



SINTRATELEFONOS

Bogotá, D.C., 17 de mayo de 2016.

Señores
HONORABLES CONCEJALES DE BOGOTÁ, D.C.
Ciudad



Respetados Concejales:

Asunto: Concepto y advertencia de inconstitucionalidad e inconveniencia de la autorización para la venta de la **EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ – ETB.**

GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA, mayor de edad y domiciliado en esta ciudad, identificado con la C.C. No. 79.426.863 de Bogotá y T.P. No. 87.603 del C.S.J., obrando en calidad de apoderado del **SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ETB – SINTRATELEFONOS** -, por medio del presente escrito presento a ustedes el concepto y advertencia de inconstitucionalidad e inconveniencia de la autorización para la venta de la **EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ – ETB**, en los siguientes términos:

1. DE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL CONCEJO DE BOGOTÁ PARA AUTORIZAR LA VENTA DE LA ETB:

El artículo 60 de la Constitución Política de Colombia, establece:

ARTICULO 60. 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. La ley reglamentará la materia.

La Ley 226 de 1995, "Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones", determina en su artículo 4º la protección del patrimonio público en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 4. PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO. 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 al cual pertenece el 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."

El numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993, - **Estatuto Orgánico de Bogotá** -, estableció:

"ARTÍCULO 12. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley:

9. Crear, suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta y la



SINTRATELEFÓNOS

participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características.”

Por su parte, la misma norma, en su artículo 11, expresó:

“11. Revestir pro tempore al Alcalde Mayor de precisas facultades para el ejercicio de funciones que corresponden al Concejo. El alcalde le informará sobre el uso que haga de las facultades al término de su vencimiento.”

Si bien existen estas normas que en principio autorizan al Concejo Distrital para suprimir establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales, como también para darle facultades al Alcalde Mayor para que en un tiempo determinado tome las decisiones necesarias para el desarrollo de su gestión, el alcance del artículo 41 transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991, no facultó al ejecutivo distrital para ir en contravía de un mandato de igual rango constitucional como es el artículo 60 ibídem.

La enajenación de la propiedad accionaria del Estado está limitada por la Sentencia C-393/12 de la Corte Constitucional, pues la competencia es de carácter constitucional, la cual no puede nacer de un artículo transitorio de la Constitución de 1991, pues dichos actos deben contar con una específica autorización legislativa y no normativa por mandato del numeral 9 del artículo 150 superior.

Por su parte, a la luz del artículo 8° de la Ley 226 de 1995, por analogía debió la administración presentar un “Programa de Enajenaciones” a la Secretaría de Hacienda con aprobación del Concejo Distrital para evitar las iniciativas que surgen del arbitrio de los mandatarios locales en torno a sus planes de inversiones, no apunten al desmedro del patrimonio público de los ciudadanos capitalinos, y es requisito previo para su presentación ante el legislativo en búsqueda de una aprobación legal.

Si la jurisprudencia ha sostenido de larga tradición que las leyes de autorizaciones son de categoría constitucional, no puede el Concejo Distrital que tan solo expide normatividad propia del desarrollo de un municipio o distrito, de carácter no legislativa, invadir la competencia del Congreso de la República en esta materia.

Por otra parte, el Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Primera dentro del radicado No. 1999-0474-02 (12489) del 12 de septiembre de 2002, Consejero Ponente Germán Ayala Mantilla, sostuvo que los Concejos Municipales pueden otorgar autorización pro t mpore a los mandatarios para precisas funciones, y particularmente para celebrar contratos, atribuciones éstas que encuentran sus límites en la misma Constitución y la Ley, y su “...inobservancia (...) deriva en la **ilegalidad de la disposición que se demanda.**” (Negrillas mías).

Dentro de esos límites aludidos por el Consejo de Estado, para el caso particular de la venta de la ETB se encuentra la falta de competencia.

