

**ENAJENACION DE PROPIEDAD ESTATAL - Interpretación del artículo 23 de la ley 226 de 1995 / PRODUCTO NETO DE LA ENAJENACION - Es la totalidad del ingreso bruto menos las erogaciones relacionados con esta / DESTINACION DEL PRODUCTO NETO DE LA ENAJENACION - Pago del pasivo pensional de las entidades territoriales / EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - Domicilio principal de ECOGAS**

La interpretación de la expresión producto neto de la enajenación que trae el artículo 23 de la ley 226 de 1995, pues surgen dos posibles interpretaciones: la primera, asumiría que cuando la ley habla de acciones y lo que se vende son activos organizados como un negocio, debería entenderse que al valor de estos activos es necesario restarle el valor de los pasivos en cabeza del propietario que sirvieron para la adquisición, organización y puesta en marcha de la empresa o negocio que se enajena; la segunda, consideraría que si la ley guardó silencio sobre los pasivos en caso de enajenación de activos organizados como empresa, no le sería válido al intérprete entrar a considerarlos como parte del producto neto. El valor de la enajenación de una persona jurídica es igual al valor de sus activos, pues el patrimonio de una persona se integra con todos los activos y todos los pasivos, por lo que el precio que se paga por unas acciones tiene en cuenta esa relación entre activos y pasivos. En cambio, cuando se venden solamente los activos organizados a manera de un negocio o de un establecimiento de comercio, en el valor de la venta no entran en juego los pasivos del propietario, pues el adquirente únicamente compra los activos. Se sobreentiende que recibido el precio de la venta de los activos, el vendedor deberá cancelar sus pasivos. Puede concluirse entonces que cuando se trate de la venta de activos que equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa, habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal que lo desarrolla, esto es, la ley 226 de 1995. Esta conclusión es necesario aplicarla al caso de la venta de los activos de Ecogás a la sociedad Transportadora de Gas del Interior TGI S.A. E.S.P., puesto que en la práctica se enajenó el conjunto de los activos constituidos por las redes de gasoductos que por sí mismos están organizados inteligentemente para prestar el servicio de transporte de este combustible, de suerte que se vendió esa unidad de bienes y no solamente unos equipos aislados sin organización. Dada la diferencia de precios en las dos transacciones explicadas, la de la enajenación de las acciones y la de los activos, la primera forma de interpretación de la ley sostiene que se deben restar los pasivos del propietario de los activos que se venden, antes de calcular el valor neto de la enajenación. Supone que para aplicar el artículo 23 de la ley 226 de 1995, deben ser iguales el valor de la enajenación de las acciones al valor de la enajenación de los activos, y la única forma de hacerlo es restándole al valor de los activos el de los pasivos que se encuentren en cabeza de la entidad vendedora. En conclusión, la Sala estima que no es procedente restar al producto de la enajenación de los activos, derechos y contratos, la deuda que Ecogás tiene con Ecopetrol, pues para establecer el producto neto solamente pueden descontarse del valor bruto recibido, los costos o gastos asociados al proceso de enajenación. El lugar en el que se ubica o desarrolla la actividad principal de Ecogás, corresponde a aquella o aquellas partes del territorio nacional donde efectivamente realiza sus actividades principales, para efectos de determinar las entidades territoriales destinatarias de los recursos provenientes de la enajenación de los activos de Ecogás.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio UJ 1856-07 de 7 de septiembre de 2007.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00017-00(1812)

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

**Referencia: Enajenación de Propiedad Estatal. Interpretación del artículo 23 de la ley 226 de 1995: Producto neto de la enajenación y destinación. Empresa Colombiana de Gas Ecogás.**

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita concepto de la Sala sobre el alcance de los artículos 23 de la ley 226 de 1995 y 2°, numeral 4°, de la ley 549 de 1999, con ocasión del proceso de enajenación de activos, derechos y contratos de la Empresa Colombiana de Gas - ECOGAS, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, para lo cual formula estas preguntas:

