

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00015-00 (63266)**

**Convocante: ISOLUX INGENIERÍA S.A.**

**Convocada: BIOENERGY ZONA FRANCA S.A.S.**

**Referencia: RECONOCIMIENTO DE LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL**

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Bioenergy Zona Franca S.A.S., en contra del auto proferido el 27 de febrero de 2019, por medio del cual se resolvió admitir la demanda de reconocimiento del laudo arbitral del 10 de junio de 2016, proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en la ciudad de Houston-Texas, de los Estados Unidos de América, y por el cual se dirimió la controversia surgida con ocasión del contrato N° 0050-10 del 30 de junio de 2010, celebrado entre las sociedades Bioenergy Zona Franca S.A.S. e Isolux Ingeniería S.A.

**ANTECEDENTES**

El 1º de febrero de 2019, la sociedad Isolux Ingeniería S.A., presentó ante esta Corporación solicitud de reconocimiento del laudo arbitral internacional, contenido en el Laudo Final fechado el 10 de junio de 2016 y el Addendum y Decisión al Laudo Final fechado el 28 de octubre de 2016, proferidos con ocasión del proceso arbitral que se adelantó ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el caso identificado con el número 20218/ASM y en el cual fueron parte Bioenergy Zona Franca S.A.S. e Isolux Ingeniería S.A., y que como consecuencia de lo anterior, se reconozca que Isolux Ingeniería S.A. puede requerir la ejecución de las decisiones contenidas en el referido laudo y su

addendum, de acuerdo con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 1563 de 2012.

La anterior solicitud obedeció a que el demandante considera que la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente procedimiento de reconocimiento de laudo arbitral internacional, por cuanto el mismo se profirió en el marco de un proceso arbitral en que fue parte una entidad pública, puesto que, a su juicio, esa es la naturaleza de Bioenergy Zona Franca S.A.S.

Mediante el auto del 27 de febrero de 2019 aquí impugnado, se decidió admitir la demanda, luego de considerar que:

*(...) En el presente caso, se advierte que el laudo arbitral proferido el 10 de junio de 2016, cuyo reconocimiento se solicita, fue dictado por un tribunal con sede fuera del país, esto es, en la ciudad de Houston – Texas – Estados Unidos de América, por un tribunal arbitral constituido ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.*

*Ahora bien, el objeto de la controversia resuelta en el laudo arbitral cuyo reconocimiento se solicita recayó en el contrato N° 0050-10 del 30 de junio de 2010, celebrado entre las partes con el objeto de ejecutar actividades de ingeniería FEED y otras obras para la puesta en marcha de la planta de producción de alcohol carburante “El Alcaraván”. Fungieron como partes de dicho contrato las sociedades Bioenergy Zona Franca S.A.S. e Isolux Ingeniería S.A.*

*De conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Bioenergy Zona Franca S.A.S., dicha sociedad es representada y controlada por la compañía Bioenergy S.A.S., la cual, a su vez, es controlada por Ecopetrol, empresa constituida como sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y con participación del Estado superior al 50%, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1118 de 2006. Se tiene entonces que la firma Bioenergy Zona Franca S.A.S. es una sociedad subordinada de Ecopetrol, en los términos del artículo 260 y 261 del Código de Comercio<sup>1</sup>, de lo cual se sigue que, a la luz de dichas normas,*

---

<sup>1</sup> [4] “Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

“Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

*Ecopetrol ejerce poder de decisión sobre Bioenergy S.A.S. y a través de esta, en Bioenergy Zona Franca S.A.S., compañías en las cuales también tiene participación económica. En esa medida, la participación accionaria y de capital que el Estado colombiano tiene en Ecopetrol se extiende a las mencionadas empresas subordinadas, razón por la cual, a la luz del ordenamiento vigente, Bioenergy Zona Franca S.A.S. ostenta carácter público –especialmente para los efectos del artículo 113 de la Ley 1563 de 2012, antes citado- dado que también se sujeta al régimen de contratación de las entidades estatales, en los términos de los artículos 2 de la Ley 80 de 1993<sup>2</sup> y 14 de la Ley 1150 de 2007<sup>3</sup>.*

## **El recurso de reposición**

Inconforme con lo decidido, Bioenergy Zona Franca S.A.S interpuso recurso de reposición en el que solicitó revocar la decisión de admitir la demanda, para lo cual explicó que dicha sociedad no es una entidad pública, para efectos de dirimir las controversias ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos del artículo 104 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 1563 de 2012, por lo que la solicitud de reconocimiento del laudo arbitral internacional es de competencia de la Corte Suprema de Justicia y no de esta jurisdicción especializada.

Explicó que de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo del artículo 104 del CPACA, *“Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o*

---

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad”.

<sup>2</sup> [5] Establece la norma: “1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, (...) las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha precisado: “Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal” (Concepto N° 1291 del 26 de octubre de 2000. C.P. Augusto Trejos Jaramillo).

<sup>3</sup> [6] “Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (...)”.

*superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.*

Y que, teniendo en cuenta las normas sobre organización administrativa del Estado, en especial la Ley 489 de 1998, y las disposiciones del Código de Comercio sobre sociedades en general y sobre sociedades de economía mixta, en particular, se entiende por entidad pública, entre otras, las sociedades en las cuales los aportes estatales o públicos los realice la Nación o las entidades territoriales o los organismos descentralizados de las mismas personas, en una participación igual o superior al 50% de su capital social, el cual corresponde, según el Código de Comercio, a los aportes individuales que cada uno de los socios realiza en virtud del contrato social, *“no existiendo norma que permita extender los efectos de este concepto al capital de la matriz, subordinadas, filiales o subsidiarias”.*

Sostuvo que, conforme al certificado de existencia y representación legal de Bioenergy Zona Franca S.A.S. expedido por la Cámara de Comercio de Villavicencio, se trata de *“(…) una sociedad comercial por acciones simplificada, constituida conforme a las leyes de la República de Colombia (...)”*, por lo que, aplicando el criterio subjetivo, Bioenergy Zona Franca S.A.S. no es órgano, organismo, ente, entidad estatal, fondo o entidad pública de naturaleza especial.

A juicio del recurrente, tampoco se trata de una entidad descentralizada, pues no es creada por ley, ni autorizada por ésta. *“Como sociedad por acciones simplificada, Bioenergy Zona Franca S.A.S. constituida por su accionista único, administrador y representante legal, la sociedad Bioenergy S.A.S., la primera, no es una Empresa Industrial y Comercial del Estado”.*

Además, el 100% del capital social de Bioenergy Zona Franca S.A.S., es de propiedad de Bioenergy S.A.S., por lo que no hay aportes estatales o públicos en su capital social, como lo establece el artículo 467 del C. de Co., y en consecuencia, Bioenergy Zona Franca S.A.S., no es una entidad pública, para efectos de someter sus diferencias ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los términos del artículo 104 del CPACA.

