

ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Interpretación del artículo 13 de la ley 226 de 1995 / PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Exclusión de los derechos en fundaciones / FUNDACIONES - Personalidad jurídica / PERSONA JURIDICA - Definición

Al tenor del artículo 633 del código Civil, la persona jurídica se define como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.” El mismo precepto las clasifica en “corporaciones” y “fundaciones de beneficencia pública”, respecto de las cuales la jurisprudencia y la doctrina tienen dicho que las primeras son agrupaciones de personas y las segundas son destinaciones de bienes, ambas con fines de utilidad común ausentes de lucro. La personalidad jurídica que se reconoce a esa entidad ficticia, hace de ella una persona distinta de sus fundadores o asociados. El artículo 635 del código Civil excluye del régimen del título XXXVI a las “sociedades industriales” y a “las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional”, explicando que se rigen por otras normatividades. Respecto de las fundaciones, en particular, el artículo 650 del código Civil dispone que cuando “hayan de administrarse por una colección de individuos”, se regularán por los estatutos que “el fundador les hubiere dictado” y la única causa legal de extinción de las fundaciones es la destrucción de los bienes destinados a ella, precepto que guarda armonía con la naturaleza de las fundaciones, en tanto son destinaciones de bienes para realizar un fin específico. Aplicando lo expuesto al caso de las fundaciones objeto de la consulta y teniendo en cuenta la información suministrada por el señor Ministro, en su origen y por razón de los recursos destinados a ellas, ni la Fundación Educativa Central de Seguros ni la Fundación Granahorrar, reúnen los elementos enunciados para que puedan considerarse entidades públicas; al contrario, la naturaleza privada de sus fundadores, sus recursos y finalidades, las configuran como personas jurídicas de derecho privado. De manera que para el caso en estudio, es claro que si no hubo participación pública en las Fundaciones Educativa Central de Seguros y Granahorrar, éstas conservaron su naturaleza de fundaciones de derecho privado; y ningún derecho adquirió ni podía adquirir el Estado en ellas, por el sólo hecho de su participación en las entidades fundadoras. Tampoco puede entenderse que el Estado hubiera sustituido a los fundadores para los efectos previstos en los estatutos de las Fundaciones, pues ellos hacen énfasis en que la intervención en la conformación de los órganos directivos y en las reformas estatutarias estaba dada en atención a la calidad de “entidad fundadora”. El artículo 13 de la ley 226 de 1995 regula el caso de que una empresa en la cual tenga acciones el Estado, sea titular de derechos en fundaciones, para señalar que, en el evento de que el Estado decida enajenar sus acciones, deberá excluir del programa de enajenación esos derechos. Respecto de la consulta, si, como se ha dejado explicado, la participación del Estado en las sociedades fundadoras de la Fundación Educativa Central de Seguros y de la Fundación Granahorrar, no tuvo entre sus efectos que el Estado se hiciera titular de los derechos regulados en los artículos 11, 6, 15 y 14, de los respectivos estatutos, fuerza es concluir la improcedencia de la aplicación del artículo 13 de la ley 226 de 1995.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio de 14 de enero de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., veinte (20) de junio de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00043-00(1829)

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: Enajenación de propiedad accionaria estatal. Interpretación del artículo 13 de la ley 226 de 1995. Exclusión de los derechos en fundaciones.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, solicita el concepto de la Sala sobre el alcance del artículo 13 de la ley 226 de 1995, con ocasión de la privatización de la propiedad accionaria que la Nación poseía en la Compañía Central de Seguros S. A. y en Granahorrar Banco Comercial S. A., llevada a cabo conforme a los programas de enajenación adoptados por los decretos 3083 de 2004 y 2540 de 2005, respectivamente, en los cuales se previó la exclusión de los derechos que las entidades en venta poseyeran “sobre fundaciones, obras de arte y en general sobre bienes relacionados con el patrimonio histórico y cultural”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 226 en cita.

