativos especiales (nacionales o internacionales)”.

3. El caso concreto

3.1. Sobre la autoridad competente para autorizar la enajenación de la propiedad accionaria de sociedades domiciliadas en el exterior

En el caso objeto de estudio se pregunta a la Sala sobre el alcance de la expresión *“En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate”*, contenida en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016.

En relación a este interrogante, la Sala considera lo siguiente:

i) El ámbito de la referida expresión contenida en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 debe interpretarse de forma sistemática con la aclaración final realizada en el mismo concepto, que señalaba:

“5. Aclaración final

Ha quedado establecido que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de propiedad accionaria del Estado en empresas domiciliadas en otro país por virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad en que se funda la Constitución Política.

No obstante, la Sala considera necesario aclarar que lo anterior no comporta una desvinculación absoluta de las respectivas empresas con el derecho nacional. En primer lugar porque de conformidad con los artículos 150-7 de la Constitución Política y 49 de la Ley 489 de 1998, la participación del Estado en cualquier empresa o sociedad en el territorio nacional o en el exterior, debe contar con autorización legal. En ese sentido, la legislación nacional es la que determina la posibilidad de que funcionarios o representantes del Estado colombiano concurren en el exterior en la creación de una empresa con capital público, así como su responsabilidad por la toma de decisiones que comprometan recursos o intereses nacionales.

En segundo lugar porque sin perjuicio de que los actos a que hace referencia la consulta se perfeccionen o desarrollen en el exterior, en cualquier caso las personas que representen los intereses del Estado Colombiano, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades competentes de nuestro país, quienes, a su vez, deberán guiarse por los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate.

En tercer lugar, porque es claro que la actuación de los funcionarios nacionales que autoricen la venta, estará sujeta a los principios de la actuación administrativa previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 489 y 3 del CPACA, así como al deber de protección y defensa de los recursos públicos, lo que los hace responsables fiscal y disciplinariamente por sus decisiones. Por lo mismo, los recursos públicos de la venta deberán tener el destino, tratamiento presupuestal y custodia que disponga la ley colombiana, además de que, lógicamente, estarán sujetos a control fiscal (artículo 267 C.P).

La Sala advierte además que lo señalado en este concepto no significa que las entidades y empresas nacionales en las que existe participación pública estén facultadas para trasladar al exterior las empresas o sus recursos y así enajenar la propiedad accionaria estatal sin cumplir los mandatos de democratización ordenados en la Constitución Política y la Ley 226 de 1995. Lo anterior sería una desviación de los fines constitucionales y legales y podría generar también responsabilidades disciplinarias y fiscales”.

De lo anterior se advierte que la aclaración iba dirigida a resaltar que la no aplicación de la Ley 226 de 1995 no implicaba una desconexión total de las empresas del Estado domiciliadas en otro país con el derecho nacional. Así, por ejemplo, se hizo referencia a los artículos 150-7 de la Constitución Política y 49 de la Ley 489 de 1998, disposiciones relativas a la creación de órganos descentralizados, entre los que se encuentran las empresas industriales y comerciales del estado. En este sentido, la referida norma constitucional establece:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta”.

Por su parte, el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 determina que:

“Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.”.

Asimismo, se señaló que las personas que representan los intereses del Estado debían estar autorizadas por las autoridades competentes del país, quienes a su vez debían guiar su actuación con fundamento en los mandatos constitucionales y legales que resultan aplicables, los principios de la actuación administrativa previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 489 y 3 del CPACA, así como también el deber de protección y defensa de los recursos públicos.

Dentro de este contexto, para la *creación o enajenación* de las empresas con capital estatal con domicilio en el extranjero, en algunos casos, la ley o los estatutos de las empresas titulares del capital en sociedades extranjeras fuera del territorio, requieran de autorización para su constitución o traspaso. Así por ejemplo, el artículo 94, numeral 3 de la Ley 489 de 1998 establece:

“Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes:

(...)

3. Creación de filiales

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurren a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes”. (subrayado fuera del texto).

Otro ejemplo lo constituye lo señalado en los estatutos de la sociedad “EPM Inversiones” (filial de EPM), los cuales señalan:

“Artículo Vigésimo Sexto. Funciones de la Junta Directiva. En la Junta Directiva se entiende delegado el más amplio mandato para administrar la Sociedad y, por consiguiente, ella tendrá atribuciones suficientes para ordenar se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y que no fuere de la competencia de la Asamblea General de accionistas:-----

De manera especial le corresponde:-----

(...)