En relación con Bioenergy S.A.S. (antes Bioenergy S.A.), propietaria del 100% del capital de la recurrente, manifestó que en dicha sociedad no existía un aporte de

capital público o estatal dentro de su capital social, que establezca que por esta circunstancia, se puede entender que haya aporte de capital público en el mismo porcentaje o proporción que en la sociedad aportante.

Explicó que Bioenergy S.A.S. se constituyó como sociedad anónima, mediante escritura pública 5662 del 13 de diciembre de 2005, de la Notaría 24 de Bogotá, inscrita bajo el número 1027319 del libro IX el 20 de diciembre de 2005, en la Cámara de Comercio de Bogotá y por cambio de domicilio, inscrita en la Cámara de Comercio de Villavicencio, con número de matrícula 294140 del 22 de abril de 2016 y se transformó en sociedad por acciones simplificadas, mediante acta No. 44 del 27 de marzo de 2017 de la asamblea de accionistas, registrada bajo el número 61318 del Libro IX, el 17 de abril de 2017.

Y que tampoco es una entidad pública, en los términos del artículo 104 del CPACA, puesto que su composición accionaria es la siguiente:

<b>ACCIONISTA</b>	<b>ACCIONES</b>	<b>VR. ACCIÓN</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Andean Chemicals Limited	53.815.781	1000	99,347033%
Mitsubishi Corporation	353.706	1000	0,652962%
Ecopetrol Global Energy S.L	1	1000	0,000002%
Compounding and Masterbatching Industry Ltda.	1	1000	0,000002%
Polipropileno del Caribe S.A.	1	1000	0,000002%
<b>TOTAL</b>	<b>54.169.490</b>		<b>100%</b>

Manifestó que la composición accionaria al 31 de diciembre de 2018, es del 99.347033% participación de Andean Chemicals Limited, sociedad establecida en una jurisdicción extranjera, constituida conforme a las leyes de otro país y con domicilio principal en Bermuda, la cual es subordinada de Ecopetrol S.A., y como aquella es la propietaria del 99.347033%, la sociedad colombiana comunicó que se configura grupo empresarial con Bioenergy S.A.S. como subordinada, desde el 13 de mayo de 2009, como consta en el certificado de existencia y representación legal.

Que, no obstante lo anterior, no se puede predicar que Bioenergy S.A.S., al tener como mayor accionista a la sociedad Andean Chemicals Ltd., sea una entidad pública, puesto que esta última, de conformidad con lo dispuesto por el artículo

469 del C. de Co., es una sociedad extranjera constituida conforme a la ley de otro país, organizada, domiciliada y existente bajo las leyes de Bermuda.

Así mismo, sostuvo la recurrente que Andean Chemicals Ltd., es una sociedad extranjera de carácter particular, pues el contrato de sociedad, de conformidad con el artículo 4º, en concordancia con el artículo 33 del Tratado de Derecho Civil Internacional, se rige por la ley del país de su domicilio, en aspectos como la existencia, la capacidad, su naturaleza, validez, efectos, consecuencias, ejecución, las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, en concordancia con los artículos 4º y 5º del Tratado de Derecho Comercial Internacional, aprobados ambos por la Ley 33 de 1992.

Y que, por lo tanto, Andean Chemicals Ltd., al haberse constituido y estar domiciliada en Bermuda, es una sociedad de naturaleza particular, reconocida como tal por la ley de Bermuda, que se rige por la ley de su domicilio y, en consecuencia, en Colombia es una sociedad extranjera de naturaleza particular y de derecho privado.

En consecuencia, en su concepto, no se puede predicar que sea una sociedad pública colombiana o sociedad de economía mixta, “(...) *ni mucho menos entender que hay aporte de capital público en el mismo porcentaje o proporción en que la sociedad aportante*”, cuando tiene la condición de inversionista extranjero con inversión directa en Colombia, sometido al régimen de cambios internacionales (régimen especial de inversiones internacionales, regido por el Decreto 1068 de 2015, que compiló el Decreto 2080 de 2000).

Por lo tanto, Andean Chemicals Ltd., no hace parte de la estructura del Estado Colombiano en ninguna de sus ramas del Poder Público, en los términos del artículo 113 constitucional, ni del sector central ni del sector descentralizado, en concordancia con el artículo 115 de la Constitución Política y el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

De conformidad con lo anterior, sostuvo el recurrente que los aportes que Andean Chemicals Ltd. realiza a Bioenergy S.A.S. (como sociedad receptora de inversión extranjera en Colombia), son privados y no se puede afirmar que son aportes con recursos públicos.

Circunstancia que no cambia, según el recurrente, porque Ecopetrol S.A. ejerza sobre aquella sociedad el control como matriz, en un 100%, ya que no es una sociedad residente en Colombia. *“Si bien Andean Chemicals Ltd., es subsidiaria internacional de ECOPETROL S.A., esta circunstancia no la hace una entidad descentralizada indirecta, por cuanto no cambia su condición de sociedad extranjera, de carácter particular, como fue constituida y reconocida en el extranjero, y como tal, no es un organismo descentralizado y mucho menos es una sociedad de economía mixta”*. Agregó:

*(...) conforme al artículo 467 del Código de Comercio, la participación estatal o pública en Bioenergy S.A.S., a partir de abril de 2013, está representada tan solo en dos (2) acciones de dos sociedades que tienen aportes estatales o públicos, una de propiedad de Polipropileno del Caribe S.A. (en adelante “Propilco”) y la otra de Compounding and Masterbatching Industry Limitada (en adelante “Comai”), y con la composición de capital accionario al 31 de diciembre de 2018, esta participación estatal o pública tan solo representan para cada una de las acciones una participación del 0.000002% en el capital social de Bioenergy S.A.S.*

*De lo anterior se ha de precisar, que dentro de la legislación colombiana se entiende que hay aporte de capital público en el mismo porcentaje o proporción en que la sociedad aportante tiene, a su vez, capital público o estatal dentro de su capital social, por tanto, se tiene que Propilco, como sociedad de economía mixta, cuenta de (sic) su composición de capital con un 49.9% de aportes de Ecopetrol S.A., sociedad que a su vez es de economía mixta con aportes de entidades estatales del 88,49%, lo que representa un aporte estatal del 44,15% sobre la única acción que posee en Bioenergy S.A.S., en consecuencia, siendo la participación de Propilco en Bioenergy del 0.000002%, se tiene que la participación pública o estatal por este aporte es de 0.000000883%.*

*Igualmente, para el caso de Comai, la cual tiene una composición de capital en un 99.43% de aportes de Propilco, con la composición accionaria antes expresada, representa un aporte estatal del 43,90% sobre la única acción que posee en Bioenergy S.A.S., y atendiendo que la participación de Comai en Bioenergy es del 0.000002%, se tiene que la participación pública o estatal por este aporte es del 0.000000878%.*

