

CONCEPTO / CONGLOMERADO DE EMPRESAS / GRUPO BICENTENARIO / SUJETOS DEL SISTEMA FINANCIERO / SISTEMA FINANCIERO / ENTIDAD PÚBLICA / SOCIEDAD POR ACCIONES / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / SOCIEDAD HOLDING / PROCESO DE CAPITALIZACIÓN – Naturaleza y funciones del Grupo Bicentenario

En ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 1955, el presidente de la República dispuso la creación del Grupo Bicentenario, mediante el Decreto Ley 2111 de 2019 (...). La creación del conglomerado financiero tiene por objeto agrupar en una misma red institucional a las 18 instituciones en las que el Gobierno nacional tiene participación accionaria y que están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que realizan actividades conexas al servicio financiero. Teniendo en cuenta el valor de la propiedad accionaria y la importancia de las entidades, el conglomerado aspira a constituirse como el tercer grupo financiero más grande del país. El artículo segundo del Decreto 2111 de 2019 establece que el objeto del Grupo Bicentenario consiste en fungir como matriz o controlante de las entidades que integran la Rama Ejecutiva del orden nacional y están sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que desarrollan actividades conexas al servicio financiero público. Sobre el particular, resulta oportuno anotar que, de conformidad con el artículo 260 del Código de Comercio, la situación de control tiene por objeto concentrar el poder de decisión de varias sociedades en un único centro. La Sala observa que esta disposición esclarece los siguientes asuntos: i) el origen del capital social inicial del Grupo Bicentenario, ii) la entidad que capitaliza a la matriz financiera y iii) el procedimiento para la realización efectiva de la capitalización. En cuanto a lo primero, la norma señala que el capital social inicial tiene dos fuentes: los recursos provenientes de la escisión de entidades públicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que desarrollen actividades conexas a este sector, y los aportes en dinero o en especie que se realicen. Segundo, la disposición establece que la capitalización será realizada por la Nación, para lo cual habrá de utilizar las acciones de las entidades a las que se ha hecho repetida alusión. En tercer lugar, en lo que se refiere al procedimiento para llevar a cabo la capitalización, el precepto indica que las acciones originadas en la capitalización serán emitidas a nombre y a favor de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

FUENTE FORMAL: LEY 1955 DE 2019 - ARTÍCULO 331 / DECRETO LEY 2111 DE 2019

SOCIEDAD HOLDING / CAPITALIZACIÓN DE LA EMPRESA / GRUPO BICENTENARIO / PROCESO DE CAPITALIZACIÓN / ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / FACULTADES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO - El artículo 3 del Decreto 2111 de 2019 y el artículo 8 de los estatutos del Grupo Bicentenario son las normas vigentes que regulan el proceso de capitalización y que otorgan a la Asamblea de Accionistas la facultad de establecer la metodología de valoración

[L]a Sala concluye que el artículo 1 del Decreto 492 de 2020 dispuso medidas encaminadas a agilizar y facilitar la conformación del Grupo Bicentenario, y a fortalecerlo. Específicamente, ordenó que la propiedad de las empresas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional sometidas a vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que realizaran actividades conexas al sistema financiero fuese registrada y vinculada a nombre de la Nación – Ministerio de