Por lo anterior, no se puede vender la ETB porque autónomamente le está vedado al Alcalde Mayor hacerlo, y el Concejo Distrital carece de competencia para expedir su autorización.

Vale la pena resaltar que la administración distrital goza de una incertidumbre jurídica en la que no pueden caer los Concejales de Bogotá. Basta con analizar los últimos acontecimientos y las respuestas jurídicas de las autoridades, uno, relacionado con las ambulancias de la ciudad que proviene de un debate entre la



SINTRATELEFÓNOS

contratación para este servicio por parte de la anterior administración, tensión que se suscita mientras los ciudadanos se mueren por fallas en la asistencia médica urgente.

Otro, de mayor impacto negativo, originado en la contestación de la demanda de reparación directa interpuesta por los familiares de la víctima de la inseguridad Rosa Elvira Cely, en la que la administración se excluye de responsabilidad echándole la culpa a la mártir, causando consternación y repudio social.

Y frente a la solicitud de adopción de medidas necesarias de protección del derecho al interés colectivo amenazado o violado de la defensa del patrimonio público de los bogotanos ante la venta de la ETB, interpuesto por este servidor el 5 de mayo de 2016, cuando ya se van a vencer los términos establecidos por el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Subdirectora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos, Dra. Ana Lucy Castro Castro, me envía sendas comunicaciones dirigidas al Secretario Distrital de Planeación y al Presidente de la ETB, “por competencia”, cuando quien debe responder dicha solicitud es el Alcalde Mayor de Bogotá, en su calidad de representante legal del Distrito.

Esta inseguridad jurídica le está causando niveles altos de desconfianza, lo que degenera en futuras investigaciones penales y disciplinarias.

2. DE LA AUSENCIA DEL REQUISITO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA LIGADA A LA PLANEACIÓN DEL DESARROLLO:

En relación con éste último tópico, la Corte Constitucional en Sentencia C-191 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, examinó la incidencia de la participación democrática en la planeación del desarrollo, así:

“7- Por todo lo anterior, la Corte considera que la participación democrática se encuentra ligada a la planeación del desarrollo, por lo cual en principio es admisible que la ley del plan incluya normas sobre mecanismos de participación...”

Así mismo, esa Corporación en Sentencia C-524/03, indicó:

“Ahora bien, en los términos del artículo 2º de la Constitución Política, que dispone que uno de los fines esenciales del Estado es el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, este principio no se reduce a la participación ciudadana en materia de planeación, pues ésta es tan sólo una de las materias en las cuales ella puede ejercerse^[15]; (...)”

La propuesta del Señor Alcalde Mayor de Bogotá no ha sido sensibilizada con la ciudadanía bogotana quienes son los verdaderos propietarios de la ETB, por el contrario, se ha venido reservando la información sobre la situación financiera y real de la empresa. Observemos qué aspectos son trascendentales para el conocimiento de los capitalinos.

El “**INFORME DE GESTIÓN Y SOSTENIBILIDAD 2015**”, arroja los siguientes resultados que se resumen así:

- “La ETB desde 2013 se embarcó en un ambicioso plan de inversiones de fibra óptica, televisión interactiva digital y móviles que costó \$2.1 billones, y finalizando 2015, esta red pasó por el frente de 1.207.205 viviendas de las cuales 111.157 están conectadas a esta tecnología de punta.



SINTRATELEFÓNOS

- ETB se consolida en su operación a nivel nacional con el fortalecimiento de su cobertura de fibra óptica y su portafolio de soluciones para clientes corporativos.
- En el 2015 se realizaron nuevos trazados de fibra óptica para las ciudades de Cúcuta, Barranquilla, Ibagué, Cali, Cartagena, Neiva y Medellín, con los cuales se amplió la cobertura en más de 590 servicios para el sector empresarial en Colombia.
- Se migraron a la propia fibra de la ETB más de 500 clientes corporativos adicionales permitiendo aumentar los ingresos en las regiones y generar ahorros en la operación.
- En el 2015 se dio inicio a la implementación / construcción del nuevo datacenter que permitirá a la compañía ser más competitiva y lograr una mayor participación de mercado, robusteciendo la oferta de Cloud Computing, Hosting dedicado, Colocación, entre otras soluciones.
- En lo relacionado con servicios móviles, un año después del lanzamiento de la oferta Móvil 4G, ETB alcanzó 390 mil clientes, expandiéndose su operación comercial a nivel nacional e incrementando los puntos de venta en la ciudad de Bogotá y en 20 ciudades del país.
- En el 2015 ETB multiplicó por 10 la cantidad de zonas en la ciudad de Bogotá donde ofrece el servicio WI FI a sus clientes y público en general, superando las 123 zonas a 270 puntos de acceso.
- Las zonas WI FI ETB son zonas emblemáticas de la ciudad de Bogotá y con alta afluencia de público, como Corferias, Parque Mundo Aventura, Bibliotecas Distritales, Corabastos, corredor peatonal de la carrera 7ª, entre otras.”

Convencidos de la falta de conocimiento de la población de estos aspectos de relevancia para la ciudad y su patrimonio, ni siquiera se sabe, por ejemplo, que el 86,5% de la ETB es de propiedad del distrito capital, en la que concursan la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá y la Lotería de Bogotá.

En cuanto al comportamiento de la acción, “en el 2015 tuvo una variación positiva en su precio de 2,37% pasando de \$507 a \$519, mientras que en el COLCAP tuvo una variación negativa de 23,75%, pasando de 1.383,89 a 1.153,71 puntos. Lo anterior refleja el buen comportamiento de la acción de la ETB durante un año que fue difícil para el mercado accionario en Colombia.”

En ese sentido, el informe da cuenta de la alianza establecida con la firma Credicorp Capital Colombia S.A., “para manejar el Formador de Liquidez para la acción de ETB, el cual busca hacer de ésta una opción atractiva para los inversionistas mejorando y aumentando la presente de la acción en el mercado bursátil.”

El aumento de clientes de Banda Ancha Fibra y de servicios de televisión a través de la fibra óptica y movilidad LTE 4G, arrojó un aumento del 1.8% de los ingresos de la ETB.

En relación con la situación financiera de la ETB, el informe concluye:



SINTRATELEFÓNOS

Los estados financieros, una vez auditados, presentan razonablemente, en todos los aspectos significativos, la situación financiera de la ETB al 31 de diciembre de 2015.

El propio informe, no obstante presentar una situación de pérdidas integrales por cerca de \$37 mil millones, ingresos con un crecimiento de tan solo el 3%, costos y gastos gestionables que aumentaron en un 30%, un EBITDA reducido en \$403 mil millones equivalente a un margen sobre ingresos de 28% en 2015, evidenciándose deterioro en la rentabilidad, a su vez presenta un escenario para el año que cursa con un horizonte diferente y de ajuste. Así lo expresa en resumen:

- “En los dos escenarios, la inventiva, la innovación, la búsqueda y logro de nuevas fórmulas para expandir la venta de nuestros productos y servicios serán fundamentales.
- En cuanto a la fibra óptica, hay que lograr que los hogares y los empresarios se conecten con esta tecnología de punta.
- Se debe alcanzar un mayor número de hogares conectados al servicio de televisión por suscripción (70 mil actualmente) y doblar el número de suscriptores Móviles 4G ETB (390.000 clientes), con una contundente gestión comercial que amplíe las ventas en todo el país.”

De lo anterior, nace un interrogante: ¿Presentada la situación de la ETB al ciudadano del Distrito Capital, con las alternativas de gestión para desarrollar el horizonte diferente y de ajuste sugerido por la Junta Directiva en el **“INFORME DE GESTIÓN Y SOSTENIBILIDAD 2015”** antes analizado, estará o no de acuerdo con su venta?

El ex Alcalde de Bogotá Jaime Castro, en reciente artículo de El Espectador titulado “La ETB, una empresa que no tiene doliente”, explica por qué la ETB es del patrimonio histórico y cultural de la ciudad, y por lo tanto, del patrimonio fiscal del Distrito. Veamos:

“Con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) ocurre algo parecido, a pesar de que la empresa es producto del trabajo y el aporte, a través de tarifas, de varias generaciones de bogotanos, razón por la que hace parte del patrimonio histórico y cultural de la ciudad y, obviamente, del patrimonio fiscal del Distrito. Cumple actividades industriales y comerciales, a veces exitosas, a veces equivocadas, como sucede en todo el sector privado, pero en el caso de la ETB llama la atención que la gestión que adelanta y que pone en juego un valioso bien público tiene lugar sin que la opinión se entere y haga conocer sus puntos de vista.”

Entonces, si con el producto del trabajo de los bogotanos y con sus aportes tarifarios durante varias generaciones se creó y se sostiene la ETB, ¿por qué un mandatario en forma caprichosa y arbitraria sin consultarlo sobre qué quiere en relación con el futuro de su patrimonio, toma la decisión de venderla?

Las empresas del distrito capital que confluyen en la participación accionaria de la ETB, también son de propiedad de los bogotanos.

Por su parte, la Contraloría de Bogotá, D.C., en informe del 29 de marzo de 2016, ha señalado que “la ETB ha efectuado inversiones cuantiosas y no ha logrado recuperar la inversión, dado que no ha potencializado la estrategia comercial...” y que “no ha cumplido con las metas fijadas de Hogares Conectados cuando el



SINTRATELEFÓNOS

servicio de mayor impacto de recursos solo logra tener 111.076 usuarios conectados y facturando, dejando un mercado potencial de 1.096.129 usuarios.”

Surge otro interrogante: ¿Por qué a cambio de vender la ETB, el distrito consigue un Gerente que potencialice la estrategia comercial y cumpla las metas fijadas?

Así mismo, ese órgano de control ha concluido que “se realizó un sobredimensionamiento de la inversión al tener una capacidad instalada que superó las expectativas del negocio frente a las ventas y los ingresos” de lo que se desprende que definitivamente a la ETB le ha faltado un buen Gerente.

El informe de la Contraloría de Bogotá, D.C., termina diciendo que “la ETB tiene un buen producto, una red que tiene ventajas competitivas frente a otros operadores para posicionar en el mercado sus servicios, pero por falta de una estrategia comercial adecuada no ha logrado atraer nuevos usuarios que le permitan cumplir con sus metas propuestas y lograr el retorno de la inversión.”

Si tenemos un buen producto con una red que tiene ventajas competitivas, sólo resta un conductor de ese vehículo institucional que desarrolle una estrategia comercial adecuada.

¿Será que los bogotanos quieren despojarse de un buen producto?

¿Por qué no los consultamos? ¿Por qué no se le sensibilizó esta información para que participe en el proceso y se pronuncie?.

El artículo 2º constitucional determina los fines esenciales del Estado, entre ellos, **“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;”** (Negrillas mías).

Este postulado constitucional está siendo violado por la administración distrital por cuanto no se ha facilitado la participación de los bogotanos en una decisión que los afecta, en su vida económica porque se les está despojando de su patrimonio fiscal.

Por estas consideraciones, la solicitud de autorización elevada por el Alcalde Mayor de Bogotá para vender la ETB, está viciada de inconstitucionalidad.

3. LA SITUACIÓN ACTUAL DE RENTABILIDAD DE LA ETB, POR SER LA TELEFONÍA FIJA UN SERVICIO PÚBLICO, NO PUEDE SER SUSTENTO PARA SU VENTA:

La Corte Constitucional en Sentencia T-752/11, sostuvo:

“En un Estado social de derecho como el nuestro, el suministro de los servicios públicos, no puede depender de la mayor rentabilidad que la prestación de los mismos genere, sino que debe obedecer a la materialización de los principios y teleología recogidos en la Carta política, los cuales propenden por la igualdad real y efectiva y por el respeto de la dignidad humana de todos los habitantes del territorio nacional.”

La administración distrital y los detractores de la ETB se amparan en el hecho que la ETB no es rentable actualmente, situación que obedece, como ya lo planteamos, a una deficiente conducción, no obstante esa menor rentabilidad, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, si la rentabilidad no puede ser



SINTRATELEFÓNOS

parámetro de cumplimiento en el suministro del servicio público domiciliario que ofrece, mucho menos puede ser el sustento para su venta.

4. POR SER LA ETB UNA EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS, LO QUE AFECTE A SU EXISTENCIA, NATURALEZA Y FUTURO, ES DE RESERVA LEGAL:

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la Sentencia C-263/13, la regulación de los servicios públicos es de reserva legal. Veamos:

“El artículo 365 de la Constitución dispone que “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley (...)”. A su turno, el artículo 367 indica que “la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (...)”. En concordancia con lo anterior, el numeral 21 del artículo 150 de la Carta asigna al Congreso la función de “expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar los fines, alcances y los límites a la libertad económica”; a su vez, el numeral 23 del mismo artículo asigna al Congreso el deber de “expedir las leyes que regirán (...) la prestación de los servicios públicos”. Las precitadas normas constituyen la base de lo que se conoce como reserva de ley en materia de servicios públicos, según el cual corresponde al Congreso, como foro democrático y participativo de primer orden, regular directamente la prestación de servicios públicos.”

Por lo anterior, el Concejo de Bogotá es incompetente para autorizar la venta de la ETB, pues en caso de hacerlo se sometería a las consecuencias jurídicas de toda índole.

5. DE LOS DERECHOS COLECTIVOS VIOLADOS EN CASO DE DARSE LA AUTORIZACIÓN DE LA VENTA DE LA ETB:

Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios”, es aplicable a “los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural;”

La Corte Constitucional, en Sentencia C-741/03 perfiló el término “empresas de servicios públicos domiciliarios”, así:

“El término empresas de servicios públicos domiciliarios, lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas– que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias. De tal manera que una comunidad organizada mediante una forma diferente no es considerada empresa de servicios públicos domiciliarios.”

Siendo la ETB una empresa de servicios públicos domiciliarios, como lo constata la Ley y la interpretación constitucional, a su vez, es una empresa que ofrece un derecho colectivo a la comunidad

De acuerdo con esta conclusión, y con el alcance que el Consejo de Estado le dio al derecho colectivo al patrimonio público en la Sentencia del 8 de junio de 2011, dentro del proceso radicado número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), no es constitucional vender la ETB, por cuanto este derecho “...**alude no solo a "la**



SINTRATELEFÓNOS

eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado". (Negrillas mías).

Esa finalidad social del Estado no se le puede delegar a un particular, por cuanto perdería su esencia, toda vez que como lo establece esa Corporación en la sentencia aludida, "el concepto de patrimonio público "cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo".

Por su parte, también se dijo en esa sentencia del Consejo de Estado, que "el concepto de patrimonio público también se integra por "bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población".

Finalmente, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones "que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa" por cuanto generalmente supone "la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos".

La ETB es el patrimonio público de los bogotanos, cuya venta vulnera el derecho a la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa.

6. CONCLUSIÓN:

Por las consideraciones realizadas en este concepto y advertencia de inconstitucionalidad e inconveniencia de la venta de la ETB, la autorización que se le solicita a esa Corporación no se ajusta a la Constitución y no es conveniente.

Espero sea tenido en cuenta para la decisión que deberán adoptar ante la solicitud del Alcalde Mayor de Bogotá.

Recibo inquietudes en el correo electrónico germancalderone@yahoo.es

Cordialmente,



GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA
C.C. No. 79.426.863 de Bogotá.