



10000-

Doctores  
**LUIS EDUARDO GARZÓN**  
Alcalde Mayor de Bogotá  
**RAFAEL ORDUZ MEDINA**  
Presidente ETB.  
**Ciudad.**

**Asunto: Control Fiscal de Advertencia.**

Respetados Señores:

Con ocasión de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, este Despacho considera oportuno recurrir al Control de Advertencia consagrado en el numeral 8° del artículo 5° del Acuerdo 24 de 2001 y la Resolución Reglamentaria 030 de 2003, expedida por el Contralor de Bogotá, para prevenirlo sobre posibles riesgos que pueden generar detrimento a los intereses patrimoniales del Distrito Capital.

Consta en el informe de Auditoría que hasta el 27 de marzo de 2003<sup>1</sup>, el Distrito Capital era propietario del 99.96% de las acciones de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, E.T.B.; el restante 0.4% se encontraba en cabeza del sector solidario.

La Asamblea General de Accionistas de la E.T.B. celebrada el 27 de marzo de 2003, con la aquiescencia del Distrito Capital de Bogotá, que representaba el 99.96% de las acciones de la compañía, aceptó la propuesta de la Junta Directiva de apropiar \$251.037,00 millones (provenientes de las utilidades del año 2002), para ser destinadas como reservas para rehabilitación, extensión y reposición de sistemas de conformidad con lo establecido en los artículos 130 y 211 del Estatuto Tributario y obtener la exención correspondiente sobre rentas.

---

<sup>1</sup> Acta No. 16 Asamblea General Ordinaria de Accionistas, donde se aprueba el Proyecto de Emisión de Acciones.



Precisa el informe de auditoría que a marzo 27 de 2003, **existían reservas ocasionales constituidas con utilidades acumuladas de los años 2002, 2001 y anteriores, en cuantía de \$715.228 millones, para la *rehabilitación, extensión y reposición de los Sistemas***, cuya aplicación a tal efecto, le permitió a la E.T.B. gozar del beneficio tributario de exención.

**El Distrito de Bogotá, contaba con una participación accionaria directa o indirecta en la E.T.B. del 99.96%, previo al proceso de democratización, esto es, hasta antes de la nueva emisión de acciones**, pero en la Asamblea de Accionistas, correspondiente al 27 de marzo de 2003 (Acta 016), se aprobó una nueva emisión y conversión de acciones, las cuales tenían el carácter de privilegiadas, sin salvaguardar el interés de Bogotá sobre las reservas ocasionales constituidas con las utilidades generadas en los años 1999, 2000, 2001 y 2002.

La nueva emisión del año 2003 dio también lugar a que los accionistas privados del sector solidario (su proporción en el capital es del 0.04%) que poseían acciones ordinarias se transformarían en preferenciales hasta diciembre 31 de 2003, fecha en la cual se convirtieron en acciones privilegiadas.

En el reglamento de suscripción de acciones, punto 2.9.9, en el acápite "Clases de Acciones" bajo el subtítulo "Acciones Privilegiadas", se señalan los derechos y privilegios de los titulares de las mismas y ***"se estipula que además del dividendo ordinario, a que de las utilidades generadas por la sociedad en cada ejercicio anual, con corte a 31 de diciembre de cada año y distribuidas conforme a los estatutos (artículo 78), se destine un dividendo por acción privilegiada equivalente a CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (52,50), por cada acción suscrita para los años 2003, 2004, 2005 y 2006. Las condiciones de este privilegio son las siguientes: a) el privilegio será pagadero así: y) para el año 2003 en una sola cuota el día doce (12) del mes de diciembre de 2003; y z) para los años 2004, 2005 y 2006, en una o varias cuotas antes del 31 de diciembre del respectivo año, en las fechas que fije para el efecto la asamblea general de accionistas, b) sobre las utilidades líquidas los titulares de las acciones privilegiadas, tendrán un derecho preferente en el pago del dividendo privilegiado establecido anteriormente, después del cual participarán con los demás accionistas de la sociedad en proporción a la participación del capital. Para efecto de lo anterior, se entiende por utilidades líquidas como las utilidades arrojadas por la sociedad con base a estados financieros reales y fidedignos del ejercicio anterior a cuyo valor se le restan exclusivamente a: xx) enjugar pérdidas de ejercicios anteriores si las hubiere, y***



## CONTRALORÍA

DE BOGOTÁ, D.C.

reserva legal; zz) las apropiaciones para el pago de impuesto; c) **el privilegio anual determinado para este artículo para las acciones privilegiadas será acumulable por cinco 5 años**; d) el dividendo privilegiado pagadero en los años 2004, 2005 y 2006, se actualizará con base al índice de precios al consumidor (IPC), **para los doce 12 meses anteriores al mes en que se decrete el dividendo privilegiado**; e).el 31 de diciembre del año 2006, de acuerdo a lo establecido en el literal z anterior, las acciones privilegiadas se convertirán en Acciones Privadas Ordinarias y como tales tendrán los derechos consagrados en la ley y en el artículo doce 12 de los estatutos sociales para las Acciones Privadas Ordinarias de la Empresa".

Igualmente dentro del prospecto de colocación de acciones privilegiadas, bajo el numeral 1.15 se estipuló: "Por todo el tiempo que la Acción conserve el carácter de privilegiada, el titular de cada Acción Privilegiada tendrá derecho además del dividendo ordinario, **a que de las utilidades generadas por la sociedades cada ejercicio anual, con corte a 31 de diciembre de cada año**, y distribuidas conforme a los Estatutos Sociales (artículo 78), se destine un dividendo por acción privilegiada equivalente a CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$52,50) por cada acción suscrita, para los años 2003, 2004, 2005 y 2006."

Y en el numeral 1.16 se estipuló: "**Las Acciones privilegiadas que sean suscritas en la presente emisión tendrán derecho a un dividendo privilegiado por acción**, equivalente a CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$52.50), para los años 2003, 2004, 2005 y 2006 **y a los dividendos ordinarios** que sean decretados en su oportunidad por la Asamblea Ordinaria de Accionistas a celebrarse en el año siguiente a aquel en que fueran suscritas las acciones, **CON BASE EN LAS UTILIDADES CON CORTE A DICIEMBRE 31 DEL AÑO INMEDIATAMENTE ANTERIOR**", (la negrilla y subraya fuera de texto).

No obstante la previsión incluida en el reglamento de colocación de acciones sometido a consideración y aprobación de la Superintendencia de Sociedades, mediante asamblea realizada el día 27 de marzo de 2003, se aprobó el pago de dividendos preferenciales y privilegiados a los nuevos accionistas, utilizando para ello las reservas ocasionales que se habían constituido con las utilidades correspondientes al año 2000 y no de las utilidades obtenidas durante el ejercicio fiscal del 2003, como lo indicaba el prospecto de colocación de acciones, lo cual significa que el contenido de éste fue modificado por la Asamblea de Accionistas sin que mediara autorización por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Considerando que las reservas ocasionales constituidas hasta con las utilidades generadas en los ejercicios correspondientes a los años 1999, 2000, 2001 y 2002, inclusive, por un valor total de \$715.228 millones, tiempo en el cual Bogotá tenía una participación del 99,96%; tuvo como efecto que al aprobarse la nueva emisión de acciones, la participación del Distrito en el capital social disminuyera al 88,82% en diciembre 12 del 2003, no se salvaguardaron los intereses de Bogotá sobre las reservas ocasionales originadas en ejercicios anteriores a la emisión de acciones, generándose un detrimento a los intereses patrimoniales de la ciudad capital en cuantía calculada de NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$98.365.000.000.00) tal y como se puede observar en el cuadro presentado en el informe de auditoría que transcribimos:

**COMPORTAMIENTO DEL RUBRO PATRIMONIO ANTES Y DESPUÉS DE LA EMISIÓN Y COLOCACIÓN ACCIONES ETB COLOMBIA**  
**CUADRO 33**  
**COMPORTAMIENTO DEL RUBRO PATRIMONIO ANTES Y DESPUÉS DE LA EMISIÓN Y COLOCACIÓN ACCIONES ETB COLOMBIA**

PATRIMONIO	MARZO 26/2003	MARZO 27/2003	(millones)	
			DIC,12/2003	DIC,13/2003
Capital Autorizado	1.702	1.702	2.002	2.002
Capital Suscrito	1.702	1.702	1.908	1.914
Capital Pagado	1.702	1.702	1.908	1.914
Prima en Colocación acc,	0	0	245.751	254.387
Capital Accionario	1.702	1.702	247.659	256.301
Reservas Ocasiones	524.254	715.228	693.985	693.985
Reserva legal	851	851	851	851
Revalorización Patrimonio	706.630	706.630	706.630	706.630
Resultado 2002	251.037	0	0	0
Resultado 2003	0	0	0	0
Superávit Por Valorización	219.219	219.219	219.219	219.219
Total Patrimonio	1.703.693	1.643.630	1.868.344	1.876.986
N° Acciones Autorizadas	1.702	3.693	3.693	3.693
N° Acciones Suscritas	1.702	3.139	3.520	3.532
N° Acciones pagadas	1.702	3.139	3.520	3.532
Valor Intrínseco (pesos)	1001,285722	523,5696215	530,8097392	531,4025008
Número Acciones Bogotá	1.700	3.137	3.137	3.137
Participación Bogotá	99,93%	99,93%	89,13%	88,82%
Valor Aporte de Bogotá	1.702.550	1.642.527	1.665.241	1.667.101
<b>Análisis Reservas Ocas.</b>				
Distrito		(1) 714.749	618.544	(2) 616.383
Disminución		0	96.205	(3) 98.365

- (1) 99,93% de las reservas ocasionales, participación del distrito antes de la emisión  
 (2) 88,82% de las reservas ocasionales, participación del distrito después de la emisión  
 (3) Disminución que resulta de restar a \$714.749 el valor de \$616.365



Se advierte que por cada nueva acción entregada a los particulares, Bogotá disminuye su participación accionaria y se incrementa el daño al patrimonio público del Distrito, al ver disminuido su derecho a gozar de las utilidades con las cuales estaba conformada la reserva ocasional, que de haber sido éstas repartidas o capitalizadas, antes de la emisión, cuando el Distrito tenía el 99.96% del capital social, no hubiera sufrido el antedicho detrimento. No se entiende por qué razón la Asamblea de Accionistas y de manera particular, los representantes del Distrito, dieron su aprobación al reparto de tales utilidades

Ahora bien, según **el artículo 87 del Decreto 2649 de 1993**, por el cual se regula la contabilidad en Colombia: *“Las reservas o fondos patrimoniales representan **recursos retenidos por el ente económico**, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u **ocasionales.**”*

Sobre el particular, **el artículo 453 del Código de Comercio**, manifiesta que *“**Las reservas ocasionales que ordene la asamblea solo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten INNECESARIAS**”* (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, una vez cumplido el cometido para el cual fueron constituidas dichas reservas ocasionales, cual era obtener el beneficio tributario hasta por dos (2) años, previsto en el artículo 211 del Estatuto Tributario, reformado por el artículo 13 de la Ley 633 de 2000, la E.T.B. ha debido proceder a capitalizar o distribuir como dividendo ordinario dichas reservas, antes de aprobar el punto correspondiente al proceso de democratización, y más aún, cuando como consta en la declaración contenida en el punto 8.4 de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas del 27 de marzo de 2003, bajo el subtítulo "Renuncia al derecho de preferencia de los actuales accionistas", se renunció al derecho de suscribir acciones en la nueva emisión prevista, no pudiendo el Distrito beneficiarse con los dividendos procedentes de las utilidades de ejercicios anteriores a los que tenía legítimo derecho en proporción del 99.96%, lo cual conllevó al detrimento mencionado.



Es necesario aclarar que para estimar el valor de la empresa y, por ende, el que tendría cada nueva acción emitida, se utilizó la metodología de flujo de Caja Libre Descontado y valoración por flujo de dividendos descontados, el cual solo tiene en cuenta, los siguientes conceptos:

#### FLUJO DE CAJA LIBRE DESCONTADO (FCLD)

Valoración por flujo de Caja Libre Descontado (Dic de 2002)	Millones de \$	Millones US\$
Flujo de Caja Libre Descontado (FCLD)	2.726.501	981
Valor Terminal	959.369	345
Enterprise Value (EV)	3.685.870	1.326
(+) Activos no operativos	223.483	80
(-) Pasivos no operativos	311.234	112
(-) Porción no provisionada contingencia Telecom.	93.708	34
Equity Value por FCLD	3.504.400	1.261

Fuente: Acta Asamblea General Ordinaria de Accionistas marzo 27 de 2003

Es decir, que en esta metodología de valoración de la compañía, no se utilizan las cifras que componen el patrimonio dentro del balance ni las reservas.

Ahora bien, la Ley 222 de 1995, mediante la cual se reformó parcialmente el Código de Comercio, determinó los deberes de los ADMINISTRADORES precisando que tienen tal condición “el *representante legal*, el liquidador, el factor, los *miembros de juntas o concejos directivos* y *quienes de acuerdo con los estatutos sociales ejerzan o detentan tales funciones*”. Por su parte, el artículo 23 ibídem consagró como deber primordial de éstos, **el obrar con buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.**”, agregando que en el cumplimiento de su función, los administradores deberán:

**“3. Velar por el ESTRICTO cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”,** disposición incumplida al haberse desconocido lo estipulado en el Reglamento de Colocación de Acciones y en el deber impuesto a los representantes y voceros de los entes públicos de velar por la conservación y debida utilización de sus recursos, entre otras.

**“6. Dar un trato equitativo a todos los socios...”** norma que consecuencia del reparto de dividendos, en las condiciones



## CONTRALORÍA

DE BOGOTÁ, D.C.

anotadas en párrafos precedentes, quebrantó material y sustancialmente, a favor del sector privado, los intereses patrimoniales del Distrito.

Antes de la democratización de acciones realizada en el año 2003, existía en el rubro reservas ocasionales la suma de \$715.228 millones de pesos, proveniente de utilidades acumuladas por los años 1999 a 2002. El Distrito de Bogotá tenía una participación

accionaria del 99.96%, esto es, de haberse repartido dichas reservas como utilidades antes de la democratización, el Distrito habría recibido la suma de \$714.936 millones de pesos. Sin embargo, la Asamblea de Accionistas de la ETB, con el voto favorable del Distrito Capital, accionista mayoritario, acogiendo la propuesta de la junta directiva, optó por aprobar una nueva emisión de acciones y otorgarle a los nuevos accionistas, adquirentes de acciones privilegiadas, a partir del año 2003 dividendos privilegiados, utilizando para tal efecto las reservas ocasionales constituidas como se dijo anteriormente.

Por concepto de la colocación de las nuevas acciones emitidas, la ETB recibió la suma de \$174.244 millones de pesos, discriminados así:

Por acciones colocadas .....\$205.292,3 millones de pesos

Menos contrato de liquidez..\$ 31.048,2 millones

Total neto:.....\$ 174.244,1 millones

Al reducirse la proporción accionaria del Distrito, antes del 99.96%, para pasar en mayo 14 de 2004, aproximadamente a 88.41% del capital social de la compañía, como consecuencia de la colocación de la nueva emisión de acciones, el Distrito dejó de percibir la suma de \$98.365 millones, dato calculado a diciembre 12 de 2003.

De otra parte en el caso de llegar a colocarse el 15% de las acciones autorizadas, el daño patrimonial que sufriría el Distrito de Bogotá se elevaría a la suma de \$107.284 millones de pesos.



En la Circular Externa 09 de 18 de julio de 1997, emanada de la Superintendencia de Sociedades, referida a los deberes de los administradores, se manifiesta que *“El cumplimiento u observancia de las pautas que enuncia la Ley 222 para delinear el comportamiento ideal de los administradores **no significa el agotamiento de sus deberes.** Estos solamente están delimitados por la buena fe, la lealtad, la diligencia del buen hombre de negocios y los **intereses de la SOCIEDAD y los ASOCIADOS.** (Se entiende, de TODOS los asociados). De suerte que la frontera de sus deberes tiene que buscarse en los principios enunciados y no en la relación simplemente ilustrativa que trae el artículo 23 de la Ley 222 de 1995”.*

La Circular en comento destaca que *“La Ley 222, adicionalmente impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que hasta ahora se les exigía. En efecto,- agrega- ya no basta conducir los negocios con diligencia y prudencia medianas, esto es, con la que se espera de un buen padre de familia. La nueva Ley exige a los administradores actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con aquella que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, **lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de los asuntos sociales.**”*

Los accionistas del Distrito y sus representantes en los órganos sociales en la ETB no podían desconocer que el enunciado general del principio de legalidad y el de la primacía del interés público, responde a fundamentos y connotaciones diferentes si está referido a los particulares o al Estado, por cuanto los primeros pueden realizar todo aquello que no les está prohibido, pero el Estado y por ende, quienes representan sus intereses, solo tienen facultad para hacer aquello que les está expresamente permitido.

Sobre el particular es necesario precisar, siguiendo al gran tratadista Luis Eduardo Díez Picasso<sup>2</sup>, a quien nos remite el doctor Benjamín Herrera<sup>3</sup> al tratar los principios que regulan las relaciones jurídicas del Estado y los particulares, que el aparente acatamiento al aspecto formal de una norma *no puede utilizarse como cortina para dejar de aplicar otra del mismo o de superior valor jurídico*, al punto que el supuesto ejercicio, interpretación o aplicación de una norma, *pueda*

---

<sup>2</sup> Díez Picasso, Luis Eduardo, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, Madrid, Tecnos, Tomo 1, página 38.

<sup>3</sup> Benjamín Herrera “Contratos Públicos, página 81, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, Bogotá, Colombia, 2004.





*permitir la violación al bien jurídico tutelado y de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico.*

Agrega el autor que hoy el sentido de lo que es lícito va más allá de la teoría tradicional de que resulta permisible la realización de todo lo que no esté expresamente prohibido, postulado propio de la autonomía de la voluntad privada, sin otras consideraciones, toda vez que no basta que una conducta no enfrente la ley, sino que es indispensable que el HECHO NO SEA MATERIALMENTE ANTIJURÍDICO y que no contraríe los principios sobre los que descansan el orden jurídico y social. Este predicado se hace más patente y significativo en el caso en comento, por cuanto están involucrados recursos del Estado, evento en el cual, la interpretación que se haga de la ley debe privilegiar el interés jurídico que las distintas normas que tutelan los bienes y recursos públicos en forma integral, evitando la realización de operaciones que ocasionen mayor onerosidad a las obligaciones que asume el Estado con terceros, o a interpretaciones que solo en apariencia no enfrentan la ley pero con las que se desconocen el sentido de las normas y cuyo efecto se resuelve en la producción de un detrimento económico al Estado. En tal caso, el hecho tiene que reputarse, como por sus efectos lo es, materialmente antijurídico y contrario a los principios que informan la protección de los intereses del Estado.

Se observa que a mayo 14 de 2004, existían 411.494.033 acciones privilegiadas en poder de accionistas minoritarios que representan el 11.5957% de la propiedad; todas ellas van a recibir el 13 de octubre del año 2004, un dividendo adicional de \$11.04, que se pagaría de acuerdo al proyecto de utilidades presentado a la junta directiva por el Secretario de Hacienda con las utilidades no distribuidas del año 2001 y que corresponden a la segunda cuota; si se multiplica los \$11.04 por el total de acciones (411.494.033), el valor total es de \$4.542'894.124. Esta decisión fue proyectada por el Secretario de Hacienda de Bogotá a la Asamblea de Accionistas realizada el 2 de marzo de 2004 y aprobada por la misma.

Como se observa, la Junta Directiva y la Asamblea, no están cumpliendo lo estipulado en el PROSPECTO DE COLOCACIÓN DE ACCIONES PRIVILEGIADAS DEL PROGRAMA ACCIONES ETB COLOMBIA en los numerales 2.9.9., 1.1.5 y 1.1.6 donde se estipula un dividendo por acción privilegiada que se pagará con base **en las utilidades con corte a diciembre 31 del año inmediatamente anterior**.



Cabe agregar igualmente que desde la órbita del derecho privado, los miembros de Junta Directiva adquieren la calidad de administrador y por lo tanto tienen unos deberes y unas responsabilidades, en los términos del artículo 200 del Estatuto Comercial. Así mismo, tratándose de una sociedad en la que se encuentran involucrados cuantiosos dineros del Distrito, las decisiones que tome el máximo órgano rector, no deben ir en desmedro de los intereses públicos, a efecto que la sociedad se fortalezca en detrimento del patrimonio del distrito.

Con el propósito de ahondar los hechos descritos, este Despacho iniciará a partir de mañana 12 de octubre una Auditoria Especial, los funcionarios comisionados recibirán las observaciones que a bien tengan, lo cual le garantizará a la E.T.B, aun mas, el derecho de replica. En el entretanto les solicitamos, temporalmente, lo siguiente:

1. Abstenerse de pagar dividendos con acciones.
2. Abstenerse de cancelar dividendos privilegiados con utilidades provenientes de reservas ocasionales de los años 2002 y anteriores.
3. Informar sobre las acciones o correctivos de carácter legal, técnico y administrativo que ha tomado o tomará la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, para prevenir un eventual daño patrimonial a futuro, respecto a cada una de las deficiencias identificadas en el presente control de advertencia.
4. Indicar el tiempo requerido para implementar los correctivos necesarios, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse del ejercicio de nuestra función fiscalizadora.

Conforme lo establece el artículo 5º. Numeral 8º del Acuerdo 24 de 2001, si no está de acuerdo con las observaciones, debe indicar las razones, mencionando las evidencias y demás pruebas en las que se apoye su disenso.

Este control de advertencia se dirige al señor Alcalde de Bogotá como quiera que es el representante del Distrito ante la Asamblea de Accionistas y la Junta Directiva de la empresa. Al representante legal y a los órganos rectores de la ETB.

El incumplimiento en el envío oportuno de la información requerida puede dar lugar a la aplicación de las sanciones previstas en la Resolución Reglamentaria No.042 de 2001, expedida por la Contraloría de Bogotá.



Dicha información deberá ser remitida a este Despacho a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo del presente.

Este control de advertencia procede sin perjuicio de las demás acciones que puedan derivarse del ejercicio de las funciones asignadas a esta Contraloría por la Constitución y la ley.

Cordialmente,

**ÓSCAR GONZÁLEZ ARANA**

Copia: Junta Directiva E.T.B.

*Proyectaron: Leticia Margarita Gómez Paz y  
Héctor Fabio Candamil M.  
Angel Gutierrez García*