*Sumadas las participaciones pública o estatal de los dos accionistas antes mencionados, se concluye que la totalidad de la participación estatal o pública al 31 de diciembre de 2018 en el capital social de Bioenergy S.A.S. tan solo representa el 0.000001761%, esta participación estatal o pública en el capital social de Bioenergy S.A.S. es inferior al 50%, lo que conlleva a que **Bioenergy S.A.S. y Bioenergy Zona Franca S.A.S. no sean una entidad estatal ni entidad pública**, para efectos de la jurisdicción contencioso administrativa y de la contratación pública, en los términos del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 2do de la Ley 80 de 1993.*

Aparte de lo anterior, la recurrente consideró que, si bien es cierto que Bioenergy Zona Franca S.A.S. es controlada por Bioenergy S.A.S., que a su vez es controlada por Ecopetrol S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y con participación del Estado superior al 50%, lo que significa que la primera de dichas sociedades también es una sociedad subordinada de Ecopetrol, lo cierto es que ninguna norma del Código de Comercio prevé la extensión del capital social o participación accionaria de una

sociedad matriz a sus subordinadas, y mucho menos que permitan extender la naturaleza jurídica de la controlante.

Como tampoco existe una norma legal que permita presumir que la participación accionaria y de capital que el Estado Colombiano tiene en Ecopetrol S.A. se extiende a las empresas subordinadas o a las subsidiarias, y por ello no se puede afirmar que, por la supuesta extensión de la participación accionaria y de capital que el Estado colombiano tiene en Ecopetrol Bioenergy Zona Franca S.A.S., esta última ostente un carácter público, pues se trata de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Finalmente, sostuvo la recurrente que también es un error afirmar que a Bioenergy Zona Franca S.A.S. se le aplican las normas de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, puesto que el campo de aplicación de tales leyes se refiere al evento en el cual las sociedades de economía mixta o sus filiales tengan un porcentaje de participación del Estado superior al 50%, lo cual, en el presente caso, quedó descartado, según las anteriores explicaciones.

En conclusión, teniendo en cuenta que Bioenergy S.A.S. no es una entidad pública a la que le aplique la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el entendido de que el 99.347033% del capital social de esta compañía corresponde a capital privado al ser inversión extranjera de su accionista Andean Chemical Ltd., y de otros inversionistas extranjeros, como lo es Mitsubishi Corp., por lo que ni Bioenergy S.A.S. ni Bioenergy Zona Franca S.A.S. son entidades públicas, para efectos del reconocimiento del laudo arbitral internacional, la competente es la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual reiteró su solicitud de revocatoria del auto recurrido y la remisión del expediente a la Sala de Casación Civil de dicha Corporación, para que defina la procedencia o no de la solicitud de reconocimiento.

### **Prueba de oficio**

Antes de entrar a resolver el recurso interpuesto, se decretó una prueba de oficio y se ordenó a la Secretaría oficiar a i) la Cámara de Comercio de Bogotá, para que



remitiera con destino a este proceso el certificado de existencia y representación legal de Ecopetrol S.A., en el que constaran las situaciones de control y de grupo empresarial de esa sociedad, que se encontraran registradas; ii) a la Cámara de Comercio de Villavicencio, para que remitiera copia del acta No. 44 del 27 de marzo de 2017, por la cual la sociedad Bioenergy S.A. se transformó en sociedad por acciones simplificada y cambió su nombre inicial por Bioenergy S.A.S; iii) a Ecopetrol S.A., para que se sirviera rendir informe en el cual describiera el componente accionario del Grupo Empresarial Ecopetrol, especificando particularmente, la participación societaria y/o la relación jerárquica o de control que la empresa tuviera con las sociedades Bioenergy S.A.S., Bioenergy Zona Franca S.A.S y Andean Chemicals Limited (f. 56), pruebas a las que se hará referencia más adelante.

## **CONSIDERACIONES**

En virtud del recurso de reposición interpuesto por la parte demandada en contra del auto admisorio de la demanda, corresponde analizar si, para los efectos de lo dispuesto por el último inciso del artículo 68 de la Ley 1563 de 2012<sup>4</sup>, la sociedad Bioenergy Zona Franca S.A.S., puede ser considerada una entidad pública y si, por lo tanto, esta Corporación es competente para decidir sobre la solicitud de reconocimiento de laudo arbitral internacional, presentada por Isolux Ingeniería S.A., respecto del Laudo Final del 10 de junio de 2016 y el Addendum y decisión al laudo final fechado el 28 de octubre de 2016, proferidos con ocasión del proceso arbitral que se adelantó ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el que fueron parte Bioenergy Zona Franca S.A.S. e Isolux Ingeniería S.A.

Para tales efectos, resulta necesario recordar que la estructura del Estado fue establecida en el Capítulo I del Título V de la Constitución Política, en el que se consagró la división tripartita del Poder Público, en las Ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial, a las cuales se agregan otros órganos, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado –artículo 113-.

---

<sup>4</sup> “Artículo 68. Autoridad judicial competente. (...) En el evento de reconocimiento y ejecución de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede por fuera de Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del reconocimiento y ejecución previstos en el artículo 113, corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 150 de la Carta, al Congreso de la República le corresponde, por medio de la ley, determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía y así mismo, *“crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”*.

La Ley 489 de 1998<sup>5</sup> tuvo como objeto regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública (art. 1º).

Dicha ley, estableció en su capítulo décimo la estructura y organización de la administración pública, distinguiendo entre el sector central de la Rama Ejecutiva del Poder Público y el descentralizado por servicios, teniendo en cuenta para esto último, lo dispuesto por el artículo 210 constitucional<sup>6</sup>. Como pertenecientes al sector descentralizado por servicios, enunció las siguientes entidades (artículo 38):

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;

---

<sup>5</sup> *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*.

<sup>6</sup> **“ARTICULO 210.** *Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. // Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. // La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”*.

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El artículo 68 de la ley, reitera que son entidades descentralizadas del orden nacional las anteriores, *“(...) y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”*, que, como órganos del Estado, 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.

De acuerdo con lo regulado por la Ley 489 respecto de las sociedades de economía mixta, éstas son *“(...) organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”* (artículo 97)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre las sociedades de economía mixta, la Corte Constitucional sostuvo: *“3.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 las sociedades de economía mixta “son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”. // - Dichas sociedades son autorizadas por la ley, en el evento en que tengan carácter nacional (art. 150, numeral 7 C.P.), o por una ordenanza departamental o acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales (arts. 300, numeral 7, y 313, numeral 6, C.P.). Pero, para su existencia no basta la autorización legal, pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas. // -Su organización es la propia de las sociedades comerciales, las cuales están previstas en el Código de Comercio. Los estatutos por los cuales se rigen son los expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social. // -No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados. // -Gozan de personería jurídica propia y de autonomía administrativa, aunque el grado de ésta variará según el porcentaje de participación que tengan los particulares y el Estado. // -Su objeto social es el desarrollo de actividades industriales y comerciales, salvo aquellas excepciones que consagre la ley. // -Tal como se desprende de su misma denominación, en esas sociedades hay aportes tanto de capital público como de capital privado. El monto de uno y otro varía según la intención no sólo del legislador sino de sus mismos socios. Así las cosas, el carácter de sociedad de economía mixta no depende en manera alguna del régimen jurídico aplicable sino de la participación en dicha empresa de capital público y de capital privado. (...) // Por consiguiente, en la constitución de una sociedad de economía mixta el Estado o sus entidades territoriales o una empresa de capital público u otra sociedad de economía mixta pueden tener una participación mínima, mientras que los particulares pueden tener la participación mayoritaria, pero también puede ocurrir lo contrario. // Debe precisarse que la participación económica de particulares conlleva a la intervención de éstos tanto en el manejo de la sociedad como en la toma de decisiones, según sea el monto de su aporte. No es*

Por su parte, el artículo 49 de la misma ley, se refiere a la creación de organismos y entidades administrativas y dispone, en relación con las sociedades de economía mixta, que las mismas "(...) serán constituidas en virtud de autorización legal"<sup>8</sup>, añadiendo la norma, en su párrafo:

**PARAGRAFO.** *Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.*

Y el artículo 109 *ibídem*, dispone:

**ARTICULO 109. CONTROL DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS Y DE LAS FILIALES DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.** *El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad.*

*Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.*

Se observa entonces, que la ley contempla la existencia de entidades descentralizadas directas – llamadas también de primer grado- y entidades descentralizadas indirectas –o de segundo grado-, aunque no contiene una definición de lo que son estas últimas, ni las regula de manera concreta, como en su momento lo hizo el Decreto-Ley 3130 de 1968, "Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional", el cual disponía, en su artículo 4º:

**ARTÍCULO 4 º.-** *De las entidades descentralizadas indirectas. Las personas jurídicas en las cuales participen la nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el decreto 1050 de 1968, y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores.*

*Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas*

---

*el Estado quien actúa sólo, sino en compañía de su socio, es decir de un particular. // -Tienen ánimo de lucro y es claro que habrá reparto de utilidades y de pérdidas entre sus socios. En efecto, los dineros que reciban por el ejercicio de su actividad serán repartidos entre las entidades públicas y los particulares". Corte Constitucional, sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Reiterada en sentencia C-529 del 12 de julio de 2006, Sala Plena de la Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño.*

<sup>8</sup> Disposición reiterada por el artículo 69, que dispone que "Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política".

*privadas. Cuando la nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere el caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al decreto número 1050 de 1968 y al presente decreto. PARÁGRAFO.- Los supremos órganos directivos de las personas jurídicas existentes, que hayan resultado de las participaciones contempladas en el presente artículo, procederán a definir la naturaleza de dichas entidades y el orden al cual pertenecen, conforme al inciso 1o. de la misma disposición.*

Por otra parte, el Decreto-Ley 130 de 1976, “Por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta”, disponía en su artículo 19 lo siguiente:

*ARTÍCULO 19. De la participación de las sociedades de economía mixta. Cuando en las sociedades a que se refiere el presente decreto participe una de economía mixta se entiende que el aporte de capital público de esta es proporcional a la parte de capital público que tenga dentro de su capital social y a su participación en la sociedad que se constituye.*

Si bien los anteriores decretos fueron derogados por la Ley 489 de 1998, las definiciones que en su momento efectuaron en torno a la figura de las entidades descentralizadas indirectas, resultan útiles para establecer en qué consiste esta clase de entidades, que subsiste en el actual régimen jurídico de la administración pública, como una modalidad de descentralización administrativa, producida a partir de la actuación asociativa de las entidades descentralizadas directas, en la medida en que están contempladas en la Ley 489 de 1998.

Del análisis de las anteriores disposiciones, lo que se deduce es que, en esencia, las entidades descentralizadas indirectas, son aquellas conformadas fundamentalmente por otras entidades descentralizadas, con participación o no de particulares en su composición. Y en este último caso, es decir, cuando se trate de sociedades cuyo capital esté constituido por aportes de una entidad descentralizada y de particulares, ello daría lugar a la conformación de una sociedad de economía mixta pero de segundo grado, si se tiene en cuenta la definición legal de dicha clase de entidad, y el hecho de que la Ley 489 de 1998 no distingue entre sociedades de economía mixta de primer grado y de segundo grado o indirectas, aunque ambas tienen un doble origen de los aportes de capital, público y privado; la misma naturaleza del fin institucional, y están sujetas al régimen de derecho privado. Lo único que las distingue, es que las sociedades de economía mixta indirectas o de segundo grado, deben tener entre sus socios al menos una entidad descentralizada directa o de primer grado –establecimiento público, empresa industrial o comercial del Estado, sociedad de economía mixta, etc.-, mientras que las sociedades de economía mixta de primer grado, pueden estar constituidas con aportes de la Nación y de particulares.

Es decir que, desde el punto de vista del elemento personal, es sociedad de economía mixta de segundo grado, aquella en cuya conformación participan las entidades descentralizadas o por

servicios, siempre que lo hagan en concurrencia con particulares, y sin consideración al porcentaje de participación estatal o pública.

En relación con esta última afirmación, observa la Sala que la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, que establecía que “[p]ara que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado”, por considerar que, independientemente del porcentaje de participación estatal en las sociedades de economía mixta, su “(...) naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta”, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución”<sup>9</sup>.

Como entidad descentralizada, la sociedad de economía mixta de segundo grado también tiene como objeto la realización de actividades industriales y comerciales, en ámbitos en los que el Estado está interesado en invertir, con miras a promover algunas actividades propias de los particulares, para fomentar en esta forma, cierto sector de la economía.<sup>10</sup>

En relación con el patrimonio de estas sociedades, el mismo goza del atributo de autonomía que le reconoce la ley, y por tanto, es independiente y distinto del patrimonio de sus socios. Su naturaleza no es pública ni privada, sino mixta, como mixtos son los aportes constitutivos del capital social, sin perjuicio del control fiscal al que se hallan sujetos los aportes de la Nación y de las entidades territoriales o descentralizadas por servicios a dichas sociedades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 42 de 1993<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sentencia C-953 del 1º de diciembre de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>10</sup> Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, refiriéndose a las sociedades de economía mixta, en ellas “(...) aparece como preponderante la misión de atraer el capital privado hacia el desarrollo conjunto de proyectos de interés general y asumir directamente dentro de un ente societario los resultados de la correspondiente gestión, con sus beneficios y responsabilidades, en los términos de la ley; ese solo elemento permite encontrar razonable que el legislador determine modulaciones en cuanto al régimen aplicable frente al que cabe predicar de las empresas industriales y comerciales del Estado, pues en éstas el capital se halla constituido totalmente al Estado (Artículo 85 Ley 489 de 1998). // Ese tratamiento diferencial no encuentra reparo desde el punto de vista constitucional toda vez no se está ante fenómenos idénticos pues en sus finalidades específicas y en la integración del capital respectivo encuentra la Corte fundamento razonable.” Sentencia C-629 del 29 de julio de 2003, Sala Plena, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>11</sup> Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. “**ARTÍCULO 21.** La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de

Precisamente, al analizar el régimen de control fiscal de los recursos estatales comprometidos en la conformación de sociedades de economía mixta, sostuvo la Corte Constitucional: *“(...) la razón por la cual el legislador adscribe a las sociedades de economía mixta al sector descentralizado y les confiere, correlativamente, el carácter de organismos vinculados a la administración pública, es la participación estatal en la conformación del patrimonio social. Por tanto, en la medida en que ese aporte confiere a la sociedad de economía mixta un particular régimen jurídico, que la incorpora al Estado y le otorga la condición de instrumento para la consecución de sus fines, el control fiscal sobre la entidad no sólo es legítimo, sino constitucionalmente obligatorio. Conforme a lo señalado en apartado anterior, un entendimiento contrario, como el defendido por el demandante, crearía un campo de exclusión de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos, inadmisibles en el actual Estado constitucional”*<sup>12</sup>.

Ahora bien, en estos eventos en los que las entidades descentralizadas por servicios, y más específicamente las sociedades de economía mixta, concurren a la formación de otras sociedades a las que efectúan aportes a su capital, surgen dificultades a la hora de determinar la naturaleza jurídica de esas otras formas societarias que, de manera indirecta, poseen recursos estatales en la conformación de su capital, pero que, al ser sociedades con participación de particulares, se constituyen de acuerdo a las reglas del derecho privado.

En relación con los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar cuándo una persona jurídica puede ser calificada como entidad pública, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, conceptuó:

*Son dos los elementos necesarios para que pueda calificarse una persona jurídica<sup>13</sup> con el atributo de ser pública: que exista una decisión política en su creación, y que para su funcionamiento, se asigne cualquier tipo de recurso valorable económicamente, como lo son el talento humano, los bienes materiales o los dineros públicos. Pasa la Sala a explicar brevemente estos dos elementos.*

*La creación de una persona jurídica sometida al derecho público, se adopta por la propia Constitución Política, o por el Congreso en virtud de las competencias que le entrega el artículo 150 numeral 7 de la Carta, según el cual, le corresponde “determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos*

---

*los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8º, de la presente Ley. // Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal. // **PARÁGRAFO 1o.** En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo. // **PARÁGRAFO 2o.** La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”.*

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-529 del 12 de julio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>13</sup> [2] *“El presente concepto utiliza, la expresión persona jurídica como el gran género dentro del cual encajan las de derecho público y las de derecho privado, en vez de la noción de entidad, que es un concepto típico del derecho administrativo”.*

*públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; asimismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.”*

*El calificativo de político para tales competencias conlleva varias connotaciones, dentro de las cuales se resaltan dos que son importantes para el concepto: la discrecionalidad en la toma de la decisión y la necesaria vinculación con los fines y cometidos Estatales.*

*El Legislador puede optar, para satisfacer una necesidad pública, entre muchas posibles soluciones, siendo una de ellas la de crear o autorizar la creación de una persona jurídica de derecho público; de manera que para que pueda constituirse una entidad pública, el Congreso como órgano competente para el efecto, valora entre todas las opciones, ésta, que debe ser considerada como la óptima entre las analizadas. Además, necesariamente la definición sobre la creación de una persona jurídica pública, debe tener como finalidad la de realizar alguno de los cometidos estatales.*

*Es igualmente claro que la Constitución reserva estas determinaciones, que son políticas, al Congreso de la República; por eso, las personas jurídicas públicas sólo pueden ser creadas o autorizadas por la Carta o por la ley. De aquí se extrae un efecto jurídico que es esencial para este concepto y consiste en que, necesariamente, la decisión de crear o autorizar una persona jurídica pública, está sometida al derecho público; no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado, ni siquiera en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que se aplica a los contratos que celebren algunas entidades conforme a la ley 80 de 1993<sup>14</sup>.*

*Lo expuesto hasta ahora para las personas jurídicas del orden nacional, puede aplicarse al orden departamental o municipal, obviamente recordando que la decisión de política administrativa que adopten las asambleas<sup>15</sup> o los concejos<sup>16</sup>, no tiene carácter legislativo. Por mandato constitucional se ha establecido una reserva en cabeza de esas entidades administrativas para determinar la estructura de la administración territorial.*

*El segundo elemento que debe concurrir en una persona jurídica para que pueda tenerse como pública es el referente a la asignación de recursos para el funcionamiento de la misma. Como se expuso, estos recursos pueden ser de variada índole, pero lo que es esencial es que su fuente u origen sea público. El Estado puede aportar la totalidad de los necesarios para su funcionamiento o sólo una parte de los mismos y dejar al sector privado que participe en su financiación; sin embargo, basta con que el Estado contribuya mínimamente, para que exista una persona jurídica de derecho público. De modo que para que una persona jurídica pueda calificarse como pública, es indiferente la proporción del aporte estatal, pues la mayor o menor proporción sirve para definir el tipo de entidad administrativa de que se trate, pero no para definir si posee o no carácter público.*

*Es conveniente citar el tercer inciso del artículo 97 de la ley 489 de 1998, que al definir las sociedades de economía mixta expresa que “las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen”; esta norma claramente se fundamenta en lo expuesto, que consiste en definir, que para que una entidad pueda*

---

<sup>14</sup> [3] “Si bien no es tema de la consulta, anota la Sala que estos mismos principios constitucionales se aplican para la creación de órganos o entidades administrativas sin personalidad jurídica”.

<sup>15</sup> [4] “Artículo 300 numeral 7 de la Constitución Política”.

<sup>16</sup> [5] “Artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política”.



*ser catalogada como pública, la decisión de participar en ella debe tener íntima relación con la realización de los fines del Estado, adoptada por el legislador, las asambleas departamentales o los concejos distritales y municipales, por lo que una inversión temporal de recursos, o la obtención de acciones de una sociedad privada sin que esté acompañada de la intención de ejercer funciones Estatales a través de la misma, no le dan la condición de entidad pública<sup>17</sup>.*

## **El caso concreto**

En el presente caso, se observa que mediante Decreto 0030 de 1951, fue creada la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, *como organismo autónomo con personería jurídica*, y adoptó la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, de acuerdo con la reforma de los estatutos aprobada mediante Decreto 1209 de 1994.