- a) *¿Qué debe entenderse por producto neto de la enajenación?*
- b) *¿Para los efectos contenidos en los artículos 23 de la ley 226 de 1995 y 2° de la ley 549 de 1999, cuál debe entenderse como lugar en el que se ubica o desarrolla la actividad principal de Ecogás?*
- c) *¿Cuál es la relación existente entre el numeral 4° del artículo 2° de la ley 549 de 1999 y el artículo 23 de la ley 226 de 1995, y cómo deben aplicarse los recursos originados en la operación?*

El primer interrogante hace relación a la definición de la expresión *producto neto de la enajenación*, utilizada por el artículo 23 la ley 226 de 1995, que dice:

*Artículo 23. El 10% del producto neto de la enajenación de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.*

La duda en la interpretación de esta norma se presenta si se tiene en cuenta que Ecogás se creó por la ley 401 de 1997 escindiendo los activos y los pasivos de propiedad de ECOPETROL dedicados al transporte de gas; esto es, se le entregó a Ecogás la red de gasoductos (activos), que asumió el valor de los costos de construcción de los mismos (pasivos); Ecogás vendió, mediante el procedimiento de la ley 226 de 1995, únicamente sus activos a la empresa Transportadora de Gas del Interior TGI S.A. E.S.P. quedando a su cargo el pago de los pasivos que se encontraban en cabeza de ECOPETROL. Concluye entonces la solicitud de

concepto: “Teniendo en cuenta lo anterior, se requiere establecer si el valor neto de la enajenación hace referencia al valor resultante de restar al precio de enajenación de los activos, derechos y contratos de Ecogás la deuda que esta empresa tiene con Ecopetrol por los mismos; o si hace referencia a los ingresos recibidos como producto de la enajenación, descontando de ellos los costos en que incurrió para efectuar dicha operación.”

La segunda pregunta se refiere a la clarificación de la expresión legal *ubicación de la actividad principal*, utilizada por el legislador en el artículo 23 de la ley 226 de 1995 y el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, que dice en lo pertinente:

*Artículo 2º. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos (...)*

*4. El diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen. (...)*

La dificultad de la interpretación de la norma se debe a la ubicación geográfica de las actividades de Ecogás, pues si bien la empresa tiene su domicilio en Bucaramanga, “la actividad principal de Ecogás se ejecuta a lo largo del país, por donde cursa la tubería que sirve para transportar el gas.” Se informa en la consulta que la empresa cuenta con una red de gasoductos de 3.662 kilómetros, de los cuales 1.877 son operados directamente y 1.785 contratados bajo la modalidad de contratos BOMT (construcción, operación, mantenimiento y transferencia), los cuales cobijan varios departamentos del país.

La solicitud estima evidente que “las operaciones de transporte de gas son desarrolladas por Ecogás en un número plural de lugares, en los cuales la empresa tributa por concepto de Impuesto de Industria y Comercio; situación que no permite determinar con claridad cuál es el lugar donde desarrolla la actividad principal la empresa.”

La última pregunta se plantea, por el Ministro consultante, como un problema de interpretación normativa del artículo 23 de la ley 226 de 1995, con ocasión de la expedición de la ley 549 de 1999 que prevé, entre los recursos destinados a atender el pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales, el 10% de los provenientes de las privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la ley 226 de 1995 y por ello requieren “tener claridad en cuanto al porcentaje que del valor neto de la enajenación de los activos, derechos y contratos de Ecogás, debe destinarse al FONPET”.

### **Para responder la Sala CONSIDERA:**

Para sustentar las respuestas a los interrogantes planteados, procede la Sala a analizar en un primer lugar la integración del numeral 4 del artículo 2º de la ley 549 de 1999 con el artículo 23 de la ley 226 de 1995, con el fin de definir el marco

jurídico aplicable a las preguntas, para proceder luego a interpretar las dos expresiones legales sobre cuyo entendimiento se tiene dudas.

### **I Interpretación del numeral 4° del artículo 2 de la ley 549 de 1999, en relación con el artículo 23 de la ley 226 de 1995.**

Con el fin de facilitar la comprensión de lo que se expone enseguida, procede la Sala a transcribir de nuevo, y en lo pertinente, el artículo 23 de la ley 226 de 1995 y el numeral 4° del artículo 2° de la ley 549 de 1999:

#### Ley 226 de 1995:

*Artículo 23. El 10% del producto neto de la enajenación de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.*

#### Ley 549 de 1999:

*Artículo 2°. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos (....)*

*4. El diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen. (...)*

Es claro que entre las normas que vienen de copiarse existen diferencias fundamentales, por lo que es fácil pensar que la segunda, por ser posterior, derogó la dictada en 1995. Sin embargo, dado que en la segunda se hace una remisión a la primera de las transcritas, se evidencia una clara decisión del legislador de mantener vigente, al menos parcialmente la primera de ellas, y por lo mismo que su voluntad se limitó a establecer algunas modificaciones a lo existente, sin que implique su total sustitución.

Como lo expone la solicitud de consulta del Sr. Ministro de Hacienda, de la exposición de motivos para el primer debate, del proyecto de ley 62 de 1999, Senado, se lee que solamente se buscaba cambiarle la destinación de los recursos de que trata el artículo 23, de manera que en vez de invertirlos en proyectos de desarrollo regional, sirvieran para financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, conservando la definición de tales recursos, para lo cual utilizó la expresión en *los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995*. Dijo así la exposición de motivos:

*"El proyecto de ley que se somete a consideración del honorable Congreso prevé la destinación de una serie de recursos para generar las reservas y cubrir las obligaciones pensionales en un plazo máximo de treinta años. Dichos recursos son tanto de carácter territorial como de carácter nacional. En cuanto a las entidades territoriales, es importante destacar que el proyecto no implica privarlas de determinados recursos que le corresponden, sino de orientar*

*algunos de ellos a la financiación de su pasivo pensional con el apoyo de la Nación”<sup>1</sup>.*

Estima la Sala que es claro que el destino de los recursos es exclusivamente el de servir para el pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales. Mas adelante se explicará cuáles de éstas son las beneficiarias de tales recursos.

Ahora bien, como la primera frase del numeral 4° se refiere al 10% de *los recursos provenientes de privatizaciones nacionales* sin mencionar que se trata del *producto neto* de las mismas, se plantea si derogó esta forma de cálculo del recurso, es decir, se plantea la duda de si el 10% debe calcularse sobre los recursos o sobre el producto neto de la enajenación. Teniendo en cuenta la intención declarada por el legislador en la exposición de motivos en el párrafo transcrito, y además la remisión que hace el numeral 4° del artículo 2° a los “*términos del artículo 23 de la ley 226 de 1995*”, entiende la Sala que el numeral 2° no varió ninguno de los elementos del recurso definido por el artículo 23 de la ley de 1995, de manera que lo que debe aplicarse al pasivo pensional es el producto neto de la enajenación de las acciones, y no, como pudiera pensarse sin tener en cuenta estos elementos de juicio, que se trata de imputar al pasivo pensional la totalidad del valor de esa enajenación.

## **II La interpretación de la expresión producto neto, del artículo 23 de la ley 226 de 1995.**

La Constitución Política de 1991 establece el deber estatal de promover el acceso a la propiedad en su artículo 60<sup>2</sup>, y ordena además que cuando se enajene la propiedad accionaria que el Estado posee en las empresas, deberá ofrecerla en condiciones especiales de acceso a los trabajadores y las organizaciones solidarias. La Carta le atribuye al legislador la obligación de reglamentar esta materia, la cual ha sido ejercida, de modo general, mediante la ley 226 de 1995.

Uno de los aspectos regulados por la ley en cita, es el de la definición de su campo de aplicación, en estos términos:

**“Artículo 1°. Campo de aplicación.** *La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.*

*La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.*

*Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán*

---

<sup>1</sup> Exposición de motivos. Proyecto de ley No. 62 de 1999 Senado, Gaceta del Congreso No. 241, página 24.

<sup>2</sup> En relación con la democratización de la propiedad y el mecanismo de oferta preferencial en la enajenación de propiedad estatal, pueden consultarse los debates en Comisión y en Plenaria en la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Constitucional Nos. 46 pág. 27 y 82 pág. 6.). Dispone el artículo 60 de la Constitución Política: “*El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.*”

*incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.”*

Conforme a este precepto, el régimen de enajenación se aplica a cualquier forma de participación estatal en el capital de una empresa, como lo ha explicado esta Sala en el Concepto No 1513 de 2003, en el que se concluye que *“resulta claro entonces, que la enajenación de la participación del Estado en el capital social de las empresas, en condiciones especiales a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y sindicales, se refiere a acciones o a cuotas o partes de interés, conforme al artículo 60 de la Constitución y la ley 226 de 1995 que regula el procedimiento para ello.”*<sup>3</sup>

En la estructuración inicial del campo de aplicación de la ley en comento, se dispuso en su artículo 20 que: *“La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación”* excluyendo de su aplicación la venta de los activos de las empresas públicas.

La anterior disposición fue declarada exequible en forma condicionada por la Corte Constitucional<sup>4</sup>, en el entendido de que bajo el esquema de venta de los activos

---

<sup>3</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1513, Concepto de octubre 9 del 2003, C.P. Gustavo Aponte Santos, Publicación autorizada con oficio 043521 de noviembre 19 del 2003, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El párrafo transcrito está precedido de la siguiente consideración: “Un ciudadano demandó los apartes subrayados, pues consideró que éstos, al extender la enajenación de las acciones de propiedad del Estado, a la participación de éste en el capital social de cualquier empresa, vale decir, a cuotas o partes de interés social en sociedades distintas a las de capital, excedían el alcance de la norma constitucional que menciona expresamente la palabra “acciones”. La Corte Constitucional, en sentencia C-1260 del 29 de noviembre de 2001, controversió esta apreciación y declaró exequibles los apartes subrayados, fundamentalmente con la siguiente argumentación: “(...)9. Si aceptáramos entonces la tesis del actor, según la cual la norma constitucional utiliza la locución “acciones” en el sentido técnico del Código de Comercio, este solo hecho no puede hacernos concluir que la ley parcialmente acusada es inconstitucional. Como ha venido insistiéndose, una norma específica no impide que a supuestos de hecho distintos puedan serles asignadas las mismas consecuencias, cosa que sí sucedería si la regla fuera de carácter exceptivo. Nada impide entonces que el legislador, de acuerdo a sus criterios, crea conveniente que otro tipo de hechos tengan los mismos efectos.// Bajo estas consideraciones, aún si fuera el caso que la norma utiliza una palabra en su sentido técnico, no quiere esto decir que al legislador le está vedado extender la regla hasta abarcar otros supuestos que están por fuera de ese carácter técnico utilizado. Bastaría entender que una de ellas tiene rango constitucional, mientras que la otra tiene tan sólo jerarquía legal. Y como puede observarse, el mismo artículo 60 dispone que será por medio de la ley como deberá desarrollarse el principio de democratización de la propiedad, con lo cual faculta expresamente al legislador para que sea él quien determine razonablemente, los mejores mecanismos con los cuales cumplir el mandato de democratizar la propiedad.// (...) la Corte también considera que un entendimiento restrictivo y puramente técnico de la noción de acciones en el artículo 60 superior comporta resultados irrazonables, desde el punto de vista de la finalidad misma perseguida por el Constituyente. Esa interpretación podría conducir, en la práctica, a que algunas empresas en donde el Estado tiene participación en el capital social, evitaran asumir la forma de sociedad de acciones, a fin de eludir el derecho de preferencia previsto por el mencionado inciso segundo del artículo 60 de la Carta.// (...) Por el contrario, una interpretación amplia del término acciones evita esos inconvenientes, pues fortalece la voluntad democratizadora del Constituyente y no genera incentivos inadecuados en el diseño de las empresas con participación estatal. Ahora bien, es sensato asumir como principio hermenéutico que el funcionario judicial siempre debe preferir aquella interpretación que vigoriza el cumplimiento de los fines de la norma y que evita consecuencias indeseables en su aplicación. Una conclusión se impone: el término acciones debe ser entendido en forma amplia, de tal manera que cubra a todas las formas de participación estatal en el capital social empresarial”.

<sup>4</sup> Sentencia C-392/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero

de una entidad estatal, no podía esconderse una verdadera enajenación de acciones o de la empresa en su conjunto, de manera que amplió el campo de aplicación de la ley a aquellos casos de enajenación de la totalidad de unos activos que constituyan una unidad empresarial. Dijo así la Corte:

*"8- De otro lado, si bien la venta de activos estatales no está sujeta al derecho de preferencia del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, pues una cosa es la venta de propiedad accionaria y otra la venta de activos estatales, la Corte recuerda que en anteriores decisiones ya había establecido que esa distinción debe ser interpretada y aplicada "con prudencia"<sup>5</sup>. En efecto, la Corte ha señalado que pueden presentarse "situaciones límite", en las que "al socaire de una aparente venta de activos de una empresa estatal, en el fondo, se lleve a cabo la enajenación de su participación, sustrayendo por esta vía a los trabajadores y organizaciones solidarias la posibilidad que les depara la norma constitucional. Es evidente que en estos eventos, a los cuales se refiere la sentencia anterior de esta Corte, la distinción carece de sustento y no podrá formularse. El examen de la realidad de una particular negociación, deberá hacerse caso por caso"<sup>6</sup>.*

*Lo anterior significa entonces que la norma es exequible en el entendido de que ella es ejercida para la venta de activos estatales, y no para que se encubra la enajenación de la participación del Estado en una empresa bajo la forma de venta de activos, pues de ser así, estaríamos en frente de una clásica desviación de poder que implica la posibilidad de que se anule lo actuado. Sin embargo, esa eventualidad, señalada por el actor y reconocida por la Corte, no implica en manera alguna la inconstitucionalidad de una regulación que, en sí misma considerada, se ajusta perfectamente a la Carta."*

Puede concluirse entonces que cuando se trate de la venta de activos que equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa, habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal que lo desarrolla, esto es, la ley 226 de 1995.

Esta conclusión es necesario aplicarla al caso de la venta de los activos de Ecogás a la sociedad Transportadora de Gas del Interior TGI S.A. E.S.P., puesto que en la práctica se enajenó el conjunto de los activos constituidos por las redes de gasoductos que por sí mismos están organizados inteligentemente para prestar el servicio de transporte de este combustible, de suerte que se vendió esa unidad de bienes y no solamente unos equipos aislados sin organización.

Vale la pena agregar, que este razonamiento fue el que tuvo el gobierno nacional al efectuar la enajenación de los activos de Ecogás, y de allí han surgido las preguntas objeto de esta consulta.

La anterior exposición que se ha realizado, no tiene como finalidad la de juzgar la actuación de las autoridades, sino la de fundar la interpretación de la expresión *producto neto de la enajenación* que trae el artículo 23 de la ley 226 de 1995, pues surgen dos posibles interpretaciones: la primera, asumiría que cuando la ley habla de acciones y lo que se vende son activos organizados como un negocio, debería entenderse que al valor de estos activos es necesario restarle el valor de los pasivos en cabeza del propietario que sirvieron para la adquisición, organización y

---

<sup>5</sup> Ver sentencias C-074/93 y C-474/94

<sup>6</sup> Sentencia C-474/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento jurídico No. 3.4

puesta en marcha de la empresa o negocio que se enajena; la segunda, consideraría que si la ley guardó silencio sobre los pasivos en caso de enajenación de activos organizados como empresa, no le sería válido al intérprete entrar a considerarlos como parte del producto neto.

El problema de la interpretación surge como consecuencia de la ampliación del radio de acción de la ley efectuada por la sentencia de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la misma, pues no tuvo en cuenta que el valor de la enajenación de una persona jurídica es igual al valor de sus activos, pues el patrimonio de una persona se integra con todos los activos y todos los pasivos, por lo que el precio que se paga por unas acciones tiene en cuenta esa relación entre activos y pasivos. En cambio, cuando se venden solamente los activos organizados a manera de un negocio o de un establecimiento de comercio, en el valor de la venta no entran en juego los pasivos del propietario, pues el adquirente únicamente compra los activos. Se sobreentiende que recibido el precio de la venta de los activos, el vendedor deberá cancelar sus pasivos.

Dada la diferencia de precios en las dos transacciones explicadas, la de la enajenación de las acciones y la de los activos, la primera forma de interpretación de la ley sostiene que se deben restar los pasivos del propietario de los activos que se venden, antes de calcular el valor neto de la enajenación. Supone que para aplicar el artículo 23 de la ley 226 de 1995, deben ser iguales el valor de la enajenación de las acciones al valor de la enajenación de los activos, y la única forma de hacerlo es restándole al valor de los activos el de los pasivos que se encuentren en cabeza de la entidad vendedora.

Sin embargo, esta consideración no es de recibo para la Sala, pues conceptúa que la ley 226 de 1995 no hizo tal asimilación de precios o valores y por interesante que sea tal argumentación, debe estarse al tenor de la misma ley.

Es entonces necesario recordar que el régimen constitucional consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la ley 226 de 1995, se ocupa de la enajenación de participaciones en el capital de una empresa, aplicable a la de activos que equivalgan o representen dichas participaciones, y no, a la cesión o asunción de deudas o pasivos que desde el punto de vista financiero, económico o contable puedan encontrarse asociados al capital, al patrimonio o a los activos de la empresa o que históricamente se hayan contraído para adquirirlos. Aún más, la posibilidad de darle libre destinación al producto de la enajenación se encuentra restringida, pues el propio legislador la establece para el cumplimiento y financiación de los planes de desarrollo,<sup>7</sup> de manera que ésta debe ser la destinación del producto de la enajenación y el tratamiento presupuestal que debe dársele, en este caso particular, por Ecogás, al percibir de la sociedad TGI el pago de los activos, derechos y contratos

En relación con la determinación del producto neto de la enajenación a que se refiere el artículo 23 de la ley 226 de 1995, es menester precisar que solamente son descontables del producto bruto de la enajenación aquellos conceptos o rubros - gastos o costos - asociados a la producción o generación del ingreso, esto es, al proceso mismo de enajenación, por ejemplo en el caso consultado, los causados por la contratación de una banca de inversión para realizar los estudios

---

<sup>7</sup> Ley 226 de 1995, "Artículo 4o. Protección del patrimonio público. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad." (Subraya la Sala).



técnicos exigidos por la ley 226 a que hace mención un considerando del decreto 1404 de 2005 o, los “honorarios y “comisiones de éxito” de los asesores y “los gastos reembolsables en que incurrieron” y todos los demás generados por la contratación para el diseño del programa de enajenación como serían los de operación de martillo, y los de publicidad a que se refieren los artículos 7º y 9º de la ley 226/95, entre otros”, como lo señaló esta Sala en el Concepto No. 1015 de 1997.

En conclusión, la Sala estima que no es procedente restar al producto de la enajenación de los activos, derechos y contratos, la deuda que Ecogás tiene con Ecopetrol, pues para establecer el producto neto solamente pueden descontarse del valor bruto recibido, los costos o gastos asociados al proceso de enajenación.

### **III La interpretación de la locución ubicación de la actividad principal de la empresa del numeral 4º del artículo 2º de la ley 549 de 1999.**

Se interroga a la Sala sobre la interpretación del numeral 4º del artículo 2º de la ley 549 de 1999 que establece la destinación de un 10% del producto neto de la enajenación de participaciones estatales o activos, para ser distribuidos “*por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.*”

La duda surge porque Ecogás es una empresa industrial y comercial del Estado creada en el orden nacional, lo cual trae como consecuencia jurídica la determinación de su ámbito de acción espacial que comprende la totalidad del territorio nacional.<sup>8</sup> Esta definición legal faculta a la persona jurídica para desarrollar su objeto y las actividades, tanto principales como accesorias o secundarias, en la totalidad del territorio nacional, aun cuando dicha habilitación no significa la realización concreta de las actividades, pues ésta ciertamente depende de su ejecución real y no de la sola posibilidad jurídica de cumplirlas.

Es entonces indispensable acudir al objeto de la entidad definido en las normas de creación, esto es el artículo 2º de la ley 401 de 1997 en el caso de Ecogás, del que se desprende que su actividad es fundamentalmente la del *transporte* de este combustible, entendiendo como transporte la actividad de *llevar cosas o personas de un lugar a otro o de llevar de una parte a otra por el porte o precio convenido*<sup>9</sup>. Este comprende la planeación, organización, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios; también la explotación comercial de la capacidad de los gasoductos de propiedad de terceros por los cuales se pague una tarifa de disponibilidad, o por acuerdos con éstos, de manera que como persona jurídica tiene plena capacidad para desarrollar las actividades mediante las cuales se cumpla su objeto, de las que deben destacarse las vinculadas con la operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural, ya sean propios o de terceros, conforme a la naturaleza jurídica de la entidad pública y a su régimen jurídico, el cual ha sido precisado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

---

<sup>8</sup> Ley 401 de 1997, Art. 1º. “Creación. Créase una entidad descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial, que se denominará Empresa Colombiana de Gas y podrá usar la sigla Ecogás, entidad que se regirá por lo establecido en la presente ley, por los estatutos que adopte y apruebe la Junta Directiva y sujeta a la regulación, vigilancia y control de las autoridades competentes.” (Subraya la Sala).

<sup>9</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua

*“La Empresa Colombiana de Gas, ECOGAS, fue creada como empresa industrial y comercial del Estado, con un objeto social específico como es la planeación, organización, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios, o de particulares con los cuales haya celebrado los correspondientes convenios o contratos, con sujeción a la competencia que le corresponde al Congreso según el art. 150-7, antes citado.”<sup>10</sup>*

Es claro para la Sala que el transporte de gas por la jurisdicción de varias entidades territoriales constituye realización de actividad principal de la empresa Ecogás, tanto la desarrollada directamente como aquella cumplida por terceros, pues según se da cuenta en la formulación de la consulta *“se evidencia que las operaciones de transporte de gas son desarrolladas por Ecogás en un número plural de lugares, en los cuales adicionalmente la empresa tributa por concepto de industria y comercio”*.

En consecuencia, ha de tenerse en cuenta la situación fáctica de realización de las actividades principales de Ecogás para dar aplicación a la distribución *“por iguales partes entre el municipio, departamento y distrito”* a que se refiere el artículo 2° numeral 4° de la ley 549 de 1999, por medio del cual se destina el producto de las enajenaciones nacionales al cubrimiento de los pasivos pensionales de las entidades territoriales.

**Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:**

a) *¿Qué debe entenderse por producto neto de la enajenación?*

Para establecer el concepto de “producto neto” a que se refiere el artículo 23 de la ley 226 de 1995, debe partirse de la totalidad del ingreso bruto o recurso generado por la enajenación de los activos de Ecogás, al que hay que deducirle las erogaciones, costos o gastos causados y pagados que tengan relación de causalidad con la enajenación de tales activos.

b) *¿Para los efectos contenidos en los artículos 23 de la ley 226 de 1995 y 2° de la ley 549 de 1999, cuál debe entenderse como lugar en el que se ubica o desarrolla la actividad principal de Ecogás?*

El lugar en el que se ubica o desarrolla la actividad principal de Ecogás, corresponde a aquella o aquellas partes del territorio nacional donde efectivamente realiza sus actividades principales, para efectos de determinar las entidades territoriales destinatarias de los recursos provenientes de la enajenación de los activos de Ecogás.

c) *¿Cuál es la relación existente entre el numeral 4° el artículo 2° de la ley 549 de 1999 y el artículo 23 de la ley 226 de 1995, y cómo deben aplicarse los recursos originados en la operación?*

El artículo 2° del numeral 4° de la ley 549 de 1999 conserva los términos del ingreso definido en el artículo 23 de la ley 226 de 1995, y tan sólo modifica su destinación inicial, pues asigna estos ingresos al pago del pasivo pensional de las entidades territoriales.

---

<sup>10</sup> Sentencia C-398/98, sobre, entre otros, el artículo 2° de la ley 401 de 1997.

Transcríbese a la 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