6° . Aprobar cualquier inversión de capital en otras compañías o entidades, lo que exigirá que previamente se presente a su consideración un estudio que sustente el respectivo proyecto en sus aspectos financiero, económico, jurídico y de conveniencia. Igualmente, para participar en consorcios, uniones temporales o cualquier otra forma de riesgo compartido con el objeto de desarrollar actividades propias de su objeto social y previa la presentación del estudio a que se refiere este numeral.

(...)

Artículo Trigésimo Primero. Funciones del Gerente. El Gerente tendrá las siguientes funciones:-----

1. Representar a la sociedad y administrar su patrimonio. Al respecto, el Gerente podrá celebrar o ejecutar todos los actos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad, cuya cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales. Aquellos actos que excedan la mencionada cuantía requerirán la autorización de la Junta Directiva. (...)⁶.

Así las cosas, cuando la Sala se refirió en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 a que: *“En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate”*, estaba aclarando que el hecho de que la Ley 226 de 1995 no aplique para la enajenación de la participación accionaria del Estado en sociedades domiciliadas en el exterior, ello no significaba o podía entenderse en el sentido de que la normatividad colombiana en materia de autorizaciones, no tuviera o fuera aplicable cuando la ley lo estableciera. Lo anterior, teniendo en cuenta además que los funcionarios que administran recursos públicos están sujetos a control por las autoridades competentes.

De allí que, en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, deban tenerse en cuenta aquellas normas que ordenan, en un caso concreto, la obtención de una autorización para llevar a cabo las enajenaciones de activos del Estado, sea en el país o en el extranjero.

⁶ Estatutos de “EPM Inversiones”.

Finalmente, es importante señalar con claridad que la enajenación de la participación accionaria del Estado en sociedades domiciliadas en el exterior no está sujeta a la autorización exigida en el artículo 17 de la Ley 226 de 1995 habida cuenta que, como se indicó en el concepto 2314, en dichos casos, la Ley 226 no aplica. Adicionalmente, si a través de la mencionada autorización se busca asegurar la realización de los objetivos perseguidos por la ley 226 de 1995, así como de los principios que guían el procedimiento de enajenación, al no aplicarse la Ley, carecería de sentido exigir la referida autorización.

3.2. La autoridad competente para autorizar a EPM inversiones en sociedades dentro y fuera del país

Un segundo interrogante que se plantea a la Sala consiste en establecer si es posible concluir, en el caso específico de EPM, “que la autoridad territorial competente para autorizar sus inversiones en sociedades dentro o fuera del país fue el Concejo de Medellín con la autorización general consagrada en los estatutos de la entidad”.

Asimismo, se pregunta si “la competencia para autorizar cada caso concreto fue asignado a su Junta Directiva, la cual, en consecuencia, autoriza también la disposición de esas inversiones de manera directa o indirecta?”.

Como puede observarse, las preguntas se refieren a la *autorización y disposición* de inversiones en sociedades, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, de EPM.

Establecido lo anterior, se pasa a continuación a responder cada una de ellas:

i) De conformidad con el artículo 1º de los estatutos de EPM, contenidos en el Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, su naturaleza jurídica corresponde a una empresa industrial y comercial del Estado:

“Personalidad jurídica. La empresa industrial y comercial del Estado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., es una persona jurídica del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio. Sus actuaciones se sujetarán a las reglamentaciones establecidas en la ley y en estos estatutos. Es, en consecuencia, sujeto de los derechos y obligaciones inherentes a la personalidad jurídica, de conformidad con las normas generales que para este tipo de actividades le sean aplicables”.

ii) Como empresa industrial y comercial del Estado, EPM goza de autonomía administrativa y financiera y está sujeta para el desarrollo de su actividad económica, a lo dispuesto por sus estatutos⁷.

iii) Según el artículo 3º de los mismos estatutos, para desarrollar su objeto social puede desarrollar todo tipo de contratos o asociarse con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Igualmente, podrá realizar alianzas estratégicas, asociaciones a riesgo compartido y suscribir cualquier tipo de convenios o contratos de colaboración empresarial que le permitan cumplir su objetivo social (artículo 3º):

“Objeto social. Las EMPRESAS PÚBLICA DE MEDELLÍN E.S.P. tienen como objeto social la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible, telefonía fija básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y demás servicios de telecomunicaciones. Podrá también prestar el servicio público domiciliario de aseo, así como las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras.

