

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA – Naturaleza jurídica y régimen legal.

Resulta claro que a partir de dicha sentencia (C-953 de 1999) las sociedades de economía mixta son aquellas que crea o autoriza el legislador (en el orden nacional), las asambleas departamentales o los concejos municipales y distritales (en sus respectivos niveles), y cuyo capital se compone de aportes (distintos de inversiones temporales de carácter financiero) efectuados tanto por particulares como por entidades públicas de cualquier tipo, independientemente del porcentaje o grado de participación que el Estado tenga en dicho capital. (...) En relación con el régimen legal aplicable a la organización y funcionamiento de estas sociedades, el artículo 97 de la Ley 489 las somete al derecho privado, como regla general, y el inciso final del artículo 85 preceptúa que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta les serán aplicables, en lo pertinente, los artículos 19, numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 12º, 13º y 17º; 27, numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, y 183 de la Ley 142 de 1994. Por su parte el párrafo primero del artículo 38 de la Ley 489 estatuye que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea una participación igual o superior al 90% del capital se sujetarán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. En similar sentido el párrafo del artículo 97 se refiere al régimen “*de las actividades y de los servidores*” de estas entidades. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la composición accionaria de las sociedades de economía mixta. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-953 de 1999

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO TRANSITORIO 20 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 85 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 97 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 19 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 183

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA – Características

Con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales citadas, la jurisprudencia y la doctrina han identificado las características más importantes de las sociedades de economía mixta, que se sintetizan así: (i) Su creación debe ser ordenada o autorizada por la ley, cuando se trate de sociedades del orden nacional, o por las ordenanzas departamentales o los acuerdos municipales o distritales, en los casos de sociedades de estos niveles de la administración. (ii) Su objeto consiste en la realización de actividades industriales o comerciales. Por tal razón se trata de sociedades comerciales que deben constituirse mediante la celebración de un contrato de sociedad y el cumplimiento de los trámites y requisitos previstos en el Código de Comercio, según el tipo de sociedad de que se trate. (iii) Su capital está conformado por aportes de particulares y de la Nación o de otras entidades públicas de cualquier clase, siempre que no se trate de meras inversiones financieras de carácter transitorio (o de tesorería). (iv) Son

entidades descentralizadas por servicios, vinculadas a la Rama Ejecutiva del poder público en los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, motivo por el cual forman parte de la administración pública. (v) Están dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, por lo cual sus activos y rentas no forman parte del presupuesto general de la Nación. Sin perjuicio de lo anterior, sus excedentes o utilidades constituyen “recursos de capital” para la Nación, en la proporción que corresponda a esta dentro del capital de dichas compañías. (vi) Deben estar vinculadas a un ministerio o departamento administrativo (en el orden nacional). (vii) En su organización, funcionamiento y actividad están sometidas al derecho privado, con excepción de aquellos aspectos a los cuales se apliquen principios y reglas de derecho público, por disponerlo así expresamente la Constitución o la ley. Adicionalmente, aquellas sociedades que tengan una participación estatal igual o superior al 90% están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 68 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 85 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 97 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 19 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 183

ENAJENACIÓN DE PARTICIPACION DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA EN OTRAS SOCIEDADES – Uso que debe dársele a los recursos provenientes de dicha enajenación

La Ley 549 de 1999 impuso exclusivamente a la Nación y a las entidades territoriales el deber de contribuir al financiamiento del pasivo pensional de estas últimas mediante la destinación del 10% del producto neto de las privatizaciones, y por tanto mal podría asumirse que dicha obligación se extienda a entidades u organismos públicos distintos, como las sociedades de economía mixta. Nótese, igualmente, que la obligación contenida en el artículo 23 de la Ley 226 recae expresamente en el Gobierno, y que mal podría este disponer de recursos que no son propios ni están incorporados en el presupuesto general de la Nación, como son los provenientes de la enajenación que hagan las sociedades de economía mixta de su participación en el capital de otras empresas. Para ello se requeriría que tales sumas de dinero entraran primero, como un ingreso, al presupuesto nacional, lo cual implicaría, a su vez, que las referidas entidades descentralizadas tuvieran que transferir esos recursos a la Nación, sacándolos por lo tanto de su patrimonio, obligación que no está prevista en las Leyes 226 de 1995 y 549 de 1999. Adicionalmente debe recordarse que las sociedades de economía mixta son creadas para realizar actividades industriales o comerciales, generalmente en competencia con el sector privado, lo cual permite deducir: (i) que el financiamiento del pasivo pensional de las entidades territoriales es completamente ajeno al objeto social de tales compañías, las cuales no pueden destinar parte de su patrimonio a dicho fin, a menos, claro está, que se constituya una sociedad de economía mixta con ese objeto específico, y (ii) que si se

impusiera a tales entidades descentralizadas la obligación a la cual se refiere este concepto, serían víctimas de una carga discriminatoria en su contra que afectaría su capacidad de competir en el mercado, ya que es evidente que para las sociedades comerciales de capital enteramente privado no surge una obligación semejante cuando enajenen su participación en cualquier empresa. Las razones expuestas permiten concluir con certeza que las sociedades de economía mixta no están obligadas a efectuar el aporte o inversión previsto en los artículos 23 de la Ley 226 y 2° numeral 4 de la Ley 549 cuando enajenen a particulares su participación en el capital de cualquier empresa. Esta conclusión exige a la Sala de analizar si tal obligación, en el evento de que fuera exigible a dichas sociedades, constituiría una expropiación o un tributo, como se sugiere en la consulta. Ahora bien, el hecho de que las sociedades de economía mixta no tengan esta obligación, no significa que puedan utilizar los recursos provenientes de las privatizaciones de cualquier forma, o destinarlos a cualquier fin, pues en su condición de entidades públicas, que forman parte del Estado colombiano, están obligadas a velar por la conservación y el uso adecuado y eficiente de tales activos, y deben en particular dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 226 de 1995, que las obliga a invertir dichos recursos en consonancia con lo dispuesto en los planes de desarrollo. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la vigencia e interpretación de los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2 de la Ley 549 de 1999. Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1812 de 23 de abril de 2007 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2002 de 7 de octubre de 2010.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 60 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 17 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 23 / LEY 549 DE 1999 - ARTICULO 2

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA – Enajenación / PRIVATIZACIONES NACIONALES – Interpretación de dicha expresión incluida en el artículo 2 de la Ley 549 de 1999

Surge una inquietud que es necesario despejar para responder la consulta: si las ventas y otras formas de enajenación de su participación en el capital de cualquier empresa, que las sociedades de economía mixta realicen en favor de particulares, constituyen una “privatización” que se encuentre sujeta, por lo tanto, a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995. Las sociedades de economía mixta forman parte del Estado. Habiéndose establecido que las sociedades de economía mixta son entidades públicas descentralizadas y que por tanto forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público, es claro que a esas sociedades, como parte que son del Estado, se les aplican los mandatos contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226, cuando pretendan enajenar la participación que tengan en el capital de cualquier empresa.

En efecto, cuando el artículo 60 de la Carta ordena al Estado promover el acceso de las personas a la propiedad, así como tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecer a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria, es evidente que se refiere no solamente a la Nación sino a todas las entidades y organismos que conforman el Estado en todos sus niveles territoriales. Así lo ha entendido el propio legislador, como puede apreciarse en el artículo 1º de la Ley 226 (“*campo de aplicación*”), cuyo inciso segundo estatuye: “*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 (sic) éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público*”. (Se subraya). Esta conclusión se confirma plenamente al analizar otras disposiciones de la misma ley y de otras normatividades que regulan parcial o sectorialmente el fenómeno de las privatizaciones, o que simplemente se refieren a este para determinados efectos, como las Leyes 142 y 143 de 1994, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, la Ley 549 de 1999 y la Ley 1450 de 2011 entre otras. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la enajenación de la participación de las sociedades de economía mixta en otras empresas. Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1921 de 23 de septiembre de 2008.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 60 / LEY 226 de 1995 - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00073-00(2206)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO

Referencia: Democratización de la propiedad accionaria del Estado. Enajenación de la participación de sociedades de economía mixta en el capital de otras empresas. Inversión del producto obtenido con la venta.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita concepto a la Sala sobre el uso o destino que debe darse a los recursos obtenidos con la enajenación de la participación que en otras empresas tengan las sociedades de economía mixta, particularmente en relación con el porcentaje previsto en los artículos 23 de la Ley 226 de 1995¹ y 2º, numeral 4º de la Ley 549 de 1999².

I. ANTECEDENTES

La consulta hace referencia inicialmente al artículo 60 de la Constitución Política, que ordena al Estado promover, de acuerdo con la ley, el acceso de las personas a la propiedad y dispone que *“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”*.

Anota que dicho canon constitucional fue desarrollado especialmente por la Ley 226 de 1995, cuyo artículo 1º (*“campo de aplicación”*) preceptúa que esa ley se aplica 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 cualquiera empresa”*.

Menciona también que el artículo 23 de la Ley 226 ordena al Gobierno Nacional invertir el 10% del producto neto de la enajenación de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de aquellos correspondientes a entidades financieras, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial (departamento o municipio) en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones o bonos se enajenan.

Esta norma fue modificada más tarde por el artículo 2º de la Ley 549 de 1999, el cual señaló un conjunto de recursos públicos que se deben destinar a cubrir los pasivos pensionales de las entidades territoriales, e incluyó entre ellos *“el diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen ...”* (numeral 4).

¹ *“Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”*.

² *“Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional”*.

Sobre la vigencia e interrelación de ambas disposiciones el Ministro de Hacienda cita el concepto N° 1812 del 23 de abril de 2007, en el cual la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó que el artículo 2º, numeral 4 de la Ley 549 de 1999 no derogó el artículo 23 de la Ley 226 sino lo modificó en el sentido de cambiar la destinación de los recursos correspondientes al 10% del producto neto de las privatizaciones. Inicialmente dichos recursos debían invertirse en proyectos de desarrollo regional pero a partir de la entrada en vigencia de la Ley 549 deben utilizarse exclusivamente para cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos) en las que se realice la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenan. Por esta razón la Sala consideró que el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 continuaba vigente con la modificación indicada.

A la luz de estos elementos jurídicos el ministro considera que, aun cuando el artículo 60 de la Carta y la Ley 226 son aplicables a la enajenación de acciones y otras formas de participación que las entidades y los organismos del Estado (incluyendo las sociedades de economía mixta) tengan en el capital de empresas de cualquier tipo, no puede entenderse que los artículos 23 de la citada ley y 2º, numeral 4 de la Ley 549 se apliquen a las sociedades de economía mixta, en cuanto a la obligación de destinar el 10% del producto neto de la enajenación de su participación en el capital de otras empresas, para ayudar a cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales, pues de las normas y los argumentos citados se deduce que el único obligado a realizar tales aportes es la Nación.

Luego de analizar el régimen legal al que están sometidas dichas sociedades, así como algunas normas presupuestales, concluye la consulta que los recursos monetarios que aquellas reciban como pago por la enajenación de las acciones o la participación que tengan en el capital de otra empresa, les pertenecen exclusivamente a tales compañías e indirectamente a sus socios, entre los cuales no solamente hay entidades públicas sino también personas naturales y jurídicas privadas, nacionales y extranjeras.

Por tal razón, afirma la consulta, si las sociedades de economía mixta estuvieran obligadas a destinar el 10% del producto neto de las mencionadas operaciones a la financiación de los pasivos pensionales de las entidades territoriales, se estaría decretando en su contra una expropiación sin indemnización previa sin que exista una ley que señale los motivos de utilidad pública o interés social que la justifiquen, todo lo cual resultaría violatorio no solo de la Constitución Política sino también (en el caso de los inversionistas foráneos) de varios tratados internacionales suscritos por Colombia para proteger la inversión extranjera (incluyendo tratados de libre comercio).

Agrega la consulta que, si pudiera entenderse que dicha obligación legal grava también a las mencionadas sociedades, se presentaría una inexplicable e inadmisiblesuplantación de los órganos de administración de tales compañías,

que a la vez representan a sus accionistas, ya que la ley estaría señalando directamente y por encima de la voluntad de esas personas en qué debe invertirse una parte de los recursos obtenidos como resultado de la enajenación de su participación en el capital de otras empresas.

Tampoco podría pensarse, sostiene la consulta, que la obligación de efectuar dichas inversiones o gastos forzosos constituya un tributo a cargo de las sociedades de economía mixta, pues resultaría violatorio de varias normas constitucionales que se refieren a las condiciones mínimas que deben cumplir las imposiciones fiscales y parafiscales que establezca la ley. Dicha medida sería discriminatoria frente a las sociedades de capital enteramente privado, que a pesar de competir con las sociedades de economía mixta, no están obligadas a asumir tales cargas cuando disponen de su participación en otras empresas.

Por estas razones el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como organismo encargado de “*coordinar los procesos de privatización adelantados por las entidades estatales (artículo 7 de la Ley 226) y... administrador del FONPET (artículo 3 Ley 549)...*”, formula la siguiente

Pregunta:

“Dados los argumentos arriba expuestos, ¿de qué manera deben interpretarse los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2.4 de la Ley 549 de 1999, respecto del giro al FONPET del 10% del resultado neto de la enajenación que haga una sociedad de economía mixta, directa o indirecta, de acciones de su propiedad?”

II. CONSIDERACIONES

Para responder a este interrogante la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) La naturaleza jurídica y el régimen legal de las sociedades de economía mixta, y (ii) la interpretación de los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2º numeral 4 de la Ley 549 de 1999, en relación con las sociedades de economía mixta.

A. Naturaleza jurídica y régimen legal de las sociedades de economía mixta

La Constitución Política se refiere expresamente a las sociedades de economía mixta en los artículos 150 numeral 7³, 300⁴, 313⁵ y transitorio 20, ⁶ aunque no

³ “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos... y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y

define su naturaleza jurídica ni el régimen aplicable a dichas entidades, asuntos que corresponden a la ley como pasa a explicarse.

a. Definición. La Ley 489 de 1998⁷ consagra, entre otros aspectos, la estructura general de la administración pública nacional y dentro de esta la de la rama ejecutiva del poder público, que incluye en el sector descentralizado a las sociedades de economía mixta (artículos 38 y 68). El artículo 97 las define en los siguientes términos:

“Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

“Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

“Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

El inciso segundo de esta norma condicionaba la categorización de una entidad como “sociedad de economía mixta” al hecho de que la participación estatal en la misma fuera igual o superior al 50% de su capital suscrito y pagado, pero fue

estructura orgánica;... así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta...

⁴ *“Artículo 300 (modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 1 de 1996). Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

“(...)”

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias... , crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

“(...)”

⁵ *“Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...)”*

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias... crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.(...)”

⁶ *“Artículo transitorio 20. El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión... suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional...”*

⁷ *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades y organismos del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.*

declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999.⁸ Sostuvo la corte en dicho fallo:

“4.5. Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces que la existencia de una sociedad de economía mixta tan solo requiere, conforme a la Carta Magna, que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares”.

Resulta claro entonces que a partir de dicha sentencia (C-953 de 1999) las sociedades de economía mixta son aquellas que crea o autoriza el legislador (en el orden nacional), las asambleas departamentales o los concejos municipales y distritales (en sus respectivos niveles), y cuyo capital se compone de aportes (distintos de inversiones temporales de carácter financiero) efectuados tanto por particulares como por entidades públicas de cualquier tipo, independientemente del porcentaje o grado de participación que el Estado tenga en dicho capital.

b. Creación. En cuanto a su creación varias normas de la Ley 489 reiteran que se requiere autorización de la ley, de las ordenanzas o de los acuerdos municipales o distritales, según el caso (artículos 49, 50, 69, 97 y 98), y el párrafo del artículo 49 precisa que las entidades descentralizadas *indirectas*⁹ y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, *“se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden...”*.

c. Forman parte de la administración. Respecto de su ubicación en la administración pública, además de lo dispuesto en las normas constitucionales antes citadas, los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998 disponen que las sociedades de economía mixta forman parte de la rama ejecutiva del poder público, en el sector descentralizado por servicios. Por su parte el artículo 98

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-953 del 1 de diciembre de 1999. Expedientes Nos. D-2521, D-2525, D-2540, D-2553 y D-2558.

⁹ Es decir, aquellas constituidas por otras entidades descentralizadas.

estatuye que el acto de constitución de esta clase de entidades debe indicar, entre otros puntos, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad, así como su vinculación a un determinado organismo, para efectos del control administrativo por parte del sector central. En el mismo sentido el artículo 50 de la citada ley específica que dichas sociedades estarán vinculadas a ministerios o a departamentos administrativos.

d. Régimen legal. En relación con el régimen legal aplicable a la organización y funcionamiento de estas sociedades, el artículo 97 de la Ley 489 las somete al derecho privado, como regla general, y el inciso final del artículo 85 preceptúa que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta les serán aplicables, en lo pertinente, los artículos 19, numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 12º, 13º y 17º; 27, numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, y 183 de la Ley 142 de 1994¹⁰.

Por su parte el párrafo primero del artículo 38 de la Ley 489 estatuye que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea una participación igual o superior al 90% del capital se sujetarán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. En similar sentido el párrafo del artículo 97 se refiere al régimen “*de las actividades y de los servidores*” de estas entidades.

e. Régimen contractual. En lo que concierne a la contratación es necesario recordar que el artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹¹ incluyó en la definición de “entidades estatales”, que están sometidas a las normas de dicho estatuto, a las sociedades de economía mixta “*en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)*”, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-629 de 2003¹².

Sin embargo el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007¹³, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011¹⁴, dispuso que “*...las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o*

¹⁰ “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”. Las normas citadas contienen algunas reglas especiales para las empresas de servicios públicos, frente al régimen general y común de las sociedades.

¹¹ “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-629 del 29 de julio de 2003, expediente D-4448.

¹³ “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993... y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*”.

¹⁴ “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*”.

público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley". El citado artículo 13 preceptúa que las entidades del Estado que cuenten con un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán aplicar, en todo caso, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución, según el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

f. Régimen patrimonial y financiero. En relación con los aspectos patrimonial y financiero el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 dispone que las sociedades de economía mixta, al igual que las otras entidades descentralizadas, tienen personería jurídica y gozan de autonomía administrativa y patrimonio propio.

Además, según el Estatuto Orgánico del Presupuesto, integrado principalmente por las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, y compilado en el Decreto 111 de 1996, el presupuesto general de la Nación no incluye a las sociedades de economía mixta¹⁵, aunque el mismo estatuto advierte que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación estatal igual o superior al 90% estarán sometidas a los principios generales que dicho estatuto consagra, con excepción del de inembargabilidad (artículo 96)¹⁶, así como a las normas que particular y expresamente se refieran a dichas entidades (artículo 3º).

El artículo 11 de dicho estatuto dispone que el presupuesto de rentas incluye, entre otros ingresos, los "*recursos de capital*", dentro de los cuales aparece, según el artículo 31 del mismo estatuto, "*el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga...*". (Subraya la Sala).

¹⁵ Conforme al artículo 3º del Decreto 111 de 1996, el Estatuto Orgánico del Presupuesto consta de dos niveles: (i) el presupuesto general de la Nación y (ii) la fijación de metas financieras para todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas. El presupuesto general de la Nación, por su parte, está conformado por "el presupuesto nacional" y el de los establecimientos públicos del orden nacional. El "presupuesto nacional" incluye los presupuestos de las Ramas Legislativa y Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la Rama Ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

¹⁶ Es decir, los principios de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, coherencia macroeconómica y homeostasis, previstos en los artículos 12 y siguientes del Estatuto.

Finalmente, el artículo 97 del Decreto 111 de 1996 estatuye que “*las utilidades de las... sociedades de economía mixta del orden nacional, son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades nacionales por su participación en el capital de la empresa*”. (Subraya la Sala).

g. Resumen. Con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales citadas, la jurisprudencia y la doctrina han identificado las características más importantes de las sociedades de economía mixta, que se sintetizan así:

(i) Su creación debe ser ordenada o autorizada por la ley, cuando se trate de sociedades del orden nacional, o por las ordenanzas departamentales o los acuerdos municipales o distritales, en los casos de sociedades de estos niveles de la administración.

(ii) Su objeto consiste en la realización de actividades industriales o comerciales. Por tal razón se trata de sociedades comerciales que deben constituirse mediante la celebración de un contrato de sociedad y el cumplimiento de los trámites y requisitos previstos en el Código de Comercio, según el tipo de sociedad de que se trate.

(iii) Su capital está conformado por aportes de particulares y de la Nación o de otras entidades públicas de cualquier clase, siempre que no se trate de meras inversiones financieras de carácter transitorio (o de tesorería).

(iv) Son entidades descentralizadas por servicios, vinculadas a la Rama Ejecutiva del poder público en los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, motivo por el cual forman parte de la administración pública.

(v) Están dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, por lo cual sus activos y rentas no forman parte del presupuesto general de la Nación. Sin perjuicio de lo anterior, sus excedentes o utilidades constituyen “recursos de capital” para la Nación, en la proporción que corresponda a esta dentro del capital de dichas compañías.

(vi) Deben estar vinculadas a un ministerio o departamento administrativo (en el orden nacional).

(vii) En su organización, funcionamiento y actividad están sometidas al derecho privado, con excepción de aquellos aspectos a los cuales se apliquen principios y reglas de derecho público, por disponerlo así expresamente la Constitución o la ley. Adicionalmente, aquellas sociedades que tengan una participación estatal igual o superior al 90% están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

B. Los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2º numeral 4 de la Ley 549 de 1999

El artículo 23 de la Ley 226 de 1995 dispuso:

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

Años después el artículo 2º de la Ley 549 de 1999 estatuyó:

“Artículo 2º. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:

“(…)

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

“(…)” (Subraya la Sala).

En punto a la vigencia e interpretación de tales disposiciones la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó en el concepto N° 1812 de 2007¹⁷:

“Es claro que entre las normas que vienen de copiarse¹⁸ existen diferencias fundamentales, por lo que es fácil pensar que la segunda, por ser posterior, derogó la dictada en 1995. Sin embargo, dado que en la segunda se hace una remisión a la primera de las transcritas, se evidencia una clara decisión del legislador de mantener vigente, al menos parcialmente la primera de ellas, y por lo mismo que su voluntad se limitó a establecer algunas modificaciones a lo existente, sin que implique su total sustitución.

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

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1812 del 23 de abril de 2007. Rad. N° 11001-03-06-000-2007-00017-00.

¹⁸ Se refería a los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2º, numeral 4º de la Ley 549 de 1999.

Esta posición fue ratificada por la misma Sala en el concepto N° 2002 de 2010¹⁹.

Es claro por tanto que el artículo 23 de la Ley 226 continúa vigente, con las modificaciones efectuadas por el artículo 2º numeral 4 de la Ley 549. Ahora bien, la consulta versa principalmente sobre la aplicación de dichos preceptos legales a las sociedades de economía mixta, mas no cuando la Nación u otra entidad pública enajene la participación que tenga en una sociedad de esta clase, sino cuando una sociedad de economía mixta decida enajenar la participación que tenga en el capital de otra empresa, esto es, cuando aquella sociedad sea la inversionista.

En este sentido se pregunta si un porcentaje equivalente al diez por ciento (10%) del producto neto de lo que reciba una sociedad de economía mixta, como precio o contraprestación por la enajenación de su participación en una empresa, debe ser entregado obligatoriamente al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, creado por la Ley 549 de 1999, para contribuir a la financiación del pasivo pensional de dichas entidades.

Surge, por lo tanto, una primera inquietud que es necesario despejar para responder la consulta: si las ventas y otras formas de enajenación de su participación en el capital de cualquier empresa, que las sociedades de economía mixta realicen en favor de particulares, constituyen una “privatización” que se encuentre sujeta, por lo tanto, a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995.

a. Las sociedades de economía mixta forman parte del Estado. Habiéndose establecido que las sociedades de economía mixta son entidades públicas descentralizadas y que por tanto forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público, es claro que a esas sociedades, como parte que son del Estado, se les aplican los mandatos contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226, cuando pretendan enajenar la participación que tengan en el capital de cualquier empresa.

En efecto, cuando el artículo 60 de la Carta ordena al Estado promover el acceso de las personas a la propiedad, así como tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecer a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria, es evidente que se refiere no solamente a la Nación sino a todas las entidades y organismos que conforman el Estado en todos sus niveles territoriales.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 2002 del 7 de octubre de 2010. Rad. N° 11001-03-06-000-2010-00051-00.

Así lo ha entendido el propio legislador, como puede apreciarse en el artículo 1º de la Ley 226 (“campo de aplicación”), cuyo inciso segundo estatuye: “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 (sic) éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público”. (Se subraya).

Esta conclusión se confirma plenamente al analizar otras disposiciones de la misma ley y de otras normatividades que regulan parcial o sectorialmente el fenómeno de las privatizaciones, o que simplemente se refieren a este para determinados efectos, como las Leyes 142²⁰ y 143 de 1994²¹, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²², el Estatuto Orgánico del Presupuesto²³, la Ley 549 de 1999²⁴ y la Ley 1450 de 2011²⁵ entre otras.

Este criterio fue ratificado por la Sala en el concepto N° 1921 de 2008²⁶, cuando se refirió en particular a la enajenación de la participación de las sociedades de economía mixta en otras empresas. Aunque la consulta formulada en aquella ocasión buscaba determinar si las enajenaciones que hicieran las entidades y organismos públicos a favor de una sociedad de economía mixta, de su participación en el capital de cualquier empresa, estaban comprendidas o no por la excepción consignada en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995 (enajenación accionaria “entre órganos estatales”), inquietud que fue resuelta de manera positiva, la Sala aprovechó la ocasión para aclarar que la posterior enajenación que la sociedad de economía mixta adquirente hiciera, en favor de particulares, de su participación en la respectiva empresa, estaba sometida plenamente a las reglas consagradas en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226. Así lo expresó la Sala en el citado concepto:

“Finalmente, la Sala desea aclarar que las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos mixtas que adquieran acciones del Estado y posteriormente decidan venderlas a personas privadas, deben, en esta eventualidad, seguir el procedimiento establecido en la ley 226 de 1995, pues, de no hacerlo así se estaría creando una modalidad indirecta de transferir acciones del

²⁰ Artículo 27.

²¹ “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia de energética”. Los artículos 77 y 78 de dicha ley consagran algunas reglas especiales para la privatización de la participación estatal en empresas del sector eléctrico.

²² Decreto-ley 633 de 1993. Los artículos 303 y siguientes contienen un régimen especial para la enajenación de la participación del Estado en instituciones financieras.

²³ Artículo 124.

²⁴ Artículo 2º, numerales 4 y 7.

²⁵ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. Ver artículos 258, 259 y 260.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1921 del 23 de septiembre de 2008. Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00068-00.

Estado a manos de particulares sin dar cumplimiento al artículo 60 superior y a las disposiciones de dicha ley, eludiendo el derecho de preferencia de los trabajadores y las organizaciones solidarias con lo cual se desvirtuaría la finalidad constitucional de la democratización del capital accionario". (Subraya la Sala).

b. En el análisis precedente se ha concluido que la transferencia que las sociedades de economía mixta hagan a particulares de su participación en el capital de cualquier empresa constituye una privatización y está sujeta, por lo tanto, a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política, en la Ley 226 de 1995 y en las disposiciones especiales que sean aplicables. Procede analizar ahora si las sociedades de economía mixta están obligadas a cumplir lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226, tal como fue modificado por el artículo 2º numeral 4 de la Ley 549 de 1999.

Inicialmente debe quedar claro que el hecho de que la Ley 226 se aplique a las sociedades de economía mixta y a otro tipo de entidades públicas, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital, no significa necesariamente que todos y cada uno de los artículos de la citada ley se apliquen a dichas entidades, ni tampoco que aquellas disposiciones que rijan tanto para la Nación como para otras entidades públicas, puedan cumplirse por estas últimas de la misma manera. En este sentido el artículo 17 de la Ley 226 preceptúa que "las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de estas y aquellas". (Subraya la Sala).

En cuanto al manejo presupuestal y la destinación de los recursos financieros obtenidos con la privatización, el artículo 4º de la Ley 226 fija la siguiente regla general:

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

Esta norma guarda armonía con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto conforme a las cuales: (i) los "recursos del balance" forman parte de los "recursos de capital" (artículo 31), y estos a su vez, junto con otros ingresos, conforman el "Presupuesto de Rentas" (artículo 11), y (ii) "las rentas que obtenga el Estado, como consecuencia de la enajenación de las acciones, bonos u otros activos, deberán incorporarse en los presupuestos de la Nación o la entidad territorial correspondiente" (artículo 124).

En otras palabras, los recursos que se obtengan como producto de la enajenación de la participación en el capital de una empresa que tenga cualquier entidad u organismo del Estado, constituyen un ingreso para dicha entidad u organismo y deben incorporarse a su presupuesto: el de la Nación, si el enajenante es la Nación o una de sus dependencias; el de la entidad territorial respectiva, si el vendedor es una entidad de esa clase, o el de la entidad descentralizada o el organismo de que se trate, si el enajenante es una persona jurídica de este tipo.

Esta conclusión emerge de la interpretación de las normas citadas y de la aplicación de algunos principios, como aquel según el cual lo accesorio (en este caso, el producto de la venta) sigue la suerte de lo principal (la participación en el capital de una empresa), o el principio jurídico de que el dueño de una cosa lo es también de sus frutos. Además, en el caso de las entidades descentralizadas la referida conclusión armoniza con la autonomía financiera, administrativa y patrimonial que la ley reconoce a dichas instituciones.²⁷

Ahora bien, el mandato legal de invertir el 10% del producto neto de las privatizaciones en el FONPET para ayudar a cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales, según lo dispone el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el artículo 2º, numeral 4 de la Ley 549 de 1999, es una obligación que el legislador impuso no al Estado en general sino exclusivamente a la Nación, por intermedio del Gobierno Nacional, cuando enajene a particulares la participación que tenga en cualquier empresa. Esta conclusión se puede colegir, además, de varios elementos semánticos e históricos relacionados con las normas citadas.

En efecto, el artículo 23 de la Ley 226 establece que el 10% del producto neto de la enajenación de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones se invertirá "*por parte del Gobierno*" en proyectos de desarrollo regional. Por su parte el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 549 hace alusión a los recursos provenientes de "*privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995*" (se subraya), con lo cual es claro que el propio legislador interpretó que las privatizaciones a las cuales se refiere el artículo 23 de la ley 226 son las nacionales, por lo cual su producto debe ser invertido por el Gobierno Nacional.

Tal conclusión aparece ratificada en otras partes del mismo artículo 2º de la Ley 549 de 1999, pues el numeral 7 dispone que también deberá destinarse a financiar las obligaciones pensionales de las entidades territoriales, "*el 15% de los ingresos producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales*". Lo anterior significa que cuando se trate de "privatizaciones nacionales", debe destinarse a esta finalidad el 10% del producto

²⁷ 27 V. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1374 del 4 de octubre de 2001.

neto recibido por la enajenación, el cual ha de repartirse “*por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen*” (numeral 4), pero si se trata de privatizaciones realizadas por las entidades territoriales, el porcentaje que debe utilizarse para este mismo fin asciende al 15% (numeral 7) y beneficia exclusivamente a la respectiva entidad territorial.

El análisis anterior permite descartar de plano que las privatizaciones que realicen sociedades de economía mixta del orden departamental, distrital y municipal, generen para ellas la obligación de aportar al financiamiento del pasivo pensional de las entidades territoriales el 10% del producto neto de la respectiva enajenación, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 2º numeral 4 de la Ley 549, pues resulta evidente que tales privatizaciones no son “nacionales”.

Queda por examinar si las privatizaciones que ejecuten las sociedades de economía mixta del orden nacional generan o no dicha obligación, pues la expresión “*privatizaciones nacionales*”, usada por la citada norma, podría entenderse de dos (2) maneras distintas: (i) como privatizaciones efectuadas por la Nación, o (ii) como privatizaciones efectuadas por la Nación y por las entidades y organismos públicos del orden nacional.

Para superar esta disyuntiva es necesario estudiar los antecedentes de la Ley 549 de 1999. En la exposición de motivos del proyecto de ley número 62 de 1999, que el Gobierno Nacional presentó ante el Senado de la República y que se convirtió después en la Ley 549, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público explicó que las razones principales que llevaban al Gobierno a proponer dicha iniciativa consistían, de una parte, en la necesidad de garantizar la estabilidad macroeconómica del Estado, que estaba seriamente amenazada por el creciente pasivo pensional de las entidades territoriales y la falta o escasez de reservas financieras constituidas por tales entidades, y de otra parte, en el deber de asegurar el pago de las obligaciones de las entidades territoriales con los pensionados actuales y futuros, en desarrollo del mandato que el artículo 48 de la Constitución Política impone al Estado en materia de seguridad social. Los siguientes apartes de la exposición de motivos son en este sentido muy ilustrativos:

“Cubrimiento del pasivo pensional de las entidades territoriales y creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.

“(…)

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

determinados recursos que les corresponden, sino de orientar algunos de ellos a la financiación de su pasivo pensional con el apoyo de la Nación.

“(…)

“Para preservar el destino de los recursos y asegurar una correcta administración, el fondo estará vinculado al Ministerio de Hacienda... Este fondo estará subdividido en cuentas, en las cuales se administrarán los recursos correspondientes de cada una de las entidades territoriales, con lo cual se preserva la titularidad de los mismos, pues el proyecto como ya se dijo, no priva a las entidades de sus recursos propios y, por el contrario, prevé la asignación de recursos nacionales, como es el caso de los provenientes de las privatizaciones, de los de extinción de dominio a favor de la Nación y de los correspondientes al Loto nacional...” (Se subraya).

Más adelante, al explicar cada una de las fuentes de recursos del FONPET, el mismo documento señala:

“Como fuentes financieras del fondo se prevén las siguientes:

“(…)

“4. Un 10% de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales, que se destinarán a financiar pasivos pensionales en las entidades en las cuales desarrollan su actividad principal las entidades privatizadas. De esta manera se conserva la obligación prevista en la Ley 226 de 1995, pero con un destino específico”. (subraya la Sala).

De los pasajes transcritos se deduce que el propósito central de la Ley 549 fue el de crear un mecanismo de ahorro público, denominado Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET), al cual deben contribuir tanto la Nación como las entidades territoriales, para cubrir financieramente el pago de las obligaciones pensionales a cargo de estas últimas.

En este sentido el inciso segundo del artículo 3º (*Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET*) dispone:

“En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos”. (subraya la Sala).

Es claro, por tanto, que la Ley 549 de 1999 impuso exclusivamente a la Nación y a las entidades territoriales el deber de contribuir al financiamiento del pasivo pensional de estas últimas mediante la destinación del 10% del producto neto de las privatizaciones, y por tanto mal podría asumirse que dicha obligación se extienda a entidades u organismos públicos distintos, como las sociedades de economía mixta.

Nótese, igualmente, que la obligación contenida en el artículo 23 de la Ley 226 recae expresamente en el Gobierno, y que mal podría este disponer de recursos que no son propios ni están incorporados en el presupuesto general de la Nación, como son los provenientes de la enajenación que hagan las sociedades de economía mixta de su participación en el capital de otras empresas. Para ello se requeriría que tales sumas de dinero entraran primero, como un ingreso, al presupuesto nacional, lo cual implicaría, a su vez, que las referidas entidades descentralizadas tuvieran que transferir esos recursos a la Nación, sacándolos por lo tanto de su patrimonio, obligación que no está prevista en las Leyes 226 de 1995 y 549 de 1999.

Adicionalmente debe recordarse que las sociedades de economía mixta son creadas para realizar actividades industriales o comerciales, generalmente en competencia con el sector privado, lo cual permite deducir: (i) que el financiamiento del pasivo pensional de las entidades territoriales es completamente ajeno al objeto social de tales compañías, las cuales no pueden destinar parte de su patrimonio a dicho fin, a menos, claro está, que se constituya una sociedad de economía mixta con ese objeto específico, y (ii) que si se impusiera a tales entidades descentralizadas la obligación a la cual se refiere este concepto, serían víctimas de una carga discriminatoria en su contra que afectaría su capacidad de competir en el mercado, ya que es evidente que para las sociedades comerciales de capital enteramente privado no surge una obligación semejante cuando enajenen su participación en cualquier empresa.

Las razones expuestas permiten concluir con certeza que las sociedades de economía mixta no están obligadas a efectuar el aporte o inversión previsto en los artículos 23 de la Ley 226 y 2º numeral 4 de la Ley 549 cuando enajenen a particulares su participación en el capital de cualquier empresa. Esta conclusión exime a la Sala de analizar si tal obligación, en el evento de que fuera exigible a dichas sociedades, constituiría una expropiación o un tributo, como se sugiere en la consulta.

Ahora bien, el hecho de que las sociedades de economía mixta no tengan esta obligación, no significa que puedan utilizar los recursos provenientes de las privatizaciones de cualquier forma, o destinarlos a cualquier fin, pues en su condición de entidades públicas, que forman parte del Estado colombiano, están obligadas a velar por la conservación y el uso adecuado y eficiente de tales activos, y deben en particular dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 226 de 1995, que las obliga a invertir dichos recursos en consonancia con lo dispuesto en los planes de desarrollo.

Finalmente observa la Sala que la conclusión a la que se llega en este concepto no afecta lo que podría denominarse el “núcleo esencial” del artículo 60 de la Constitución Política, pues dicho canon se refiere a la obligación del Estado de promover o fomentar el acceso a la propiedad, así como al derecho de preferencia

que se otorga a ciertos grupos de personas para adquirir, en condiciones privilegiadas, la participación que el Estado tenga en cualquier empresa y que desee enajenar. Dicha obligación y derecho en nada se ven afectados con lo expuesto, ya que la destinación de los recursos obtenidos con las privatizaciones corresponde a un asunto eminentemente fiscal o hacendístico y se relaciona, en este caso particular, con el deber que compete al Estado de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social y el pago de las respectivas prestaciones (artículo 48 de la Constitución Política).

Con fundamento en las precedentes consideraciones

III. La Sala RESPONDE:

¿De qué manera deben interpretarse los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2.4 de la Ley 549 de 1999, respecto del giro al FONPET del 10% del resultado neto de la enajenación que haga una sociedad de economía mixta, directa o indirecta, de acciones de su propiedad?

Conforme a lo establecido en los artículos 23 de la Ley 226 de 1995 y 2° numeral 4 de la Ley 549 de 1999, las sociedades de economía mixta, directas o indirectas, no están obligadas a transferir al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET), para contribuir a financiar el pasivo pensional de dichas entidades, el 10% del producto neto que obtengan por la enajenación a particulares de su participación en el capital de cualquier empresa.

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

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala