



Concepto Sala de Consulta C.E. 1513 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003).-

Radicación número: 1513

[Ver la Ley 226 de 1995](#) , [Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1994](#)

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL: 1. Distinción con la enajenación de participación en consorcios y uniones temporales y de derechos de contratos fiduciarios.

2. Enajenación por deber legal, causa externa o liquidación de entidades.
3. Enajenación simultánea de las distintas participaciones estatales en una empresa.

El anterior Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Roberto Junguito Bonnet, formuló a la Sala la siguiente consulta :

Deben entenderse comprendidos dentro del campo de aplicación de la Ley 226 de 1995 los casos en los que los activos cuya enajenación se busca son derechos de carácter personal tales como participaciones en consorcios y/o uniones temporales o derechos adquiridos en desarrollo de contratos fiduciarios?

Deben entenderse comprendidos dentro del campo de aplicación de la Ley 226 de 1995 los casos en los que la enajenación de activos de propiedad de una entidad estatal tiene lugar en cumplimiento de un deber legal o de otra circunstancia externamente impuesta y no en desarrollo de una decisión voluntaria en este sentido por parte de la entidad estatal propietaria de dichos activos?

Deben entenderse comprendidos dentro del campo de aplicación de la Ley 226 de 1995 los casos en los que la enajenación de las acciones o participaciones de propiedad de una entidad estatal es consecuencia del estado de liquidación en que se encuentra esta última?

Es legalmente posible que en desarrollo de los principios que orientan la función administrativa el Gobierno Nacional implemente mecanismos a través de los cuales puedan diseñarse, aprobarse y ejecutarse programas de enajenación que, respetando las exigencias mínimas contenidas en los artículos 7, 10, 11, 14 y demás normas pertinentes de la Ley 226 de 1995 conjuguen en un solo proceso la venta de varias distintas participaciones de propiedad de una misma entidad?

En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior y dado que la Ley 226 no prevé de manera expresa la posibilidad de crear tales mecanismos, puede el Presidente de la República establecer reglas generales para el desarrollo de estos procesos en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 de la Constitución Política?

1. CONSIDERACIONES

1.1 La enajenación de la propiedad accionaria estatal contemplada en el artículo 60 de la Constitución Política y su regulación legal.

1. La innovación constitucional de acceso a la propiedad.

La Constitución Política de 1991 conservó el principio de garantía a la propiedad privada y los derechos adquiridos de acuerdo con la ley (art. 58), pero introdujo una serie de cambios, con el objetivo de promover la prosperidad nacional como uno de los fines esenciales que debe perseguir el Estado (art. 2º).

Con este propósito se estableció como deber del Estado la promoción del acceso a la propiedad en general, conforme a la reglamentación legal (art. 60), y concretamente, de manera progresiva, a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa (art. 64) y otras formas solidarias.

Interesa en el caso de la presente consulta, el análisis del artículo 60 constitucional, en cuanto se refiere a la democratización de la propiedad accionaria estatal y su reglamentación legal.

1.1.2 El artículo 60 de la Carta, su estructura y orientación de la Asamblea Constituyente.

La Constitución elevó a la categoría de principio la promoción por parte del Estado, del acceso a la propiedad, y para darle una aplicación efectiva, introdujo una regla democratizante en el inciso segundo del mismo artículo 60.

Tal regla se inscribe dentro de la tendencia contemporánea de privatizar una serie de actividades que, décadas atrás, en desarrollo de políticas de intervención económica y también de fomento sectorial, el Estado había asumido, mediante la constitución o la inversión en empresas industriales, comerciales o financieras, de interés para el desarrollo del país o la producción nacional, y que ahora la Constitución Política autoriza transferir a los particulares.

Adicionalmente, la privatización, como se concibe en dicha regla, debe tener un sentido de democratización de la propiedad, y en tal virtud, facilitar el acceso a dicha propiedad a los trabajadores y ex trabajadores de esas empresas, y a las organizaciones de la economía solidaria, a los sindicatos y federaciones.

El artículo 60 de la Carta establece en su primer inciso, un principio y en el segundo, la regla a que se ha hecho alusión, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 60.- El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia".

En la Comisión Quinta de la Asamblea Constituyente, surgió la propuesta de institucionalizar los procesos de privatización del capital estatal otorgando un derecho de preferencia para las ofertas de compra provenientes de las organizaciones solidarias.

Esta iniciativa se sustentó aduciendo que "con el fin de que los eventuales procesos de privatización que puedan ocurrir en el futuro, no favorezcan en forma injusta e inequitativa a particulares que puedan obtener privilegios en las transacciones correspondientes a costa del interés colectivo, el proyecto propone un sistema de competencia comercial para estas operaciones, el cual coloca en condiciones de privilegio a las organizaciones solidarias, que de por sí tienen interés social y no abrigan ánimo de lucro. No puede olvidarse que en estos casos se enajenan bienes que le pertenecen a toda la sociedad".

El artículo tal como quedó en la Constitución, corresponde a la versión modificada por la Comisión de Estilo, que varió la expresión "tomará las medidas conducentes a democratizar su propiedad" empleada en el texto aprobado en segundo debate en plenaria por la Asamblea Constituyente, por la de "tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones", con lo cual pareciera que cambió su alcance, pues al referirse a acciones, daría la impresión que la norma sólo aludiera a las sociedades anónimas y a las en comandita por acciones.

Sin embargo, tal inquietud quedó dilucidada con la ley que reglamentó este artículo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como pasa a verse.

1.1.3 La ley 226 de 1995, su artículo 1º y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por medio de la ley 226 del 20 de diciembre de 1995, se desarrolló el artículo 60 del ordenamiento superior en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal y se tomaron medidas que buscan su democratización.

El artículo 1º estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º. 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.

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, controvirtió esta apreciación y declaró exequibles los apartes subrayados, fundamentalmente con la siguiente argumentación:

"(...) la regla constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 60 tiene un carácter especial o específico y no una naturaleza exceptiva o excluyente.

(...) La regla del inciso segundo tiene como objetivo desarrollar de manera específica los principios de democratización de la propiedad, promoción de la participación de los trabajadores en las empresas y estímulo a las formas asociativas y solidarias de propiedad (CP arts 57, 58 y 60), y para ello la disposición eleva a rango constitucional una obligación estatal específica. Pero esa regla no excluye que la ley, en desarrollo de esos principios constitucionales, reconozca derechos de preferencia para los trabajadores y organizaciones solidarias en hipótesis distintas a las previstas en ese inciso segundo.

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 ésto 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.

(...) el Constituyente consideró conveniente asegurar condiciones económicas y jurídicas especiales en favor de ... los trabajadores y organizaciones solidarias, con el objeto de igualar sus condiciones a través de una regla promocional específica, frente a otros sectores económicos, que por sus especiales características, pudieran tener un más fácil acceso para adquirir esa propiedad. El propósito con esta norma (el inciso segundo del artículo 60) consiste entonces en dar fuerza a varios de los fines específicos del Estado Social de Derecho: la función social de la propiedad, el impulso de la propiedad asociativa, la promoción del acceso a la propiedad y el estímulo de los trabajadores para que participen en las empresas (CP arts 1º, 57, 58 y 60).

(...) 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, evitan 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".

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.

No importa que la participación sea grande o pequeña, o que sea en una sociedad pública o de economía mixta, de primer grado o de segundo grado (llamada también indirecta), anónima, limitada o en comandita por acciones, pues la norma basa su acción simplemente en el hecho de que haya participación social del Estado, sin hacer referencia a su cuantía o proporción.

Sin embargo, es oportuno indicar la excepción que trae el artículo 22 de la ley 226 de 1995, ya que éste dispone que la venta de las acciones de los Fondos Ganaderos se hará conforme a la ley respectiva. Igualmente en materia de servicios públicos domiciliarios es necesario tener en cuenta las situaciones contempladas en la ley 142 de 1994, en especial los artículos 18, 27 y 39.

1.1.4 Síntesis de la disposición constitucional y el procedimiento legal.

A manera de síntesis, se pueden destacar los siguientes puntos normativos del artículo 60 de la Carta, de acuerdo con su interpretación jurisprudencial:

1) El propósito constitucional es que en Colombia, el mayor número de personas sean propietarias.

2) Es deber del Estado promover el acceso a la propiedad.

3) Una forma de alcanzar este fin, consiste en adelantar el proceso de privatización de la participación estatal en el capital de las sociedades, mediante el ofrecimiento en venta de la misma, en condiciones especiales, a determinadas personas (trabajadores) y grupos (organizaciones

solidarias y sindicales).

4) Tal participación se refiere únicamente al capital social en una sociedad.

5) No entran por tanto, en este caso, otras clases de activos o bienes del Estado.

En relación con la ley 226 de 1995, en una visión global, se pueden resaltar los siguientes puntos:

1) El campo de aplicación se refiere a la enajenación total o parcial, a particulares, de acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones y cuotas o partes de interés social en el capital de una sociedad (art. 1º).

2) Desarrolla el principio de democratización de la propiedad accionaria, el cual debe cumplirse mediante un procedimiento especial que integra los elementos de amplia publicidad y libre concurrencia, y en el que no se aplica la ley 80 de 1993 sobre contratación estatal (art. 2º).

3) Enumera los destinatarios exclusivos de las condiciones especiales, reglamentando en esta forma los sectores mencionados por el artículo 60 superior (art. 3º).

4) La enajenación debe salvaguardar el patrimonio público y su producto constituye un recurso del balance del tesoro, el cual se debe incorporar al presupuesto de la entidad vendedora, para cumplir con los planes de desarrollo, salvo que se trate de un fondo parafiscal, en cuyo caso sigue su destinación. El 10% del producto neto (con exclusión de las ventas de acciones de entidades financieras) se debe invertir en proyectos de desarrollo territorial (arts. 4º y 23, en concordancia con el inciso 4º del art. 70 ley 179/94).

5) Debe haber un plan anual de enajenación, con sus respectivos avalúos preliminares, el cual se presenta al Congreso de la República dentro de los primeros sesenta (60) días del año (parágrafo art. 8º).

6) El procedimiento es el siguiente:

a) El Gobierno decide, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria estatal en el orden nacional y adopta el respectivo programa de enajenación; las Asambleas departamentales y los Concejos distritales y municipales autorizan las enajenaciones en el nivel territorial (arts. 6º y 19).

b) El Ministerio titular o al que estén adscritas o vinculadas las entidades titulares de la participación social, diseña, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el programa de enajenación accionaria.

c) El programa de enajenación debe basarse en estudios técnicos que incluyan la valoración de la entidad cuyas acciones se van a vender (art. 7º).

d) El Ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentan el proyecto de programa de enajenación al Consejo de Ministros, el cual, si rinde concepto favorable, lo remite al Gobierno para su aprobación mediante decreto.

7) El programa de enajenación comprende dos etapas: la primera, la oferta pública a los destinatarios exclusivos de las condiciones especiales, y la segunda, al público en general, para el cual se fijará un precio mínimo no inferior al de aquellos (art. 10).

8) Las condiciones especiales para los trabajadores y los sectores solidario y sindical establecen que el precio de la acción sea fijo, de acuerdo con la valoración de la sociedad, y señalan que la ejecución del programa se inicia cuando la entidad estatal titular de las acciones, u otras instituciones, otorguen líneas de crédito para la compra de las acciones por parte de tales destinatarios, con un plazo de amortización no inferior a cinco años, período de gracia a capital no inferior a un año, y una tasa de interés no superior a la del interés bancario corriente (art. 11).

9) En el caso de los trabajadores, éstos podrán utilizar sus cesantías para adquirir las acciones (art. 11, reglamentado por el decreto 1171 de 1996).

10) Una vez ejecutado el programa, se procede a modificar los estatutos de la empresa, si es del caso, y en el evento en que la entidad pierda el carácter de pública, cesan los privilegios y las obligaciones que tenía en tal calidad (art. 12).

11) El artículo 20 de la ley establece dos excepciones importantes: La enajenación accionaria entre entidades estatales y la venta de activos de éstas, distintos de acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones, y cuotas o partes de interés social. En estos eventos se deben aplicar las normas de la ley 80 de 1993.

La síntesis anterior muestra que la ley 226 de 1995 está concebida para que la venta se realice sobre acciones o cuotas sociales, esto es, fracciones de propiedad de un capital social, cuyo precio unitario se fija en forma objetiva, de manera que se viabilice la adquisición desde una hasta la totalidad de las partes en que se divide la propiedad e igualmente posibilita el acceso a un gran número de personas, dentro de un proceso reglado en el cual intervienen los organismos superiores de la administración y del gobierno y contratistas privados. No regula la ley la venta en bloque de una empresa o sociedad porque esa hipótesis contradice el querer del artículo 60 de la Constitución, pues en vez de facilitar, dificulta a los destinatarios exclusivos de las condiciones especiales y al público en general, adquirirla.

En el contexto así descrito, corresponde ahora estudiar si la enajenación de la participación estatal en sociedades, en la forma como se ha explicado, se extiende también a la participación personal de entidades estatales en consorcios o uniones temporales y a los derechos que tengan éstas en virtud de contratos fiduciarios.

1. La enajenación de participación estatal en consorcios y uniones temporales y de derechos derivados de contratos fiduciarios.

1. Los consorcios y las uniones temporales en la ley 80 de 1993.

Los consorcios y las uniones temporales son formas de compartir riesgos entre personas naturales o jurídicas, a las cuales el artículo 6º de la ley 80 de 1993, les confirió capacidad para contratar con las entidades públicas.

En el anterior estatuto de contratación de la administración pública, el decreto ley 222 de 1983, se preveía la posibilidad de conformar consorcios, con la autorización de la entidad pública, mas no uniones temporales (arts. 3 a 5).

En la exposición de motivos del actual estatuto, la citada ley 80, se sustentó la admisión de las dos figuras, con modificaciones en torno a los consorcios, en los siguientes términos:

"El artículo 6º del proyecto se refiere a los contratistas como uno de los sujetos de la relación contractual y, por lo tanto, a la capacidad. El proyecto al respecto mantiene los principios que en las disposiciones vigentes se establecen para el efecto. Es decir, podrán celebrar contratos estatales todas aquellas personas a quienes la ley otorgue capacidad para obligarse por sí mismas y sin el ministerio o autorización de otra, siendo su consagración la regla general, en tanto que la incapacidad será la excepción."

Sobre este aspecto, es importante resaltar que el citado artículo 6º confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 7º.

Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada 'ventaja comparativa' ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsele. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios".

Posteriormente en la misma exposición de motivos, el Gobierno, al hacer precisiones sobre la responsabilidad contractual, sostuvo lo siguiente:

"De los consorcios y uniones temporales.

Se suele identificar a los consorcios con la figura de joint venture del derecho americano, o el paternisch (sic) del derecho inglés. Algunos consideran al consorcio como una sociedad de hecho en la medida en que no se ha constituido con las formalidades legales pertinentes. Otros consideran al consorcio como una modalidad de la figura que surge del contrato de cuentas en participación. Otros propenden a la tesis de que debe considerársele como persona jurídica para los solos efectos de la presentación de la propuesta y la celebración y ejecución del contrato.

(...)

Ahora bien, el proyecto mantiene como núcleo jurídico fundamental del consorcio la responsabilidad solidaria de quienes lo integran, pero trae una modificación sustancial consistente en reconocerle personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato (arts. 6º y 7º). Se considera que esta solución resulta ser la más conveniente en la medida en que, dejando atrás todas las discusiones en torno a su naturaleza, el hecho de reconocerle personalidad jurídica impone la necesidad de que los consorciados definan unos estatutos básicos que regulen sus propias relaciones y, principalmente, las que surgen con la entidad estatal para todos los efectos, imponiendo así claridad y precisión en el desarrollo de las mismas y del propio contrato.

Como se anotó, en lo relativo a la responsabilidad del consorcio, se mantiene el criterio según el cual las personas que lo integran responden solidariamente de las obligaciones surgidas con ocasión de la propuesta y de la celebración y ejecución del contrato. En concordancia con lo anterior, se prevé expresamente que las actuaciones, hechos u omisiones que tengan lugar en desarrollo de la propuesta y del contrato, se imputarán a cada uno de sus miembros.

En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7º, puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento específico de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales e extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes.

Para estos efectos, se prevé que en los pliegos, términos de referencia o cuadernos de requisitos, se precise si se pueden presentar propuestas, celebrar y ejecutar el contrato bajo la modalidad de consorcios o de uniones temporales. Igualmente se dispone que los proponentes deben indicar bajo qué modalidad participan y, en el evento de serlo a título de unión temporal, deben precisar los términos y extensión de la participación en la propuesta y en la ejecución del contrato (artículo 7º, párrafo 2º)".

En consecuencia, el proyecto que finalmente se convirtió en la ley 80 de 1993, recogió tales planteamientos, salvo el del otorgamiento de personalidad jurídica y es así como el artículo 6º de ésta prevé que "También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los

consorcios y uniones temporales".

La Sala, con base en esta norma y en los principios de igualdad y de selección objetiva en la contratación, sostuvo en el Concepto No. 684 del 3 de mayo de 1995, lo siguiente:

"La administración no puede incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, estipulaciones que impidan la participación de consorcios o uniones temporales. Estos pueden presentarse a los procesos de selección, en igualdad de condiciones con los demás proponentes".

La regulación de las dos figuras para la presentación de propuestas en las convocatorias públicas de contratación y la celebración de contratos con las entidades estatales, quedó consignada en el artículo 7º de la ley 80 en los siguientes términos:

"Artículo 7.- De los consorcios y uniones temporales.- Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1º.- Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

Parágrafo 2º.- (Derogado por el artículo 285 de la ley 223 de 1995).

Parágrafo 3º.- En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios". [Ver el Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio 2097465 de 2002](#)

2. El consorcio y la unión temporal no son sociedades ni personas jurídicas.

Como se desprende de la norma recién citada, en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, no hay una participación accionaria o de cuotas de interés social por parte de sus integrantes, pues éstos no configuran un capital social sino que se unen, con su capacidad económica y técnica y su experiencia, para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, asumiendo responsabilidad solidaria ante ésta.

No hay propiamente aportes de dinero, trabajo o bienes con la finalidad de constituir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, know how, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo.

El consorcio o la unión temporal no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad.

Precisamente sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, señaló lo siguiente:

"El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica".

Se trata aquí de aunar voluntades y esfuerzos para alcanzar un fin económico, pero no de crear un ente nuevo.

Por eso el acuerdo consocial y el de unión temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación, y como son limitados en el tiempo, pues su objetivo se refiere a una sola contratación, sin perjuicio de que posteriormente surjan otras en las cuales se asocien también, se les consideró en el anteproyecto inicial de legislación comercial que finalmente desembocó en la ley 222 de 1995, como modalidades del llamado contrato de unión transitoria, el cual no quedó consagrado en dicha ley.

Es claro que el consorcio o la unión temporal no constituye una nueva persona jurídica y por ello es que todos sus integrantes deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, en caso de resultar favorecidos en la licitación o concurso, independientemente de que designen una persona que represente al consorcio o la unión temporal, "para todos los efectos", como señala el parágrafo 1º del artículo 7º, pues tales agrupaciones no tienen existencia jurídica propia y por ende, cada uno de sus miembros debe obligarse directamente con su firma y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros.

La persona nombrada como representante viene a ser en realidad, el director o coordinador del proyecto, y es la que canaliza la actuación de los distintos consorciados o unidos frente a la entidad estatal, pero no tiene el carácter de representante legal de cada uno de éstos.

De igual manera, si los integrantes del consorcio o la unión demandan o son demandados judicialmente, por causa de la propuesta o el contrato celebrado con la entidad estatal, deben, para actuar válidamente en el proceso, comparecer todos y así integrar el litisconsorcio necesario activo o pasivo.

Sobre el particular, se ha pronunciado en varias oportunidades la Sección Tercera de la Corporación. Así por ejemplo, en auto del 13 de diciembre de 2001 (Exp. 21.305), expresó lo siguiente:

"Por lo tanto, al no constituir la unión temporal, ni el consorcio, una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

Tanto es así, que la Sala ha establecido que si un consorcio, léase también unión temporal, se ve obligado a comparecer a un proceso como demandante o demandado cada uno de los integrantes debe hacerlo de manera individual integrando un litis consorcio necesario" (negrillas no son del texto original).

Sin embargo, conviene hacer la precisión de que en el caso de la unión temporal, se puede presentar la hipótesis de que uno de sus integrantes actúe aisladamente, cuando se trata de recurrir o demandar el acto administrativo por medio del cual se le sancionó en razón de habersele endilgado la culpa por determinado incumplimiento en el contrato estatal, pues en este evento, la imposición de la sanción es individual de acuerdo con el criterio interpretativo expresado en la exposición de motivos sobre este tipo de agrupación, contemplada en el numeral 2º del artículo 7º de la ley 80.

[Ver el Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio 2097465 de 2002](#)

3. La enajenación de la participación de una entidad estatal en un consorcio o una unión temporal.

1.2.3.1 Inexistencia de un capital social.

Una o varias entidades estatales, obrando en cumplimiento de su misión y dentro de los fines del Estado, pueden celebrar acuerdos consorciales o de unión temporal con sociedades privadas para presentar una propuesta en una licitación y celebrar un contrato con otra entidad estatal.

La consulta plantea la inquietud de saber si se debe dar aplicación a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 60 de la Constitución y la ley 226 de 1995, en el evento en que una entidad estatal deseara enajenar su participación en un consorcio o una unión temporal a un tercero.

Al efecto se observa, con base en lo expuesto, que no se presenta aquí la hipótesis contemplada en tales normas, pues dicha participación no se refiere a acciones o cuotas o partes de interés social, sino a un conjunto de derechos y obligaciones derivados del acuerdo consocial o de la unión temporal y del contrato estatal celebrado.

Como se vio, el consorcio y la unión temporal no constituyen sociedades mercantiles, ni sociedades de hecho, ni sociedades de economía mixta, y por lo mismo, no se conforma en ellos un capital social representado en acciones o cuotas de interés social, de manera que no se da en este evento el supuesto de la norma constitucional citada y del artículo 1º de la ley 226.

Por lo anterior, es necesario precisar que la Sala, dando aplicación al fallo de la Corte Constitucional acepta la interpretación amplia que se le ha dado a las expresiones "acciones", "capital accionario", "participación accionaria", en el sentido de que ellas incluyen las cuotas sociales o partes de interés o cualquiera otra participación en el capital social y no solo acciones; sin embargo, encuentra que no es jurídico extender esa interpretación a otras formas de propiedad estatal que estén por fuera de lo que se conoce como "capital social" de una empresa. Casos concretos de esas formas diferentes de propiedad estatal, son precisamente los derechos consorciales, los derechos en uniones temporales o los que surjan para el Estado en contratos fiduciarios.

2. Análisis de la expresión "empresa" contenida en el inciso segundo del artículo 60.

Se podría pensar que como el inciso segundo del artículo 60 de la Carta edifica la comentada regla sobre el evento de que el Estado "enajene su participación en una empresa", estarían, por tanto, comprendidos dentro de la definición legal mercantil de ésta, el consorcio y la unión temporal y por ende, la venta de la participación del Estado en cualquiera de estas formas asociativas encajaría en el supuesto de la norma.

La anterior observación no puede dejar de analizarse dado que, en efecto, el artículo 25 del Código de Comercio, define la empresa como "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios" y añade que "dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio", con lo cual se da a la noción una dimensión económica muy amplia, ya que prácticamente todas las actividades comerciales sobre bienes y servicios desarrolladas por personas

naturales o jurídicas, en forma organizada, constituyen una empresa. En un sentido similar, cuando el Código indica las estipulaciones que debe contener la escritura pública de constitución de una sociedad comercial, equipara el objeto social con "la empresa o negocio de la sociedad" (art. 110 num.4º).

Es probable que dicha interpretación se encuentre influenciada por el mandato del artículo 11 del estatuto orgánico del sistema financiero, modificado por el también artículo 11 de la ley 510 de 1999, el cual establece una definición de empresa, que tiene alcance sólo para el objeto de las corporaciones financieras, como lo expresa la misma norma, pues sobre la empresa así definida, recae la acción de éstas, consistente fundamentalmente en la movilización de recursos y la asignación de capital para operar y organizarse. Tal definición sigue la del Código de Comercio, pero le agrega que la actividad de la empresa se desenvuelve "independientemente de la forma de organización que se adopte, de la calidad o no de comerciante de quien la desarrolle o de que los actos que se realicen sean o no catalogados como mercantiles" y que en ese sentido, "la empresa puede ser desarrollada mediante diversas figuras jurídicas, tales como fiducia mercantil, consorcios, uniones temporales, 'joint venture' y empresas unipersonales".

Sin embargo, hay que explicar que la hipótesis bajo estudio es incorrecta, pues en materia de hermenéutica jurídica debe tenerse en cuenta la integralidad de la norma, regla que excluye la posibilidad de analizar únicamente una palabra aislada del conjunto. La interpretación comentada no se ajusta al precepto completo contenido en el inciso segundo del artículo 60 constitucional, dado que se basa exclusivamente en la primera parte del inciso y desconoce el resto de la disposición, que es el que le da la precisión necesaria para su aplicación.

En efecto, las frases que siguen a la primera son las que muestran el alcance de la norma, pues se refieren concretamente a elementos como la democratización de la titularidad de las acciones y de la propiedad accionaria, que, como se vio, incluyen también a los bonos obligatoriamente convertibles en acciones y a las cuotas o partes de interés social. Esto significa que se trata ciertamente de la participación en una empresa, pero más exactamente, de la participación en el capital social de una empresa, lo cual implica, a las claras, que ésta debe revestir una forma societaria.

Fraccionar la norma para conferirle un sentido determinado, es darle una interpretación sesgada y parcial, que no consulta el alcance real y pleno de la disposición.

2. Necesidad de que la participación estatal que se privatiza, sea sobre un capital social.

Como se dijo, la Corte, en la sentencia C-1260 de 2001, analizó *in extenso* las distintas clases en que puede dividirse el capital de una empresa y observó que la participación estatal a que alude la norma, está siempre relacionada con el concepto de capital social y, por tanto, la empresa debe revestir la forma de sociedad. En el punto 16 de la misma, expresó lo siguiente:

(...)

"16.- De otro lado, la utilización de la exposición de motivos refuerza la interpretación que afirma que la hipótesis fáctica de la regla debe buscarse en la literalidad de la expresión "Cuando el Estado enajene su participación en una empresa". En efecto, los argumentos de esa exposición muestran que la finalidad de la regla constitucional tenía un sentido amplio, pues debía aplicarse a todo proceso de privatización, sin que interesaría la naturaleza jurídica de la empresa específica, ni la forma como estaba constituido su capital social. Así, decía al respecto el respectivo informe ponencia:

'Con el fin de que los eventuales procesos de privatización que puedan ocurrir en el futuro, no favorezcan en forma injusta e inequitativa a particulares que puedan obtener privilegios en las transacciones correspondientes a costa del interés colectivo, el proyecto propone un sistema de competencia comercial para estas operaciones, el cual coloca en condición de privilegio a las organizaciones solidarias que de por sí tienen un interés social, y no abrigan ánimo de lucro. No puede olvidarse que en estos casos se enajanen bienes que le pertenecen a toda la sociedad.' (Subrayado fuera de texto).

Esta referencia histórica sugiere entonces que la expresión "acciones" no tenía para el Constituyente el carácter técnico que tiene en el derecho comercial. El significado amplio de la expresión está en armonía con lo desarrollado en el debate en el seno de la Asamblea, que se refería a cualquier proceso de privatización. Efectivamente puede observarse que el Constituyente quiso establecer una distinción, pero no cabe pensar que ésta consista, como lo entiende el actor, en marcar una diferencia entre las empresas que representan su capital a través de acciones y las que no lo hacen de esta manera. Es más razonable suponer que esa distinción tiene como objeto realizar una precisión entre la enajenación de la participación del Estado en el capital social de las empresas y otros posibles tipos de enajenación, como sucede por ejemplo con la liquidación de activos. Con este criterio el Constituyente estableció un imperativo para que el Estado confiera un trato preferencial a los trabajadores y a las organizaciones solidarias cuando vaya a enajenar su participación en el capital social de cualquier empresa en la cual tenga parte. Pero con la precisión terminológica no quería extender esa obligación de brindar un trato preferencial a otros casos de enajenación de bienes estatales, a menos que tuviera alguna conexión con el primer imperativo" (negrillas no subrayadas no son del texto original).

Más adelante, en el punto 22 de dicha sentencia, la Corte concluyó:

"22.- Por consiguiente, la doctrina desarrollada en la presente sentencia armoniza con esos precedentes, pues la Corte está simplemente reiterando que el derecho de preferencia previsto por el artículo 60 superior se aplica a la enajenación de la participación estatal en el capital social de las empresas, y no a la venta de cualquier bien estatal" (resalta la Sala).

Así las cosas, el presente análisis lleva a constatar igualmente que, de acuerdo con el artículo 60 de la Carta y la ley 226 de 1995, si se trata de **Concepto Sala de Consulta C.E. 1513 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

una empresa industrial y comercial del Estado que no tiene la forma de sociedad y el Estado desea venderla a los particulares mediante un proceso de privatización, no resultan aplicables tales normas, puesto que éstas parten de la base de la existencia de un capital social, el cual debe encontrarse fraccionado de modo que una participación en el mismo pueda ser adquirida, en todo o en parte, preferencialmente por los mencionados beneficiarios.

Una venta en bloque de la empresa, además de que no constituye una democratización de la propiedad, no se aviene con el derecho de preferencia de los destinatarios preferentes, dado que éstos por su baja capacidad económica no estarían en condiciones de comprarla.

De otra parte, se aprecia que si el Gobierno decidiera adelantar un proceso de privatización y democratizar la propiedad de una empresa industrial y comercial del Estado que no tenga la forma de sociedad, tendría que transformarla en ésta y establecerle un capital social dividido en acciones o cuotas, para que la ley 226 de 1995 pueda operar, y en consecuencia, el grupo preferencial y luego el público en general, se apresten a adquirir esas partes del capital social.

3. Las excepciones a la ley 226 de 1995: la enajenación de acciones o cuotas sociales entre entidades estatales y la venta a particulares de otros activos.

Algunos operadores jurídicos podrían pensar que la norma del artículo 60 constitucional, al hablar de participación estatal, se refiere a cualquier tipo de participación, en razón a que el ordenamiento superior trae una amplia gama de fines del Estado, entre los que se destaca el de promover la prosperidad general (art. 2º) y enuncia los derechos económicos y sociales de los trabajadores (por ej., los arts. 25, 53, 57, 60, 64, 333 y 334), los cuales buscan, entre otros objetivos, la democratización de la propiedad y que se disminuyan las desigualdades existentes. Sin embargo, tal apreciación no surge del artículo 60 ni de la ley 226 de 1995, la cual dispone, como se ha expuesto, que si no se trata de capital social (art. 1º inciso tercero), es inaplicable el procedimiento descrito en ella, y antes bien, menciona dos excepciones que delimitan con mayor precisión, si se quiere, el evento en el cual deviene aplicable.

En efecto, el artículo 20 de la ley 226 prescribe:

"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 sujetarán a las reglas generales de contratación" (negrillas no son del texto original).

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-392 del 22 de agosto de 1996. En cuanto a la primera parte, con el argumento de que en la enajenación accionaria entre entidades estatales no se presenta privatización alguna; respecto de la segunda, explicando que "el mandato específico del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, se aplica a la venta de propiedad accionaria, por lo cual la oferta especial que esta norma prevé no es imperativa en la venta de los otros bienes del Estado".

En esa providencia la Corte precisó, en los puntos 7 y 8, lo siguiente:

"La disposición acusada es pues exequible, ya que no regula situaciones comprendidas dentro de la hipótesis normativa prevista por el mandato específico del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, y las regulaciones establecidas por el Legislador son razonables. La Corte considera, sin embargo, necesario efectuar las siguientes dos aclaraciones.

De un lado, la exequibilidad del artículo acusado no significa que la ley no pueda establecer, en esos otros eventos de venta de activos estatales, mecanismos especiales para favorecer el acceso a la propiedad de parte de grupos sociales débiles o marginados, pues tales desarrollos legales tienen claro sustento constitucional en el carácter social del Estado colombiano (CP art. 1º), en la búsqueda de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) y en el propio principio contenido en el inciso primero del artículo 60, según el cual el Estado debe promover el acceso a la propiedad. Simplemente la Corte está afirmando que en tales situaciones no se aplica el derecho especial de preferencia consagrado por el inciso segundo en beneficio de trabajadores y organizaciones solidarias y por ende no está obligado el Legislador a establecer condiciones especiales en favor de estos grupos sociales, aun cuando el Legislador puede desarrollar mecanismos de esa naturaleza, si lo considera conveniente para el fomento del acceso a la propiedad.

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'. 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 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" (destaca la Sala).

De otra parte, la Corte reafirmó lo expresado en una ocasión anterior, en la sentencia C-474 del 27 de octubre de 1994, en la cual **Concepto Sala de Consulta C.E. 1513 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

adicionalmente sostuvo lo siguiente:

"La obligada oferta de venta de todos los activos estatales, en condiciones especiales, a los trabajadores u organizaciones solidarias, entre otras consecuencias perniciosas, paralizaría la actividad estatal, desbordaría la capacidad y el interés de compra de este sector y no atendería la finalidad de la situación de favor contenida en el citado artículo de la Constitución.

(...)

Se desvirtúa el sentido del segundo inciso del artículo 60 de la CP., si se pretende que cada vez que el Estado se dispone a vender una cosa o bien de su propiedad, deba previamente ofrecerlo a los trabajadores y a las organizaciones solidarias. La oferta especial se justifica y se muestra como factor dinámico de cambio del actual statu quo económico, propósito del Constituyente, únicamente cuando ella recae sobre las participaciones del Estado en las empresas".

La circunstancia de que se otorgue un derecho de preferencia para la adquisición de la participación accionaria estatal en una empresa, a los trabajadores de la empresa y las organizaciones solidarias y sindicales, y de que sea sólo esa clase de propiedad y no la de otros activos o bienes del Estado, fue explicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-632 del 21 de noviembre de 1996, en la siguiente forma:

"El derecho de preferencia así reconocido a un grupo social determinado, frente a los demás integrantes de la comunidad, resulta de la voluntad del Constituyente de 1991 de democratizar la propiedad accionaria de las empresas en las cuales el Estado tiene participación y se ha decidido su enajenación, así como de la intención de impedir la concentración del capital, en los medios de producción y del sistema financiero, para desconcentrar dichas acciones hacia ese grupo, con propósitos redistributivos del ingreso y de la propiedad.

Para esos efectos el concepto de Estado, al cual se hace mención en el artículo 60 superior, debe suponer la organización política que incorpora a la Nación, las entidades descentralizadas por servicios y territorialmente, todos los órganos estatales que pertenezcan a las ramas del poder público, al igual que aquellos calificados de autónomos e independientes por la Constitución Política. La actividad que ahí mismo se describe, circunscrita a la enajenación de la participación del Estado en una empresa, debe comprender la venta de la propiedad accionaria del Estado, y no la de cualquier otra clase de bienes de su propiedad. De no ser así, como lo ha afirmado esta Corporación, la oferta especial y obligatoria a los trabajadores de la empresa y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, se constituiría en un obstáculo para la gestión del Estado y para la dinámica y los resultados de sus actividades.

(...)

Como se puede ver, los propósitos de democratización del acceso a la propiedad estatal, con las pautas garantísticas que los materializan, como la oferta especial y el derecho de preferencia de trabajadores y organizaciones solidarias, al igual que los fines que sustentaron la expedición de ese inciso segundo del artículo 60 de la Carta, adquieren pleno sentido dentro de los procesos de privatización de la propiedad accionaria estatal".

3. Conclusión sobre el tema de los consorcios y uniones temporales.

Con base en lo expuesto, se concluye que la venta de la participación de una entidad estatal en un consorcio o una unión temporal debe seguir las normas generales de contratación y no las de la enajenación de la propiedad accionaria estatal, que debe ser ofrecida, en primer término, en condiciones especialmente favorables, a determinados destinatarios.

Resulta oportuno anotar que en la venta de la participación de un integrante estatal de un consorcio o una unión temporal, se presenta una cesión de contrato a un tercero o mejor, dos: la cesión del acuerdo consocial o de la unión y la del contrato estatal celebrado.

La venta de la participación en el acuerdo integrador, significa una cesión de éste, verdadero contrato estatal en la medida en que hacen parte de él entidades estatales, a un tercero, la cual, de conformidad con una interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones contenidas en el inciso tercero del artículo 9º de la ley 80 y el inciso tercero del artículo 41 de la misma, requiere de la previa autorización de la entidad estatal con la cual el consorcio o la unión temporal haya celebrado el contrato, además de que necesitará de la aceptación expresa de los otros integrantes de la agrupación, dado que ésta es *intuitu personae*, por el carácter que en tal sentido le imprime el citado inciso del artículo 41, a todos los contratos estatales.

En relación con la cesión de la participación en el contrato estatal celebrado por el consorcio o la unión temporal, es claro que requiere, por el referido carácter de *intuitu personae* de dichos contratos, la autorización previa y escrita de la entidad estatal contratante.

En síntesis, en el evento de la venta de la participación de una entidad estatal en un consorcio o una unión temporal, no se configura la hipótesis fáctica contemplada en el inciso segundo del artículo 60 de la Constitución, por la inexistencia de capital social en ellos, y en consecuencia, no surge el derecho de preferencia establecido por dichas normas en favor de determinadas personas.

1.2.5 Enajenación de derechos derivados de contratos fiduciarios.

En el caso aludido por la consulta, de enajenación de derechos de una entidad estatal derivados de encargos fiduciarios o de contratos de fiducia pública o mercantil, es evidente que no se presenta la situación de enajenación de la participación de una entidad estatal en el capital social de una empresa, que es la contemplada en tales normas, sino de una cesión de derechos contractuales, razón por la cual las mismas no le son aplicables.

Cuestión distinta es que el fideicomiso recaiga sobre un paquete de acciones o cuotas sociales de propiedad de una entidad estatal, con instrucciones para su venta, pues en este evento es claro que se debe adelantar el procedimiento contemplado en la ley 226 de 1995, sin que sea válido el argumento de que la fiduciaria se sujeta a las normas del derecho privado, pues sería una forma de hacerle fraude a la ley, desvirtuando su finalidad y desconociendo la propiedad inicial del fideicomitente estatal que si actúa en el marco de un contrato de fiducia pública o de encargo fiduciario, no la transfiere a la fiduciaria, y si lo hace dentro de un contrato de fiducia mercantil, sí, pero con miras a realizar un proceso de privatización.

1. Cofinanciación público-privada de proyectos.

Al lado de las "inversiones" que pueden hacer las entidades públicas en verdaderas empresas o sociedades, sean por acciones o no, debe precisarse que existe, autorizada por la ley, otra forma de realizar inversiones en proyectos de infraestructura, que no otorga al Estado derechos patrimoniales o "participaciones", pero que resulta necesaria para el cabal cumplimiento de la función que le es propia de conformidad con la Constitución y la ley.

En efecto, cuando se trata de proyectos que han de ser desarrollados mediante el sistema de colaboración, esto es, mediante la contratación de particulares para que colaboren con el Estado en el cumplimiento de sus fines, en especial bajo la modalidad de contratos de concesión, con frecuencia se encuentra que las tarifas que deberían ser cobradas para lograr la suficiencia financiera en estos proyectos de infraestructura (viales o de servicios públicos domiciliarios), son superiores a la capacidad de pago de los usuarios, o la oferta de recursos en los mercados financiero y de capitales no alcanza las características de volumen o plazo que requiere el proyecto, casos en los cuales no es viable financiar el proyecto con recursos exclusivamente privados.

La colaboración de los sectores público y privado para la prestación de servicios públicos en muchos casos ha demostrado ser un esquema eficaz para ampliar la cobertura y calidad de los mismos, donde la capacidad empresarial y los recursos del sector privado y los recursos y atribuciones estatales se unen para hacer viables proyectos que no podrían ser emprendidos exclusivamente por uno de los dos sectores o que, por lo menos, sus resultados serían inferiores en materia de cobertura, calidad y equidad social.

En estos casos el Estado puede "aportar" recursos al proyecto para que, junto con los recursos de capital y crédito del sector privado, se completen los volúmenes necesarios para ejecutarlo (Ley 105/93, art. 30 párrafos 1 y 3; Ley 142/94, arts. 87 párrafo 1º, 89 numeral 89-8, 99 y 100).

La inversión privada se recupera mediante cobro de tarifas a los usuarios en un horizonte compatible con los mercados financieros y de capitales, mientras que los recursos públicos son recuperados parcialmente cuando la infraestructura haya revertido al Estado, o se invierten en beneficio social en el caso de los subsidios. De esta manera se hace posible financiar y ejecutar el proyecto cobrando tarifas acordes con las posibilidades de los usuarios.

Estos aportes estatales no dan derecho a la entidad aportante a participar en la empresa misma prestadora de los servicios respectivos y, por lo mismo, son modalidades de estructuración financiera de los proyectos a fin de hacerlos viables. Por lo mismo, no son liquidables ni transferibles, ni a ellos puede referirse en manera alguna la ley 226 de 1995.

1.3 La enajenación de participación estatal en el capital social de una empresa, por deber legal o causa externa o por liquidación de la entidad estatal propietaria de la participación.

1.3.1 La enajenación por un deber legal o causa externa.

1. Necesidad de libre determinación del Estado para la enajenación accionaria.

Se plantea en la consulta la cuestión de determinar si cuando se produce una enajenación de la participación accionaria estatal en una empresa, en cumplimiento de un deber legal o una causa externa impuesta o en caso de liquidación de la entidad estatal que tiene la propiedad de la participación, se debe aplicar la ley 226 de 1995.

Al respecto, se observa que la intención de la Asamblea Nacional Constituyente fue la de que el Estado promoviera el acceso a la propiedad de los habitantes del país en general, y una forma para empezar a hacerlo, la constituía la enajenación del capital estatal en empresas, mediante un derecho de preferencia para la compra del mismo, establecido a favor de determinados sectores de la población.

Pero ello supone la realización de un proceso de privatización por medio del cual se establezca el programa de enajenación con sus distintas fases y reglas, a fin de respetar el derecho de preferencia de los trabajadores de la empresa y las organizaciones solidarias y sindicales, que son los favorecidos con la norma, y luego, si no ha habido adquisición del paquete accionario o queda un remanente, venderlo al público en general.

Un proceso de privatización responde a una política diseñada para tal fin y consiguientemente, indica que hay una voluntad gubernamental para llevarlo a cabo.

De manera que la enajenación del capital estatal en una empresa, a que se refiere el artículo 60 de la C.N., debe ser el producto del consentimiento libre y expreso del Gobierno nacional para que se constituya en una verdadera privatización y más ampliamente, en una democratización de la propiedad, al ofrecerse en condiciones prioritarias y favorables a los sectores mencionados.

Si no existe esa libre determinación no se presenta la hipótesis de la norma superior, pues el inciso segundo del artículo 60 de la Carta Política

señala expresamente que ella sucede "cuando el Estado enajene su participación en una empresa" y el verbo rector "enajenar", al igual que la generalidad de los verbos negociales, encierra en sí mismo la voluntariedad de hacerlo, comprende la idea de que haya la voluntad libre de enajenar tal participación, esto es, de negociarla o venderla.

Adicionalmente se observa que el artículo 6° de la ley 226 de 1995, establece como primer paso del procedimiento de enajenación, el hecho de que el Gobierno decide, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria estatal del orden nacional, para proceder a elaborar el respectivo programa, esto es, que toma la decisión, resuelve, dispone hacer la venta, de suerte que se requiere su determinación libre, su voluntad autónoma, para emprender la negociación.

Para la Sala es claro, por tanto, que el conjunto normativo descrito excluye la enajenación forzosa o impuesta por cualquier circunstancia, ya que en este evento no se puede hablar de una decisión libre del Estado adelantada por consideraciones de tipo político, económico o social, sino que se trata de una venta obligada por una determinada causa jurídica.

Por ello el párrafo del artículo 8° de la ley 226 de 1995 señala que debe haber un plan anual de enajenación de la propiedad estatal en distintas empresas, con lo cual reafirma que debe tratarse de una política específica y no fruto de una circunstancia que obliga al Estado a vender tal o cual participación accionaria.

El primer inciso del referido párrafo dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 8.- (...)

Parágrafo. El plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos, debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año".

En conclusión, el artículo 60 de la C.P. y la ley 226 de 1995 son aplicables cuando se trata de procesos adoptados por libre determinación e intencionalidad de enajenar la propiedad estatal. No se aplican cuando la venta corresponde a un deber legal o causa externa impuesta.

2. La venta debe enmarcarse en un proceso de democratización.

El punto anterior se complementa diciendo que la libre voluntad de enajenar la participación del Estado en el capital social de las empresas, conlleva una finalidad democratizante y por tanto debe inscribirse en el proceso señalado en la ley. La Corte Constitucional ha indicado en varias oportunidades, por ejemplo, en las sentencias C-037 y C-211 de 1994, C-028 de 1995, C-392 y C-632 de 1996 que el mandato de la norma constitucional comentada se refiere, exclusivamente, a los procesos de privatización de la propiedad estatal en empresas.

Es así como en la sentencia C-037 del 3 de febrero de 1994, la Corte expuso lo siguiente:

"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".

Y en la sentencia C-632 de 1996, dijo:

"Resulta contrario a los postulados de la Carta Fundamental intentar extender los alcances del mandato definitivo del inciso segundo de su artículo 60 para toda clase de enajenaciones que realice el Estado en su patrimonio, según lo pretende el demandante. Como se vio con anterioridad, la situación regulada constitucionalmente en ese texto se refiere, solamente, a la venta de la propiedad accionaria del Estado, dentro de un proceso de privatización de las empresas estatales, es decir, cuando el Estado decide transferir su participación accionaria en una empresa con destino a los particulares con el objeto de mejorar la productividad de la inversión económica, viabilizar el ingreso del sector privado a la explotación de actividades económicas que tradicionalmente eran prestadas por éste, concentrándose él mismo, en aquellas que le son inherentes a sus fines y con las cuales cumple con sus funciones esenciales.

3. Conclusión sobre el tema del deber legal o la causa externa.

De lo expuesto se concluye que la enajenación de la participación estatal en el capital social de una empresa, regulada por el artículo 60 del ordenamiento superior y la ley 226 de 1995, se refiere a la que se hace de manera voluntaria por la entidad estatal propietaria, en desarrollo de un programa de privatización previsto dentro de las políticas y planes trazados por el Gobierno nacional.

En consecuencia, cuando la enajenación obedece a un deber legal o una causa externa impuesta o a la circunstancia de que la entidad propietaria de la participación entra en estado de liquidación, desaparece el elemento de voluntariedad.

Es claro que en el caso de un deber legal o una causa externa impuesta, la entidad estatal procede a la enajenación por mandato imperativo y Concepto Sala de Consulta C.E. 1513 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

tiene que cumplir, en el plazo correspondiente, las normas que la obligan a desprenderse de su participación social en una empresa determinada.

En la consulta se pone como ejemplo de esta circunstancia, el hecho de que "por efecto de cambios normativos fuera del control de la entidad enajenante, la entidad que adquirió una determinada participación conforme a la ley se ve en la obligación de venderla so pena de quedar incursa en una situación de violación de la ley".

Otros ejemplos podrían ser el de un banco estatal que al adquirir una sociedad fiduciaria que es dueña de acciones de sociedades privadas, debe vender éstas en un plazo perentorio, por constituir inversiones no autorizadas, según la reglamentación financiera, o el de la entidad estatal que recibe como garantía de un deudor acciones de empresas privadas y al no pagar éste, se las endosa en propiedad, sin que ella las pueda conservar por no corresponder a su misión institucional o al servicio público que debe desarrollar, o la entidad que recibe acciones en dación en pago con la misma consecuencia. En estos eventos, la enajenación de tales acciones por la entidad no constituye manifiestamente una privatización en el sentido contemplado en la ley 226.

En síntesis, en la venta imperativa de acciones o cuotas sociales por parte de una entidad estatal, que se deba realizar en cumplimiento de un deber legal o por una causa externa de obligatoria observancia, no se da el presupuesto de voluntariedad que caracteriza la enajenación de la propiedad accionaria estatal dentro de un proceso de privatización de ésta, a que se refieren el inciso segundo del artículo 60 constitucional y la ley 226 de 1995, y por consiguiente, no resultan aplicables estas normas en ese evento.

1.3.2 Liquidación de una entidad estatal propietaria de acciones o cuotas en una sociedad.

1. Análisis y normatividad aplicable.

Una situación parecida a la expuesta, sucede en el caso de la liquidación de una entidad estatal que sea propietaria de acciones o cuotas o partes de interés en una o varias sociedades.

En este evento se observa *prima faciae* que tampoco se presenta la libre determinación de la voluntad gubernamental para enajenar, como requisito del proceso de privatización y por consiguiente, no se configura la hipótesis establecida en las normas citadas.

De otra parte, si se plantea el análisis en el plano netamente constitucional, se observa que el derecho de preferencia establecido en el artículo 60 de la Carta a favor del sector solidario, si bien constituye una realización del principio de promoción del acceso a la propiedad, debe ceder ante el principio de prevalencia del interés general instituido en el artículo 1º de la misma, el cual se presenta claramente en el caso de la liquidación de una entidad estatal, pues en este evento se deben proteger los derechos de la comunidad en general, representada en el conjunto de acreedores, sean trabajadores, proveedores, establecimientos de crédito, etc., y se debe garantizar, ante todo, la confianza pública, máxime en los casos de liquidación de entidades del sector financiero, el cual está sometido a especial intervención del Estado, por afectar la fe pública en el sistema económico y el cumplimiento de los compromisos adquiridos, lo cual es absolutamente fundamental en una democracia.

La prevalencia del interés general, que la Constitución marca como un principio esencial en su artículo inicial, ya que constituye una de las bases del Estado Social de Derecho, encuentra plena realización en la liquidación de una entidad estatal y conlleva a que las reglas de ésta tengan aplicación de manera prioritaria, para salvaguardar los derechos del público en general.

La Corte Constitucional justamente así lo reconoce, en las sentencias C-540 y C-837 del 22 de mayo y 9 de agosto, respectivamente, de 2001, cuando afirma que con la medida de ordenar la liquidación de una empresa estatal deficitaria, la ley (se refiere a los arts. 14 y 56, respectivamente, de la ley 617/00) está dando aplicación al principio de prevalencia del interés general, en cuanto dicha empresa "atenta contra este fundamento constitucional al generar desequilibrios económicos" y añade que "con las pérdidas de estas empresas se sacrifica el cumplimiento de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos a cargo del Estado" y que "debe tenerse presente que la economía pública es un sistema único y articulado y que los efectos de inefficiencias de este tipo de entidades descentralizadas en el nivel territorial repercuten necesariamente en el balance económico general del Estado".

De hecho, en la economía en general, la Corte ha sostenido la prioridad de dicho principio. Es así como en la sentencia C-489 del 2 de noviembre de 1995, señaló:

"En materia económica, el interés particular debe ceder ante el interés general (C.P. arts. 1, 58, 333 y 334), no sólo porque la Constitución así lo dispone, sino también por elementales razones de justicia y equidad".

En consecuencia, el principio de la prevalencia del interés general consignado en el artículo 1º de la Carta, debe aplicarse de preferencia sobre el derecho especial concedido a favor de ciertos sectores sociales, por el artículo 60 de la misma, y por tanto, las normas de liquidación de entidades estatales requieren ser observadas con prelación sobre el mencionado derecho.

Ahora bien, conviene anotar sobre la liquidación de las sociedades mercantiles que el Código de Comercio prevé en el artículo 218, una serie de causales para la disolución de éstas y dispone, en el artículo 222, que una vez disuelta la sociedad, se procede de inmediato a su liquidación, para la cual establece un procedimiento detallado.

En relación con las entidades estatales del orden nacional, el artículo 52 de la ley 489 de 1998 confiere al Presidente de la República, la facultad para suprimirlas o disponer su disolución y la consiguiente liquidación, cuando se cumpla cualquiera de las causales allí enumeradas, por ejemplo, que los objetivos de la entidad hayan perdido su razón de ser, sus funciones hayan sido transferidas a otra entidad, sea evaluada

negativamente, pierda la competencia, etc.

En cuanto a la liquidación de tales entidades, se debe aplicar el decreto ley 254 del 21 de febrero de 2000, que regula la materia.

En el artículo 1º fija su ámbito de aplicación, así:

"El presente decreto se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución.

En lo no previsto en el presente decreto deberán aplicarse, en lo pertinente, las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad.

Parágrafo.- Aquellas entidades del Estado que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, incluyendo las sociedades, continuarán rigiéndose por ellas".

La parte final de la norma debe relacionarse con el parágrafo 2º del artículo 52 de la ley 489 de 1998, el cual dispone que la liquidación de las entidades estatales que estén sometidas al régimen societario, se sujeta a las normas del Código de Comercio (art. 225 y ss. para las sociedades en general y 457 y ss. para la anónima).

De igual manera y en razón de la gran importancia que reviste la salvaguarda de la confianza pública en la actividad financiera, existe un régimen especial de liquidación en el caso de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, vale decir, las instituciones financieras y las entidades aseguradoras.

Es así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero regula, en el artículo 290 y siguientes, en concordancia con el decreto 2418 de 1999, ante situaciones de especial gravedad, el procedimiento administrativo de toma de posesión de bienes, haberes y negocios y de liquidación forzosa administrativa.

De otra parte, si las instituciones financieras deciden disolverse y liquidarse voluntariamente o existen causales diferentes a las fijadas en la normatividad anterior, deben seguir las normas respectivas establecidas en el Código de Comercio.

Cabe señalar que las normas sobre liquidación de sociedades, en atención a los intereses jurídicos tutelados, no son dispositivas sino imperativas y por tanto, deben necesariamente cumplirse, razón por la cual el liquidador y la junta liquidadora, en su caso, deben acatarlas so pena de exponerse a sanciones y a responder con su patrimonio personal. Por ello deben sujetarse a los plazos determinados para la liquidación, efectuar únicamente las operaciones autorizadas y procurar la realización de los activos sociales por su mayor valor, con la finalidad de pagar los pasivos y obtener el máximo retorno final para los socios o constituyentes de la entidad.

Dentro de tales activos se encuentran las acciones o cuotas sociales que tiene la entidad estatal en liquidación en otras sociedades, las cuales debe vender el liquidador en nombre de la entidad objeto de liquidación, no dentro de un proceso de privatización que aquí no se configura pues falta el elemento de voluntariedad de éste, sino que se efectúa por obligación legal, para obtener en el menor tiempo posible y en el marco de una buena negociación, la mejor retribución en dinero para pagar las obligaciones.

Cabe anotar que la enajenación rápida y con la mayor rentabilidad no se podría efectuar si hubiera que realizar el proceso de privatización, pues éste es demorado y lleva a que las acciones o cuotas sociales se ofrezcan a los destinatarios de la primera etapa (trabajadores de la entidad, organizaciones solidarias y sindicales) en condiciones económicas más favorables que en la segunda etapa.

2. Conclusión del tema de la liquidación.

En síntesis, se concluye que en el caso de liquidación de una entidad estatal no resulta de aplicación la ley 226 de 1995, en cuanto a la enajenación de acciones o cuotas sociales que tenga dicha entidad en otras sociedades, pues ésta no se produce en el marco de un proceso de privatización sino de un trámite reglado e imperativo de liquidación en el que el principio de prevalencia del interés general sobre el interés particular tiene especial aplicación.

3. Observación acerca de este tema en la liquidación del Banco Central Hipotecario.

Se observa que en la liquidación del Banco Central Hipotecario, sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, el Gobierno nacional dispuso la aplicación de la ley 226 de 1995 para la enajenación de las acciones o cuotas sociales que el Banco tuviera dentro de sus activos.

En efecto, el Gobierno dictó, con base en las facultades conferidas por el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución y el artículo 52 de la ley 489 de 1998, el decreto 1579 del 31 de julio de 2002, cuyo artículo 1º establece lo siguiente:

"El artículo 8º del decreto 20 de 2001 quedará así:

Artículo 8º.- El Banco Central Hipotecario en Liquidación deberá pagar las obligaciones pensionales, administrar los bienes y los recursos destinados a cubrir dicho pasivo y realizar todas las gestiones tendientes a la liquidación de los activos no monetarios y la comutación pensional. Cuando se trate de acciones, cuotas o partes de interés social, las mismas deberán ser enajenadas de acuerdo con la Ley 226 de 1995". (Negrillas no son del texto original).

3. La enajenación simultánea de las distintas participaciones estatales en una misma empresa.

Los artículos 6°, 10, 11, 14 y 16 de la ley 226 de 1995 mencionan la expresión "para cada caso" relacionada con la enajenación accionaria o el programa de enajenación, la cual se ha entendido, según se aprecia en la consulta, que alude a la participación de una entidad estatal en una empresa, pero se observa que tal expresión también puede entenderse válidamente, que se refiere a la participación de una o varias entidades en una misma empresa, de manera que el programa de enajenación puede contemplar, igualmente, el caso en el cual existen varias entidades estatales que desean vender, al mismo tiempo, su participación accionaria en una sociedad, dentro de un proceso común de privatización, con lo cual se aplican los principios de eficacia, economía y celeridad de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución.

1. Los principios de la función administrativa.

La idea es que el Estado alcance sus fines, conforme al preámbulo y el artículo 2° de la Constitución, y obtenga resultados que satisfagan el interés general, para lo cual es indispensable que la función administrativa se cumpla a cabalidad.

Sobre esta función, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, como por ejemplo, en la sentencia C-1163 del 6 de septiembre de 2000, en la cual señaló:

"Al desarrollar el concepto de Estado social de derecho, paradigma de organización jurídico-político por el que optó el Constituyente colombiano de 1991, (...) la función administrativa adquirió una nueva dimensión, pues a través de ella el Estado materializa las funciones y objetivos a su cargo, dirigidos fundamentalmente a la realización plena del individuo y de los intereses superiores de la sociedad, de ahí el espacio concreto que a la misma se le dio en el artículo 209 del ordenamiento superior".

Y en torno a los principios enumerados por esa disposición, la Corte hizo la siguiente clasificación, la cual ha reiterado constantemente:

"El artículo 209 de la Constitución define los principios que rigen la función administrativa, distinguiendo entre principios finalísticos (servir a los intereses generales), funcionales (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) y organizacionales (descentralización, delegación y desconcentración)" (sentencia C-496 del 15 de septiembre de 1998).

En cuanto a los aludidos principios de eficacia, economía y celeridad, se observa que ellos deben orientar la función administrativa para que ésta sea útil a la comunidad y al Estado mismo, de manera que si se aplican pronta y adecuadamente, con ahorro de esfuerzos y de recursos, los objetivos superiores se cumplen.

Su significado es claro: el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la eficacia como la "virtud, actividad, fuerza y poder para obrar", la economía, la "administración recta y prudente de los bienes", pero también el "ahorro de trabajo, tiempo, dinero, etc" y la "reducción de gastos en un presupuesto", y la celeridad, la "prontitud, rapidez, velocidad".

Respecto de la eficacia la Corte manifestó, en la sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, que "está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2°, al prever como uno de los fines esenciales del Estado, el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos de la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4°, 268 numeral 2°, 277 numeral 5° y 343, relativos al control de gestión y resultados", lo cual ratificó en la sentencia C-074 del 25 de febrero de 1993, para concluir que, entre otras políticas, la de privatización encuentra respaldo constitucional en el principio de eficacia de la administración, así como en el de eficiencia.

Es evidente que si en un solo proceso de privatización se reúnen las participaciones de varias entidades estatales en una misma empresa, se hará una sola valoración de ésta y se canalizará todo el proceso de forma armónica y coordinada, de manera que se pueda alcanzar el resultado con rapidez y ahorro de recursos.

2. La potestad reglamentaria.

La interpretación dada a la expresión "para cada caso", referida a una sola empresa en cuyo capital social confluyen una o varias participaciones de entidades estatales, bien puede plasmarse en un decreto reglamentario, el cual, como lo ha sostenido reiteradamente esta corporación, no debe ser una repetición de la ley sino su desarrollo para una adecuada aplicación.

Así por ejemplo, en sentencia del 19 de febrero de 1998 (Exp. 9825), la Sección Tercera se refirió a la potestad reglamentaria, en estos términos:

"Como la jurisprudencia ya ha tenido ocasión de explicarlo, la potestad reglamentaria es una función administrativa indispensable para la correcta ejecución de las leyes. El gobierno tiene la responsabilidad de ejercerla y entre los parámetros trazados para su cabal ejercicio se hallan, entre otros, estos:

-Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.

-El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones u ordenamientos no previstos en ésta.

-El reglamento no puede contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación".

En el mismo sentido, la Corte Constitucional expresó, en la sentencia C-302/99, que "el reglamento es entonces un complemento indispensable para que la ley se haga ejecutable, pues en él se permite desarrollar las reglas generales allí consagradas, explicar sus contenidos, hipótesis y supuestos, e indicar la manera de cumplir lo reglado, es decir, hacerla operativa, pero sin rebasar el límite inmediato fijado por la propia ley".

En conclusión, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, se puede precisar que la ley 226 de 1995 establece el procedimiento a seguir para la enajenación de la participación accionaria de una o de varias entidades estatales en una empresa, con la finalidad de efectuar un proceso de privatización eficaz y rápido.

1. LA SALA RESPONDE

2.1 La enajenación de la participación de una entidad estatal en un consorcio o unión temporal o de sus derechos derivados de un encargo fiduciario o un contrato de fiducia pública o mercantil, no se encuentra dentro del campo de aplicación de la ley 226 de 1995.

2.2 y 2.3

Tampoco se encuentra en dicho campo de aplicación la enajenación de acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones, o cuotas o partes de interés social de una entidad estatal en una empresa, efectuada en cumplimiento de un deber legal o una causa externa impuesta, o como consecuencia de un proceso de liquidación de la entidad, salvo norma expresa que así lo determine.

2.4 y 2.5

El procedimiento contemplado en la ley 226 de 1995 "para cada caso particular" se refiere a la enajenación de acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones, o cuotas o partes de interés social en una empresa, que pertenezcan a una o a varias entidades estatales, lo cual puede ser materia de reglamentación en un decreto.

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI Presidente de la Sala
FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE
ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS
AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Bogota. D. C., noviembre cinco (5) de dos mil tres (2003)

Rad. 1.513

Ref.: ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL: 1. Distinción con la enajenación de participación en consorcios y uniones temporales y de derechos de contratos fiduciarios.

2. Enajenación por deber legal, causa externa o liquidación de entidades.

3. Enajenación simultánea de las distintas participaciones estatales en una empresa.

Con el debido respeto manifiesto mi disentimiento con el concepto rendido por la mayoría de la Sala en la consulta de la referencia, porque conforme a mi criterio y en consonancia con la jurisprudencia constitucional, "toda enajenación de participación social estatal en cualquier empresa" se encuentra sujeta al proceso de democratización previsto en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, sea que se trate de participación en empresa surgida por consorcios, encargos fiduciarios, cofinanciaciones, enajenaciones obligadas y enajenaciones en procesos liquidatorios, por las razones que a continuación expongo.

1.- No comparto la fundamentación constitucional relacionada con la enajenación de la participación estatal empresarial.- A mi juicio la decisión mayoritaria parte de un supuesto equivocado, consistente en que el artículo 60 de la Carta y la Ley 226 de 1995 sólo se limitan a las empresas que son "sociedades", y, en consecuencia, su aplicación se restringe a la "enajenación de capital societario".

1.1.- Fundamento general del concepto de la Sala mayoritaria.- Se encuentra expuesto en lo atinente al análisis de la expresión "empresa" que aparece en el artículo 60 (acápite 1.2.3.2, pág. 19) : "En efecto, las frases que siguen a la primera son las que muestran el alcance de la norma, pues se refieren concretamente a elementos como la democratización de la titularidad de las acciones y de la propiedad accionaria, que, como se vió, incluyen también a los bonos obligatoriamente convertibles en acciones y a las cuotas o partes de interés social. Esto significa que se trata ciertamente de la participación en una empresa, pero más exactamente, de la participación en el capital social de una empresa, lo cual implica, a las claras, que ésta debe revestir una forma societaria". "Fraccionar la norma para conferirle un sentido determinado, es darle una interpretación sesgada y parcial, que no consulta el alcance real y pleno de la disposición". -Subrayo -.

1.2.- Desatención de la interpretación constitucional juzgada.- La anterior interpretación, así como sus correspondientes fundamentos, está recogida en la actual jurisprudencia constitucional.

de noviembre de 2001, que precisamente juzgó la constitucionalidad del Art. 1º. de la Ley 226 de 1993 frente a los Arts. 57, 58 y 60 de la Constitución, sin embargo NO LA ACOGE cuando al referirse a este último artículo sostiene: "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".

Luego, la participación no se limita a "acciones", sino que se extiende a "todas las formas de participación estatal".

1.2.2.- Fundamentación constitucional de la privatización. Antecedentes.- Tal conclusión tuvo su antecedente en el criterio amplio de "privatización y democratización de la propiedad empresarial" que anteriormente también había sido acogido por la jurisprudencia constitucional, en la interpretación del artículo 60 constitucional.

1.2.1.1.- En efecto, ello sucede cuando la Corte Constitucional señala que esta democratización debe darse en cualquier "privatización" o de cualquier "participación o activo del Estado", incluyendo la misma "liquidación que lo requiera". Porque, agrega, si bien el artículo 60 de la Constitución "no significa que el Estado deba buscar en todo caso la transformación de la propiedad pública o privada en propiedad asociativa o solidaria. Lo que si impone la Carta es la obligación de dar prioridad, en cualquier caso de injerencia legítima del Estado -privatización, venta de activos de sus empresas, participación en la gestión empresarial, etc.- a estos tipos de propiedad que por su carácter democrático y participativo, contribuyen a realizar el estado social de derecho" (Sent. C-074 de 5 de febrero de 1993). Así mismo dice la Corte que si bien son distintas "la enajenación de propiedad accionaria con la liquidación de activos de una empresa", no es menos cierto que "para satisfacer las exigencias del interés general", se hace imprescindible que "cuando se enajenen activos de empresas en las cuales el Estado tenga participación DEBE promoverse también el acceso de las organizaciones solidarias y de trabajadores a dichas propiedades como forma de satisfacer a plenitud el propósito consagrado en la Carta vigente". (ibidem. Gaceta 1993. Tomo 2, p.765). (Subrayo)

1.2.1.2.- De otra parte, la misma Corporación había expresado que la Carta Política de 1991 consagraba una democratización amplia de la propiedad estatal, porque "los artículos 58 y 33 institucionalizan la propiedad (...) y las empresas (...) para la redistribución de la riqueza y el ingreso, mediante la participación del trabajo en el proceso de la acumulación de capital y en la toma de decisiones", así como una promoción al "acceso de los trabajadores a la propiedad empresarial (Art.60 de la C. P., inc. 2º.) (...), lo cual correspondía al fenómeno de la democratización económica..." (C-037 del 3 de febrero de 1994). Porque, agregó, "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". Por lo que concluyó que la enajenación de una participación empresarial, especialmente la accionaria "necesariamente han de estar dirigidas a que efectivamente se cumpla el designio democratizador de la norma que, a juicio de la Corte apunta a eliminar la concentración de la riqueza, lo que naturalmente supone que las acciones han de quedar en manos del mayor número de personas" (C-037, p. 31. Gaceta 1994. Tomo 2).

2.- La fundamentación legal sobre la enajenación de la participación estatal empresarial resulta desacertada.- Esta percepción se funda en lo siguiente:

2.1.- Fundamento legal de la Sala Mayoritaria.- Siguiendo la interpretación constitucional restringida a la "sola democratización de la participación en acciones en sociedades", que a nuestro juicio fuera adoptada en forma equivocada por la mayoría de la Sala, ésta sigue en el mismo terreno erróneo al interpretar la ley en el mismo sentido, pues también parte del supuesto de que solo es procedente "la enajenación de la participación estatal en sociedades, en la forma como se ha explicado". (Fl. 11).

2.2.- Fundamentacion desacertada.- En efecto, dicho fundamento carece de total asidero, por las siguientes razones:

2.2.1.- Desconocimiento de la Cosa Juzgada Constitucional.- Si la sentencia citada - C-1260 de 29 de noviembre de 2001 - declaró exequible las frases del artículo 1º. de la Ley 226 de 1995 sobre la democratización de la "participación en el capital social de cualquier empresa", la de "participaciones sociales" y la de "cualquier forma de participación en el capital de una empresa", como fenómeno completamente distinto a "las acciones", no puede ahora sostenerse, so pena de su desconocimiento, como lo hace la Sala mayoritaria, al afirmar que dicha ley solo se refiere a la "enajenación de acciones" y que "excluye todo otro tipo de enajenación de participación empresarial". Porque de esta argumentación parece deducirse que implícitamente la Sala considera que la norma es inconstitucional y, entonces, cabe recordar que el efecto de la cosa juzgada de exequibilidad no solo impide la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de la norma juzgada constitucional, sino que también prohíbe su desatención (Art. 243 de la C. P.), tanto más cuanto la mencionada violación legal puede configurar celebración indebida de contratos (Art. 410 C. Penal).

2.2.2.- Desatención de las reglas de hermenéutica sobre la norma expresa de aplicación legal.- En efecto, de conformidad con el alcance constitucional del artículo 60 de la Carta, el artículo 1º. de la Ley 226 de 1995 recoge en forma expresa y clara dicho criterio, porque incluye de manera separada no sólo la participación estatal de carácter societario, sino también la participación social estatal en "cualquier empresa", sea societaria o no.

2.2.2.1.- Concepción amplia de capital social adoptada por la Ley.- Siguiendo el criterio constitucional trazado por la Corte Constitucional, la Ley 226 de 1995 adoptó una amplia concepción de capital, como cualquier participación estatal en "capital social empresarial", incluyendo lo **Concepto Sala de Consulta C.E. 1513 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

societario y lo no societario que, por lo demás coincide con el concepto de capital que en otras materias ha adoptado el Estado, tal como sucede con la -inversión de capital del exterior en el país-.

2.2.2.2.- Omisión del sentido hermenéutico obligatorio de la aplicabilidad de la ley.- Es así como, la Sala mayoritaria, en la consulta bajo examen, no sólo omite tener en cuenta la concepción amplia de capital y participación del Estado, sino que también desatiende su obligatoriedad, como se desprende de su texto, razón y noción legal.

La razón de ser del artículo 2º, fue la de precisar la aplicación de la ley en cuanto a la materia y a los entes a los cuales se refería. Luego, si ello es así, hay que concluir que ella se aplica a la "enajenación" de la propiedad accionaria en las empresas estatales, pero sin distinguir si aquella era espontánea o forzada por deber legal, o si estas se encuentran en crisis o no, o si la enajenación era en bloque o no. Ello por cuanto, sencillamente, el artículo 60 de la Carta sólo consagró la posibilidad de emplear el mecanismo de la privatización en forma reglada, limitada por los principios de legalidad y democratización de la propiedad empresarial.

Tal interpretación queda forzosamente corroborada, por mandato legal (Art. 28 del C. Civil) con la definición legal que trae el inciso final del artículo 1º. de la ley 226 de 1995 cuando señala que "para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos (desde luego, además de las acciones o participaciones sociales, a que se refiere el inciso precedente) los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa". Porque con esta definición, sin lugar a dudas, esta partiendo de una concepción amplia de "capital social", consistente en aquella parte del patrimonio de una empresa representativa de los aportes de los asociados con un valor determinado. Porque con dicha regulación legal se involucra no solo "el capital social de una sociedad", representada en "acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones" (como dice la primera parte del inciso 1º. del Art. 1º. de la Ley 226 citada), sino también "el capital social de cualquier empresa" (como lo señala la segunda parte del inciso 1º. y la parte final del inciso 3º. del precitado artículo 1º.), aún cuando no sea una sociedad ni tenga una personalidad jurídica.

Luego, puede tratarse de aquel "capital social de una empresa sin personalidad jurídica", representado por sus elementos materiales (como instalaciones, maquinarias, herramientas, etc.) e inmateriales (como propiedad industrial, patentes, enseñas, etc.) (Garrone, Juan Alberto y Sanmartino, Mario e. Manual de Derecho Comercial. Editorial Abeledo Perrot. 1990.pgs. 100 y ss.), en los cuales el Estado hubiese participado como asociado en dicha Empresa.

3.- También considero desacertada la fundamentación que concluye la inaplicación de la democratización en la enajenación de ciertas participaciones estatales especiales.- Concordante con lo expuesto, a nuestro juicio tampoco resultan acertadas las demás conclusiones de la consulta.

3.1.- Libertad de enajenación de las participaciones estatales específicas. Partiendo de la interpretación equivocada de que la Constitución y la Ley 226 de 1995, constituye normatividad que sólo se aplica a la enajenación de acciones del Estado, la Sala mayoritaria concluye que, por no tratarse de acciones, tales preceptos resultan inaplicables a los derechos de los consorcios y uniones temporales de la Ley 80 de 1993 (que no son sociedades, ni personas jurídicas, etc.), a los derechos derivados de los contratos fiduciarios (cofinanciación de proyectos, etc.) y a las enajenaciones obligadas (por deber legal, causa externa o liquidación).

3.2.- La privatización consultada se encuentra reglada.- En cambio, concordante con nuestra salvedad que reconoce la garantía constitucional y legal de la democratización de "toda participación estatal empresarial estatal societaria o no societaria", tenemos que llegar a la conclusión de que la privatización de las participaciones no societarias también están sujetas a la reglamentación de la Ley 226 de 1995.

3.2.1.- Enajenación de participaciones estatales en Empresas no Societarias.- Como quiera que el Art. 60 de la Constitución y el artículo 1º. de la ley 226 de 1995 incluyen dentro su regulación y aplicación "cualquier forma de participación en el capital de una empresa" (art. 1º, inciso último, parte final de la ley 226 de 1995), lógicamente debe concluirse que dentro de aquellas quedan comprendidas las participaciones que el Estado tiene en las Empresas que, desde el ángulo jurídico-económico consagrado en el artículo 25 del Código de Comercio, surgen como consecuencia de los consorcios o uniones temporales, contratos fiduciarios (cofinanciación) y las mencionadas contrataciones obligadas o forzadas, con absoluta independencia de si estos fenómenos jurídicos constituyen o no una sociedad o tienen o no personalidad jurídica. Porque sea lo uno o lo otro, basta que se haya originado una Empresa en la cual el Estado tenga una participación, para que la enajenación de esta quede sometida a la Ley 226, pues a ella queda subordinada la enajenación de "cualquier forma de participación en el capital de una empresa" (art. 1º. Inciso final, ley 226). Ahora, la doctrina universal no desconoce que en los fenómenos consultados pueda darse origen a empresas donde el Estado tenga participación.- En efecto:

1.- "Los consorcios y las uniones temporales", son formas de asociación contemporánea que si bien pueden constituir o no una sociedad, pero que por lo general sí constituyen la formación de una Empresa conjunta en la cual dentro de la organización de la actividad económica a realizar se aporta el derecho de participación del contrato o proyecto, no es menos cierto que tales fenómenos quedan incluidos en dicha regulación legal - ley 226/95

2.- En virtud de los "contratos de fiducia", especialmente la de inversión, el Estado suele, por conducto del intermediario, hacer una inversión de un proyecto que se desarrolla en una empresa, en la cual los derechos de aquel contrato tienen un carácter de participación en esta última.

3.- Si bien, como lo dice la Corte Constitucional, "no cabe confundir la enajenación de la propiedad accionaria con la liquidación de activos de una empresa por cuanto su naturaleza y efectos jurídicos son diversos" (C-074- 1993, Tomo 02, pg. 765), esa distinción no puede efectuarse para "vulnerar el espíritu del artículo 60 de la Constitución", especialmente cuando "la liquidación de activos" se hace para "descansar el Concepto Sala de Consulta C.E. 4919 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

mandato constitucional (...) para acceder a la propiedad en caso de enajenación de participaciones estatales en empresas" (ibídem).

Luego, aún en presencia de la liquidación de empresas, por darse esta participación estatal y por ser posible la garantía de la democratización, esta debe entonces aplicarse.

4.- Si bien en las enajenaciones forzadas puede presentarse imposibilidad de participación útil del Estado o imposibilidad de transmisión de activos, o muchas personas, también lo es que, en caso de ser posible, ello no impide la garantía de democratización en el proceso de privatización pertinente.

3.2.2.- Régimen dual de la enajenación de activos en Empresas con participación Estatal.- Concordante con el criterio de democratización al cual se encuentran sometidas las participaciones estatales en las empresas, la enajenación de sus activos se encuentran exceptuadas, como lo dice el Art. 20 de la Ley 226 de 1995. Pero esta excepción no es para todos los casos, como lo sugiere la Sala mayoritaria, sino únicamente para aquellas enajenaciones de activos siempre que no implique la venta de toda o parte estructural de la empresa.

3.2.2.1.- Excepción en las Ventas de Activos.- Cuando después de haberse regulado la aplicación, procedencia (art.1º), programa, requisitos, régimen y medidas para garantizar la democratización de la propiedad empresarial (arts. 2º a 18), la ley 226 de 1995 señala que la enajenación de la propiedad accionaria que se realice entre órganos estatales "no se ajusta al procedimiento de esta ley", sin lugar a dudas está estableciendo una excepción a la misma en materia procedural, consistente que en ella no se aplica la precitada Ley 226 sino "únicamente las reglas de contratación administrativa vigente" (art.20). Lo mismo sucede con la segunda parte del artículo del mencionado artículo 20, el cual no es sino continuación del régimen exceptivo de la primera parte, lo que se deduce de la expresión "así mismo", lo que indica que ello es de "igual naturaleza exceptiva".

En efecto, cuando se prescribe que "así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones solo se sujetarán a las reglas generales de contratación", se está señalando que en esa materia tampoco se aplica la ley 226 de 1995, sino únicamente "las reglas generales de contratación".

3.2.2.2.- Alcance del régimen exceptivo.- Se limita a "la venta de activos estatales", esto es, a aquellos bienes o derechos del ejercicio normal de una empresa.

3.2.2.3.- Exclusión del Régimen Exceptivo.- Concordante con lo expuesto quedan excluidos del régimen exceptivo y, por lo tanto, sujeto a la aplicación de la Ley 226 de 1995 aquellas ventas que no quedan comprendidas dentro del mencionado concepto de "activos estatales. Por lo tanto, "no quedan incluidos:

1.- En primer término, la venta de la Empresa. Porque si legalmente el concepto de empresa comprende organización, capital, recurso de personal y otros elementos, dentro de los cuales se incluyen los activos que a ella están destinados, es lógico entender que está autorizado el régimen excepcional para la venta de "solo" la parte de la Empresa llamada activo y no la Empresa misma, tal como sucedería con la venta de una marca o de unos productos elaborados por la misma Empresa.

2.- En segundo término, tampoco quedan incluidos la organización total o parcial, de la Empresa incluyendo la venta de aquel tipo de organización referida a los activos. Porque el hecho de que la norma se hubiese referido a "activos" en forma plural es porque inequívocamente se está limitando a "activos singularizados o individuales", esto es, a la venta de bienes o derechos que individualmente le pertenecen a la empresa, como género (v.gr. la mercancía, la producción, etc.) o especie o cuerpo cierto (v.gr. los vehículos de la empresa, cierto tipo de maquinaria o muebles y enseres dados de baja, algunos terrenos o inmuebles adicionales que no comprometen la infraestructura de la empresa, etc.).

3.- En tercer lugar, también quedan excluidos los bienes y derechos que siendo "activos" comprometan la existencia de la Empresa, tal como serían los llamados "activos fijos", esto es, aquellos que son adquiridos para permitir la explotación de la empresa y no para ser vendidos, tal como sucedería con el inmueble y aquellos bienes que constituyen la infraestructura de la Empresa. Porque si la citada norma se refiere a "activos" de una Empresa, es decir a la parte de ésta, es lógico presumir que aquellos no deben comprometer la existencia de esta última, porque ya no sería "venta de activo" sino "venta de parte o de toda la Empresa". Es decir, cuando se venden esos "activos fijos" su importancia es de tal magnitud que en cierta forma se está vendiendo parte de la infraestructura de la empresa, lo que a su vez conduciría a vender por lo menos una gran participación en la Empresa, lo cual no es la finalidad de la norma. En cuarto lugar, también queda excluida de ésta excepción "las acciones y los bonos convertibles en acciones".

3.2.2.4.- Aplicación de la democratización a la Venta Empresarial.- Luego, si esos son los límites de esa excepción, no puede sino concluirse que todo lo demás se sujeta a la Ley 226 de 1995, tal como sucedería con la venta de toda la Empresa, de parte de ella en su infraestructura y, desde luego, su correspondiente participación (sea toda o parte).

4.- La conclusión mayoritaria es injustamente discriminatoria en la concepción de participación estatal y la de inversión extranjera en Colombia.- Esta relación no resulta coherente en la consulta emitida.

4.1.- Consecuencia desafortunada.- Como quiera que la consulta parte de la base de que la privatización de la participación estatal solo se refiere a "acciones representación única en "capital social", ello traería como consecuencia que solo tendría el carácter de "inversión de capital" en Colombia la adquisición de acciones, distorsionando así el régimen de cambio en Colombia.

4.2.- Necesidad de armonía con el Régimen de Cambio.- Por el contrario, la amplia concepción de "capital social en empresas" en la que tiene Concepto Sala de Consulta C.E. 1515 de 19
2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta
y Servicio Civil

participación el Estado, que se expone en este salvamento coincide con aquella que también tiene la legislación financiera con la de "inversión de capital" en Colombia. En efecto, si el Estado, mediante el Decreto 2080 del año 200 (reproduciendo las reglamentaciones anteriores) considera que hay "inversiones de capital exterior" cuando se adquiere determinados derechos o bienes es por lo que considera a éstos últimos como "capital".

Ello se debe a que considera como capital y su adquisición como inversión a "participaciones, acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa o bonos obligatoriamente convertibles en acciones" (art. 3º. Literal a, i del citado Decreto). E igualmente "los aportes que realice el inversionista mediante actos o contratos tales como los de colaboración, concesión, servicios de administración, licencia o aquellos que implique transferencia de tecnología, cuando ello no represente una participación en una sociedad y la renta que genera la inversión para su titular dependan de las utilidades de la Empresa" (Art. 3º. Lit. a, IV).

De allí que si dentro de esos contratos de colaboración precisamente se encuentran los contratos de consorcio o Joint Venture o de Unión de Empresas, y también los contratos de "compra, venta y administración de participaciones en empresas que no estén registradas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios" (Art. 3º., a, ii, Ibídem), no puede sino concluirse que esta concepción del régimen de cambios armoniza con la de enajenación de participación empresarial arriba mencionado.

En estos términos dejo expuesto mi disentimiento.

Flavio Augusto Rodríguez Arce
Consejero

Fecha y hora de creación: 2026-01-14 18:15:53