Cuenta la consulta que del “análisis de los derechos que poseían tanto la Compañía Central de Seguros S. A. y Granahorrar Banco Comercial S.A. en las fundaciones Educativa Central de Seguros y en la Fundación Granahorrar... se pudo evidenciar que fueron fundadas por particulares, para cumplir unos objetivos específicos que señalaron sus fundadores, con recursos privados y que con posterioridad por circunstancias externas se llegó a que en las entidades fundadoras participara el capital público a través de recursos suministrados por FOGAFIN, encontrándose que los derechos que las entidades financieras que fueron privatizadas mediante los procesos antes mencionados ejercían en las fundaciones señaladas, consistían...” en las prerrogativas de formar parte de los órganos de dirección y administración de dichas fundaciones o designar algunos de los integrantes de esos órganos o intervenir en las reformas estatutarias.

El Ministerio consultante conoció varias opiniones acerca de “la naturaleza de los derechos que ostentaban cada una de las entidades financieras sobre las fundaciones, y que serían objeto de traspaso”, de las cuales concluyó que no existe claridad sobre el tema. Por consiguiente, decidió formular a esta Sala las siguientes preguntas:

“1. ¿A que tipo de derechos sobre fundaciones se refiere el artículo 13 de la ley 226 de 1995?

2. ¿Qué clase de derechos se puede predicar que detentaban en las fundaciones Central de Seguros y Granahorrar, las entidades en que la Nación tenía participación accionaria, y que serían objeto de transferencia?

3. ¿A que órgano social le correspondería realizar la reforma estatutaria que se requeriría para ajustar la Fundación a su nueva realidad jurídica, teniendo en cuenta el derecho transferido?

4. ¿Cuando en los estatutos de las fundaciones se hace referencia al Fundador, quien debe desarrollar las actividades cuando la entidad fundadora fue absorbida por el comprador privado y en los estatutos de la

*fundación se establece como funciones del Consejo Directivo la de reformar los Estatutos de la Fundación con el **consentimiento expreso de la entidad fundadora**, lo cual implicaría la obligación para el comprador de aprobar la reforma estatutaria de una entidad, que de acuerdo con el Programa de Enajenación, sobre la cual no tenía derecho alguno?*

5. De acuerdo con la respuesta dada a los puntos uno y dos, ¿al dar cumplimiento al artículo 13 de la ley 226 de 1995, de ceder los derechos en las fundaciones Central de Seguros y Granahorrar a una entidad estatal, estas pierden su naturaleza jurídica de derecho privado? Si es así, ¿cuál sería el régimen jurídico aplicable?

6. ¿Cómo se armoniza el artículo 13 de la ley 226 de 1995 con el artículo 96 de la ley 489 de 1998, si se tiene en cuenta que éste último hace referencia a la autorización para constituir fundaciones con la participación de entidades públicas y particulares? ¿Tendría entonces que cumplirse con los requerimientos establecidos en el artículo 96 de la ley 489 de 1998?

7. ¿Le sería aplicable el artículo 96 de la ley 489 de 1998 y en consecuencia debería adscribirse la Fundación a una entidad del orden nacional; adquiriría la calidad de entidad descentralizada indirecta siéndole aplicable el artículo 4 del Estatuto Orgánico de Presupuesto y consecuentemente se sujetaría al control de la Contraloría General de la Nación, no obstante que no haya recibido nunca aportes de recursos públicos?"

Para responder la Sala CONSIDERA:

Los derechos por los cuales se indaga en la consulta están representados en precisas facultades de intervención y participación de los miembros fundadores en los órganos de dirección y administración de la Fundación Educativa Central de Seguros y de la Fundación Granahorrar. Como ambas fundaciones, de acuerdo con los datos suministrados en la consulta, fueron creadas por particulares, con recursos privados y fines determinados por sus fundadores, la Sala hará un breve repaso de las personas jurídicas de naturaleza fundacional y su régimen jurídico para determinar, en el caso concreto, aplicable a tales derechos, si pudieron haber pasado al Estado cuando éste asumió el control de las entidades fundadoras y si están comprendidos en la hipótesis del artículo 13 de la ley 226 de 1995.

1. Las personas jurídicas y en especial las fundaciones:

La regulación legal del tema en el derecho colombiano parte del código Civil, Libro Primero, *De las personas*, Título XXXVI, *De las personas jurídicas*, artículos 633 a 652, parcialmente vigente porque a lo largo del tiempo han sido expedidas otras disposiciones para regular personas jurídicas que por su origen o su actividad, el legislador considera necesario sujetar a una regulación especial.¹

Al tenor del artículo 633 del código Civil en cita, la persona jurídica se define como *"una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente."*² El mismo precepto las clasifica

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C- 670-95, Exp. D-559, M.P. Alvaro Tafur Galvis

² Código Civil, Art. 633: "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. / Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. / Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter."

en “corporaciones” y “fundaciones de beneficencia pública”, respecto de las cuales la jurisprudencia y la doctrina tienen dicho que las primeras son agrupaciones de personas y las segundas son destinaciones de bienes, ambas con fines de utilidad común ausentes de lucro.³

La personalidad jurídica que se reconoce a esa entidad ficticia, hace de ella una persona distinta de sus fundadores o asociados; asunto que si bien en el grupo de normas que se analiza no está consagrado expresamente, tampoco es motivo de discusión.⁴

El artículo 635 del código Civil excluye del régimen del título XXXVI a las “sociedades industriales” y a “las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional”, explicando que se rigen por otras normatividades.⁵

Respecto de las fundaciones, en particular, el artículo 650⁶ del código Civil dispone que cuando “hayan de administrarse por una colección de individuos”, se regularán por los estatutos que “el fundador les hubiere dictado”. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil tiene dicho:

*“...como las personas morales no están sujetas a un mismo patrón legal o convencional, y como generalmente unas difieren de otras en su estructura, para conocer cuál es el preciso campo de su actividad, a qué clase pertenecen, cuáles son sus órganos, qué funciones específicas desempeña cada uno, quién tiene su representación judicial y extrajudicial y hasta dónde se extiende el derecho de representación, indispensable es conocer sus estatutos, es decir, las reglas de su constitución, pues es allí donde aparece la estructura suya y el modo adoptado para actuar en el campo de la vida civil, en la esfera de los actos jurídicos que es el medio propio de actuar...”*⁷

Finalmente prevé el artículo 652⁸ del código Civil, que las fundaciones “perecen” por “la destrucción de los bienes destinados a su manutención.”

Obsérvese que la única causa legal de extinción de las fundaciones es la destrucción de los bienes destinados a ella, precepto que guarda armonía con la naturaleza de las fundaciones, en tanto son destinaciones de bienes para realizar un fin específico. Pero como ya se explicó en palabras de la jurisprudencia civil, deben conocerse las disposiciones estatutarias que regulan a cada fundación en particular, para entender la voluntad del fundador o fundadores al respecto.

³ Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, sentencia de agosto 21 de 1940

⁴ Cfr. Sentencia C-670-05, ya citada; y Sentencias C-395-96 y C-077-97, entre otras.

⁵ Código Civil, Art. 635: “Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este Título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros Títulos de este Código, y por el Código de Comercio. / Tampoco se extienden las disposiciones de este Título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional.”

⁶ Código Civil, Art. 650: “Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el presidente de la Unión.”

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de junio de 1975.

⁸ Código Civil, Art. 652: “Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención.”

Se tiene pues, que las normas en comento del código Civil, contienen los lineamientos básicos del régimen de las fundaciones sujetas al derecho privado.

Como expresamente lo señala en el artículo 635, el código en cita también deja planteada la existencia de “fundaciones de derecho público”, excluyéndolas de su campo de aplicación; y, para la consulta, es preciso analizar su regulación actual.

La ley 489 de 1998⁹ regula la organización y estructura de la administración pública, que, en los términos del artículo 38, “*se integra por los organismos y entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tiene a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.*”

En el nivel nacional, esos organismos y entidades deben ser creados por la ley o autorizados por ella, según lo ordena el artículo 49 de la ley citada ley 489¹⁰. La ley de creación o de autorización debe determinar *sus objetivos, su estructura orgánica y el soporte presupuestal de acuerdo con los lineamientos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*¹¹

En la ley 489 de 1998, la estructura de la administración pública comprende los sectores central y descentralizado por servicios; éste último está conformado por diversos tipos de entidades que tienen en común ser personas jurídicas¹², algunas de ellas con un régimen propio, y otras definidas y reglamentadas en sus características básicas, bajo el acápite “entidades descentralizadas”, por la misma ley 489.

Respecto de estas últimas, el inciso segundo del artículo 68 de la ley 489, ordena:

“Artículo 68. Entidades descentralizadas. /.../ Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. /.../”

Cabe agregar que bajo el concepto de entidades descentralizadas, la ley 489 de 1998 en el artículo 96 regula “la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, y si bien en su texto se privilegia el tipo asociativo y nada se explica respecto de las fundaciones, está prevista la posibilidad de su constitución.

Ahora bien, el análisis del ordenamiento vigente permite concluir, sin lugar a dudas, que la naturaleza pública de una entidad está configurada por la concurrencia de tres elementos:

a) Su creación por la ley, o con su autorización, cuando se trata del nivel nacional; o por ordenanza o acuerdo, en el nivel territorial;¹³

⁹ Ley 489 de 1998 (diciembre 29) “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”. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

¹⁰ Cfr. ley 489/98, Art. 49.

¹¹ Cfr. Ley 489/98, Art. 50: Contenido de los actos de creación y elementos de la estructura orgánica.

¹² Cfr. Ley 489/98, Art. 38. Integración de la administración pública.

¹³ Constitución Política, Arts. 150-7, 300-7, 313-6; ley 489/98, Art. 69.

b) La integración de su patrimonio con recursos públicos, total o parcialmente;¹⁴

c) El cumplimiento de cometidos estatales, esto es, el ejercicio de actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos, como razón de su existencia.¹⁵

Siendo ello así, las personas jurídicas en las cuales no se reúnen estos elementos, no son entidades públicas, ni se integran a la estructura del Estado; se estará entonces ante personas jurídicas creadas por la voluntad de particulares, con recursos privados y fines establecidos por los asociados o fundadores, y su régimen será el de sus estatutos y de manera supletiva en el derecho privado.

Aplicando lo expuesto al caso de las fundaciones objeto de la consulta y teniendo en cuenta la información suministrada por el señor Ministro, en su origen y por razón de los recursos destinados a ellas, ni la Fundación Educativa Central de Seguros ni la Fundación Granahorrar, reúnen los elementos enunciados para que puedan considerarse entidades públicas; al contrario, la naturaleza privada de sus fundadores, sus recursos y finalidades, las configuran como personas jurídicas de derecho privado.

Interesa entonces conocer si esa situación varió o no cuando el Estado asumió el control de las entidades fundadoras.

2. Los derechos sobre los que versa la consulta y el alcance del artículo 13 de la ley 226 de 1995:

En el texto de la consulta se explica, con la transcripción de las respectivas disposiciones estatutarias, que los derechos a los que se contrae la consulta, son aquellos que tenían las entidades que crearon la Fundación Educativa Central de Seguros y la Fundación Granahorrar, los cuales se traducen básicamente en la integración de los consejos directivos y la designación del órgano ejecutivo y las reformas estatutarias. Para su mejor comprensión se transcriben de la consulta los respectivos artículos estatutarios:

“Fundación Educativa Central de Seguros

“Administración:

“Artículo 11.- Consejo Directivo. Se compone de cinco (5) miembros principales y cinco (5) miembros suplentes personales. Tendrá carácter de miembro permanente con la facultad de designar a su respectivo suplente, el Presidente de la Compañía Central de Seguros. Los cuatro miembros restantes serán elegidos, lo mismo que sus suplentes, para períodos de dos (2) años por la Junta Directiva de la Compañía Central de Seguros y podrán ser reelegidos indefinidamente.”

“Fundación Granahorrar:

“Administración

¹⁴ Ley 489/98, Arts. 50, 70, 83, 84, 85, 94, 96, 97, 100.

¹⁵ Ley 489/98, Arts. 39, 70, 71, 83, 84, 85, 86, 94, 95, 96

“Artículo 6.- La Fundación será administrada y dirigida por el Consejo Directivo, el cual estará integrado por cinco (5) miembros principales y cinco (5) suplentes, elegidos por la Junta Directiva de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar (Banco Granahorrar), como entidad fundadora.

“Artículo 15.- La dirección General es el órgano ejecutivo de la Fundación, y será desempeñada por una persona que a juicio de la entidad fundadora o del Consejo Directivo, cuando le sea delegada la función, reúna las calidades y méritos para tal gestión. En concordancia, estará subordinado a la Entidad Fundadora y al Consejo Directivo a quienes compete su libre nombramiento y remoción. (subrayado fuera del texto)”

“Reformas Estatutarias

“Artículo 14. Son funciones del Consejo Directivo...

