

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

El Concejo Municipal de Santiago de Cali, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y en especial las que le confiere el artículo 60 de la Constitución Política de Colombia, las Leyes 142 y 143 de 1994, la Ley 226 de 1995, la Ley 136 de 1994 y,

CONSIDERANDO

Que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P., empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, cuyo estatuto orgánico se determinó en el Acuerdo 34 de 1999, tiene la condición de accionista mayoritario de Termoemcali I S.A. ESP, por poseer un número de acciones que supera el 87% de su capital social.

Que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P., conforme a los diversos estudios y diagnósticos técnicos y financieros que se han adelantado en el curso de los últimos meses, está considerando la posibilidad de enajenar o promover un proceso de vinculación de capital a Termoemcali I S.A. ESP en virtud del cual puedan atenderse de manera significativa las obligaciones contraídas por Termoemcali I S.A. ESP con sus acreedores, las cuales están garantizadas por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Que en concordancia con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política, la Ley 226 de 1995 establece el procedimiento a seguir cuando el Estado desee enajenar su participación en el capital social de una empresa.

ACUERDA

ARTÍCULO 1. Autorízase al representante legal de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. para enajenar las acciones que posee en Termoemcali I S.A. E.S.P. en el porcentaje que sea necesario o para que en su calidad de accionista de Termomecali I



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

S.A. E.S.P. adopte las decisiones que sean necesarias para promover procesos de capitalización o vinculación de capital a esta empresa por parte de inversionistas públicos o privados.

ARTÍCULO 2. En el caso de la enajenación de las acciones, esta deberá realizarse en acatamiento del principio de democratización de la propiedad accionaria estatal contenido en el artículo 60 de la Constitución Política, con el pleno cumplimiento de los principios, reglas y demás procedimientos fijados por la Ley 226 de 1995.

ARTICULO 3. El presente Acuerdo rige a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Municipio de Cali.

Proyecto de Acuerdo presentado por:

JORGE IVÁN OSPINA GÓMEZ, Alcalde Santiago de Cali

Proyectó: MARIA DEL PILAR CANO STERLING, Directora Jurídica
JOHANNIO MARULANDA ARBELAEZ, Director de Planeación Municipal



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

TERMOEMCALI ha sido una de las empresas que más han influido en la sostenibilidad financiera de EMCALI. Después de los grandes apagones de la década de los años noventa, su destino y el de nuestras empresas municipales van de la mano, marcando de modo sustantivo las decisiones que a propósito de EMCALI puedan tomarse en esta coyuntura histórica para la ciudad. Por ello, las decisiones sobre su futuro implican una inmensa responsabilidad social y política, una visión de empresa, de ciudad y de región, pues se encuentran en juego las posibilidades económicas y sociales tanto de EMCALI como de la nueva filial de Telecomunicaciones y de la misma Termoemcali.

Hoy, la ciudad y su gobierno deben decidir acerca del rumbo que han de seguir sus Empresas Municipales y por consiguiente Termoemcali. Este documento constituye la Exposición de Motivos del Proyecto de Acuerdo que se presenta a consideración del Honorable Concejo Municipal de Cali, en el que las máximas autoridades de la ciudad solicitan incorporar las decisiones acerca de Termoemcali al portafolio de las decisiones que han de tomarse respecto de EMCALI de cara a la nueva empresa de Telecomunicaciones y a las demás componentes, específicamente de Agua-Alcantarillado y Energía.

Este documento contiene una Introducción, los antecedentes de la empresa, los argumentos sobre los que se fundamenta propuesta para la capitalización de Termoemcali en el contexto de la recuperación de EMCALI para la ciudad así como los fundamentos jurídicos que la viabilizan.



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

ANTECEDENTES

La empresa de servicios públicos TERMOEMCALI I se constituyó en 1994 como una sociedad anónima de economía mixta y carácter comercial. Su nacimiento como ente jurídico se realiza a través de un contrato social elevado a escritura pública cuyo número fue 1126, otorgada el 22 de diciembre en la Notaría Dieciséis del Círculo de Cali. La razón social con la cual inicia su vida jurídica es TERMOEMCALI I S.A.. E.S.P.

Los accionistas fundadores aportantes fueron:

1. EMCALI con 1.400 acciones clase A, participación del 7%
2. JMC CAUCA VALLEY, INC con 18597 acciones clase B, participación del 93%
3. JUAN CARLOS ROA MÁRQUEZ, con 1 acción clase B
4. JAIME HERRERA RODRÍGUEZ, con 1 acción clase B
5. JUAN GUILLERMO RUIZ HURTADO, con 1 acción clase B

Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. realizó su aporte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 463 del Código de Comercio, y consistió en:

1. Suscripción de un contrato de compra de energía a un plazo de 20 años con la sociedad;
2. Otorgamiento de garantías suficientes de las obligaciones que contraía Emcali en desarrollo del contrato de compra de energía;
3. Industria, consistente en el conocimiento y participación del mercado del Valle del Cauca y del sector energético.

A enero de 1997, antes de transformarse la empresa en una sociedad en comandita por acciones, se había realizado la suscripción de cuatro emisiones de 2'299.286 acciones para capitalizarse, de las cuales 995.893 pertenecen a clase A y 1'303.393 a clase B. Esta emisión representa para la empresa un mayor valor



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

del importe pagado por los accionistas sobre el valor nominal y se constituye como prima en colocación de acciones. Lo anterior se refleja en los balances presentados así:

Balance a diciembre 31 de 1995

Prima en colocación de acciones \$1.147'920.000

Balance a diciembre 31 de 1996

Prima en colocación de acciones \$15.633'180.443

Con estas emisiones el capital suscrito y pagado ascendió a 2'319.285 acciones con valor nominal de \$1.000 cada una. Sus accionistas eran: JMC Cauca Valley con 1'252.405 acciones participación del 54%, Emcali 997.270 acciones participación del 43% y Corfipacífico con 69.587 acciones participación del 3%.

La empresa sufre su primera transformación a través de la escritura pública número 0132 de febrero 5 de 1997, al pasar de sociedad anónima a sociedad en comandita por acciones. El capital social autorizado en acciones fue de 10'600.000 con un valor nominal de \$1.000 cada una, el capital suscrito y pagado en acciones correspondió a 2'319.285 acciones, y sus accionistas fueron:

Socios Gestores:

JMC Cauca Valley, Inc y Caligen Ltda.

Socios Comanditarios:

JMC CAUCA Valley, Inc con 1'252.405 acciones clase B, participación 54%

EMCALI E.I.C.E. E.S.P. con 997.270 acciones clase A, participación 43%

Corfipacífico con 69.587 acciones clase B, participación 3%

Jaime Herrera Rodríguez con 13 acciones clase B, participación 0.001%

Juan G. Ruíz H. con 10 acciones clase B, participación 0.0004%

En el período del 5 de febrero de 1997 al 24 de julio de 1998, los socios gestores suscribieron, conforme lo menciona el artículo duodécimo de los Estatutos, tres emisiones de 3'806.760 acciones, de las cuales 1'636.883 son clase A y 2'169.877



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

clase B. Lo anterior, para balancear la participación de los accionistas en el capital.

Esta emisión representa para la empresa un mayor valor del importe pagado por los accionistas sobre el valor nominal y se constituye como prima en colocación de acciones. Esto se refleja en los balances así:

Balance a diciembre 31 de 1997

Prima en colocación de acciones \$19.977'798.317

Balance a diciembre 31 de 1998

Prima en colocación de acciones \$31.774'803.00

Esta emisión permitió conformar un nuevo capital suscrito y pagado de 6'126.045 acciones al igual que un grupo de accionistas, estos fueron:

JMC CAUCA Valley, Inc con 1'252.405 acciones clase B

EMCALI E.I.C.E. E.S.P. con 997.270 acciones clase A

Corfipacífico con 69.587 acciones clase B

Jaime Herrera Rodríguez con 13 acciones clase B

Juan G. Ruíz H. con 10 acciones clase B

Del 24 de julio de 1998 cuando se suscriben y emiten 1'352.760 acciones al 26 de diciembre de 2005, un día antes de su segunda transformación, Termoemcali I no realiza más suscripción de acciones.

EMCALI E.I.C.E. E.S.P., de acuerdo al parágrafo del artículo décimo de los Estatutos de Termoemcali I, tiene el derecho a recibir el 21.4 % de las acciones que emita la sociedad hacia el futuro, sin contraprestación alguna por parte del suscriptor, como consecuencia a la firma del contrato de compra de capacidad y energía (el “CCCE”) por un plazo mínimo de veinte años y el otorgamiento de garantías suficientes para las obligaciones contraídas bajo este contrato. Esto se consideró como aporte de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al capital de la sociedad, como pago del 21.4 % de las acciones suscritas.



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

Termoemcali I se transforma de nuevo en sociedad anónima el día 27 de diciembre de 2005 por escritura pública número 1167, otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Candelaria (Valle). El capital social autorizado fue la suma de \$29.786'394.000 dividido en 29'786.394 acciones de valor nominal de \$1.000 cada una.

El capital suscrito y pagado íntegramente por los accionistas a la fecha de la escritura pública de transformación es de \$29.786'394.000 dividido en 29'786.294 acciones nominativas de valor nominal de \$1.000 cada una. El capital se divide así:

- i) 26'294.525 acciones de la Clase A que corresponden a los aportes efectuados de la siguiente manera: a) por Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. 26'294.515 acciones, que representan el 88.28% del capital suscrito de la sociedad; b) por Caligen Limitada 10 acciones, que representan el 0.00-% (sic) del capital suscrito de la sociedad.
- ii) 3'491.869 acciones de la Clase B, correspondientes a los aportes efectuados por inversionistas privados, en este caso Inversiones Inca S.A., que representan el 11.72% del capital suscrito de la sociedad.

En la presente transformación no se ha presentado emisión de acciones, y aunque el número mínimo de accionistas debe ser cinco, según lo dispone el artículo 374 del Código de Comercio, Termoemcali posee 3. No obstante, en las notas a los Estados Financieros de la anualidad 2007, se manifiesta que la empresa no está incurso en causal de disolución según lo establecido en el numeral 12 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, que dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios se disolverán, entre otras causales, cuando todas las acciones suscritas llegaren a pertenecer a un solo accionista, lo cual significa que mientras todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a dos o más accionistas, la empresa de servicios públicos no incurre en causal de disolución.

Para la vigencia 2008, la composición accionaria de Termoemcali I S.A.E.S.P., es la siguiente:



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

ACCIONISTAS	NIT o CC	No. ACCIONES	%PARTICIPACIÓN
Emcali EICE ESP	890.399.003-4	26.294.513	88.277%
Caligen Ltda	805.006.248-7	10	0.000%
Municipio de Santiago de Cali	890.399.011-3	1	0.000%
Emsirva	890.399.011-3	1	0.000%
Inversiones INCA S.A.	805.010.026-4	3.484.491	11.698%
Sinfín Ltda y Cia S.C.A.	805.019.227-9	1	0.000%
Jesús María Sanguino	17.097.437	7.377	0.025%
Total		29.786.394	100.00%

Fuente: Contraloría General de Santiago de Cali, Informe Final de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial –vigencia 2007

El modelo empresarial adoptado por Termoemcali, empresa con capital mixto, en donde existe participación del Estado, se adapta al régimen establecido en la Constitución Política de Colombia y la Ley, de conformidad con lo ordenado por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

LA PROPUESTA

Capitalizar a Termoemcali I S.A. E.S.P. en un porcentaje que posibilite pagar todos los bonos a los acreedores, alrededor de \$308.000 millones, liberando al componente de energía de Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. de esta deuda.

Efectos de la Capitalización de Termoemcali I S.A. E.S.P.

- Con la capitalización de Termoemcali I S.A. E.S.P. se liberan \$40.000 millones anuales, que Energía debe aportar para el pago de los bonos de deuda y libera caja para realizar inversiones especialmente en repotencialización, cambio de redes y construcción de subestaciones. Al disminuir pérdidas se mejora el desempeño financiero de Energía.
- La capitalización mayoritaria de Termoemcali permite el prepago total de las Tramos A y E y servicio de deuda a la Nación a partir de 2015.



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

Los efectos de la capitalización de Termoemcali actúan sinérgicamente sobre las demás actuaciones de modo que:

- Con la capitalización de la nueva filial de Telecomunicaciones, se liberan recursos para inversiones en Acueducto y Alcantarillado y para pagar la totalidad de la deuda a los acreedores, que hoy pesa grandemente sobre las operaciones de EMCALI. Además, se aportan \$100.000 millones para el pasivo pensional de la empresa.
- Al quedar EMCALI saneada, puede generar excedentes estimados en \$120.000 millones anuales a partir de 2010, para trasladar al Municipio para inversión social.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La democratización accionaria es un principio de desarrollo del mercado de capitales que tiene como objetivo masificar la inversión en acciones en todas las capas de la sociedad de forma que las personas naturales o jurídicas se conviertan en propietarias de las empresas. Es uno de los principios rectores de la popularización de la propiedad y un pilar de desarrollo de los mercados en la medida en que incentiva la inversión hacia los sectores productivos, facilita la capitalización de las empresas y le da profundidad y liquidez a los mercados de acciones. Sin democratización es muy difícil que se desarrolle un mercado de capitales moderno y eficiente porque se inhiben tanto la oferta como la demanda.

Un buen ejemplo de falta de democratización es el mercado colombiano: Las transacciones en acciones representan el 0.4 por ciento del PIB y el 1.0 por ciento del monto transado en bolsa.

Desde el punto de vista de la oferta, los mercados con democratización accionaria financian la inversión y el ensanche de la planta productiva con emisiones de acciones y sustituyen los costos financieros derivados de los créditos bancarios.



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

Desde el punto de vista de la demanda, en los mercados democratizados los instrumentos de ahorro incluyen posiciones en acciones y por esta razón gozan de estándares más eficientes en el manejo de portafolios de inversión.

El Proyecto de Acuerdo “Por medio del cual se autoriza la enajenación de propiedad accionaria de las Empresas Municipales de Cali –EMCALI E.I.C.E. E.S.P.-, o capitalización de Termoemcali S.A. E.S.P.”, pretende, como aparece de su título, posibilitar la enajenación de las acciones de EMCALI en Termoemcali, o promover un proceso de vinculación de capital a Termoemcali., en virtud del cual puedan atenderse de manera significativa las obligaciones contraídas por ésta con sus acreedores, las cuales están garantizadas por EMCALI.

El CONPES 3281 de abril 19 de 1984, definió la estrategia para la enajenación de participaciones de la Nación y sus entidades en empresas públicas y privada, precisando que con tal alternativa se busca:

“1. Avanzar en el proceso de saneamiento de las finanzas públicas. En las actuales circunstancias resulta imperioso disminuir el servicio de la deuda de pasivos costosos cuyos flujos de pagos permanentes generan de manera directa un impacto negativo sobre el déficit fiscal. Frente a lo anterior, resulta inconveniente que el gobierno registre en sus balances o en el de sus entidades activos cuyos rendimientos son bajos, negativos o que no responden a su misión institucional.

La estrategia de aprovechamiento y enajenación de activos busca reducir la magnitud del pasivo mediante la liquidación o venta de activos del balance con los cuales se corrija de manera efectiva el déficit fiscal, con un efecto permanente en el mediano plazo.

2. Propiciar el programa de democratización de la propiedad accionaria, en el marco de la política de construcción del país de propietarios, en que esta empeñada la actual administración.



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

3. Fortalecer el mercado de capitales, considerando que actualmente existen recursos disponibles y están dadas las condiciones para ampliar las alternativas a los inversionistas, ya sea institucionales o de otra índole.
4. Enfocar el estado y los limitados recursos públicos fundamentalmente a las actividades que se enmarcan dentro de las responsabilidades del estado Social de Derecho, consagradas en la Constitución política. Por tanto es necesario que el sector público se desvincule de aquellas actividades y entidades donde no se amerita su participación a través de capital de riesgo y enfoque los recursos comprometidos en inversión social.
5. Apoyar con recursos frescos los proyectos de desarrollo regional de las entidades territoriales, en las cuales este ubicada la actividad principal de las empresas cuyas acciones se enajenen”.

La estrategia de democratización, dice el CONPES 3281, es “consecuencia del cambio en el modelo de Estado, adoptado a principio de la década pasada, la acción pública se ha orientado hacia la planeación, regulación y control de la provisión de bienes y servicios. En ese contexto el Gobierno Nacional inició un proceso de vinculación de inversión privada en la prestación de servicios y en la provisión de infraestructura. Lo anterior con el fin de: i) mejorar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios; ii) promover la competencia y fortalecer la continuidad de los servicios públicos; iii) eliminar la presión fiscal que genera la financiación y operación de los proyectos y servicios por parte del sector público, iv) orientar los recursos fiscales a realizar inversión social; v) aumentar los flujos de inversión extranjera; vi) promover la democratización de la propiedad y el desarrollo del mercado de capitales; vii) concentrar al Estado en actividades que favorecen el interés público y el desarrollo social y viii) obtener recursos para financiar gasto público”.

Por otra parte, la obligación impuesta al Estado de fomentar el acceso a la propiedad, constituye un cometido específico, que debe llevar al terreno de las realidades, es así como la Constitución lo autoriza para promover el acceso de los trabajadores a la propiedad empresarial (C.P. art. 60, inc. 2) o a la propiedad



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

agraria (C.P. art. 64), lo cual corresponde indudablemente, al fenómeno de la democratización económica, cuyos alcances tienen el sentido de una opción real, de una posibilidad seria y efectiva para que los trabajadores y organizaciones solidarias logren participar de las ventajas que el desarrollo económico brinda a los miembros de una sociedad 'fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general' (C.P.art.1°).

"Democratizar la propiedad accionaria en las empresas oficiales, exige el establecimiento de vías apropiadas para hacer viable la concurrencia de ciertos sectores económicos, que la Constitución señala, en el capital accionario de aquellas, lo cual no significa, que los beneficiarios estén constreñidos a utilizar los privilegios que se les ofrecen, ni tampoco, que la propiedad oficial deba consolidarse irremediabilmente en cabeza de éstos. Lo que esencialmente persigue el inciso segundo del artículo 60 de nuestra Carta, es impedir la concentración oligopólica del capital dentro de los medios de producción y del sistema financiero, e igualmente dirigir el proceso de desconcentración accionaria hacia unos beneficiarios particulares que son los propios trabajadores de las empresas y las organizaciones solidarias, con lo cual se avanza en el proceso de redistribución de los ingresos y de la propiedad, que es una meta esencial de un Estado Social de Derecho". (Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Sobre el contenido y alcance del artículo 60 del Estatuto Supremo, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia C-037/94, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, algunos de cuyos apartes se transcribirán en seguida:

"La obligación impuesta al Estado de fomentar el acceso a la propiedad, constituye un cometido específico, que debe llevar al terreno de las realidades, es así como la Constitución lo autoriza para promover el acceso de los trabajadores a la propiedad empresarial (C.P. art. 60, inc. 2) o a la propiedad agraria (C.P. art. 64), lo cual corresponde indudablemente, al fenómeno de la democratización económica, cuyos alcances tienen el sentido de una opción



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

real, de una posibilidad seria y efectiva para que los trabajadores y organizaciones solidarias logren participar de las ventajas que el desarrollo económico brinda a los miembros de una sociedad 'fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general' (C.P.art. 1o.).

"Cuando el inciso 2o. del artículo 60 de la Constitución dispone que en los procesos de privatización el Estado 'tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones...', consagra a favor de los trabajadores y de las organizaciones de economía solidaria, un derecho preferencial que no admite restricción o limitación, porque la Carta Política no le impone condición alguna. Por consiguiente, a través de la ley no es posible reglamentar el ámbito propio y específico de la operancia y la efectividad del derecho, sino, 'las condiciones especiales' que deben establecerse para que los beneficiarios hagan realidad la voluntad constitucional de 'acceder a dicha propiedad accionaria'".

"Tales 'condiciones especiales', pueden consistir en la creación y otorgamiento de medios expeditos y favorables de financiación para la adquisición de acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas (plazos, precio y financiación especiales), o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del Constituyente de incorporar a los trabajadores en el dominio y manejo de la respectiva empresa".

"En otros términos, cuando el Estado decida enajenar su propiedad accionaria en una empresa con participación económica oficial, está obligado, al elaborar el respectivo programa de enajenación, a ofrecer, en primer término, el paquete accionario que se proponga vender a los trabajadores de la respectiva empresa y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, bajo unas condiciones especiales, previamente diseñadas que muevan la voluntad de los destinatarios de la oferta y faciliten la negociación, sin que ello implique que posteriormente otros interesados, diferentes a los mencionados, queden excluidos de la posibilidad de acceder a la adquisición de las acciones, pero obviamente, bajo condiciones diferentes especialmente establecidas para ellos. De esta manera,



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P., O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

se interpreta fielmente el mandato constitucional del inciso 2o. del artículo 60, porque se permite a los sujetos destinatarios de dicha disposición, tener una amplia opción para que, según sus posibilidades económicas puedan adquirir todo o parte de las acciones objeto de la enajenación”.

El ingreso de personas naturales y jurídicas a la sociedad vía enajenación de acciones, habrá de realizarse conforme a lo previsto en la Ley 226 de 1995, que impone la obligación a cualquier entidad pública que desee dar a éstos una participación accionaria en una sociedad, de someterse a un proceso reglado que garantiza la participación, entre otros, de los órganos de control político y administrativo pertinentes.

Establece la precitada Ley, que la venta de la participación estatal en una empresa debe realizarse otorgando condiciones especiales de plazo y créditos al sector solidario y los trabajadores. Posteriormente, la Corte Constitucional estableció que la venta se debería hacer en dos etapas, la primera destinada al grupo de personas antes mencionadas y, la segunda, destinada al público en general, con mecanismos de puja por el precio.

Adicionalmente, la misma Ley estableció que el 10% del producto de la venta, será invertido en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen. De esta norma se excluye a las entidades financieras.

Si a contrario sensu, la capitalización de Termoemcali por decisión del máximo órgano social, se desarrolla vía proceso de vinculación de capital, el cual tiene su fundamento en el artículo 60 de la Constitución Política inciso primero, que consagra el derecho que tiene toda persona de acceder a la propiedad (cláusula programática y promocional), para lo cual el Estado está obligado a promover, fomentar y posibilitar el real acceso, de conformidad con la reglamentación que para el caso expida la ley, el procedimiento a seguir es el establecido en el Código de Comercio, para lo cual habrán de emitirse las acciones que se ofrecerán en venta, a través de un proceso abierto, que se difunde ampliamente,



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

al igual que las condiciones que regirán la venta, con el fin de que exista una adecuada información y conocimiento, para que así puedan entrar a participar todas las personas que estén interesadas en la compra de la propiedad accionaria de carácter estatal, y se garantice una total transparencia en la negociación, con estricta observancia del artículo 209 constitucional, como principio de obligatorio cumplimiento.

En este evento no se aplica el artículo 60 de la Carta, ya que no se trata de una enajenación de la participación del Estado en la empresa. Se refiere esta figura a la emisión de acciones, que serán colocadas en el público. Es pues una capitalización, que se traduce en una reducción del peso relativo del capital de origen público en el capital social de la sociedad.

Al punto, pertinente es traer apartes de la Sentencia C-074 de 1993, emanada de la Corte Constitucional, de cuya ponencia se ocupó el Magistrado Dr. Ciro Angarita Barón:

***“2.2. El virtual desconocimiento de las normas asociativas y solidarias de la propiedad y del principio de la democratización de la propiedad accionaria.*”**

También estiman los demandantes que el decreto especialmente en el artículo 4 y en los párrafos 1 y 2 del artículo 2o, vulnera los artículos 60, 58 inciso 3 y 333 inciso 3 de la Constitución Política de 1991.

El cargo de inconstitucionalidad se funda en el hecho de que mientras el Decreto ley "pretende aplicar la reestructuración de la entidad de manera unilateral y aislada... y generar formas organizacionales provenientes de la ley de reforma financiera en sus modalidades de privatización, fusión, escisión", la Carta establece que el Estado promoverá el acceso democrático a la propiedad, ofreciendo a los trabajadores condiciones especiales y preferentes para acceder a las acciones de empresas públicas; consagra igualmente el deber del Estado de promover las formas asociativas y solidarias de propiedad y de fortalecer las organizaciones solidarias.



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

En opinión de los actores, existe una importante contradicción entre el decreto y los postulados de la Carta, en la medida en que al reestructurar la entidad hace caso omiso de los principios descritos.

Antes de entrar al estudio concreto del cargo que se formula, esta Corte considera pertinente hacer algunas consideraciones preliminares sobre algunos aspectos teóricos fundamentales para la debida comprensión del problema que aquí se plantea.

La Carta del 1991 consagra, como lo señalan los demandantes, la garantía de nuevas formas de propiedad: la propiedad colectiva y solidaria.

Así, el artículo 58 señala de manera imperativa que el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

En el mismo sentido se manifiesta la Carta en su artículo 60, al establecer como principio rector de la actividad pública que el Estado "promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad". Se trata, pues, de un mandato constitucional al legislador para que adopte las medidas que considere oportunas en desarrollo de esta norma fundamental.

En su segundo inciso, al regular la privatización de las empresas del Estado, el mismo artículo señala que se debe ofrecer a los trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria.

En consonancia con el artículo anterior, el 64 establece la obligación del Estado de promover el acceso progresivo, en forma individual o asociativa a la propiedad de la tierra y de prestar ciertos servicios públicos a los trabajadores del campo.



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

También el artículo 333, inciso tercero, consagra como obligación imperativa del Estado, fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial.

No cabe duda entonces que fue voluntad del Constituyente la de garantizar de manera especial estos tipos de propiedad, tal como se desprende de las normas arriba señaladas.

De otra parte, una lectura de los antecedentes constitucionales de tales normas demuestra también su especial preocupación del constituyente por la protección y estímulo de la propiedad asociativa y solidaria. Así, por ejemplo, en el Informe-Ponencia para primer debate en plenaria, sobre régimen económico, se lee:

"EMPRESA PRIVADA, SOLIDARIA Y ESTATAL

Las formas de economía solidaria son consideradas como un eficaz alternativa para satisfacer necesidades colectivas apremiantes mediante una distribución democrática de los excedentes, que excluye el afán indiscriminado de lucro, sino también, lo que no es menos valioso, como una pedagogía contra los excesos del individualismo.

Por esa razón, desde hace varios años las más variadas iniciativas han propuesto otorgar garantías constitucionales a las formas de propiedad y economía solidaria.

Estas propuestas encontraron amplia resonancia no sólo en sectores comprometidos tradicionalmente con el movimiento cooperativo sino también en otros, como el de los indígenas, cuya presencia en la vida política del país ha sido vista con especial complacencia, como quiera que constituye el carácter pluricultural y



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

pluriétnico de la Nación colombiana y valioso aporte en el enriquecimiento de nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente se ha sugerido que la solidaridad se constituya en elemento propio y característico de algunas formas de propiedad, lo cual, en verdad, no es nada distinto a reconocer la existencia de este fruto natural de su función social"

De otra parte, es pertinente observar que las instituciones de nuestro derecho agrario, como las empresas comunitarias, son buena muestra de que la economía solidaria tiene actualmente algún asidero en la legislación vigente.

En virtud de todo lo anterior, lo que ahora se busca, es pues, darle carta de ciudadanía en la nueva Constitución, al menos en igualdad de condiciones con otras formas de organización económica destinadas también a satisfacer necesidades sociales.

Más aún, varios proyectos proponen que el texto constitucional ordene que se promueva o estimule la propiedad o economía solidaria. La propuesta se fundamenta en que no basta con reconocer su igualdad formal, sino que necesita del apoyo estatal para superar la condición de debilidad en que, con frecuencia, concurre al mercado frente al vigoroso desarrollo de la empresa privada y estatal, en razón de que esta forma de organización ha sido objeto de discriminación y abandono por parte del Estado"²² .

La lectura de los antecedentes y de los respectivos textos constitucionales, evidencian que el Constituyente consagró como una obligación especial de los poderes públicos fomentar, fortalecer y proteger estos tipos de propiedad. El legislador no puede entonces rescindir la garantía especial que la Carta otorga a la propiedad solidaria y asociativa; tampoco puede la administración pasar por alto la prioridad en su fomento y protección. Igualmente, los jueces y especialmente la jurisdicción constitucional, encargada de velar por la



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

integridad de la Carta deben en cumplimiento de sus funciones contribuir dentro de su órbita al logro de tales propósitos.

Ahora bien, lo anterior no significa que el Estado deba en todo caso buscar la transformación de la propiedad pública o privada en propiedad asociativa o solidaria. Lo que si impone la Carta es la obligación de dar prioridad, en cualquier caso de injerencia legítima del Estado, -privatización, venta de activos de sus empresas, participación en la gestión empresarial etc-a estos tipos de propiedad que por su carácter democrático y participativo, contribuyen a realizar el Estado social de derecho.

Ahora bien, iniciando el estudio del decreto demandado, la Corte advierte que son dos los artículos que podrían estudiarse bajo el prisma del cargo señalado en la demanda. Se trata de los artículos 4 y 7.

El artículo 7 establece que:

" a fin de democratizar el capital, la Junta Directiva de la Caja Agraria podrá autorizar la emisión de acciones de la clase "D" a fin de colocarlas entre los usuarios del crédito, los empleados de la entidad u otros accionistas privados".

Según los estatutos vigentes, las acciones de la Caja Agraria están divididas en cuatro clases, así: Clase "A" que corresponde a las acciones del Gobierno; clase "B" a las de los bancos suscriptores; clase "C" a las de la Federación Nacional de Cafeteros y clase "D" a las del público en general (Decreto No. 1073 del 26 de junio de 1992, artículo 7, inciso 1°).

Para los efectos de dar aplicación estricta a lo dispuesto por el artículo 60 de la Carta vigente es claro que las acciones de clase "D" no pertenecen al Estado sino a los particulares y como tal no se configura aquí una enajenación de participación estatal en una empresa, con todas las consecuencias previstas en el aludido precepto constitucional. Entre ellas se destaca la de ofrecer a sus



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”

trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores "condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria".

Con todo, fiel al propósito de democratizar el capital explícito en el Artículo 7° de la disposición acusada, es de esperar que los usuarios del crédito y los empleados de la Caja gocen de condiciones que les permitan beneficiarse realmente de la emisión y colocación de acciones de clase "D".

Por tratarse de una enajenación enmarcada en los principios de la autonomía privada y no, como pudiera pensarse, de una venta de participaciones estatales en una empresa, el artículo 7° del decreto acusado-incorporado luego como parágrafo único del 7° de los estatutos de la Caja Agraria vigentes-no adolece de vicio de inconstitucionalidad”. (Destacado propio del texto).

El Alcalde de Santiago de Cali pone a consideración del Honorable Concejo Municipal este proyecto, dentro del marco de un proceso de concertación constructiva, consciente de que el Gobierno Municipal tiene en esta Corporación su interlocutor más válido, su consejero más ilustrado y su apoyo más resuelto.

Santiago de Cali, julio 27 de 2009

JORGE IVÁN OSPINA GÓMEZ

Alcalde Municipal

Proyectó: MARÍA DEL PILAR CANO STERLING, Directora Jurídica
JOHANNIO MARULANDA ARBELAEZ, Director de Planeación

ANTECEDENTES: Fuente: Contraloría General de Santiago de Cali, Informe Final de Auditoria Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial –vigencia 2007



CALI, UN NUEVO LATIR!

PROYECTO DE ACUERDO

“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P, O CAPITALIZACIÓN DE TERMOEMCALI S.A. E.S.P..”



CALI, UN NUEVO LATIR!