A través del Decreto-Ley 1760 del 26 de junio de 2003, la entidad fue organizada como sociedad pública por acciones, que se llamaría en adelante Ecopetrol S.A., vinculada al Ministerio de Minas y Energía, y se dispuso que podría “(...) establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior” -artículo 33-. Como objetivos de la nueva sociedad, se consagraron – artículo 34-:

*34.1 La exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, las que hasta esa fecha estén siendo operadas directamente y las que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH.*

*34.2 La exploración y explotación de hidrocarburos en el exterior, directamente o a través de contratos celebrados con terceros.*

*34.3 La refinación, el procesamiento y cualquier otro proceso industrial de los hidrocarburos y sus derivados, en instalaciones propias o de terceros, en el territorio nacional y en el exterior.*

*34.4 La distribución de hidrocarburos, derivados y productos en el territorio nacional y en el exterior.*

*34.5 El transporte y almacenamiento de hidrocarburos, derivados y productos, a través de los sistemas de transporte propios y de terceros, en el territorio nacional y en el exterior, con la única excepción del transporte comercial de gas natural en el territorio nacional.*

*34.6 La comercialización nacional e internacional de gas natural, de petróleo, sus derivados y productos.*

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de abril de 2007, Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00020-00(1815), C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

*34.7 La realización de cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores.*

En su artículo 35, el referido decreto consagró las funciones de dicha sociedad, entre las cuales estableció la de “[c]onstituir con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado, en Colombia o en el exterior, sociedades, asociaciones, corporaciones o fundaciones, y adquirir partes o cuotas de interés en tales personas jurídicas, siempre y cuando los objetivos de las sociedades o asociaciones de que se trate sean iguales, conexos o complementarios con el de Ecopetrol S.A., o necesarios o útiles para el mejor desarrollo de su objeto”.

Como consecuencia de lo anterior, se suscribió la Escritura Pública número 0002931 del 7 de julio de 2003, de la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual se constituyó la sociedad Ecopetrol S.A.

Mediante la Ley 1118 de 2006, se modificó la naturaleza jurídica de Ecopetrol, que fue organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con domicilio en la ciudad de Bogotá. El artículo 1º de esta ley, dispuso:

**ARTÍCULO 1º.** *Naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior (se subraya).*

El artículo 2º de la ley, estableció que “[e]n el proceso de capitalización autorizado en el artículo [1º](#) de esta ley, se garantizará que la Nación conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones en circulación, con derecho a voto, de Ecopetrol S.A.”.

La sociedad Ecopetrol S.A., fue constituida mediante Escritura Pública 5314 del 14 de diciembre de 2007, y se estableció que su objeto social es “(...) el desarrollo, en Colombia o en el exterior, de actividades industriales y comerciales correspondientes o relacionadas con la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución, comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos”. Adicionalmente, forman parte su objeto social, entre otras actividades, las de “9) Exportación e importación de combustibles y oxigenantes de origen vegetal. 10) Producción, procesamiento, mezcla, transporte, almacenamiento, distribución y/o comercialización (compra y venta) de combustibles y oxigenantes de origen vegetal, propios o de terceros, nacionales o importados. (...) 14) Constituir y hacer parte de sociedades de todo tipo, incluyendo empresas unipersonales, así como abrir sucursales y agencias que sean necesarias para

*el adecuado desarrollo de su objeto social. La participación que por esta cláusula se permite, podrá comprender la participación en compañías cuya actividad fuera diferente a la de la sociedad, siempre que a juicio de la junta directiva, ello resultare conveniente para el desarrollo del objeto social de ECOPETROL”<sup>18</sup>.*

En el certificado de existencia y representación legal de Ecopetrol S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, consta (f. 66 a 102):

*Que por Documento Privado de Representante Legal del 6 de junio de 2008, inscrito el 13 de junio de 2008 bajo el número 01221064 del libro IX, se comunicó que se ha configurado una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz: ECOPETROL S.A., respecto de las siguientes sociedades subordinadas:*

- **ANDEAN CHEMICALS LIMITED**  
*Domicilio: (Fuera del país)*
- **COMPOUNDING AND MASTERBATCHING INDUSTRY LTD COMAI LTDA**  
*Domicilio: Cartagena (Bolívar)*  
*(...)*

*Que por Documento Privado no. (sic) de Representante Legal del 27 de enero de 2009, inscrito el 19 de abril de 2009 bajo el número 01290629 del libro IX, se comunicó que se ha configurado una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz: ECOPETROL S.A., respecto de las siguientes sociedades subordinadas:*

- **BIOENERGY S.A.**  
*Domicilio: Bogotá D.C.*

*Que por Documento Privado de Representante Legal del 23 de abril de 2009, inscrito el 12 de mayo de 2009 bajo el número 01296590 del libro IX, se comunicó que se ha configurado una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz: ECOPETROL S.A., respecto de las siguientes sociedades subordinadas:*

- **BIOENERGY ZONA FRANCA S.A.S.**  
*Domicilio: Bogotá D.C.*

*Que por Documento Privado no. (sic) de Representante Legal del 13 de julio de 2009, inscrito el 29 de julio de 2009 bajo el número 01315854 del libro IX, se comunicó que se ha configurado una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz: ECOPETROL S.A., respecto de las siguientes sociedades subordinadas: (...)*

- **ECOPETROL GLOBAL ENERGY SLU**  
*Domicilio: (Fuera del país)*

En respuesta a requerimiento hecho a Ecopetrol sobre el componente accionario del Grupo Empresarial formado por dicha sociedad de economía mixta con las sociedades Bioenergy S.A.S., Bioenergy Zona Franca S.A.S. y Andean Chemicals Limited, la entidad respondió (f. 113):

---

<sup>18</sup> Según certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el 21 de mayo de 2019 (f. 65).

(...) con base en las certificaciones expedidas por la Secretaria General de Ecopetrol S.A. respecto de Andean Chemicals Ltd., y el Secretario General de Bioenergy S.A.S. y Bioenergy Zona Franca S.A.S. (anexas) atentamente manifiesto a ustedes lo siguiente:

La participación societaria y/o la relación jerárquica o de control que Ecopetrol S.A. tiene con las sociedades subsidiarias Bioenergy S.A.S., Bioenergy Zona Franca S.A.S. y con Andean Chemicals Limited, es la indicada a continuación:

1. Ecopetrol S.A. no tiene participación accionaria en la sociedad Bioenergy S.A.S.
2. Ecopetrol S.A. no tiene participación accionaria en Bioenergy Zona Franca S.A.S. El único accionista de esta última es la sociedad Bioenergy S.A.S.
3. Ecopetrol S.A. es el único accionista de la sociedad extranjera Andean Chemicals Limited –accionista privado mayoritario de Bioenergy S.A.S.-, la cual no es residente en territorio colombiano por estar constituida conforme a las leyes de Bermuda y tener su domicilio principal en el exterior. Andean Chemicals Limited, corresponde a una sociedad inversionista de capital del exterior en Colombia, en los términos establecidos en el Artículo 2.17.2.2.1.5 del Decreto 1068 de 2015, de conformidad con las definiciones sobre inversiones de capital del exterior que se encuentran establecidas en el Artículo 2.17.2.2.1.2 del Decreto antes referido.

Con la anterior respuesta, se allegaron las certificaciones allí mencionadas, del secretario general de Bioenergy S.A.S. y el representante legal de Bioenergy Zona Franca S.A.S., en las que consta la siguiente información (f. 114 y 115):

Bioenergy S.A.S.<sup>19</sup>:

ACCIONISTA	ACCIONES	PORCENTAJE
ANDEAN CHEMICALS LIMITED <sup>20</sup>	59.634.821	99,410372282835%

<sup>19</sup> De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Villavicencio, la sociedad fue constituida en 2005 como Bioenergy S.A. (transformada luego en Bioenergy S.A.S); hace parte, como empresa controlada, del grupo empresarial de Ecopetrol, empresa matriz controlante; a su vez, Bioenergy S.A.S. es empresa matriz y controlante de Bioenergy Zona Franca S.A.S., como empresa subordinada/controlada (f. 31). Bioenergy S.A. se transformó en sociedad por acciones simplificada, con el nombre de Bioenergy S.A.S. -según consta en acta No. 044 del 27 de marzo de 2017 de la Asamblea General de Accionistas-, debido a que no podía seguir funcionando como sociedad anónima, pues una causal de disolución de esa clase de sociedades era que el 95% o más de las acciones suscritas llegare a pertenecer a un solo accionista, y en el presente caso, desde octubre de 2015, más del 95% del capital social de Bioenergy estaba en cabeza de un único accionista: la sociedad extranjera Andean Chemicals Ltd.. Se advierte que, de los otros 4 socios de Bioenergy, Ecopetrol Global Energy S.L.U y Compounding and Masterbatching Industry Limitada, como ya se vio, son subordinadas de Ecopetrol. Y así mismo, de acuerdo con lo referido por la recurrente, lo es Polipropileno del Caribe. Según los estatutos de Bioenergy S.A.S., aprobados en la misma asamblea, se trata de "(...) una sociedad comercial de economía mixta, organizada bajo la forma de sociedad por acciones simplificada, de nacionalidad colombiana, conforme a las leyes de la República de Colombia". Según el artículo sexto de los estatutos, cada accionista tiene derecho a un voto por cada acción que posea. El objeto social principal de Bioenergy S.A.S., es "1) La construcción y operación, de plantas de producción de biocombustibles, alcoholes carburantes, biodiesel, mieleras y sus derivados, plantas de generación térmica, plantas de fertilizantes, plantas de gases industriales, plantas de alimentos para animales y refinerías de petróleo, la producción, comercialización, de sub-productos de las plantas, de biocombustibles y sus mezclas con derivados de hidrocarburos combustibles, la comercialización de sub-productos de la producción de biocombustibles, así como la importación y/o exportación de todos los anteriores (...)" (f. 127 y sgtes).

MITSUBISHI CORPORATION	353.706	0,589622716209%
ECOPETROL GLOBAL ENERGY S.L	1	0,000001666985%
COMPOUNDING AND MASTERBATCHING INDUSTRY LTDA	1	0,000001666985%
POLIPROPILENO DEL CARIBE S.A. <sup>21</sup>	1	0,000001666985%
<b>TOTAL</b>	<b>59.988.530</b>	<b>100%</b>

Bioenergy Zona Franca S.A.S.<sup>22</sup>:

ACCIONISTA	ACCIONES	PORCENTAJE
BIOENERGY S.A.S.	159.537.239	100,00000%
<b>TOTAL</b>	<b>159.537.239</b>	<b>100%</b>

De acuerdo con los estados financieros de Ecopetrol S.A., a diciembre de 2018, según el “Anexo 1, Compañías subsidiarias consolidadas, asociadas y negocios conjuntos”<sup>23</sup>, la sociedad de economía mixta del orden nacional, tiene la siguiente participación en las sociedades que se enuncian a continuación, que interesan para lo que es objeto de decisión:

Ecopetrol Global Energy S.L.U:	100%
- Andean Chemicals Ltd.:	100%
- COMAI - Compounding and Masterbatching Industry:	100%
- Bioenergy S. A.:	99,35%
- Bioenergy Zona Franca S. A. S.:	99,35%

<sup>20</sup> No constan en el plenario los estatutos de esta sociedad, ni documento alguno que dé cuenta de su objeto social.

<sup>21</sup> Según lo expresado por la recurrente, “Polipropileno del Caribe S.A. (en adelante “Propilco”) (...) como sociedad de economía mixta, cuenta de su composición de capital con un 49.9% de aportes de Ecopetrol S.A.”.

<sup>22</sup> Según el certificado de existencia y representación de esta sociedad, expedido por la Cámara de Comercio de Villavicencio, el objeto social principal de la misma, es “(1) La construcción y operación de plantas de producción de biocombustibles, alcoholes carburantes, biodisel, comercialización de sub productos de estas plantas y sus mezclas con derivados de hidrocarburos combustibles, la comercialización de sub productos de la producción de biocombustibles, así como la importación y/o exportación de todos los anteriores. (...)” (f. 31 y sgtes.). Obra en el expediente oficio dirigido por la Contaduría General de la Nación (coordinador de Jurídica) al director jurídico y de asuntos institucionales de Bioenergy Zona Franca S.A.S., en el cual le informa que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución CGN 354 de 2007, que establece el ámbito de aplicación del régimen de contabilidad pública, están sometidas al mismo, entre otras entidades, las sociedades de economía mixta en las que la participación del sector público sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, y le aclara que “Siendo la participación del sector público inferior al 50% en esa Sociedad de Economía Mixta (...), no está dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contabilidad Pública –RCP” (las negrillas no son del texto original) (f. 283).

<sup>23</sup> Página web consultada el 29 de julio de 2019, Compañías subsidiarias consolidadas: <https://www.ecopetrol.com.co/Asamblea2019/Ecopetrol%20EF%20consolidados%20al%2031%20de%20diciembre%20de%202018.pdf>

De acuerdo con lo anterior, es claro entonces que Ecopetrol S.A., tiene el 100% de las acciones de la sociedad Andean Chemicals Ltd., la que a su vez posee el 99,410372282835% de las acciones de la sociedad Bioenergy S.A.S. –que, como ya se vio, es considerada como sociedad de economía mixta-, sociedad cuya participación accionaria, en Bioenergy Zona Franca S.A.S., es del 100%.

Ahora bien, se tiene que en la creación de entidades descentralizadas de segundo grado, el porcentaje de participación de capital estatal en éstas, corresponderá al porcentaje de participación de capital estatal en la entidad o entidades descentralizadas de primer grado que participen en su conformación.

Lo anterior, no resulta ajeno al régimen legal de las sociedades comerciales, puesto que se encuentra contemplado así mismo, en las normas que regulan lo concerniente a los grupos empresariales, como es el caso de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 222 de 1995, en relación con la escisión de las sociedades, el cual dispone:

**ARTICULO 3o. MODALIDADES.** *Habrá escisión cuando:*

*1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.*

*2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.*

*La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.*

*Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las Sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente (se subraya).*

Ahora bien, el hecho de que la socia mayoritaria de la sociedad Bioenergy S.A.S –que, a su vez, es la única propietaria de las acciones de Bioenergy Zona Franca S.A.S-, sea una sociedad constituida en Bermuda, bajo las leyes de ese país, no resulta suficiente para descartar su naturaleza de entidad descentralizada de segundo nivel, constituida al 100% con capital proveniente de una sociedad de economía mixta colombiana –Ecopetrol S.A.-, en la que la Nación posee más del 80% de su propio capital; pues dicha naturaleza se conserva a pesar del régimen jurídico al que se halle

sometida, en cuanto a su existencia, sus actos y contratos, las relaciones entre los socios y entre la sociedad y los terceros, que bien puede ser el vigente en el lugar de su constitución.

Se cumplen en el presente caso los requisitos para la conformación de una sociedad de economía mixta de segundo nivel, puesto que, de un lado, Ecopetrol S.A., obtuvo de parte del legislador, en la norma de su transformación, la autorización para crear sociedades en el territorio nacional y/o en el exterior; y de otro lado, las sociedades en las que participa directa o indirectamente, tienen objetos sociales que corresponden a los de Ecopetrol, en cuanto Bioenergy S.A.S. y Bioenergy Zona Franca S.A.S., se encuentran en el negocio de los biocombustibles; y Andean Chemicals Ltd. -100% propiedad de Ecopetrol-, es en un 99,410372282835%, propietaria de Bioenergy S.A.S.

La naturaleza de una entidad descentralizada por servicios no depende del régimen jurídico que le sea aplicable. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, al referirse a aquellas entidades que, si bien pueden estar sometidas en cuanto a sus actos y contratos a las normas del derecho privado, ello no implica que pierdan la calidad de entidades estatales, sometidas en cuanto a su control judicial, a las normas del C.C.A. –hoy, al CPACA-.<sup>24</sup>

Dicho en otras palabras, a pesar de ser una entidad descentralizada de segundo nivel, dentro de la organización administrativa del Estado colombiano, es perfectamente posible que se encuentre sometida a las leyes del país de su constitución y domicilio, pero así mismo, en virtud de su propia naturaleza, habrá aspectos en los que necesariamente las normas nacionales de Colombia extenderán sus efectos a dicha entidad, como aquellas relativas al control fiscal de los recursos de la Nación y sus entidades descentralizadas.

En este punto, cabe recordar lo que ha sostenido la doctrina:

*[R]esulta necesario tener presente que en el ámbito del Estado social y democrático de derecho, las fórmulas organizativas no son expresiones huecas de contenido o simplemente neutras; por ello, habrá de dilucidarse, en casos específicos, si una fórmula institucional entre varias constitucional y jurídicamente posibles, resulta más apropiada para alcanzar los propósitos, cometidos y finalidades conforme a los principios de la actividad estatal o para la garantía y preservación de los derechos fundamentales de los asociados.*

---

<sup>24</sup> A título de ejemplo, la jurisprudencia ha manifestado: “En este caso, dada la condición de empresa de servicios públicos oficial de Telecom, cabe señalar que la sala ha definido la competencia de esta jurisdicción para conocer de las controversias que se derivan de los contratos que celebren las empresas de su género, sin importar que se rijan por el derecho privado, como quiera que no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato y en tanto “solamente por vía de excepción la justicia administrativa puede ser relevada del conocimiento de controversias originadas en actuaciones de las entidades públicas, que por disposición legal estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, como por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2002, expediente 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

*(...) En fin, en la escogencia de modalidades institucionales y los consecuentes regímenes de derecho de derecho privado, debe constatarse que la utilización de los mismos no se encamine a 'huir' de manera indebida de la preceptiva juspublicista a la búsqueda de un 'refugio' para evadir el régimen de imperativo cumplimiento y los controles propios de la gestión pública. Al respecto cabe recordar que todo bien público conserva esa naturaleza sin importar el régimen jurídico que se aplique a la actividad a la cual se encuentre afectado y la actividad de derecho público se preserva como tal a pesar de la fisonomía jurídica del gestor<sup>25</sup>.*

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, al pronunciarse sobre la procedencia o no de la aplicación de la Ley 226 de 1995<sup>26</sup>, a la venta de propiedad accionaria del Estado en empresas domiciliadas en otro país, no obstante que concluyó que dicha ley no era aplicable, en virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad en que se funda la Constitución Política, de acuerdo con los cuales, dichas sociedades se someten a las leyes del país en el que fueron constituidas<sup>27</sup> -teniendo en cuenta además, que, los actos a los que se refería la consulta en ese caso concreto, debían realizarse en el exterior-, también manifestó<sup>28</sup>:

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

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

---

<sup>25</sup> Tafur Galvis, Álvaro. "Constitución política y potestad organizatoria". Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2011.

<sup>26</sup> "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".

<sup>27</sup> Conclusión a la que llegó con fundamento en lo dispuesto por el Tratado de Derecho Comercial Internacional, suscrito en Montevideo en 1889 e incorporado al ordenamiento nacional mediante la Ley 33 de 1992, en cuyo Título II reguló lo concerniente a las reglas aplicables a las sociedades y a sus actos, en los siguientes términos: "(...) Artículo 4o. El Contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial. // Artículo 5o. Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se registrarán por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. // Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos."

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de diciembre de 2016, Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00208-00 (2314), C.P. Edgar González López.



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

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

Es claro entonces, que el hecho de que tales sociedades de capital mayoritariamente público, perteneciente al Estado Colombiano, sean constituidas en el exterior, no les resta su naturaleza de entidades descentralizadas indirectas o de segundo nivel, y ese es el caso de Andean Chemicals Ltd., cuyo capital es de propiedad 100%, de Ecopetrol S.A.; por lo tanto, su inversión del 99,410372282835% en Bioenergy S.A.S., hace que ésta también lo sea, y en consecuencia, esa será la naturaleza jurídica de su subsidiaria, Bioenergy Zona Franca S.A.S, de la que posee el 100% de las acciones.

En tales condiciones, para los efectos de la aplicación de lo dispuesto por el último inciso del artículo 68 de la Ley 1563 de 2012, la sociedad Bioenergy Zona Franca S.A.S., es considerada entidad pública, y, por lo tanto, esta jurisdicción es la competente para resolver sobre la solicitud de reconocimiento de laudo arbitral internacional, presentada por Isolux Ingeniería S.A., respecto del Laudo Final del 10 de junio de 2016 y el Addendum y decisión al laudo final fechado el 28 de octubre de 2016, proferidos con ocasión del proceso arbitral que se adelantó ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el que fueron parte Bioenergy Zona Franca S.A.S. e Isolux Ingeniería S.A.

En virtud de lo anterior, se

## **RESUELVE**

**CONFÍRMASE** el auto impugnado, esto es, el proferido el 27 de febrero de 2019.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

Magistrada