“d. Reformar los Estatutos de la Fundación con el consentimiento expreso de la entidad fundadora.”

Dos aspectos interesa destacar respecto de los derechos en cuestión: el primero es que, tal como señala las normas estatutarias, son derechos de los fundadores; vale decir, se trata de derechos subjetivos, de manera que, salvo que en los estatutos se hubiera regulado de otra manera, no serían en principio derechos transferibles; además atañen a los niveles de organización, dirección y administración de las fundaciones, por lo que en este sentido pueden denominarse como “derechos políticos”.

El segundo aspecto se refiere a que no se trata de derechos patrimoniales o económicos, sin perjuicio de la injerencia que las actuaciones derivadas de su ejercicio pudieran tener en los aspectos económicos de las fundaciones.

A lo dicho ha de agregarse que en su origen, son también derechos privados, tanto por la naturaleza privada de las fundaciones como ya se explicó, como porque sus titulares lo eran en su calidad de entidades fundadoras, que fueron también personas jurídicas privadas.

Ahora bien, explica la consulta que “... por circunstancias externas se llegó a que en las entidades fundadoras participara el capital público a través de recursos suministrados por FOGAFIN...”; afirmación que complementada con los datos suministrados respecto de las fundaciones, permite entender que en éstas no hubo participación estatal.

Recuérdese entonces que las personas jurídicas son distintas de las personas naturales o jurídicas asociadas o fundadoras. De manera que para el caso en estudio, es claro que si no hubo participación pública en las Fundaciones Educativa Central de Seguros y Granahorrar, éstas conservaron su naturaleza de fundaciones de derecho privado; y ningún derecho adquirió ni podía adquirir el Estado en ellas, por el sólo hecho de su participación en las entidades fundadoras.

Tampoco puede entenderse que el Estado hubiera sustituido a los fundadores para los efectos previstos en los estatutos de las Fundaciones, pues ellos hacen énfasis en que la intervención en la conformación de los órganos directivos y en las reformas estatutarias estaba dada en atención a la calidad de “entidad fundadora”.

El artículo 13 de la ley 226 de 1995 es del siguiente tenor:

“Artículo 13. Cuando el Estado decida enajenar las acciones de una empresa, el Gobierno excluirá del programa de enajenación los derechos que tal entidad posea sobre fundaciones, obras de arte y en general bienes relacionados con el patrimonio histórico y cultural. / Tales bienes y derechos serán transferidos a favor de la Nación o de la entidad pública de carácter nacional que el Gobierno determine.”

Regula la norma el caso de que una empresa en la cual tenga acciones el Estado, sea titular de derechos en fundaciones, para señalar que, en el evento de que el Estado decida enajenar sus acciones, deberá excluir del programa de enajenación esos derechos.

Respecto de la consulta, si, como se ha dejado explicado, la participación del Estado en las sociedades fundadoras de la Fundación Educativa Central de Seguros y de la Fundación Granahorrar, no tuvo entre sus efectos que el Estado se hiciera titular de los derechos regulados en los artículos 11, 6, 15 y 14, de los respectivos estatutos, fuerza es concluir la improcedencia de la aplicación del artículo 13 de la ley 223 de 1995.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. El artículo 13 de la ley 226 de 1995 se refiere a cualquier clase de derechos que tengan las entidades estatales sobre fundaciones creadas o autorizadas por la ley, y que desarrollen cometidos Estatales.
2. Como se expuso en la respuesta anterior y las consideraciones de éste concepto, los derechos en cabeza de los miembros de los órganos de dirección de la Compañía Central de Seguros y del Banco Granahorrar, son políticos y no patrimoniales, y no pueden ser transferidos en favor de la Nación u otra entidad pública.
3. No se presenta la hipótesis de la pregunta formulada.
4. Al desaparecer la persona jurídica del fundador, deben aplicarse las normas del código Civil sobre fundaciones.
5. No se da la hipótesis de que parte esta pregunta, pues las fundaciones citadas no son objeto de transferencia a la Nación o a otra entidad pública.
6. y 7. No se da la hipótesis de estas preguntas.

Transcríbese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE
Presidente de la Sala

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS F. ALVAREZ JARAMILLO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala