



Sentencia 00208 de 2016 Consejo de Estado

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO – Democratización. Normatividad / DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO – Legislación

La Constitución le impone al Estado diversos deberes relacionados con la implementación e impulso de mecanismos reales y efectivos de acceso a la propiedad, particularmente dirigidos al sector solidario y de los trabajadores. Así, son deberes constitucionales del Estado: (i) establecer estímulos y medios “para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas” (artículo 57); (ii) proteger y promover “las formas asociativas y solidarias de propiedad” (artículo 58); (iii) promover el acceso a la propiedad (artículo 60, primer inciso); (iv) democratizar la titularidad de sus acciones cuando decida la venta de su participación accionaria en una empresa (artículo 60, segundo inciso); (v) promover el acceso progresivo “a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa” (artículo 64); (vi) fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial (artículo 333); (vii) intervenir en la economía para “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo” (artículo 334); y (viii) promover la democratización del crédito (artículo 335). (...) Asimismo, la primera parte de la Ley 226 de 1995 (sin título) contiene: (i) un mandato general de democratización y de uso de mecanismos abiertos y participativos para acceder a la propiedad accionaria del Estado (artículo 2); un derecho de preferencia a favor de los trabajadores activos y pensionados de la empresa, de sus ex trabajadores y asociaciones de empleados y, en general, del sector solidario definido en la misma ley (artículo 3); un mandato de protección del patrimonio público (artículo 4); y un mandato de continuidad del servicio cuando la venta recaiga sobre una empresa encargada de un servicio de interés general. (...) La tercera parte se refiere a “las medidas para la democratización de la propiedad accionaria” y regula: las facultades del Gobierno Nacional para imponer restricciones y sanciones por la adquisición de acciones con fines contrarios a los propósitos de la ley (artículo 14); la legitimación para solicitar la nulidad del procedimiento de enajenación y los efectos de ésta (artículo 15); y autorización al Gobierno Nacional para designar las autoridades encargadas de supervisar algunos aspectos del respectivo procedimiento (artículo 16)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 60 INCISO 2 / LEY 226 DE 1995

SOBERANÍA DEL ESTADO – Normativa constitucional. Concepto / SOBERANÍA DEL ESTADO – Está directamente relacionada con el territorio / PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD – Noción

La Constitución Política de 1991 se refiere a la soberanía del Estado (i) como fundamento del poder soberano del pueblo para expedir la Constitución (preámbulo) y acceder a los mecanismos de participación ciudadana (artículo 103); (ii) para señalar que “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público” y se ejerce “en forma directa o por medio de sus representantes” (artículo 3º); (iii) como elemento del Estado que debe ser defendido de agresiones externas por el Presidente de la República (artículo 212) y las fuerzas militares (artículo 217); y (iv) como razón de interés general que permite reservar a favor del Estado la prestación de una determinada actividad económica o de servicio público (artículo 365). (...) De este modo, la soberanía se expresa en el plano interno como la “posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados” y en el internacional como “la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc.” Desde esta segunda perspectiva (la internacional), la soberanía se relaciona directamente con los principios de reciprocidad, igualdad y equidad establecidos en los artículos 226 y 277 de la Constitución para el manejo de las relaciones internacionales. (...) Debe tenerse en cuenta que la soberanía está directamente relacionada con el territorio (artículo 101 C.P.), en la medida que es dentro de él donde el Estado ejerce su poder vinculante para dictar autónomamente normas jurídicas: “Ciertamente, el derecho internacional público define el territorio como aquel conjunto de espacios en los cuales el Estado ejerce su soberanía, razón por la cual la consecuencia fundamental de que algún espacio físico forme parte integral del territorio de un Estado consiste en que tal espacio queda sometido al ejercicio de la soberanía estatal con todos los atributos que ella implica. (...) En este orden, la regla general es que la eficacia de las leyes está circunscrita al territorio nacional de cada Estado sin necesidad de que exista una manifestación explícita del legislador en ese sentido. Al contrario, la aplicación de la ley en un lugar diferente al que conforma el territorio nacional -por razón de un tratado, de las reglas que rigen las relaciones diplomáticas o de los principios generales de derecho internacional-, sería una excepción que exigiría norma expresa que así lo dispusiera. Finalmente cabe recordar que por virtud del principio de territorialidad de la ley, los extranjeros que se encuentren en Colombia también están sujetos a la Constitución Política y la ley conforme lo establece expresamente el artículo 4º de la Carta: “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 9 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 101 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 103 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 226 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 277

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY – En derecho privado y los contratos / PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY – Regla general y excepción

El principio de territorialidad que se ha visto, de acuerdo con el cual “cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser éste ‘su natural’ ámbito espacial de validez”, ha sido desarrollado en la esfera del derecho privado y contractual. En estos ámbitos la regla general es el principio de territorialidad de la ley y la excepción la extraterritorialidad. El principio de territorialidad como regla general se encuentra expresamente establecido en el artículo 18 del Código Civil, según el cual “la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. Los artículos siguientes del mismo estatuto señalan los casos en que, excepcionalmente, está prevista la aplicación extraterritorial de la ley colombiana: (i) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar actos que hayan de tener efecto Colombia (artículo 19 C.C.). (ii) En ciertas obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia (artículo 19 C.C.). (iii) En relación con los actos que recaigan sobre bienes ubicados en el territorio nacional o en los cuales tenga interés la Nación (artículo 20 C.C.). (iv) En cuanto a la forma de los instrumentos públicos, la cual se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, aun cuando su autenticidad se rige por la ley colombiana si el acto produce efectos en el territorio nacional (artículo 21 C.C.). (...) También en la contratación estatal, donde existe un claro interés público de sujeción a la normatividad nacional, se ha previsto que en virtud del principio general de territorialidad de la ley, los contratos se rijan por la ley extranjera (i) cuando se celebren y deban cumplirse en el exterior y (ii) cuando se celebren en Colombia pero deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 18 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 19 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 20 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 21

SOBERANÍA - No es un concepto unidireccional / PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD - Implica que cada Estado debe reconocer la soberanía de las demás naciones

La soberanía no es un concepto unidireccional -solo a favor del Estado que la proclama-, sino que comporta derechos y obligaciones. El principio de reciprocidad (artículo 236 C.P) y el hecho de que la comunidad internacional está basada en relaciones entre iguales, implican que cada Estado debe reconocer la soberanía de las demás naciones, en tanto que “el respeto a la soberanía de cada país [es] la piedra angular en que se sustent[a] el edificio de la integración internacional”. Por tanto la afirmación interna del principio de soberanía nacional y de la libre autodeterminación comporta a su vez (i) el reconocimiento del derecho de los demás Estados a regular sus propios asuntos y a regirse por sus propias normas; y (ii) la imposibilidad de intentar la aplicación de la ley nacional en otros territorios diferentes al propio. (...) En consecuencia, así como la normatividad de otros Estados no es aplicable en el país, la legislación colombiana no es apta para regular actos o asuntos que se producen en otros Estados, salvo los casos de extraterritorialidad reconocidos por el derecho internacional o derivados de tratados internacionales. (...) Por tanto, como se señaló, no es necesario que toda ley disponga expresamente que su ámbito de aplicación está restringido al territorio nacional, del mismo modo que tampoco podría entenderse que el silencio del legislador en ese punto genera duda sobre la aplicación o no de una ley colombiana en el territorio de otro país. Tal vacío o incertidumbre normativa no existe, porque simplemente los principios de soberanía nacional y de reciprocidad establecidos en los artículos 9 y 226 de la Constitución Política, los cuales a su vez son parte de los principios generales de derecho internacional, determinan que el ámbito material (natural) de aplicación de las leyes está limitado al territorio de cada Estado

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 236

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL
Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00208-00(2314)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre la aplicación de la Ley 226 de 1995, por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política, a la venta de la propiedad accionaria que el Estado posee en empresas domiciliadas fuera del territorio nacional.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El artículo 60 de la Constitución Política establece que es deber del Estado promover el acceso a la propiedad. Además dispone que cuando el Estado enajene su participación en una empresa “tomará 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”.

2. En la Sentencia C-037 de 1994, la Corte Constitucional hizo énfasis en (i) la existencia de una obligación estatal de fomentar el acceso a la propiedad, la cual debe ser real, seria y efectiva para que los trabajadores y las organizaciones solidarias puedan participar de las ventajas del desarrollo económico; y (ii) el deber del legislador de establecer los estímulos y medios necesarios para que los trabajadores puedan participar en la gestión de las empresas y acceder a su propiedad accionaria.

3. Posteriormente, el artículo 60 de la Constitución Política fue desarrollado por la Ley 226 de 1995, que define el marco general aplicable a la enajenación de la propiedad accionaria estatal. Esta ley regula entre otros aspectos su ámbito de aplicación, la obligación de establecer condiciones especiales (favorables) al sector solidario, la definición de las personas que conforma dicho sector solidario, etc.

4. Sin embargo, dice el organismo consultante, la ley no dice nada sobre eventuales enajenaciones de propiedad accionaria del Estado en el exterior, lo que a su juicio se entiende porque “*las materias relacionadas con este asunto escapan al excepcional principio de aplicación extraterritorial de la ley*”. El principio de extraterritorialidad de la ley, dice, es de aplicación excepcional y solo se aplica en materias penales, de estado civil de las personas y de capacidad de los nacionales domiciliados en el exterior para celebrar actos con efectos jurídicos en Colombia.

5. El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional suscrito en Montevideo, integrado al ordenamiento nacional mediante la Ley 40 de 1993¹, establece el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, entre otras, en las Sentencias C-249 de 2004 y T-1157 de 2000.

6. En este orden, el organismo consultante considera que “*el legislador reconoció, con su silencio, que las enajenaciones de la propiedad accionaria estatal cuando quiera que recaen sobre sociedades constituidas y existentes en el exterior, no se sujetan ni al principio previsto en el artículo 60 de la Constitución Política, ni a las disposiciones de la Ley 226 de 1995*”.

7. La aplicación de la Ley 226 de 1995 a la venta de propiedad accionaria del Estado en el exterior, además de que resultaría contraria al principio de territorialidad de la ley, generaría diversas inquietudes, como por ejemplo (i) si habría que ofrecer condiciones favorables a los trabajadores de las respectivas empresas aunque sean extranjeros y no vivan en Colombia; (ii) ¿deberían esos trabajadores designar un apoderado para que los represente en la ronda de venta al sector solidario y, en tal caso, qué régimen se aplicaría a esas acciones?; (iii) ¿deben ofrecerse a tales trabajadores extranjeros líneas especiales de crédito, incluso si las instituciones financieras nacionales no pueden o no desean hacerlo?; etc.

8. Así entonces si se concluye que es obligatorio aplicar extraterritorialmente la Ley 226 de 1995 “*¿habría de aceptarse igualmente que las leyes de otras jurisdicciones sobre esta u otras materias tendrían aplicación extraterritorial en Colombia, incluso cuando contradigan normas de orden público interno?*” Por tanto, dice la consulta, “*los anteriores interrogantes, entre otros, que pueden surgir en cualquier ejercicio teórico sobre el asunto, no hacen más que confirmar la lógica general del principio*

de territorialidad de la ley, para concluir que las disposiciones del artículo 60 de la Constitución Política y su desarrollo posterior contenido en la Ley 226 de 1995 deben entenderse limitadas a los procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal radicada en sociedades o empresas domiciliadas en Colombia.”

Con base en lo anterior, SE PREGUNTA:

1. *¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?*

2. *¿Deben los contratos de compraventa de acciones y los de garantía para atender a las restricciones sobre negociabilidad de acciones (tal y como lo proviene el artículo 14 de la Ley 226 de 1995) que hayan de celebrarse para formalizar la venta de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras, someterse a la ley colombiana, incluso tratándose de empresas constituidas y existentes en otra jurisdicción?*

3. *¿La Ley 226 de 1995 es considerada como una de las excepciones al principio de territorialidad de la Ley y, en particular, una excepción a lo dispuesto en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo?*

4. *¿Deben ceder su lugar y efectos las disposiciones contempladas en los estatutos de las sociedades extranjeras y, en general, las leyes civiles y comerciales de las jurisdicciones foráneas, incluyendo eventuales disposiciones de orden público que impongan para ciertos actos o contratos la aplicación de la ley local, en donde se encuentre domiciliada la sociedad cuyas acciones se pretende enajenar para que forma prevalente o preferente se aplique la ley colombiana, en este caso, la Ley 226 de 1995?*

5. Si el Consejo de Estado concluye que es obligatorio la Ley 226 a la enajenación de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras: ¿Debe entenderse que el universo de sujetos que comprende el denominado "sector solidario" a que se refiere el artículo 3 de la Ley 226 de 1995 se limita a aquellos individuos y entidades domiciliados en Colombia? ¿Debe extenderse a otros individuos o entidades que no tienen reconocimiento legal en Colombia? ¿Se extiende a los trabajadores activos, a los ex trabajadores y los pensionados de la entidad en materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia?

6. En caso de que no sea aplicable a los trabajadores activos, ex - trabajadores y pensionados de la entidad materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia, ¿Se entiende que el acceso preferencial a la propiedad por parte de los trabajadores, organizaciones solidarias y la protección y promoción que quiso el constituyente otorgar a las referidas formas de organización se superpone a los derechos de los trabajadores y organizaciones solidarias del país de domicilio de la sociedad?

7. Si se concluye que es obligatorio aplicar extraterritorialmente la Ley 226 de 1995, ¿Habrá de aceptarse igualmente que las leyes de otras jurisdicciones sobre esta u otras material tendrían aplicación extraterritorial en Colombia, incluso cuando contradigan disposiciones de orden público interno?