Hacienda. Autorizó, además -una vez hecho el mencionado registro- la realización del aporte de la citada propiedad accionaria al Grupo Bicentenario, de acuerdo con el valor intrínseco de las acciones de las respectivas entidades. Finalmente, la disposición precisó que todos los registros y procedimientos necesarios para llevar a cabo esta operación debían realizarse dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del decreto. (...) La Sala encuentra oportuno resaltar que, de conformidad con los pronunciamientos de la Superintendencia, la sencillez de esta metodología es una de sus características más relevantes. Se entiende, entonces, que haya sido elegida por el Gobierno para agilizar el proceso de capitalización del Grupo Bicentenario, como condición para la puesta en marcha de las estrategias de crédito que, a través de este conglomerado, se pretende ofrecer para aliviar la crisis social y económica generada por la pandemia. [L]a evolución del régimen jurídico aplicable a la capitalización del Grupo Bicentenario ha tenido las siguientes etapas: i) Al momento de la creación de la sociedad, el Decreto Ley 2111 de 2019 previó que el capital inicial de la sociedad estuviese integrado «por los recursos producto de la escisión de entidades públicas que ejerzan actividades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y/o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público, o por los aportes en dinero o en especie de la nación o de organismos o entidades que integren la Rama Ejecutiva del Poder Público» (artículo 3). Conviene anotar que, según lo establecido en el artículo 8 de los estatutos del Grupo Bicentenario, el avalúo del pago en especie de acciones suscritas luego del acto de la constitución de la sociedad debe ser determinado por la Asamblea de Accionistas, que puede delegar dicha función en la Junta Directiva. Según se indica en el siguiente apartado de este concepto, la disposición estatutaria autoriza que «sean recibidas al valor contable del patrimonio o al fijado de acuerdo con una metodología de amplia utilización». ii) La aprobación del Decreto 492 de 2020 produjo un cambio transitorio en las reglas de capitalización de la sociedad. Con arreglo al artículo 1, durante los seis meses siguientes a su entrada en vigencia, la estimación de los aportes que habrían de ingresar al holding financiero debía hacerse según su valor intrínseco. iii) Una vez expirado el término previsto en el artículo 1 del Decreto 492 de 2020, las normas transitorias perdieron vigencia, y la recobró la normativa que fue suspendida por el decreto legislativo. En consecuencia, luego del paréntesis que supuso la entrada en vigor del Decreto 492, recuperó su vigencia el artículo 3 del Decreto 2111 de 2019 y el artículo 8 de los estatutos del Grupo Bicentenario. Estas disposiciones son los textos normativos actualmente vigentes, que regulan el proceso de capitalización y que otorgan a la Asamblea de Accionistas la facultad de establecer la metodología de valoración que estime apropiada.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2111 DE 2019 / DECRETO LEY 491 DE 2020 - ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 491 de 2020, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2020.

SOCIEDAD HOLDING / CAPITALIZACIÓN / GRUPO BICENTENARIO / CAPITALIZACIÓN DE LA EMPRESA / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ESTATUTOS DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / FACULTADES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / DECISIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / APORTES EN ESPECIE – Capitalización de la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. a través de aportes en especie de acciones de las entidades financieras públicas

[L]as sociedades por acciones simplificadas se regulan, en primer lugar, por la Ley

1258 de 2012 (debiéndose entender, claro está, que se refiere a las normas de carácter imperativo o de «orden público» contenidas en dicha ley, y no a las meramente supletivas de la voluntad de los socios); en segundo lugar, por los estatutos de la respectiva compañía; en tercer lugar, por las disposiciones del Código de Comercio que rigen para las sociedades anónimas, y, finalmente, por las normas del mismo código que regulan las sociedades, en general. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en el caso particular del Grupo Bicentenario, dicha institución, como sociedad de economía mixta y, por lo tanto, entidad pública descentralizada, está sujeta, en primer lugar, a las reglas especiales que determinaron su nacimiento y organización, como son el artículo 331 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto Ley 2111 de 2019. La aplicación de estas disposiciones, por lo tanto, debe anteponerse a la Ley 1258 de 2012. Ahora bien, en punto a la capitalización de la sociedad Grupo Bicentenario, se encuentra, en primer lugar, el artículo 3 del Decreto 2111 de 2019, que dispone, de manera expresa, que «[l]a nación podrá capitalizar la Sociedad Grupo Bicentenario con acciones de propiedad de organismos o entidades que integren la Rama Ejecutiva del orden nacional vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público». Como se ve, la disposición permite que el aporte que realice la Nación al holding financiero se haga en especie, valga decir, mediante acciones, y precisa cuáles son las entidades de la Rama Ejecutiva cuya propiedad se compromete en esta operación. (...) Dado que tanto la competencia como la forma de valorar las acciones que sean aportadas a la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. se encuentran previstas en el Decreto 2111 de 2019 y en los estatutos de dicha compañía, no resulta necesario acudir a las normas legales que regulan las sociedades por acciones simplificadas (Ley 1258 de 2012), ni, menos aún, a las normas generales del Código de Comercio. Reconocida la facultad que tiene la Asamblea General en la materia, conviene recordar que, en cualquier caso, la organización societaria tiene una indeclinable obligación de tener en cuenta y proteger los intereses de los accionistas minoritarios. Así lo exigen el ordenamiento jurídico colombiano y los principios del gobierno corporativo. La facultad de tomar decisiones valiéndose de la mayoría establecida en los estatutos o en las normas legales no otorga patente de corso al accionista mayoritario para abusar de la preminencia que pueda tener, debido a su aporte accionario. Así se infiere de los postulados que, en la actualidad, rigen la adecuada gobernanza de las sociedades, según los postulados del gobierno corporativo. Por último, la Sala estima necesario anotar que, cualquiera que sea la metodología elegida por la Asamblea General de Accionistas, en ningún caso se debe producir un deterioro del patrimonio público. Esto es así porque, al disponer la capitalización del Grupo Bicentenario, el Estado no está enajenando las acciones de las entidades financieras, ni está limitando los derechos que ejerce sobre ellas. El aludido ejercicio de capitalización supone únicamente el traslado de la propiedad accionaria, de una entidad pública a otra, por lo que no ocurre mengua alguna del haber público.

FUENTE FORMAL: LEY 1258 DE 2012 / LEY 1955 DE 2019 - ARTÍCULO 331 / DECRETO LEY 2111 DE 2019

SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / NATURALEZA DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Naturaleza jurídica de la Fiduprevisora, Fiduagraria y Fiducoldex

El Legislador, en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, define a las sociedades de

economía mixta como «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». (...) Esta Sala ha explicado que la naturaleza mixta proviene de la composición de capital -estatal y particular-, de manera que no pueda afirmarse que sea de propiedad privada o pública, pues en ella concurren uno y otro sector para el desarrollo de unas determinadas actividades industriales o comerciales, independientemente del monto de los aportes estatales o de la proporción de estos en el capital de la sociedad. (...) En punto a la precisa ubicación de las sociedades de economía mixta en la estructura del Estado, se encuentra la ya aludida Ley 489 de 1998, cuyo artículo 38 establece la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, y prevé que está conformada por los sectores central y descentralizado por servicios. Dentro de este último, incluye a las sociedades de economía mixta (...). [E]s claro que Fiduprevisora, Fiduagraria y Fiducoldex son sociedades de economía mixta. En tal virtud, son entidades descentralizadas del orden nacional y, por ende, órganos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 150 NUMERAL 7 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 97

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de las sociedades de economía mixta, ver: Corte Constitucional, sentencia C-736 de 2007.

ACUERDO DE FUSIÓN DE SOCIEDAD / FUSIÓN DE SOCIEDAD / EFECTOS DE LA FUSIÓN DE SOCIEDAD / PROCESO DE FUSIÓN DE SOCIEDAD / FUSIÓN POR CREACIÓN – Cuando se absorbe el patrimonio de dos o más instituciones para formar una nueva sociedad / FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Cuando la sociedad absorbente preexiste a la fusión, se habla de fusión por absorción o incorporación

