

PRIVATIZACIONES NACIONALES - Destinación de porcentaje al pago de pasivo pensional de las entidades territoriales

Estimó la Sala en el citado concepto, que se reitera, que el destino de los recursos es exclusivamente el de servir para el pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales. 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 planteó si derogó la forma de cálculo del recurso, es decir, la duda consistía en si el 10% debe calcularse sobre los recursos o sobre el producto neto de la enajenación. La Sala afirmó que teniendo en cuenta la intención declarada por el legislador en la exposición de motivos, y además la remisión que hace el numeral 4° del artículo 2° a los “términos del artículo 23 de la ley 226 de 1995”, entendía 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 realizada, 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.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la destinación del 10% de los recursos por privatizaciones nacionales, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1812 de 23 de abril de 2007

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 23 / LEY 549 DE 1999 - ARTICULO 2 NUMERAL 4

PRIVATIZACION - Concepto / DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD ESTATAL - Incluye enajenación de la propiedad accionaria del Estado a particulares

De esta manera es claro que la operación de “privatización”, entendida como aquellos procesos cuyo fin consiste en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa, dentro del marco de una estrategia de “democratización” de la propiedad estatal, constituye la fuente originaria de los recursos cuya destinación está prevista en las normas citadas.

NOTA DE RELATORIA: Se refiere a los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2, numeral 4 de la Ley 549 de 1999.

PROPIEDAD ESTATAL - Regímenes jurídicos aplicables a la enajenación / ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ESTATAL - Excluidas del proceso de la Ley 226 de 1995

Según se ha dicho en párrafos anteriores, no todas las enajenaciones que realice el Estado de su patrimonio se sujetan a lo dispuesto en el artículo 60 de la C.P. y la ley 226 de 1995. Esta Sala en el concepto 1827 de 2007, identificó aquellas enajenaciones a las cuales no se aplica dicho régimen, así: a) Las correspondiente a la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según lo dispone el artículo 18 de la ley 226; b) Las de acciones de los fondos ganaderos (art. 22, ibidem); c) Las que se realizan entre órganos estatales, y d) Las de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones (las dos últimas con base en el artículo 20 de la ley 226).

NOTA DE RELATORIA: Sobre las enajenaciones a las que no se aplica el proceso previsto en la Ley 226 de 1995, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1827 de 7 de junio de 2007.

PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Régimen jurídico aplicable según se transfiera la propiedad a otra entidad pública o a particulares / ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Régimen jurídico aplicable según se transfiera la propiedad a otra entidad pública o a particulares / ACCIONES ESTATALES - Régimen jurídico aplicable según se vendan a otra entidad pública o a particulares / ACTIVOS ESTATALES - Venta de los distintos de acciones y de bonos obligatoriamente convertibles en acciones: Régimen jurídico aplicable / ESTATUTO DE CONTRATACION - Aplica a la enajenación de acciones entre entidades públicas / ENAJENACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL - Cuando es entre entidades públicas no es una privatización y aplica el Estatuto de Contratación / ENAJENACION DE ACTIVOS ESTATALES - Cuando es a particulares se aplican las normas del proceso de privatización / ACTIVOS ESTATALES - Cuando se venden a particulares se aplican las normas del proceso de privatización

Cuando se enajenan acciones entre órganos estatales no se presenta un proceso de privatización dentro de una estrategia de democratización de la propiedad accionaria, que es la materia objeto de regulación de la ley 226, sino que se trata de una negociación entre tales órganos y, por tanto, como las acciones no salen del ámbito estatal, ni las sociedades de su control, resulta pertinente que tal operación se rija por la normatividad de contratación administrativa vigente. (...) Cuando la venta de activos equivalga a la enajenación a favor de particulares 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 contenido en la ley 226 de 1995, de acuerdo a la decisión de exequibilidad condicionada que acaba de citarse, es decir, se estará frente a una privatización en los términos de esas normas. Cuando la venta de activos equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa y esta operación se realiza entre órganos del Estado, la consecuencia jurídica es la prevista en el literal a), esto es, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes, toda vez que esa enajenación no constituye una privatización.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal a la venta de acciones entre entidades públicas, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1921 de 23 de septiembre de 2008; Corte Constitucional, sentencias C-632 y C-392 de 1996.

ACTIVOS ESTATALES - Concepto

Técnicamente, la Contaduría General de Nación entiende por activos los recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 2-2010-035143 de 19 de noviembre de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00051-00(2002)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: Enajenación accionaria entre órganos estatales y venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones. Ley 226 de 1995.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, consultó a la Sala sobre el alcance del artículo 23 de la ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, respecto de los procesos de enajenación accionaria entre órganos estatales y la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

Ubica el objeto de la consulta en lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y la ley 226 de 1995¹, mencionando de esta manera las reglas que rigen los procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal (democratización accionaria) y las etapas que deben surtir. Igualmente cita el artículo 4 de la ley 226 relativo al principio de salvaguarda del patrimonio público en esos procesos, y la sentencia C – 028 de 1995 emanada de la Corte Constitucional, que explica ese principio.

Posteriormente alude al campo de aplicación del procedimiento establecido en la ley 226 de 1995 y a las operaciones excluidas, citando los artículos 1 y 20 *ibídem*. Respecto a esta última norma indica que regula dos eventos, a saber: *i)* enajenación de acciones entre órganos estatales y, *ii)* enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

Respecto al primer evento sostiene, con base en la sentencia C – 037 de 1994, que por privatización se entiende el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado, dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y a reducir el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general.

En este sentido, cita la sentencia C – 392 de 1996 de la Corte Constitucional e indica que en esa providencia se definió el alcance de la exclusión de las operaciones que implican la enajenación accionaria entre órganos estatales.

Ahora, en cuanto a la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sostiene que el artículo 20 de ley 226 de 1995 excluye de forma expresa del alcance y campo de aplicación de esa norma la venta de dicha clase de activos; tal enajenación sólo se sujeta a las reglas generales

¹ "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".

de contratación. La exclusión se encuentra justificada en que el procedimiento previsto en la ley 226 de 1995 únicamente opera cuando se trata de procesos de privatización que involucren la propiedad accionaria estatal, citando al efecto la sentencia C – 392 de 1996.

Por otra parte, sostiene que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la doctrina de esta Sala (concepto 1812 del 23 de abril de 2007), enseña 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.

Finalmente, alude al tema de la transferencia del 10% del producto neto de la enajenación señalado en el artículo 23 de la ley 226 de 1995, con la modificación prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999. Respecto de la interpretación de las mencionadas normas cita extensamente el concepto 1812 de 2007, arriba mencionado, sobre la destinación de los recursos originados en la enajenación de ECOGAS.

Con base en las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional ha adelantado procesos de enajenación de participación accionaria estatal, así como de algunos activos de la Nación de acuerdo con los términos del artículo 20 de la ley 226 de 1995, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil absolver los siguientes interrogantes:

1. *“¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995?”*
2. *“¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, aún cuando el comprador tenga o no naturaleza pública?”*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objeto de la consulta y metodología para su solución.

De conformidad con los antecedentes expuestos y las preguntas formuladas, el objeto de la presente consulta se centra en dilucidar si el artículo 23 de la ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, es aplicable respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales, y a la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones,

bien sea que se realice entre órganos estatales, o cuando el comprador no tenga esa naturaleza.

Para resolver la consulta la Sala hará mención inicialmente al concepto 1812 de 2007, para luego analizar: *i)* el campo de aplicación del artículo 60 de la Constitución Política y de la ley 226 de 1995; *ii)* la operación de privatización como fuente de los recursos cuyo destino está regido por la ley, y *iii)* los casos de enajenación que se encuentran excluidos de las previsiones constitucionales y legales antes mencionadas, en especial las operaciones que originan esa exclusión.