Para el cumplimiento de su objeto social, las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. sin menoscabar la propiedad de sus activos, podrán desarrollar todo tipo de contratos o asociarse o formar consorcios con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, prestadoras o usuarias, con el fin de lograr la universalidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios a sus usuarios, procurando siempre el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, atendiendo precisos criterios técnicos, rigor jurídico, costos de operación y prestación de los servicios, y solidaridad y redistribución de ingresos.

PARÁGRAFO: Con el igual propósito podrá realizar alianzas estratégicas, asociaciones a riesgo compartido y suscribir cualquier tipo de convenios o contratos de colaboración empresarial que le permitan el cumplimiento de su objetivo; participar en actividades para el fomento de la innovación, investigación científica y el desarrollo tecnológico, en los campos relacionados con los servicios públicos que constituyen su objeto y suscribir convenios para ofrecer o recibir cooperación técnica, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia; y en general, todas aquellas actividades que se encuentren dentro de su objeto social o sean necesarias para el cumplimiento de sus fines”.

⁷ “La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”. Ley 489 de 1998, artículo 86.

iv) En línea con lo anterior, el artículo 17 de los estatutos de la empresa⁸ otorgó la competencia a la Junta Directiva para autorizar la participación en sociedades, consorcios y uniones temporales o cualquier otra forma de asociación permitida por la ley para el cumplimiento de su objeto social:

*“Funciones de la Junta Directiva: Son funciones de la Junta Directiva:
(...)”*

d) Autorizar la participación en sociedades, consorcios, uniones temporales o cualquiera otra forma de asociación permitida por la ley para el cumplimiento de su objeto”.

v) Dentro de este marco, se observa que el Concejo de Medellín, a través de los estatutos de EPM, contenidos en el Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, autorizó a la empresa la *realización* de inversiones en sociedades *dentro* o *fuera* del país, decisión que debe ser adoptada por la Junta Directiva en cada caso⁹.

vi) Respecto de la disposición o enajenación de las inversiones en dichas sociedades, la Sala encuentra que:

a) Frente a sociedades domiciliadas en el país, se requiere la autorización del Concejo de Medellín, por existir norma expresa, esto es, el artículo 17 de la Ley 226 de 1995.

Esta autorización debe obtenerse cada vez que se vaya a realizar la enajenación total o parcial de la participación accionaria estatal en la sociedad, con miras a

⁸ El artículo 90 de la Ley 489 de 1998 determina que las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado cumplen, entre otras funciones, las señaladas en los correspondientes estatutos: “Corresponde a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado: a) Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo; b) Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca; c) Aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo; d) Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada; e) Las demás que les señalen la ley y los estatutos internos”.

⁹ “Para el cumplimiento de su objeto social, las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. sin menoscabar la propiedad de sus activos, podrán desarrollar todo tipo de contratos o asociarse (...). PARÁGRAFO. Con el igual propósito podrá realizar alianzas estratégicas, asociaciones a riesgo compartido y suscribir cualquier tipo de convenios o contratos de colaboración empresarial que le permitan el cumplimiento de su objetivo (...)”. Estatutos de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Acuerdo Municipal No. 12 de 1998. Concejo de Medellín, artículo 3º. “Funciones de la Junta Directiva: Son funciones de la Junta Directiva: (...) d) Autorizar la participación en sociedades, consorcios, uniones temporales o cualquiera otra forma de asociación permitida por la ley para el cumplimiento de su objeto”. Estatutos de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Acuerdo Municipal No. 12 de 1998. Concejo de Medellín, artículo 17.

garantizar, en cada una de esas actuaciones, el cumplimiento de los mandatos y objetivos perseguidos por la Ley 226 de 1995.

b) En tratándose de las sociedades domiciliadas fuera el país, no está previsto el requisito de obtener una nueva autorización del Concejo de Medellín, pues, por una parte, dicha enajenación no está sujeta a la Ley 226 de 1995¹⁰, y por la otra, sería del resorte y competencia asignada a la Junta Directiva, de acuerdo con sus estatutos, decidir sobre la disposición de dichas inversiones.

Por consiguiente, es congruente con la naturaleza de EPM, como EICE, y la necesidad de contar con los instrumentos necesarios y oportunos para su cumplir su objeto social, que tenga la libertad para disponer de su participación accionaria en sociedades domiciliadas en el exterior, y en tratándose de recursos del patrimonio público, con el cumplimiento de los principios de la función administrativa. Lo anterior, en aras de lograr una mayor eficiencia y eficacia en el desarrollo de su objeto social, y a su vez, promover su competitividad.

Es claro, además, que si se trata de sociedades domiciliadas en el país, es aplicable en su integridad la Ley 222 de 1995 para la democratización de la propiedad accionaria en los términos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. ¿Cuál es el alcance del siguiente texto contenido en el Concepto del Consejo de Estado No. 2314 del 15 de diciembre de 2016: “¿(sic) En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate”?

Cuando la Sala se refirió en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 a que: “En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano

¹⁰ No resulta tampoco aplicable el artículo 313 de la Constitución Nacional, pues esta norma se refiere a la autorización que debe otorgar el Concejo al Alcalde: “Corresponde a los concejos: (...) 3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo”. En la misma dirección, el artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, consagra: “De conformidad con el numeral 3º. del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos: 1. Contratación de empréstitos. 2. Contratos que comprometan vigencias futuras. 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás que determine la ley”.

en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate", estaba aclarando que el hecho de que la Ley 226 de 1995 no aplique para la enajenación de la participación accionaria del Estado en sociedades domiciliadas en el exterior, ello no significaba o podía entenderse en el sentido de que la normatividad colombiana en materia de autorizaciones, no tuviera o fuera aplicable cuando la ley lo estableciera. Lo anterior, teniendo en cuenta además que los funcionarios que administran recursos públicos están sujetos a control por las autoridades competentes.

De allí que, en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, deban tenerse en cuenta aquellas normas que ordenan, en un caso concreto, la obtención de una autorización para llevar a cabo las enajenaciones de activos del Estado, sea en el país o en el extranjero.

2. Para el caso específico de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., ¿puede concluirse que la autoridad territorial competente para autorizar sus inversiones en sociedades dentro o fuera del país fue el Concejo de Medellín con la autorización general consagrada en los estatutos de la entidad? ¿y que la competencia para autorizar cada caso concreto fue asignado a su Junta Directiva, la cual, en consecuencia, autoriza también la disposición de esas inversiones de manera directa o indirecta? En caso de que la respuesta sea negativa ¿cuál sería la autoridad llamada a impartir la respectiva autorización para la enajenación de la inversión?

El Concejo de Medellín, autorizó a Empresas Públicas de Medellín E.S.P, a través de sus estatutos, contenidos en el Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, la realización de inversiones en sociedades *dentro* o *fuera* del país, decisión que debe ser adoptada por la Junta Directiva en cada caso.

Respecto de la disposición o enajenación de las inversiones en dichas sociedades, la Sala encuentra que:

a) Frente a sociedades domiciliadas en el país, se requiere la autorización del Concejo de Medellín, por existir norma expresa, esto es, el artículo 17 de la Ley 226 de 1995.

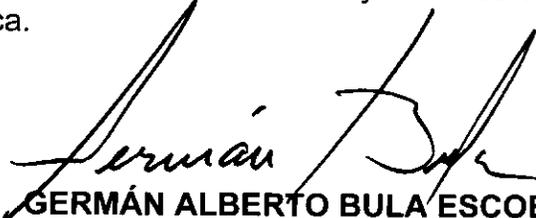
Esta autorización debe obtenerse cada vez que se vaya a realizar la enajenación total o parcial de la participación accionaria estatal en la sociedad, con miras a garantizar, en cada una de esas actuaciones, el cumplimiento de los mandatos y objetivos perseguidos por la Ley 226 de 1995.

b) En tratándose de las sociedades domiciliadas fuera el país, no está previsto el requisito de obtener una nueva autorización del Concejo de Medellín, pues, por una parte, dicha enajenación no está sujeta a la Ley 226 de 1995, y por la otra, sería del resorte y competencia asignada a la Junta Directiva, de acuerdo con sus estatutos, decidir sobre la disposición de dichas inversiones.

Remítase al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretario de la Sala

14 ENF 2018 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO DE FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 2018