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico y aclaración previa

Se pregunta a la Sala si la enajenación de la participación accionaria del Estado en empresas domiciliadas en el exterior se encuentra sujeta a la Ley 226 de 1995, por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política sobre democratización de la propiedad accionaria estatal. Según el organismo consultante, aunque el legislador guarda silencio en ese aspecto, la respuesta sería negativa dado que por regla general las leyes colombianas solo son aplicables en el territorio nacional. Además, a su juicio, la aplicación de la ley 226 en la hipótesis planteada tendría inconvenientes prácticos que no parecerían acordes con su espíritu.

Para responder estos problemas la Sala revisará inicialmente al contenido y alcance general de la Ley 226 de 1995. Posteriormente estudiará el concepto de soberanía y el principio de territorialidad de la ley con el fin de determinar el alcance natural de las normas expedidas por las autoridades colombianas y establecer, de este modo, si la Ley 226 de 1995 cobija o no la enajenación de la participación accionaria del Estado en empresas ubicadas por fuera del territorio nacional.

Cabe advertir que de acuerdo con los antecedentes expuestos, la Sala entiende que la consulta recae sobre empresas constituidas y domiciliadas en otros Estados bajo reglas de derecho privado, razón por la cual no ejercen en esos países ningún tipo de representación oficial ni condición alguna de autoridad pública colombiana, a partir de lo cual sea necesario hacer un estudio particular de tratados o regímenes especiales.

De otra parte, la Sala aclara que responderá la consulta desde la misma perspectiva general en que ha sido planteada, esto es sin referencia a ningún caso, empresa o país en particular. Por tanto, lo que enseguida se señala se entiende sin perjuicio del análisis que puedan exigir casos específicos o regímenes normativos especiales (nacionales o internacionales).

2. Contenido y alcance general de la Ley 226 de 1995

El Título I de la Constitución Política -principios fundamentales-, señala que son fines esenciales del Estado, entre otros, "*promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*" y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y "*en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*" (artículo 2º).

En ese lógica la Constitución le impone al Estado diversos deberes relacionados con la implementación e impulso de mecanismos reales y efectivos de acceso a la propiedad, particularmente dirigidos al sector solidario y de los trabajadores. Así, son deberes constitucionales del Estado: (i) establecer estímulos y medios "*para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas*" (artículo 57); (ii) proteger y promover "*las formas asociativas y solidarias de propiedad*" (artículo 58); (iii) promover el acceso a la propiedad (artículo 60, primer inciso); (iv) democratizar la titularidad de sus acciones cuando decida la venta de su participación accionaria en una empresa (artículo 60, segundo inciso); (v) promover el acceso progresivo "*a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa*" (artículo 64); (vi) fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial (artículo 333); (vii) intervenir en la economía para "*el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo*" (artículo 334); y (vii) promover la democratización del crédito (artículo 335).

De manera particular, el artículo 60 de la Constitución Política establece lo siguiente:

"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."

Sobre este artículo la jurisprudencia ha aclarado que el inciso primero contiene un principio general (de promoción del acceso a la propiedad) y el segundo dos reglas directamente aplicables a los procesos de enajenación de participación estatal en una empresa, los cuales constituyen mandatos definitivos no disponibles (sino desarrollables) por el legislador: (i) un ofrecimiento preferente de la participación accionaria estatal a los trabajadores y las organizaciones solidarias y de los trabajadores; y (ii) la exigencia de condiciones especiales (favorables) para que dichos sectores puedan acceder a esa propiedad².

Además se ha hecho énfasis en que el artículo 60 de la Constitución Política (i) se orienta al equilibrio y distribución equitativa de la riqueza y los medios de producción; (ii) contribuye a la realización de los fines del Estado; (iii) impone al Estado el deber de proveer medios efectivos y reales para materializar el acceso a la propiedad estatal; (iv) debe interpretarse de manera sistemática con los mandatos constitucionales de participación democrática y promoción del sector solidario y del trabajo; y (v) no admite restricciones por parte del legislador³.

Igualmente, la Corte Constitucional ha hecho una interpretación amplia del concepto de Estado que se utiliza en el artículo 60 de la Constitución Política, con lo cual se ha concluido que lo ordenado en él se aplica a la generalidad de entidades estatales de cualquier orden:

"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."⁴ (Se resalta)

Ahora bien, la Ley 226 de 1995, *por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones*, establece lo siguiente en su artículo 1º:

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

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

Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa."⁵

Asimismo, la primera parte de la Ley 226 de 1995 (sin título) contiene: (i) un mandato general de democratización y de uso de mecanismos abiertos y participativos para acceder a la propiedad accionaria del Estado (artículo 2); un derecho de preferencia a favor de los trabajadores activos y pensionados de la empresa, de sus ex trabajadores y asociaciones de empleados y, en general, del sector solidario definido en la misma ley (artículo 3); un mandato de protección del patrimonio público (artículo 4); y un mandato de continuidad del servicio cuando la venta recaiga sobre una empresa encargada de un servicio de interés general.

La segunda parte de la ley -"*procedimiento de enajenación*"-, comprende los siguientes aspectos: competencia, procedimiento, contenido mínimo y sujeción a estudios técnicos de los programas de enajenación (artículos 6, 7 y 10); evaluación previa del programa de enajenación por el Consejo de Ministros y aprobación por el Gobierno Nacional (artículo 8); orden de utilización de mecanismos de amplia publicidad y libre concurrencia (artículo 9); condiciones especiales para el sector solidario (artículo 11); consecuencias de la enajenación desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado y de la pérdida de los privilegios públicos que pudiera tener la empresa antes de su venta (artículo 12); y bienes y derechos que se encuentran excluidos de la enajenación de empresas estatales (artículo 13).

La tercera parte se refiere a "*las medidas para la democratización de la propiedad accionaria*" y regula: las facultades del Gobierno Nacional para imponer restricciones y sanciones por la adquisición de acciones con fines contrarios a los propósitos de la ley (artículo 14); la legitimación para solicitar la nulidad del procedimiento de enajenación y los efectos de ésta (artículo 15); y autorización al Gobierno Nacional para designar las autoridades encargadas de supervisar algunos aspectos del respectivo procedimiento (artículo 16).

Finalmente, la cuarta y última parte de la ley "*otras disposiciones*" regula los siguientes aspectos: la sujeción de las entidades territoriales al procedimiento

señalado en la ley (artículo 17); algunas exclusiones y regulaciones específicas para algunas entidades (artículos 18, 19, 20 y 22); el papel de las sociedades comisionistas de bolsa (artículo 21); el destino de un porcentaje de los recursos derivados de la enajenación (artículo 23); habilitación al Gobierno Nacional para adoptar medidas de confianza y estabilidad en caso de que se declare judicialmente la nulidad de la venta (artículo 24); posibilidad de realizar actividades de promoción de los programas de enajenación (artículo 25); y, finalmente, las vigencias y derogatorias (artículo 26).

Se puede observar entonces, que la Ley 226 de 1995 regula competencias públicas, deberes estatales y derechos ciudadanos, así como procedimientos y consecuencias legales de la inobservancia de la ley. Unos y otros a cargo o de responsabilidad del Gobierno Nacional y de las autoridades territoriales, según el caso.

Ciertamente, como señala el organismo consultante, la ley no menciona ni en su artículo 1 (campo de aplicación) ni en otros apartes de la misma, si lo dispuesto en ella es o no aplicable a la enajenación de la participación accionaria que el Estado tiene en empresas o sociedades constituidas y domiciliadas *en el exterior*, es decir si es o no aplicable por fuera del territorio nacional. En ese contexto se pregunta cómo debe interpretarse el silencio del legislador a la luz del principio de territorialidad de la ley.

Pasa entonces la Sala a revisar este punto.

3. El concepto de soberanía y el principio de territorialidad de la ley

3.1 Aspectos generales

La Constitución Política de 1991 se refiere a la soberanía del Estado (i) como fundamento del poder soberano del pueblo para expedir la Constitución (preámbulo) y acceder a los mecanismos de participación ciudadana (artículo 103); (ii) para señalar que “*la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público*” y se ejerce “*en forma directa o por medio de sus representantes*” (artículo 3º); (iii) como elemento del Estado que debe ser defendido de agresiones externas por el Presidente de la República (artículo 212) y las fuerzas militares (artículo 217); y (iv) como razón de interés general que permite reservar a favor del Estado la prestación de una determinada actividad económica o de servicio público (artículo 365).

Además la Constitución señala que la soberanía, junto con el derecho a la autodeterminación de los pueblos y los principios de derecho internacional aceptados por Colombia, son la base de las relaciones exteriores del Estado:

“Artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.”

De este modo, la soberanía se expresa en el plano interno como la “*posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados*”⁶ y en el internacional como “*la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc.*”⁷ Desde esta segunda perspectiva (la internacional), la soberanía se relaciona directamente con los principios de reciprocidad, igualdad y equidad establecidos en los artículos 226 y 277 de la Constitución para el manejo de las relaciones internacionales⁸.

La jurisprudencia ha señalado que la soberanía nacional y el principio de libre autodeterminación constituyen una prohibición “*de admitir cualquier medida que afecte la independencia política del Estado*”⁹, de modo que resguardan la posibilidad de que el Estado “*actúe con autonomía y adopte, conforme a sus procedimientos internos, las decisiones que considere convenientes*”¹⁰. En este sentido los Estados, “*gozan de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos, y pueden aceptar libremente, sin imposiciones foráneas, en su condición de sujetos iguales de la comunidad internacional, obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua.*”¹¹ Por lo mismo, “*cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio*”.¹²

A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(….) la independencia política como atributo del Estado se relaciona estrechamente con el concepto de soberanía. En esta medida, para entender el significado de dicha independencia, es indispensable detenerse en los dos ámbitos de proyección que del poder soberano ha reconocido la evolución de las ideas políticas. En el orden interno, se ha admitido que la soberanía significa la imposición del poder del Estado sobre los demás poderes que coexisten con él; y, en plano internacional, se ha aceptado que el poder del Estado se encuentra en un nivel de igualdad con el de los demás actores de la comunidad internacional.”

Bajo este contexto, por *independencia política* se entiende la facultad de los Estados de decidir con autonomía acerca de sus asuntos internos y externos en el marco del derecho internacional. Por ello, aun cuando los Estados son libres de escoger la forma de regular, administrar y disponer de sus asuntos internos, y, en igual medida, de llevar a cabo sus relaciones internacionales, no por ello su independencia les otorga el poder actuar por el fuera del marco de las costumbres, principios y tratados del derecho internacional, que constituyen un límite normativo en la dirección de las relaciones internacionales.

De manera pues que la independencia de los Estados, en cuanto sujetos del derecho internacional, se orienta a impedir que alguno de ellos se encuentre sometido al ordenamiento jurídico o al poder público, político y soberano de otro Estado. Hoy en día, es indiscutible, que entre sujetos puestos en un plano de igualdad, no es concebible ni admisible el establecimiento de relaciones jerárquicas de poder. Dicho principio se reconoce en el ordenamiento internacional con el nombre de “*par in parem non habet imperium*”, o en otras palabras, entre sujetos pares no pueden existir relaciones de sometimiento.”¹³ (Se resalta)

En esta medida, sin perjuicio de las limitaciones que surgen del derecho internacional humanitario¹⁴ y de los tratados internacionales por virtud de los cuales los propios Estados han cedido espacios de su capacidad normativa¹⁵, se reconoce el derecho de cada Estado a establecer su propio modelo constitucional, su sistema de valores y principios y, en general, la legislación interna que habrá de regir en su territorio¹⁶. En consecuencia, la aplicación de un derecho externo en el territorio nacional solo puede provenir de la propia voluntad del Estado a través de tratados o convenios internacionales¹⁷, que en el caso colombiano exigen además su incorporación legal y la revisión automática de constitucionalidad.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la soberanía está directamente relacionada con el territorio (artículo 101 C.P.), en la medida que es

dentro de él donde el Estado ejerce su poder vinculante para dictar autónomamente normas jurídicas:

"Ciertamente, el derecho internacional público define el territorio como aquel conjunto de espacios en los cuales el Estado ejerce su soberanía, razón por la cual la consecuencia fundamental de que algún espacio físico forme parte integral del territorio de un Estado consiste en que tal espacio queda sometido al ejercicio de la soberanía estatal con todos los atributos que ella implica.

La soberanía del Estado, desde la perspectiva del derecho internacional público, se manifiesta en forma dual. A nivel internacional, consiste, entre otras cosas, en la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc. A nivel interno, la soberanía consiste en la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados."¹⁸ (Se resalta)

De este modo el territorio define materialmente "*el punto hasta el cual puede llegar la acción efectiva del Estado*"¹⁹ y, por ende, "*el marco en el que tiene validez el orden estatal*"²⁰. Por lo mismo, como ha advertido la Corte Constitucional, el territorio es el espacio físico dentro del cual cobran sentido las competencias de las autoridades estatales y los derechos y deberes de sus habitantes:

"5.1.1.3. Al territorio se vinculan varios *objetivos o funciones* que, en general, han sido reconocidos por la doctrina constitucional. Así, el territorio permite agrupar a poblaciones diversas, toda vez que hallándose asentadas o comprendidas por el territorio del Estado, se encuentran regidas por la Constitución y por un mismo conjunto de autoridades. Así mismo, el territorio asegura la capacidad de autodeterminación del Estado puesto que define el espacio en el que el Estado ejerce de forma autónoma sus funciones. Igualmente, el territorio le confiere contenido a las competencias de las autoridades y determina el alcance de los derechos y obligaciones de los habitantes. Adicionalmente, tal y como también lo ha reconocido la doctrina, al territorio acude el Estado para el cumplimiento de sus fines, no solo por el natural hecho de que es el espacio donde las autoridades ejercen sus competencias, sino también porque el dominio eminente que ostenta le permite disponer de los recursos allí integrados."²¹

(...) La Constitución, entonces, hace evidente la especial posición que tiene en la Constitución la idea de territorio: (i) definiendo el ámbito espacial en el que las autoridades públicas ejercen sus competencias; (ii) reconociendo a partir de la condición de habitante del territorio del Estado Colombiano, la titularidad de los derechos; (iii) estableciendo deberes específicos de protección del territorio comprendido entre los límites; (iii) fijando la propiedad del territorio nacional así como de los bienes públicos que en él se encuentran; (iv) determinando las restricciones que se imponen a algunas de las autoridades públicas cuando prevean salir de la República de Colombia; y (v) regulando las relaciones entre las comunidades que se encuentran en zonas de frontera. Así pues, el contenido de la Carta con referencias directas o indirectas al concepto de *territorio*, relieva la especial importancia constitucional que revisten las normas que lo regulan. Tales normas se erigen en elemento nuclear del sistema constitucional vigente."²² (Se resalta)

En este orden, la regla general es que la eficacia de las leyes está circunscrita al territorio nacional de cada Estado sin necesidad de que exista una manifestación explícita del legislador en ese sentido. Al contrario, la aplicación de la ley en un lugar diferente al que conforma el territorio nacional -por razón de un tratado, de las reglas que rigen las relaciones diplomáticas o de los principios generales de derecho internacional-, sería una excepción que exigiría norma expresa que así lo dispusiera.

Finalmente cabe recordar que por virtud del principio de territorialidad de la ley, los extranjeros que se encuentren en Colombia también están sujetos a la Constitución Política y la ley conforme lo establece expresamente el artículo 4º de la Carta: "*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*". Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que:

"El deber de los extranjeros en Colombia de acatar la Constitución y la ley (Artículo 4º C.P.), sean éstos personas jurídicas o naturales implica que el propio Constituyente tuvo en cuenta la importancia que tienen estos sujetos de derecho y las actividades que estos desarrollan para el logro de los valores y principios superiores que guían el Estado colombiano para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."²³

En ese orden, las personas naturales o jurídicas extranjeras que deseen desarrollar actividades comerciales en el país (salvo que exista algún tipo de inmunidad o de regulación especial en virtud de un tratado o convenio internacional), estarán sujetas a las leyes nacionales y no podrán eludir su cumplimiento invocando la legislación interna de su Estado de origen.

Esto último es particularmente importante en el asunto consultado, pues sería aplicable a su vez a las empresas colombianas domiciliadas en el extranjero, en virtud, precisamente, del principio de soberanía (visto desde la perspectiva del Estado en que se encuentre establecida la respectiva sociedad) y de reciprocidad, tal como pasa a revisarse.

3.2 El principio de reciprocidad y el reconocimiento de la soberanía de otros Estados en su propio territorio

Ahora bien, la soberanía no es un concepto unidireccional -solo a favor del Estado que la proclama-, sino que comporta derechos y obligaciones²⁴. El *principio de reciprocidad* (artículo 236 C.P) y el hecho de que la comunidad internacional está basada en relaciones entre iguales²⁵, implican que cada Estado debe reconocer la soberanía de las demás naciones, en tanto que "*el respeto a la soberanía de cada país [es] la piedra angular en que se sustent[a] el edificio de la integración internacional*"²⁶. Por tanto la afirmación interna del principio de soberanía nacional y de la libre autodeterminación comporta a su vez (i) el reconocimiento del derecho de los demás Estados a regular sus propios asuntos y a regirse por sus propias normas; y (ii) la imposibilidad de intentar la aplicación de la ley nacional en otros territorios diferentes al propio.

A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado que para el desarrollo adecuado de las relaciones internacionales es indispensable que todos los Estados:

"asuman y practiquen el compromiso de respetar el principio universalmente reconocido de la autodeterminación de los pueblos, en virtud del cual cada uno debe resolver los asuntos que le competen en ejercicio de su soberanía y de manera independiente, y que los distintos organismos estatales, al adoptar sus decisiones, partan de ese mismo presupuesto."²⁷

Se ha advertido entonces, al revisar la constitucionalidad de los compromisos asumidos por el país a través de tratados internacionales, que en virtud del principio de reciprocidad previsto en el artículo 226 de la Constitución Política, "*mal podría el Estado colombiano pretender que otros Estados lo asistiesen en la salvaguarda de su interés general si por contrapartida el Estado colombiano, no estimase el interés general de las otras partes del Convenio*".²⁸ Por tanto, el concepto de soberanía interna exige en cualquier caso una "*adecuada articulación de los compromisos internacionales con el ejercicio de las competencias propias de nuestro Estado Social de Derecho, el cual propende tanto por la realización de los intereses nacionales como por la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.*"²⁹

Por lo anterior, lo señalado inicialmente sobre el derecho del Estado Colombiano a imponer el cumplimiento de su ordenamiento jurídico dentro del territorio nacional, inclusive frente a las personas naturales o jurídicas extranjeras que se encuentren en él, es en principio predicable de los demás Estados en cuanto a la obligatoriedad de su legislación interna dentro de sus territorios, incluso respecto de las personas naturales o jurídicas de otros países que se encuentren dentro de ellos.

En consecuencia, así como la normatividad de otros Estados no es aplicable en el país, la legislación colombiana no es apta para regular actos o asuntos que se producen en otros Estados, salvo los casos de extraterritorialidad reconocidos por el derecho internacional o derivados de tratados internacionales.

3.3 El principio de territorialidad de la ley en el derecho privado y de los contratos

El principio de territorialidad que se ha visto, de acuerdo con el cual "*cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser éste 'su natural' ámbito espacial de validez*"³⁰, ha sido desarrollado en la esfera del derecho privado y contractual.

En estos ámbitos la regla general es el principio de territorialidad de la ley y la excepción la extraterritorialidad. El principio de territorialidad como regla general se encuentra expresamente establecido en el artículo 18 del Código Civil, según el cual "*la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia*". Los artículos siguientes del mismo estatuto señalan los casos en que, excepcionalmente, está prevista la aplicación extraterritorial de la ley colombiana:

- (i) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar actos que hayan de tener efecto Colombia (artículo 19 C.C.)
- (ii) En ciertas obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia (artículo 19 C.C.)
- (iii) En relación con los actos que recaigan sobre bienes ubicados en el territorio nacional o en los cuales tenga interés la Nación (artículo 20 C.C.).
- (iv) En cuanto a la forma de los instrumentos públicos, la cual se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, aun cuando su autenticidad se rige por la ley colombiana si el acto produce efectos en el territorio nacional (artículo 21 C.C.).

Respecto de estas disposiciones, aplicables en principio al derecho comercial³¹, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"Los arts. 18, 19, 20 y 21 del Código Civil, aplicables a los negocios mercantiles según los arts. 1, 2 y 822 del Código del Comercio, regulan lo relativo a la problemática de la territorialidad de la ley y de sus disposiciones se extraen los siguientes principios:

Las leyes obligan a todos los habitantes del país, incluyendo los extranjeros sean domiciliados o transeúntes, salvo lo previsto para éstos en tratados públicos (art. 59, ley 159 de 1888, 57 del C.R.P.M.). Este es el principio de la territorialidad de las leyes, conforme al cual éstas sólo obligan dentro del territorio del respectivo estado.

El mencionado principio se encuentra morigerado con las siguientes excepciones: i) los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana (art. 19 C.C.), en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familias, en la medida que se trate de ejecutar actos que deban tener efectos en Colombia; ii) todo lo concerniente a los bienes, en razón de que hacen parte del territorio nacional y se vinculan con los derechos de soberanía, se rigen por la ley colombiana, a partir de la norma contenida en el art. 20 del Código Civil, que aun cuando referida a los bienes en cuya propiedad tiene interés o derecho la Nación es aplicable, en general, a toda relación jurídica referida a los bienes ubicados dentro del territorio nacional (Consejo de Estado, sentencia de marzo 18 de 1971); iii) la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados."³²

Por su solidez, reitera la Corte, se puede considerar al principio de territorialidad como la regla general a aplicar, "*y a los demás principios como sus excepciones, puesto que legitiman el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción*".³³

En esta misma dirección se encuentra además el artículo 869 del Código de Comercio, según el cual "*la ejecución de los contratos celebrados en*

el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana, lo que de suyo implica que los contratos celebrados en el exterior que no deban cumplirse en el país, no están sujetos a la legislación nacional.

Del mismo modo, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 en materia en contratación pública dispone:

"Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales (...)

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera."

Como se observa, también en la contratación estatal, donde existe un claro interés público de sujeción a la normatividad nacional, se ha previsto que en virtud del principio general de territorialidad de la ley, los contratos se ríjan por la ley extranjera (i) cuando se celebren y deban cumplirse en el exterior y (ii) cuando se celebren en Colombia pero deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero. Precisamente, al declarar la constitucionalidad de estas reglas, la Corte Constitucional señaló lo siguiente sobre el respeto de la legislación extranjera y de la soberanía de los demás Estados:

"En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera sólo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior (...)"

Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado (...) Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución -en país extraño- de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa. Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento hacia los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto. Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa."³⁴ (Se resalta)

La misma solución de aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato (*lex loci solutionis*), se encuentra consagrada en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional suscritos en Montevideo en 1889 e incorporados al ordenamiento nacional mediante la Ley 33 de 1992³⁵. El primero de dichos tratados (sobre derecho civil) dispone lo siguiente:

"TITULO X

DE LOS ACTOS JURIDICOS

Artículo 32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Artículo 33. La misma ley rige:

- a) Su existencia;
- b) Su naturaleza;
- c) Su validez;
- d) Sus efectos;
- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;
- g).En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Artículo 34. En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de

su celebración."

En concordancia con lo anterior, el artículo 39 del mismo Convenio establece que las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan, y "*los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo*".

Adicionalmente, el segundo Convenio (sobre derecho comercial internacional) regula las reglas aplicables a las sociedades y a sus actos, así:

**"TITULO II
DE LAS SOCIEDADES**

Artículo 40. El Contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial.

Artículo 50. Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se regirán por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados y hábiles para ejercitarse en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales.

Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos."

Como se observa, de acuerdo con este Convenio las empresas se encuentran sujetas a la ley del lugar donde establecen su domicilio y sus actos a la ley del Estado donde vayan a realizarse.

Lo dicho anteriormente significa entonces, a modo de conclusión, que por regla general los actos y contratos que deben perfeccionarse, cumplirse y ejecutarse en otro país, no se rigen por la ley colombiana, salvo que se encuentren en alguna de los casos de extraterritorialidad inicialmente señalados. Igualmente, el principio de territorialidad manda que las empresas y sus actos se gobiernen por la ley del lugar de su domicilio y donde dichos actos vayan a tener efectos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que:

"El principio de la aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio. Dicho principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento territorial o espacial del mismo."³⁶ (Se resalta)

4. La respuesta al interrogante planteado

Como se señaló inicialmente la Ley 226 de 1995 tiene una conexión directa con fines, principios y valores constitucionales particularmente importantes desde la perspectiva de la participación, el acceso a la propiedad y el bienestar general de las personas. Su importancia ha sido reiterada consistentemente por la Corte Constitucional³⁷ y el Consejo de Estado a través de sus secciones contenciosas³⁸ y de esta Sala³⁹.

Sin embargo, no obstante el peso específico del artículo 60 Superior y de la Ley 226 de 1995 en el conjunto de valores y principios constitucionales, así como el hecho de que se trata de mandatos aplicables a la generalidad de órganos y empresas del Estado en todos sus niveles⁴⁰, no puede desconocerse que tanto la Constitución Política como las leyes expedidas con base en ella solo están destinadas a regir, por regla general, dentro del territorio nacional.

En este sentido, cuando la Constitución Política señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger "a todas las personas residentes en Colombia" (artículo 2º C.P.), queda determinado el ámbito de aplicación de sus normas internas, pues es en ese espacio físico -el del territorio nacional, artículo 101 ibídem-, donde las autoridades colombianas pueden actuar y ejercer las competencias que les confiere el ordenamiento jurídico interno para la garantía de los principios y derechos consagrados en ella.

Por tanto, como se señaló, no es necesario que toda ley disponga expresamente que su ámbito de aplicación está restringido al territorio nacional, del mismo modo que tampoco podría entenderse que el silencio del legislador en ese punto genera duda sobre la aplicación o no de una ley colombiana en el territorio de otro país. Tal vacío o incertidumbre normativa no existe, porque simplemente los principios de soberanía nacional y de reciprocidad establecidos en los artículos 9 y 226 de la Constitución Política, los cuales a su vez son parte de los principios generales de derecho internacional, determinan que el ámbito material (natural) de aplicación de las leyes está limitado al territorio de cada Estado.

Según se indicó, la Ley 226 de 1995 regula competencias, procedimientos, responsabilidades, sanciones, facultades de reglamentación y ordenación, entre otros aspectos, que lógicamente solo podrían ejercerse dentro del territorio nacional y que, por lo mismo, no podrían extenderse a actos y contratos que, como en el caso consultado, tendrían que perfeccionarse, cumplirse y ejecutarse en el extranjero.

En consecuencia, la Sala concluye que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la enajenación de participación accionaria estatal en empresas establecidas en el exterior y regidas por la normatividad interna de otro Estado.

5. Aclaración final

Ha quedado establecido que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de propiedad accionaria del Estado en empresas domiciliadas en otro

país por virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad en que se funda la Constitución Política.

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

En segundo lugar porque sin perjuicio de que los actos a que hace referencia la consulta se perfeccionen o desarrolleen en el exterior, en cualquier caso las personas que representen los intereses del Estado Colombiano, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades competentes de nuestro país, quienes, a su vez, deberán guiarse por los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate. En tercer lugar, porque es claro que la actuación de los funcionarios nacionales que autoricen la venta, estará sujeta a los principios de la actuación administrativa previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 489 y 3 del CPACA, así como al deber de protección y defensa de los recursos públicos, lo que los hace responsables fiscal y disciplinariamente por sus decisiones. Por lo mismo, los recursos públicos de la venta deberán tener el destino, tratamiento presupuestal y custodia que disponga la ley colombiana, además de que, lógicamente, estarán sujetos a control fiscal (artículo 267 C.P).

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

Con base en lo anterior,

III. La Sala RESPONDE:

1. *¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?*

No. En virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de participación accionaria estatal en empresas que se encuentran domiciliadas en el extranjero.

En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate.

Además los funcionarios nacionales que autoricen la venta de la participación accionaria del Estado en el exterior estarán sujetos a responsabilidad fiscal y disciplinaria y los recursos de la venta podrán ser objeto de control fiscal.

2. *¿Deben los contratos de compraventa de acciones y los de garantía para atender a las restricciones sobre negociabilidad de acciones (tal y como lo proviene el artículo 14 de la Ley 226 de 1995) que hayan de celebrarse para formalizar la venta de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras, someterse a la ley colombiana, incluso tratándose de empresas constituidas y existentes en otra jurisdicciones?*

3. *¿La Ley 226 de 1995 es considerada como una de las excepciones al principio de territorialidad de la Ley y, en particular, una excepción a lo dispuesto en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo?*

4. *¿Deben ceder su lugar y efectos las disposiciones contempladas en los estatutos de las sociedades extranjeras y, en general, las leyes civiles y comerciales de las jurisdicciones foráneas, incluyendo eventuales disposiciones de orden público que impongan para ciertos actos o contratos la aplicación de la ley local, en donde se encuentre domiciliada la sociedad cuyas acciones se pretende enajenar para que forma prevalente o preferente se aplique la ley colombiana, en este caso, la Ley 226 de 1995?*

5. *Si el Consejo de Estado concluye que es obligatorio la Ley 226 a la enajenación de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras: ¿Debe entenderse que el universo de sujetos que comprende el denominado "sector solidario" a que se refiere el artículo 3 de la Ley 226 de 1995 se limita a aquellos individuos y entidades domiciliados en Colombia? ¿Debe extenderse a otros individuos o entidades que no tienen reconocimiento legal en Colombia? ¿Se extiende a los trabajadores activos, a los ex trabajadores y los pensionados de la entidad en materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia?*

6. *En caso de que no sea aplicable a los trabajadores activos, ex - trabajadores y pensionados de la entidad materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia, ¿Se entiende que el acceso preferencial a la propiedad por parte de los trabajadores, organizaciones solidarias y la protección y promoción que quiso el constituyente otorgar a las referidas formas de organización se superpone a los derechos de*

los trabajadores y organizaciones solidarias del país de domicilio de la sociedad?

7. *Si se concluye que es obligatorio aplicar extraterritorialmente la Ley 226 de 1995, ¿Habrá de aceptarse igualmente que las leyes de otras jurisdicciones sobre esta u otras material tendrían aplicación extraterritorial en Colombia, incluso cuando contradigan disposiciones de orden público interno?*

Dado que el primer interrogante fue respondido de manera negativa, no hay lugar a responder estas preguntas.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Presidente de la Sala

Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO

Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 La consulta cita la Ley 40 de 1993, pero la incorporación del Tratado de Montevideo se dio por la Ley 33 de 1992, como se expondrá en la parte considerativa de este concepto.

2 Sentencia C-392 de 1996. Ver también Sentencias C-211 de 1994 y C-1260 de 2001.

3 Ver por ejemplo Sentencias C-452 de 1995, C-075 de 2006 y C-393 de 2012, entre otras.

4 Sentencia C-632 de 1996.

5 Artículo declarado exequible en Sentencia C-1260 de 2001: "Desde el punto de vista lógico, la superación de las tensiones normativas derivadas de una lectura literal de esa disposición constitucional puede ser lograda de dos formas: de un lado, restringiendo el alcance del supuesto de hecho, de tal manera que por enajenación de la participación del Estado en una empresa se entienda únicamente la venta de "acciones" o "propiedad accionaria". Tal es la tesis del demandante, quien concluye entonces que esa regla constitucional sólo opera para aquellas sociedades que reparten su capital social en los títulos negociables llamados acciones. Sin embargo, existe otra opción para superar las tensiones literales, y es ampliar el alcance de la consecuencia jurídica de la regla constitucional, de suerte que las expresiones "acciones" y "propiedad accionaria" incluyan las otras formas de participación del Estado en el capital social de las empresas, como son las cuotas o partes de interés."

6 Sentencia C-191 de 1998.

7 Ibídem: "En este sentido, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominada "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", el principio de igualdad soberana de los Estados comporta los siguientes elementos: (1) la igualdad jurídica entre los Estados; (2) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; (3) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás; (4) la integridad territorial y la independencia política de los Estados son inviolables; (5) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural; y, (6) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados."

8 Sentencia C-644 de 2004.

9 Sentencia C-269 de 2014.

10 Ibídem.

11 Sentencia C-578 de 2002.

12 Sentencia T-1157 de 2000.

13 Sentencia C-644 de 2004. Ver también Sentencia C-418 de 1995: “Para la debida aplicación de los propósitos para los cuales se creó la Conferencia de Ministros de Justicia, resulta de especial importancia el “principio de la no injerencia”, contenido en el artículo 4o. del tratado bajo examen. La citada norma prevé que *‘En ningún caso serán admitidas a consideración materias que, según el criterio del país afectado, supongan ingerencia (sic) en sus asuntos internos’*. Con esta disposición, se reconoce la obligación de la comunidad internacional de no intervenir en los asuntos propios de cada Estado, en virtud del derecho indivisible, absoluto, inalienable, indelegable, permanente e incondicional de los pueblos a su soberanía (Art. 3o. C.P.). Se trata, pues, del respeto a la libre autodeterminación de los pueblos (Art. 9o. C.P.), a través del cual el derecho internacional procura la convivencia pacífica entre las diversas culturas e ideales políticos, de forma tal que cada Estado pueda definir, con absoluta libertad, autonomía e independencia, su propio ordenamiento constitucional y legal.”

14 Sentencia C-578 de 2002: “Por ello, las limitaciones a la soberanía enunciadas están en consonancia con los fines de protección y garantía a los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y representan un desarrollo del artículo 9 de la Constitución.” Ver igualmente Sentencia C-621 de 2001.

15 Sentencia C-644 de 2004. Ver también la Sentencias C-187 de 1996 y C-269 de 2014.

16 Sentencia C-551 de 2003. Ver igualmente Sentencia C-578 de 2002: “No obstante esta evolución, el principio de la soberanía continúa siendo un pilar del derecho internacional. Como resultado de la creciente interacción e interdependencia entre Estados y de la constatación de desafíos globales que interesan a toda la humanidad, surgieron límites a la concepción absoluta de soberanía, justificados por la necesidad de preservar la coexistencia pacífica entre sujetos iguales de derecho internacional, así como el reconocimiento de otros límites adicionales a la soberanía, fundados en la necesidad de respetar valores protegidos por el derecho internacional y asociados a la dignidad del ser humano, a la paz mundial, a la democracia y a la conservación de la especie humana. A pesar de esa evolución, se mantienen constantes tres elementos de la soberanía: (i) el entendimiento de la soberanía como independencia, en especial frente a Estados con pretensiones hegemónicas; (ii) la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no compromete la soberanía, así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas; y (iii) la reafirmación del principio de inmediación según el cual el ejercicio de la soberanía del Estado está sometido, sin intermediación del poder de otro Estado, al derecho internacional.”

17 Sentencia C-578 de 2002: “El manejo de las relaciones internacionales de Colombia previstas en nuestro ordenamiento constitucional, en cuanto reiteran el respeto a los principios de soberanía y *pacta sunt servanda* aceptados por Colombia (artículo 9 CP), según los cuales los compromisos internacionales de Colombia y de cualquier Estado, surgen sólo cuando se ha expresado válidamente el consentimiento para obligarse (...).” Ver también Sentencia C-750 de 2008.

18 Sentencia C-191 de 1998.

19 Sentencia C-269 de 2014.

20 Sentencia C-621 de 2001.

21 Sentencia C-269 de 2014..

22 Ibídem.

23 Sentencia C-1058 de 2003.

24 Sentencia C-621 de 2001.

25 Sentencia C-750 de 2008.

26 Sentencia C-249 de 2004.

27 Sentencia C-176 de 1994, reiterada en Sentencia C-750 de 2008, en la que además se indicó: "Esta Corporación ha aludido al principio de no injerencia de la comunidad internacional sobre la soberanía de cada Estado, al manifestar que implica la obligación de la comunidad internacional de no interferir en los asuntos que conciernen a cada Estado atendiendo el derecho permanente, indivisible, indelegable y absoluto de los pueblos a su soberanía; hace relación, pues, al respeto a la libre autodeterminación de los pueblos en la búsqueda que cada Estado pueda definir con autonomía e independencia su propio ordenamiento constitucional y legal, así como negociar de manera voluntaria acuerdos o tratados internacionales."

28 Sentencia C-032 de 2014, reiterada en Sentencia C-667 de 2014.

29 Sentencia C-155 de 2007.

30 Sentencia T-1157 de 2000.

31 Artículo 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

32 Sentencia T-1157 de 2000, reiterada en Sentencia T-283 de 2001. Sentencia C-249 de 2004: ""Ahora bien, tal como lo observa la doctrina colombiana, el principio de la territorialidad de la ley reviste un sentido absoluto en varios artículos del Código Civil, a saber: (i) por virtud de su artículo 18 la ley colombiana es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en este país; (ii) conforme al primer inciso del artículo 20 los bienes situados en territorio colombiano (*lex rei sitae*) se sujetan a las disposiciones de este código; (iii) la misma regla opera en relación con los contratos celebrados en país extraño sobre bienes situados en Colombia o que deban ejecutarse o producir efectos en el territorio nacional (*lex loci solutionis*); (iv) igualmente se sujetan a este código los actos jurídicos celebrados en Colombia (*locus regit actum*), en cuanto a sus formalidades, contenido, validez y naturaleza, según el artículo 21 ibídem (...)".

33 Sentencia C-1189 de 2000. Ver también Sentencia T-1157 de 2000: "El principio de la territorialidad, como se ha visto, es la regla general. Sin embargo, existen excepciones que permiten el ejercicio de la jurisdicción del Estado en relación con personas, situaciones o cosas que se encuentran por fuera de su territorio. Así, es posible que el Estado pueda asumir jurisdicción y aplicar sus normas en relación con actos o situaciones jurídicas que tuvieron origen en su territorio, pero que se perfeccionaron o agotaron en otro Estado, o con respecto a actos o situaciones generadas ocurridas fuera de su territorio pero que se ejecutan o tienen efectos dentro de sus fronteras territoriales."

34 Sentencia C-249 de 2004.

35 Declarada exequible mediante Sentencia C-276 de 1993.

36 Sentencia C-395 de 2002.

37 Entre otras pueden revisarse las Sentencias C-074 de 1993 (democratización en transformación de la Caja Agraria); C-037 de 1994 (imposibilidad de limitar el alcance del artículo 60 C.P.); C-211 de 1994, C-028 de 1995 y C-452 de 1995 (ofrecimiento de participación accionaria mediante martillo); T-462 de 1994 (importancia del sector solidario); C-474 de 1994 (democratización accionaria en creación de un nuevo sistema de administración portuaria); C-596 DE 1995 (competencia del legislador para fijar las reglas de la enajenación); C-342 de 1996 (derecho de preferencia y condiciones especiales); C-343 de 1996 (legitimación para demandar la nulidad); C-384 de 1996 (interpretación limitada de las facultades para restringir la negociabilidad de las acciones); C-391 de 1996 (aplicación de la ley a entidades territoriales); C-392 de 1996 (inaplicabilidad de la ley a enajenaciones entre órganos del Estado); C-632 de 1996 (pago con acciones en proceso de restructuración); C-1260 de 2001 (ámbito de aplicación de la ley 226 de 1995); y C-393 de 2012 (fondos de cesantías como beneficiarios de condiciones especiales).

38 Entre otras, pueden verse de la Sección Primera las sentencias del 28 de mayo de 2015 (exp.2006-00289), del 2 de mayo de 2013 (exp.2000-00209), del 23 de septiembre de 2010 (exp.2006-00021), del 8 de noviembre de 2002 (exp.1998-1089), del 29 de noviembre de 2001 (exp.2000-6391), etc. De la Sección Tercera las sentencias del 3 de diciembre de 2012 (exp.1999-00342), del 19 de diciembre de 2012 (exp.1998-00324), del 25 de mayo de 2011 (exp.2000-00580), etc.; y de la Sección Cuarta las sentencias del 3 de agosto de diciembre de 2016 (exp.2015-00044), del 24 de junio de 2016 (expediente 2016-0004), del 10 de septiembre de 2015 (exp.2014-00054), del 13 de noviembre de 2008 (exp.2005-00049), del 4 de octubre de 2008 (exp.2005-00055), etc.

39 Entre otros, Conceptos 2002 de 2010, 1921 de 2008, 1829 de 2007, 1827 de 2007, 1820 de 2007, 1812 de 2007, 1663 de 2005, 1513 de 2003, 1215 de 1999,

40 Sentencia C-632 de 1996 (*supra*, numeral 2)

Fecha y hora de creación: 2026-01-17 18:26:42