2. 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.

La Sala interpretó la destinación y forma de cálculo del recurso previsto en las mencionadas disposiciones en el concepto 1812 del 23 de abril de 2007, criterio que se reitera a continuación.

Con el fin de facilitar la comprensión de lo que se expone enseguida, se procede a transcribir 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 1995²:

“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 1999³:

“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...”. (Resalta la Sala).

Dijo la Sala en el concepto 1812 que entre las normas que vienen de copiarse existían diferencias fundamentales, por lo que era 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 la decisión del

² “por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la participación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial 42.159 de diciembre 21 de 1995.

³ “por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional”. Publicada en el Diario Oficial 43.836 de diciembre 30 de 1999.

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.

En la exposición de motivos para el primer debate del proyecto de ley 62 de 1999 –Senado-, que después sería la ley 549 de 1999, se lee que solamente se buscaba cambiarle la destinación de los recursos de que trata el artículo 23 de la ley 226 de 1995, 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*”⁴.

Estimó la Sala en el citado concepto, que se reitera, que el destino de los recursos es exclusivamente el de servir para el pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales. 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 planteó si derogó la forma de cálculo del recurso, es decir, la duda consistía en si el 10% debe calcularse sobre los recursos o sobre el producto neto de la enajenación.

La Sala afirmó que teniendo en cuenta la intención declarada por el legislador en la exposición de motivos, y además la remisión que hace el numeral 4° del artículo 2° a los “*términos del artículo 23 de la ley 226 de 1995*”, entendía 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 realizada, 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.

Ahora, en cuanto la locución “*privatizaciones*” prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, referente a la operación que da origen a los recursos cuyo destino prevé esa norma, es preciso manifestar que aquella no fue objeto concreto de interpretación en el concepto 1812 de 2007, motivo por el cual la Sala estima, de conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas en la presente oportunidad, que debe dilucidar su alcance en el contexto del artículo 60 C.P. y la ley 226 de 1995, según la metodología propuesta que se desarrolla a continuación.

3. Ambito de aplicación del artículo 60 de la Constitución Política y de la ley 226 de 1995.

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha interpretado⁵ que el artículo 60 C.P. establece el deber estatal de promover el acceso a la propiedad⁶ y prevé directamente un mecanismo específico tendiente a lograr la democratización de la

⁴ Exposición de motivos. Proyecto de ley No. 62 de 1999 Senado, Gaceta del Congreso No. 241, página 24. “*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*”.

⁵ Cfr., entre otros, los conceptos 1271 de 2000, 1513 de 2003 y 1827 de 2007.

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.*”

propiedad estatal cuando se enajena su participación en una empresa, adoptando medidas que permitan el ofrecimiento de condiciones especiales de acceso a dicha propiedad a favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias.

La Constitución asignó al legislador la función de reglamentar la materia, la cual fue ejercida con la expedición de la ley 226 de 1995, disponiéndose lo siguiente: *i)* campo de aplicación (art. 1°); *ii)* principios que rigen la enajenación de la participación estatal: democratización, preferencia, protección del patrimonio público y continuidad del servicio (arts. 2 a 5°); *iii)* procedimiento especial que debe seguirse y las actuaciones administrativas que deben cumplirse en los distintos órdenes administrativos (art. 6° a 13 y 17), y *iv)* normas de exclusión, disposiciones sobre el tratamiento presupuestal y destinación de los recursos producto de la enajenación (art. 18 a 23).

Con respecto al ámbito de aplicación, el artículo 1° de la ley 226 de 1995 determina lo siguiente:

“Artículo 1o. 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 incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.”. (Subraya la Sala).

Esta norma establece que el régimen de enajenación previsto en la ley 226 se aplica, en concordancia con lo ordenado en el artículo 60 de la C.P., a los procesos de democratización consistentes en transferir a los particulares la participación estatal en una empresa. Esta es la doctrina sostenida por la Sala en los conceptos 1271 de 2000 y 1513 de 2003, al acoger lo dispuesto en la sentencia C- 037 de 1994 de la Corte Constitucional que en lo pertinente afirmó:

“Puede concluirse entonces, que la ‘democratización’, según la Carta, constituye una estrategia del Estado en desarrollo de la cual, se busca facilitar, dentro de los procesos de privatización, el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias, al dominio accionario de las empresas de participación oficial, otorgándoles para tal fin, ‘condiciones especiales’ que les permitan lograr dichos objetivos. Como resultado de tal estrategia tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional (arts. 57, 58 y 333), y por contera, reducir el tamaño de la concentración del dominio empresarial, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad.

Como es conocido, por ‘privatización’, se entiende el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado, dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y reducir, por otra parte, el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general”⁷. (Ibídem).

De esta manera, tanto la regla del inciso segundo del artículo 60 de la C.P. como la ley 226 de 1995 que lo desarrolla, no son aplicables a toda clase de enajenaciones que realice el Estado de su patrimonio, sino que tienen su ámbito restringido a los procesos de privatización, los cuales consisten en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa⁸.

En consecuencia, es en ese contexto que debe interpretarse la locución “*privatizaciones*” prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, y el artículo 23 de la ley 226 de 1995, referente a la operación que da origen a los recursos cuyo destino prevé esa norma.

4. La operación de privatización como fuente de los recursos cuyo destino está regido por la ley.

El numeral 4° del artículo 2 de la ley 549 de 1999 y el artículo 23 de la ley 226 de 1995, establecen la destinación que debe dársele “*a los recursos provenientes de privatizaciones nacionales*”, cuya fórmula de cálculo se define en esas normas y fue interpretada por la Sala en el concepto 1812 de 2007.

De esta manera es claro que la operación de “*privatización*”, entendida como aquellos procesos cuyo fin consiste en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa, dentro del marco de una estrategia de “*democratización*” de la propiedad estatal, constituye la fuente originaria de los recursos cuya destinación está prevista en las normas citadas.

Y para que la operación de privatización se materialice será necesaria la realización de un proceso de enajenación que, una vez perfeccionado, permita contar con los recursos presupuestales correspondientes, tal como lo dispone el artículo 4 de la ley 226 de 1995:

“Artículo 4. 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 los planes de desarrollo...”

De esta manera, los recursos de la privatización sólo se pueden constituir con el producto de la enajenación, es decir, con los ingresos resultantes de la misma, ya que éste es el significado de la locución “*producto*”: “...3. *Caudal que se obtiene de una cosa que se vende, o el que ella reditúa.*”⁹

⁷ En el mismo sentido se pronuncian las sentencias C-211 de 1994, C-028 de 1995, C-392 y C-632 de 1996, de la Corte Constitucional.

⁸ En el Concepto No 1513 de 2003 se dijo: “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”, tesis reiterada en los conceptos 1812 y 1827 de 2007.

⁹ Diccionario de la Lengua Española.

Ahora, dado que en la consulta se pregunta fundamentalmente por la destinación que debe dársele a los recursos provenientes de: *i*) la enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales, y *ii*) la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, le corresponde a la Sala analizar si las mismas constituyen una operación de privatización.

5. Operaciones excluidas de lo previsto por el artículo 60 de la Constitución Política y la ley 226 de 1.995.

Según se ha dicho en párrafos anteriores, no todas las enajenaciones que realice el Estado de su patrimonio se sujetan a lo dispuesto en el artículo 60 de la C.P. y la ley 226 de 1995. Esta Sala en el concepto 1827 de 2007, identificó aquellas enajenaciones a las cuales no se aplica dicho régimen, así:

a) Las correspondiente a la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según lo dispone el artículo 18 de la ley 226¹⁰;

b) Las de acciones de los fondos ganaderos (art. 22, ibidem);

c) Las que se realizan entre órganos estatales, y

d) Las de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones (las dos últimas con base en el artículo 20 de la ley 226).

Comoquiera que las operaciones señaladas en los literales c) y d) son objeto de consulta, la Sala se referirá específicamente a ellas.

5.1. La exclusión prevista en el artículo 20 de la ley 226 de 1995.

Dicha norma es del siguiente tenor:

“Artículo 20.- 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”. (Subraya la Sala).

Resulta oportuno acotar que en el trámite del proyecto que se convertiría en la ley 226 de 1995, se introdujo el texto de lo que posteriormente sería el artículo 20, y éste fue aprobado sin que se hubiera dado mayor explicación o debate respecto de esta norma¹¹.

¹⁰ El artículo 18 prevé: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, cuando se trate de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplicarán las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”

¹¹ En efecto, en el Acta No. 36 de la sesión plenaria del H. Senado del viernes 15 de diciembre de 1995, en la deliberación del proyecto de ley No. 150/95 Senado – 217/95 Cámara, se lee: “Por Secretaría se da lectura a un artículo nuevo. Sigue un artículo nuevo. “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, así mismo la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos

Como toda norma jurídica, en el artículo 20 transcrito se identifica el supuesto normativo o hipótesis y la consecuencia jurídica¹², a saber:

a) enajenación accionaria entre órganos estatales: La consecuencia jurídica es que se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes, por expreso mandato del artículo 20 de la ley 226.

De esta manera, se establece la inaplicabilidad del procedimiento especial previsto en la ley 226. Ello no es más que la reiteración de lo dispuesto en los artículos 60 de la C.P. y 1 de la ley 226 de 1995, en el sentido de que esas normas sólo cubren los procesos de privatización, consistentes en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa, circunstancia que evidentemente no se verifica cuando la operación se da entre órganos estatales, tal como lo ha manifestado la Sala en oportunidades anteriores al acoger lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 392 de 1996, cuando concretamente señaló:

“(…) la Corte considera que tiene perfecto sustento constitucional la primera parte del artículo acusado (20 de la ley 226), según la cual la enajenación accionaria que se realice entre **órganos estatales** está excluida del régimen especial de derecho preferencial a favor de trabajadores y organizaciones solidarias y se rige por las reglas de contratación administrativa vigente. En efecto, cuando una entidad estatal enajena sus acciones a otra entidad de la misma naturaleza, entonces **no hay, en sentido estricto, una privatización, pues no hay transferencia de propiedad del sector público al sector privado**. Es pues perfectamente razonable que estas situaciones se regulen por la ley administrativa” (Resalta la Sala).

Puede concluirse entonces, como ya lo había sostenido la Sala en el concepto 1921 de 2008, que cuando se enajenan acciones entre órganos estatales no se presenta un proceso de privatización dentro de una estrategia de democratización de la propiedad accionaria, que es la materia objeto de regulación de la ley 226, sino que se trata de una negociación entre tales órganos y, por tanto, como las acciones no salen del ámbito estatal, ni las sociedades de su control, resulta pertinente que tal operación se rija por la normatividad de contratación administrativa vigente¹³

obligatoriamente convertibles en acciones, sólo se sujetarán a las reglas generales de la contratación” (Gaceta del Congreso No. 481/95, pág. 57).

Y luego siguen las intervenciones de un Senador y el Ministro de Hacienda sin que expliquen este artículo, el cual es aprobado como el número 19 del proyecto (Texto definitivo aprobado en plenaria del Senado, Gaceta del Congreso No. 475/95, pág. 24), siendo finalmente el artículo 20 de la ley (Informe de Conciliación, Gaceta del Congreso No. 503/95, pág. 5).

¹² El supuesto jurídico es la “hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias jurídicas establecidas por la norma. La citada definición revela el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga. Las consecuencias a que da origen la producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones”. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. S.A., México. Trigésimo segunda edición, 1980. Pág. 172 y s.s. (Subraya la Sala).

¹³ En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Primera del Consejo de Estado, cuando sostuvo: “Esta norma constitucional (se refiere al artículo 60) fue desarrollada por la Ley 226 de 20 de diciembre de 1.995, la cual en su artículo 1º establece que dicha Ley se aplica a la enajenación total o parcial en favor de particulares. De tal manera que la obligación contenida en el precepto constitucional antes señalado y en el artículo 3º de la referida Ley es, como lo anotó el a quo, en el evento de que desaparezca la participación del Estado en alguna empresa o entidad, dando lugar a la privatización de la misma, mas no, como en este caso, cuando la enajenación está autorizada en favor de una entidad que no tiene el carácter de particular, como lo es TELECOM”. Auto del 31 de julio de 1997, Radicación No. 4564. C.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

b) Venta de activos estatales, distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones: La consecuencia es que se *sujetará a las reglas generales de contratación*, lo que significa que tampoco se aplica el procedimiento previsto en la ley 226 de 1995. Su fundamento es que el artículo 60 C.P. sólo cubre los procesos de privatización, y no a toda clase de enajenaciones que realice el Estado en su patrimonio, como lo indicó la Corte Constitucional en las sentencias C – 392 y C – 632 de 1996.

Técnicamente, la Contaduría General de Nación entiende por activos los recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno.¹⁴

b1) Cuando la venta de activos estatales corresponde a acciones o bonos convertibles en acciones, la consecuencia es que si la venta se realiza *a favor de particulares*, se estará frente a una *privatización* en los términos explicados en este concepto y habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal contenido en la ley 226, por expresa disposición del artículo 1 de la ley 226. (Punto 2 de este concepto).

Si la venta de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones se realiza entre entidades públicas, se estará en la hipótesis prevista en el literal a), por lo cual se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes.

Las anteriores hipótesis son las que se derivan directamente del texto del artículo 20 de la ley 226 de 1996. No obstante, del juicio de constitucionalidad adelantado por la Corte Constitucional sobre dicha disposición que condujo a la expedición de la sentencia C – 392 de 1996, declarando su exequibilidad condicionada, surge una nueva en los siguientes términos:

c) Venta de activos estatales, distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995:

El fundamento de esta hipótesis es el siguiente en los términos de la citada sentencia:

“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

¹⁴ Contaduría General de la Nación. Diccionario de Contabilidad Pública. www.contaduria.gov.co. Consultado el 1 de septiembre de 2010.

anteriores decisiones ya había establecido que esa distinción debe ser interpretada y aplicada 'con prudencia'. 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'.

Lo anterior significa entonces que **la norma es exigible 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." (Destaca la Sala, notas al pie suplidas)

De esta manera, cuando la venta de activos equivalga a la enajenación a favor de particulares 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 contenido en la ley 226 de 1995, de acuerdo a la decisión de exigibilidad condicionada que acaba de citarse, es decir, se estará frente a una privatización en los términos de esas normas.

Cuando la venta de activos equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa y esta operación se realiza entre órganos del Estado, la consecuencia jurídica es la prevista en el literal a), esto es, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes, toda vez que esa enajenación no constituye una privatización.

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESPONDE:

1. "¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995?"

Los procesos de enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales no constituyen una privatización en los términos del artículo 60 de la Constitución Política y ley 226 de 1995 y, por tanto, no le son aplicables, el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, en lo relativo a la destinación de los recursos allí prevista.

2. “¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, aún cuando el comprador tenga o no naturaleza pública?”

La enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995, esto es, cuando la operación equivalga a la enajenación a favor de particulares de la participación del Estado en una empresa, corresponderá a una privatización y, en consecuencia, le será aplicable el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, en lo relativo a la destinación de los recursos allí prevista.

Cuando la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, esto es, equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa y esa operación se realice entre órganos del Estado, no se estará en presencia de una privatización, por lo que no le será aplicable el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, en lo relativo a la destinación de los recursos allí prevista.

Por Secretaría transcríbese al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Consejero

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala