

Concepto sobre la enajenación de las acciones de EPM en ISAGEN: proyecto de Acuerdo 004 de 2016

Experiencia de la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA

Hernán Darío Martínez Hincapié*, María Fernanda Barrera Cuartas**,
Ligni Sigrid Ramírez Sánchez***, Mateo Palacio Sánchez****

Presentado: 6 de abril de 2016 – Aprobado: 28 de abril de 2016

Introducción

El 19 de febrero de 2016 la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA) recibió del señor Rector, doctor José Rodrigo Flórez Ruíz, la invitación que hizo extensiva el Concejo Municipal de Medellín a las universidades de la ciudad, para intervenir con opiniones y aportes en un Foro de participación ciudadana convocado para el día 23 de febrero, el cual tenía como objeto de debate la enajenación de las acciones de ISAGEN propiedad de Empresas Públicas de Medellín (EPM).

* Abogado, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Docente investigador de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA), Integrante de la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA desde julio de 2015. Correo electrónico: hernan.martinezhi@unaula.edu.co

** Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA) e integrante activo de la Clínica Jurídica de Interés Público de la misma institución. Correo electrónico: mafernandabarrerac@hotmail.com

*** Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA) e integrante activo de la Clínica Jurídica de Interés Público de la misma institución. Correo electrónico: ladonna1811@gmail.com

**** Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA) e integrante activo de la Clínica Jurídica de Interés Público de la misma institución. Correo electrónico: mateoti100@hotmail.com

El Foro se celebró en el marco de la discusión del Proyecto de Acuerdo 004 “Por medio del cual se autoriza la enajenación de una participación accionaria”, el cual fue presentado por la Alcaldía de Medellín, solicitante de la aprobación por parte del Cuerpo Colegiado para enajenar el 13,14% de las acciones que EPM poseía en ISAGEN.

A la invitación acudieron representantes sólo del Politécnico Jaime Isaza Cadavid y el Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM), quienes realizaron intervenciones de fondo sobre el citado proyecto de Acuerdo. En representación de la UNAULA asistieron seis integrantes de la Clínica Jurídica de Interés Público en modalidad de espectadores, puesto que la invitación formulada por el Concejo Municipal de Medellín no fue realizada con el tiempo previo suficiente para realizar un estudio adecuado del tema a discutir y poder hacer un aporte significativo en defensa del interés público. Por lo anterior, la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA realizó una intervención protocolaria en la que manifestó la incidencia de la planeación y organización de las convocatorias a los debates, y asumió la responsabilidad de presentar un concepto con el objeto de participar en los espacios de deliberación que estaban abiertos para la discusión del Acuerdo.

Durante los espacios de discusión programados los días 23, 24 y 25 de febrero para la participación de la academia, los sindicatos y la comunidad en general, la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA tuvo una participación y asistencia efectiva.

En sesión ordinaria de Comisión Primera del Concejo de Medellín una vez verificado el quorum que exige el artículo 54 y siguientes del Reglamento Interno del Concejo se decidió rechazar (artículo 62 y siguientes del Reglamento del Concejo) el proyecto de acuerdo 004 de 2016 por razones de inconveniencia política y económica por cuatro votos en contra de la venta de la participación accionaria de EPM en ISAGEN y 3 a favor. Seguidamente, dando trámite a lo establecido en el artículo 105 del reglamento interno del Concejo Municipal,¹ la Alcaldía, posterior a la notificación del presidente de la Comisión, fue informada sobre el término de cinco días para recurrir en apelación a la Plenaria. En consecuencia, la Administración Municipal presentó recurso de apelación, a lo que siguió el nombramiento de una Comisión Accidental por parte de la presidenta del Concejo, como lo establece el artículo 106, Comisión que se encargó de estudiar los argumentos del recurso y la decisión adoptada por la Comisión Permanente.

1 Acuerdo Municipal N.º 53 de 2009 por medio del cual se modifica el Acuerdo 02 de 2005, Reglamento Interno del Concejo de Medellín.

Posterior al informe de la Comisión Accidental se dio el respectivo debate al recurso de apelación en la Plenaria el día 8 de marzo, en el cual se aprobó dicho recurso con catorce votos a favor y seis en contra, dando continuidad a los debates del Proyecto de Acuerdo 004, pero en una Comisión diferente a la que inicialmente conoció el asunto. Siguiendo con el trámite estipulado en el Reglamento Interno del Concejo, el día 11 de marzo se desarrolló el primer debate al Proyecto de Acuerdo en la Comisión Segunda, la cual terminó aprobando el Proyecto de Acuerdo con cinco votos a favor y dos en contra, dando paso para que se diera el respectivo debate en Plenaria.

Es en ese momento cuando la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA, luego de realizar el seguimiento y la valoración de los debates suscitados en el Proyecto de Acuerdo, y de consolidar un concepto para el mismo, consideró pertinente hacer su intervención participativa, la cual siguió el siguiente orden: primero se radicó ante la secretaria del Concejo Municipal el concepto, el cual se anexa en la presente publicación en extenso y que consta de cinco aspectos que se estimaron fundamentales a la hora de tomar la decisión.

- 1) Defensa del patrimonio público
- 2) La ciudadanía tiene derecho a ejercer vigilancia independientemente del porcentaje de participación
- 3) Necesidad de evaluar proyecciones
- 4) Continuidad del servicio
- 5) Participación de EPM en la OPAV ¿es posible?

Para finalizar, se propuso que en caso de darse la enajenación se nombrara una Comisión Accidental conforme al artículo 86 del Reglamento Interno del Concejo para verificar la destinación de los recursos provenientes de dicha enajenación, iniciativa que fue también respaldada por la Personería Municipal de Medellín, y que satisfactoriamente fue tomada en cuenta e incorporada por el Concejo Municipal, motivando la modificación del articulado del actual Acuerdo municipal que autoriza la enajenación de una participación accionaria de EPM. A continuación se presenta el concepto en extenso que fue sustentado en plenaria por la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA.

CONCEPTO

En la invitación enviada por el Concejo de Medellín el pasado 19 de febrero y recibida en la Universidad Autónoma Latinoamericana el 22 de febrero, se hizo extensivo el llamado a participar con opiniones y aportes en un Foro que trató temas acerca de la iniciativa: Proyecto de Acuerdo 004 de 2016, por medio del cual la Corporación adelanta la autorización de la posible enajenación de la participación accionaria de EPM en ISAGEN.

Haciendo caso a la convocatoria realizada con el fin de fomentar la participación ciudadana, en coherencia con lo establecido en el artículo 103, Inciso 2 de la Carta Política en cuanto los mecanismos democráticos de participación ciudadana que a su vez se desarrollan en las leyes 134 de 1994 y 1757 del 2015, esta última en su artículo 60 atendiendo específicamente al control social en la vigilancia de la gestión pública y sus resultados, la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Autónoma Latinoamericana, luego de asistir al Foro del día 23 de febrero del año en curso y de hacer presencia en los debates realizados los días 2, 8 y 11 de marzo, respetuosamente presenta el siguiente concepto tomando como base la importancia de evaluar tanto los aspectos positivos como negativos de la posible enajenación de la participación de EPM en ISAGEN. Conforme a lo anterior se exponen los siguientes argumentos:

1) Defensa del patrimonio público

Teniendo en cuenta el significado y la diferenciación que existe entre los conceptos de patrimonio público y patrimonio privado, la función de los recursos públicos está orientada a financiar el presupuesto nacional, el cual debe procurar promover el desarrollo de la población.

Con respecto al patrimonio público, la Corte Constitucional, en la sentencia C-479 de 1995 dice lo siguiente: “Por patrimonio público, en sentido amplio, se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera a la comunidad y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos”.

Esta es una noción a tener en cuenta a la hora de hablar de la enajenación de las acciones que se tienen en ISAGEN. EPM se transforma en una empresa comercial e industrial del Estado con el Acuerdo 069 del 10 de diciembre de 1997; esto quiere

Hernán Darío Martínez Hincapié, María Fernanda Barrera Cuartas,
Ligni Sigrid Ramírez Sánchez, Mateo Palacio Sánchez

decir que en razón de su naturaleza jurídica EPM está dotada de una autonomía administrativa, financiera y un patrimonio propio. El capital con el cual se constituyó, al igual que el patrimonio de EPM, es de naturaleza pública, es decir, su único dueño es el Municipio de Medellín, el cual es el encargado de administrar los recursos que hacen parte de este patrimonio de tal manera que incrementalmente el mismo con el fin de beneficiar a todos y cada uno de los habitantes de la ciudad de Medellín.

En ese orden de ideas, ya con referencia al caso concreto, el artículo 4 de la ley 226 de 1995 establece sobre el producto de la enajenación lo siguiente:

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 el cual pertenece al 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;

Es decir, el fruto de la posible enajenación de las acciones debe beneficiar al Municipio de Medellín, con el fin de elevar el nivel de desarrollo del mismo. Con lo anterior, lo que se pretende es evidenciar la necesidad de que a la hora de tomar una decisión se haga de conformidad y de acuerdo al desarrollo y a los intereses de la colectividad.

Sumado a lo anterior el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la importancia de una administración transparente de los recursos públicos. En sentencia del 10 de marzo de 2005 manifestó: “Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa” esto es importante debido a que:

la ciencia de la administración pública precisa también la necesidad del conocimiento de todo cuanto pertenece al Estado y es de su interés, para efectuar una gestión eficaz, para que se genere nueva riqueza, y se incrementalmente el patrimonio público mejorándolo en todos sus aspectos, con lo cual llegue hasta el último de los asociados que si bien no son sus titulares directos, son sus reales beneficiarios (Carrillo, 2006).

Así mismo, es oportuno evaluar las proyecciones que ISAGEN tiene, para establecer los rendimientos y posibles ganancias que podría tener EPM en caso de mantener su

participación en la empresa. Esto con el fin de determinar el interés que tiene el fondo canadiense en comprar acciones adicionales de ISAGEN. Se puede suponer que ese interés se debe a los rendimientos y a la sostenibilidad financiera que esta ha tenido en los últimos años, como lo revela el último informe del año inmediatamente anterior:

Durante el 2015, la gestión de la Empresa le permitió aumentar su generación de energía en un 21%, a pesar de la fuerte sequía ocasionada por el fenómeno de El Niño, y gracias a la entrada en operación comercial de Sogamoso, los Ingresos Operacionales ascendieron a \$2.844.022 millones, un 25% superiores a los obtenidos en 2014 (Gómez, 2016).

Estas cifras son significativas y es posible pensar que si la empresa continúa avanzando, en unos años los dividendos que le puede generar a EPM por su participación en la misma serán considerables y le permitirán beneficiar a un mayor número de personas alcanzando los fines para los cuales fue creada.

Por otro lado, también es pertinente mirar que los activos que están en juego son de gran importancia, no solo para EPM y el Municipio de Medellín, sino para todos los colombianos, porque involucran recursos naturales tan importantes como el agua y los bosques, además de los embalses, las centrales hidroeléctricas y las termoeléctricas, recursos que tanto el Estado como los ciudadanos están en el deber de proteger. Sí es verdad que con respecto al ambiente existe amplia regulación, pero esto no quiere decir que EPM no pueda servir de veedora de las acciones que se lleven a cabo y que afecten estos activos estratégicos. Adicional a esto, se podría ejercer un control también en las políticas que se tomen con respecto al manejo de la empresa, y es oportuno decir que en el escenario en que EPM se mantenga en ISAGEN, el control también lo ejercerían instituciones como la Contraloría General de la República (artículo 267 C.N) y la Procuraduría General de la Nación (artículo 277 C.N) las cuales por mandato constitucional están llamadas a velar por el cuidado del patrimonio público. En cambio, en el caso de EPM enajenar sus acciones se reduce el margen de control con respecto a Brookfield, ya que sólo sería competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, dejando de lado la intervención de otros órganos de control, encargados de garantizar el cumplimiento de los fines constitucionalmente establecidos, en lo relacionado a la prestación de los servicios públicos y en el sector energético en Colombia.

Ya para finalizar este primer argumento, EPM afirma que el patrimonio público se vería en riesgo en caso de permanecer, porque sus acciones en ISAGEN perderían

valor y ellos no podrían hacer nada por ser una “minoría” y no tener injerencia en las decisiones que tome Brookfield. Sin embargo, el Código de Comercio en su artículo 379 numeral 4, establece que los accionistas tienen derecho “de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio” esto quiere decir que EPM tiene el derecho a vigilar y criticar la administración de ISAGEN como accionista y “de la misma forma solicitando a los organismos competentes que tomen medidas de ser necesario, y por qué no decirlo, proponiendo cambios en las políticas y en los administradores” (Mora y Muñoz, 2002).

Con base en lo anterior, a la hora de evaluar la venta o no de las acciones, es pertinente analizar interrogantes como: ¿Qué tan conveniente sería el impacto de la posible venta de acciones en el marco de la defensa y el incremento del patrimonio público a la hora de pensar en el beneficio de la colectividad? Y en el mismo sentido: ¿Qué tan conveniente sería en caso de que se tome la decisión de permanecer en ISAGEN? ¿En cuál de los dos casos se vería más protegido el patrimonio de la ciudadanía y sus intereses? Estos interrogantes se plantean con el fin evidenciar la importancia de evaluar a fondo los argumentos a favor y en contra para que sea cual sea la decisión que se tome esta pueda ser dirigida a la protección del patrimonio, en este caso del Municipio de Medellín.

2) La ciudadanía tiene derecho a ejercer vigilancia independientemente del porcentaje de participación

Referente al argumento de la no injerencia de EPM en los asuntos de ISAGEN, en cuanto a las decisiones que a futuro puedan afectar a los ciudadanos, al medio ambiente o la imagen de EPM, se debe recordar que además de la amplia y estricta regulación que existe en Colombia para el sector energético, la Constitución, en el artículo 270, establece que “La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados” y, efectivamente, la ley 850 de 2003, define en su artículo 1º a la veeduría ciudadana como un mecanismo de participación ciudadana para ejercer control sobre la gestión pública de las entidades públicas y privadas encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público. Además dicha vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 270 de la Constitución Política y el artículo 100 de la ley 134 de 1994, donde la vigilancia, “podrá ejercerse en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos, de acuerdo con la Constitución”. De igual forma, en la ley 1757 artículo 64, se establece como objetivos del control social, entre otros, el del “fortalecer la cultura de lo público en el ciudadano” y “apoyar y complementar la labor de los organismos de control en la realización de sus funciones legales y constitucionales”. Además, la participación en los asuntos de interés público es la forma como los ciudadanos ejercen su soberanía, soberanía que según el artículo 3 de la Constitución “reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público”.

Por lo cual, independientemente del porcentaje de participación que tenga EPM en ISAGEN, sea empresa afiliada o accionista minoritario con menos del 3%, el hecho de que el 13,14% de ISAGEN pertenezca a recursos públicos y dicha empresa preste un servicio público, la convierte en objeto de vigilancia, no sólo por los entes regulatorios, en este caso el Ministerio de Minas y Energía, la Superintendencia de Servicios Públicos, la CREG, el CNO y la UPME, sino también por parte de la ciudadanía. Por lo demás, se pone en consideración que la enajenación no constituye un plan de recuperación del carácter público de los recursos como lo afirma EPM, pues sea que se presente o no, los recursos seguirán siendo públicos y objetos de control social.

3) Necesidad de evaluar las proyecciones

Según el artículo 334 de la Constitución Nacional, el Estado podrá intervenir en la economía, entre otras formas, a través de:

la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Las empresas industriales y comerciales del Estado, como organismos vinculados a la Rama Ejecutiva del Poder Público y entidades descentralizadas (artículo 68,

ley 489 de 1998), “aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”. EPM es una empresa industrial y comercial del Estado no sólo con fines rentísticos, sino que además se constituye en un instrumento para la atención de necesidades propias del mercado, frente a la ausencia de iniciativa, interés o posibilidad de que dichas necesidades sean asumidas por un particular. Así lo confirma EPM en el Acuerdo 012 de 1998:

para el cumplimiento de su objeto social, EPM, sin menoscabar la propiedad de sus activos, podrá 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 eficacia 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.

Ratificando su compromiso de procurar siempre el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, contribuyendo a la racionalización de la economía para reducir los índices de desigualdad.

EPM, en su portafolio, como pilares de su estrategia contempla: “la responsabilidad social empresarial, el buen gobierno corporativo, la planeación a largo plazo y el rigor técnico, jurídico, financiero y gerencial”. Y en cuanto a sus contribuciones al país define que “aportamos a la construcción de un entorno próspero en las regiones donde estamos, mediante un desempeño empresarial, respetuoso, en el que importan las consecuencias económicas, ambientales y sociales de nuestras actuaciones frente a los grupos de interés”.

Cabe preguntar si en su propuesta de enajenación EPM obedeció específicamente a sus pilares estratégicos de planeación a largo plazo y analizando acuciosamente, no sólo las consecuencias económicas, sino las consecuencias ambientales y sociales que se derivan de la decisión que quiere tomar. Lo anterior genera cuestionamientos como, ¿la participación que compró EPM inicialmente en ISAGEN, era con motivo de invertir en una empresa estable, con proyección y buenos rendimientos, o con un fin netamente especulativo? ISAGEN entrega a EPM un promedio de treinta mil millones de pesos anuales, por lo que estratégicamente se convierte en un activo que sin exigir

mayor inversión sigue siendo rentable y ha superado por mucho, hasta el momento, el valor original de la inversión. Hay que tener en cuenta que existen dos formas de ver la situación a corto y largo plazo. La enajenación que es objeto de decisión debe responder al siguiente interrogante: ¿En cuál de los dos posibles escenarios se contribuye mejor a la prosperidad general y al incremento del patrimonio del municipio el cual tiene como fin el beneficio colectivo?

Teniendo en cuenta que el artículo 4 de la ley 226 de 1995 advierte que el recurso de la enajenación “se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo”, y que dentro del plan de desarrollo del gobierno actual se contempla “diseñar y construir intercambios en la Av. 80 necesarios para la implementación del corredor de transporte masivo”, además que en medios de comunicación el alcalde afirma que los recursos de la enajenación se destinarán al desarrollo del corredor de la 80; también es cierto que según el Metro de Medellín, los estudios no se han realizado y los que se tienen corresponden a un estudio de un sistema tranviario del 2009, por lo que no se podría destinar el dinero para un proyecto que no tiene los estudios técnicos y financieros respectivos. De otra parte, el alcalde ha contemplado para la financiación del Plan de Desarrollo fuentes alternativas, como “fortalecer las capacidades institucionales en el marco del aprendizaje normativo y procedimental para poder acceder a los recursos del Sistema Nacional de Regalías”. Acceder a los recursos del Gobierno Nacional, el Superávit 2016, Fondo Medellín ciudad para la vida que proviene de la administración anterior, recursos provenientes de entes descentralizados como, por ejemplo, el Metro de Medellín, recursos de cooperación internacional y alianzas público-privadas. Los recursos que ingresarían por concepto de la enajenación no están contemplados dentro del Plan de Desarrollo del gobierno actual, por lo tanto no son indispensables para que este desarrolle sus proyectos. En cambio de contemplarse la posibilidad de mantener la participación accionaria en ISAGEN, tal activo seguiría constituyendo un ahorro para la ciudad, en épocas donde el dólar tiende al alza y comprar materiales, pagar deudas o contratar estudios de ingeniería para el corredor vial de la 80 sería más costoso.

4) Continuidad del servicio

Según el artículo 5 de la ley 226 de 1995 “cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público se tomarán las medidas

necesarias para garantizar la continuidad del servicio” se debe velar para que las personas sigan recibiendo los servicios públicos de manera ininterrumpida. Ahora bien, con la enajenación de la Nación de su participación en ISAGEN, a principios del año en curso, este principio adquirió mayor relevancia ya que con el cambio de dueño de la participación mayoritaria es importante que se cumplan a cabalidad las normas que regulan el sector, y es allí donde entra EPM que, si bien no es mayoría en ISAGEN tampoco es una minoría propiamente dicha, ya que la empresa cuenta con la calidad de “afiliada”, como se expresa en los estatutos de ISAGEN así:

artículo 48: para estos estatutos se entiende por afiliadas a: (I) La Nación y los demás Accionistas que posean más del 10% de las acciones de ISAGEN; (II) Empresas en las cuales la Nación o cualquier accionista que posea más del 10% de las acciones de ISAGEN, tengan una participación accionaria superior al 50%, así como; (III) las empresas vinculadas o adscritas a los diferentes ministerios o departamentos administrativos.

Teniendo en cuenta lo anterior es propio decir que la participación de EPM en ISAGEN no debe asimilarse como minoritaria, es una participación considerable. EPM cuenta con gran trayectoria y reconocimiento en el sector. Esto hace que surja el siguiente interrogante, llegándose a tomar la decisión de permanecer al interior de ISAGEN ¿no es posible que EPM, al ser una empresa con intereses públicos, tome la función de velar por los derechos de los usuarios, a recibir sus servicios de manera estable y que las políticas que se asuman con respecto a la prestación del servicio sean conformes a la ley?

Por otro lado, hay que considerar el tema ambiental. Respecto a los recursos naturales empleados por ISAGEN, la Constitución consagra en el artículo 8 la obligación de preservarlos: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”. Por lo tanto, es adecuado que EPM, como empresa afiliada a ISAGEN, ahora con un accionista mayoritario internacional, pueda vigilar y velar por la protección y el buen uso de los recursos naturales. Considerando que EPM es una empresa con una reconocida trayectoria y a la vez respetada dentro del sector energético, sumado a que conoce la regulación que existe y las prioridades sociales y ambientales en Colombia, puede aconsejar a Brookfield y convertirse en un socio estratégico. Sobre las políticas medioambientales del nuevo socio canadiense surge la siguiente inquietud: ¿Tiene EPM conocimiento de las estrategias que Brookfield ha

llevado a cabo en proyectos energéticos con el fin de proteger o mantener de la mejor manera el medio ambiente en el cual desarrollan su actividad?

5) Participación de EPM en la OPAV ¿es posible?

En cuanto a la participación de EPM en la OPAV, antes de pensar si es bueno o no enajenar las acciones, es oportuno determinar ¿cuál es la posibilidad de participación de EPM en esta oferta? Si bien la participación de accionistas en la OPAV tiene varias regulaciones, dependiendo de lo que estas normas establezcan se podrá conocer qué tan posible es que EPM enajene sus acciones en este escenario.

El decreto 1609 de 2013 plantea en su artículo 27 la obligación que tiene el tercero estratégico de realizar una oferta pública de adquisición a favor de los accionistas minoritarios, en los términos definidos en el Acuerdo de Accionistas (2006), por lo menos al mismo precio por acción pagado a la Nación, en desarrollo del programa de enajenación.

En ese orden de ideas, en el mismo artículo se plantea lo siguiente con respecto a los denominados accionistas minoritarios:

el término de accionistas minoritarios significa, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo de Accionistas, cualquier propietario, beneficiario real o administrador de acciones ordinarias de ISAGEN, que a la fecha de emisión de este decreto sea dueño, beneficiario real o administrador del tres por ciento (3%) o menos de las acciones ordinarias en circulación de ISAGEN.

Siendo consecuentes con lo anterior, EPM, con una participación del 13,14%, no encaja en la categoría de accionista minoritario de ISAGEN.

Ahora bien, en el Acuerdo de Accionistas del 29 de diciembre de 2006 se estipula lo siguiente con respecto a los “accionistas minoritarios”:

Accionistas minoritarios: significa todos aquellos propietarios, beneficiarios reales o administradores de Acciones Privilegiadas (a) que en su conjunto representen máximo el doce por ciento (12,0%) de las Acciones Privilegiadas en circulación en cualquier momento durante su vigencia, o (b) que sean propietarios, beneficiarios reales o administradores de acciones ordinarias que en su conjunto representen como máximo el cuatro por ciento (4,0%) de las acciones ordinarias en circulación mientras existan Acciones Privilegiadas, o

(c) que sean propietarios, beneficiarios reales o administradores de acciones ordinarias que en su conjunto representen máximo el tres por ciento (3%) de las acciones ordinarias en circulación, una vez las Acciones Privilegiadas se conviertan en acciones ordinarias.

No obstante, también existe la posibilidad de aplicación a lo establecido en el decreto 2555 de 2010 en su artículo 6.15. 2.1.24 : “Destinatarios de la Oferta Pública de Adquisición. La oferta pública de adquisición debe dirigirse a todos los titulares de los valores señalados en el párrafo segundo del artículo 6.15.2.1.1 del presente decreto”.

Entonces, teniendo presente que EPM posee el 13,14% en ISAGEN, ¿es posible que EPM participe en la segunda Oferta Pública de Adquisición Voluntaria? ¿Qué garantía hay ante esta disparidad de efectos e interpretación de la norma sobre la venta y la OPAV, de que Brookfield pagará el mismo precio a EPM que el que pagó cuando le compro a la Nación, es decir 4.130 pesos por acción?

Por otro lado, la ley 226 de 1995 bajo los principios de democratización artículo 2, dice:

Todas las personas, naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. En consecuencia, en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria [...] Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida.

Desarrollándose conforme al artículo 60 de la Constitución Nacional, el cual establece “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. 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”. En este caso EPM debe ofrecer inicialmente sus acciones a los destinatarios de condiciones especiales, es decir, al sector solidario por término de dos meses y posterior a esto ofrecerlas al público en general; todo con el fin de evidenciar que dicha obligación previa a la OPAV podría implicar que las proyecciones

de venta y del valor de las acciones que elaboró EPM para justificar la solicitud de venta por medio del Acuerdo en discusión no concuerden con los valores pagados por Brookfield a la Nación, por lo tanto se hace extensivo el llamado a EPM a justificar, desde otras alternativas, la venta de acciones y no simplemente de la expectativa de valor que Brookfield pagó a la Nación, valor que en este posible escenario no podría asegurarse.

Otro cuestionamiento que se genera en torno al proceso, es lo establecido en la ley 226 de 1995, que en el artículo 6 establece que se debe “adoptar un programa de enajenación diseñado para cada evento en particular que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta Ley”. Más adelante, en el artículo 7 se establece lo siguiente:

El programa de enajenación accionaria se realizará con base en estudios técnicos correspondientes, que incluirán la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esta valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación [el subrayado no es del original].

Es decir, el plan de enajenación que presentó el Gobierno Nacional, para la privatización de ISAGEN, no serviría para este nuevo escenario; por consiguiente, se debe adoptar un nuevo plan, y hasta el momento no se tiene conocimiento del mismo. La relevancia de esta reglamentación radica en que en el plan de enajenación debe ser revisado por la Defensoría del Pueblo, para que garantice la transparencia del mismo. Además, debe ser puesto a consideración del Consejo de Ministros, y remitido al Gobierno para su aprobación. En este se consignarán aspectos como las etapas en que se realizará el procedimiento, la forma y las condiciones de pago del precio de las acciones, el precio mínimo de las acciones, entre otras disposiciones.

Lo anterior suscita los siguientes interrogantes: ¿Dónde está el plan de enajenación de la participación de EPM en ISAGEN? ¿Ha contemplado EPM la posibilidad de que el sector solidario quiera comprar sus acciones? ¿Cuál es el precio que el sector solidario debe pagar por las acciones que se ofrezcan en la OPAV y quién lo establece? ¿Si Brookfield no decidiera incluir a EPM en la OPAV, EPM le vendería al sector solidario? ¿Si EPM definitivamente no contempla la posibilidad de vender al sector solidario, por qué dentro de los argumentos de apelación afirma que no es posible indicar quiénes

Hernán Darío Martínez Hincapié, María Fernanda Barrera Cuartas,
Ligni Sigrid Ramírez Sánchez, Mateo Palacio Sánchez

adquirirán sus acciones? Para concluir con el concepto se pone en consideración lo siguiente: en el escenario en que se presente la enajenación de las acciones de EPM en ISAGEN se sugiere la creación de una Comisión Accidental según lo establecido en el artículo 86 del Acuerdo 69 de 2013, que se encargue de estudiar y verificar el destino de los dineros producto de la venta, con el fin de informar tanto al Concejo como a la ciudadanía, llegado al caso en que se presenten presuntas irregularidades con la destinación de estos dineros.

Con este concepto se quiere hacer una invitación muy respetuosa a que se haga un debate crítico, en el cual se pueda evidenciar tanto los puntos positivos como los negativos de la posible enajenación. Es válido decir que cada quien tiene unos intereses que lógicamente quiere defender, sin embargo, se debe tener presente que las decisiones que se tomen afectarán a la población y el Concejo debe velar por los intereses de los ciudadanos a los cuales está representando.

Referencias bibliográficas

Carrillo, J. M. (2006). "Del patrimonio público una aproximación al concepto y a su contenido". *Prolegómenos*, IX(17), pp. 23-34.

Gómez, J. F. (2016). "Positivo balance en su gestión registró ISAGEN durante el 2015". Recuperado de www.isagen.com.co/boletines-prensa/2016/boletin-resultados-4t.pdf

Mora, L. A. y Muñoz, E. E. (2002). *Situación jurídica del accionista minoritario en la sociedad anónima* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.