En sentido jurídico societario, significa la unión entre sociedades, de manera que solo subsiste una persona jurídica que absorbe los patrimonios de las otras compañías participantes en la operación. Es, pues, un acto jurídico corporativo mediante el cual una sociedad que se extingue transmite el total de su patrimonio (activo y pasivo) a otra preexistente, o de nueva creación (...). En punto de nuestro ordenamiento jurídico, la fusión, de acuerdo con el Código de Comercio, implica una reforma al contrato social, que el artículo 172 describe así (...) De dicho texto, se desprende la existencia de dos tipos de fusión societaria: i) fusión por creación y ii) fusión por absorción. En la fusión por creación, dice la doctrina especializada, dos o más compañías se extinguen, sin liquidarse, con el propósito de crear una nueva sociedad que recibe el patrimonio de las compañías fusionadas. El acto de constitución de esta nueva compañía es la misma determinación de las Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios de las sociedades fusionadas elevada a escritura pública y posteriormente inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio. En la fusión por absorción, una o más sociedades se extinguen, para transferir en bloque sus patrimonios a otra sociedad ya existente, que subsiste como persona jurídica. Se aprovecha la infraestructura de una sociedad ya creada, que sirve como receptora de los patrimonios que se transfieren por efecto de la operación. La aportación patrimonial de las sociedades fusionadas se hace mediante un incremento del capital social o suscrito de la sociedad absorbente. (...) Entonces, en síntesis, cuando la sociedad absorbente preexiste a la fusión, se habla de fusión por

absorción o incorporación. Cuando se absorbe el patrimonio de dos o más instituciones para formar una nueva sociedad, se habla del fenómeno de la fusión por creación.

FUENTE FORMAL: DECRETO 410 DE 1971 - ARTÍCULO 172

ACUERDO DE FUSIÓN DE SOCIEDAD / FUSIÓN DE SOCIEDAD / FUSIÓN DE LA ENTIDAD FINANCIERA / EFECTOS DE LA FUSIÓN DE LA ENTIDAD FINANCIERA / ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO - La fusión de las instituciones financieras o entidades aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera se rige por las normas especiales contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

De conformidad con el artículo 55 del EOSF, la fusión de las instituciones financieras o entidades aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera se rige por las normas especiales contenidas en el mismo estatuto y, «en lo no previsto», por las demás normas especiales, el Código de Comercio y la Ley 79 de 1988, según el caso. (...) El procedimiento -que se resume a continuación- exige que los representantes legales de las entidades interesadas den aviso de la fusión a la Superintendencia Financiera. Se efectúa el aviso si ya se ha aprobado el compromiso por las respectivas asambleas, o procederá de manera anticipada, expresando la intención de fusión, cuando menos con tres meses de antelación a la reunión de los órganos correspondientes. (...) El artículo 58 ibidem otorga a la Superintendencia Financiera la facultad de objetar la fusión dentro de los términos allí establecidos, para lo cual se tipifican cinco causales taxativas. Si la Superintendencia no se pronuncia dentro del término, opera el silencio administrativo positivo, y las entidades pueden proseguir con la fusión. (...) El artículo 60 del Estatuto Orgánico regula el procedimiento de formalización y los efectos de la fusión, estableciendo que la fusión, una vez surtidos los trámites que deben adelantarse ante la Superintendencia Financiera, se formaliza con la correspondiente escritura pública, que debe registrarse en la cámara de comercio. (...) El numeral 3 del artículo establece los efectos patrimoniales de la fusión, una vez formalizada: a. La entidad absorbente o la nueva adquiere de pleno derecho la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de las entidades disueltas, sin necesidad de trámite adicional alguno. (...) b. La participación en filiales, inversiones y oficinas que posea la entidad disuelta ingresará al patrimonio de la absorbente, o de la nueva, para lo cual no se necesitarán autorizaciones especiales. c. Los negocios fiduciarios, los pagarés, las garantías y otras seguridades otorgadas o recibidas por las entidades disueltas, se entenderán otorgados o recibidos por la entidad absorbente, o la nueva, sin que sea necesario trámite o reconocimiento alguno. (...) A partir del día en que expire el término para objetar, o desde la declaración de que no existe objeción, la entidad absorbida o incorporada podrá, previo aviso al público y una vez informada la Superintendencia, ofrecer directamente los servicios de la entidad absorbente que resulten compatibles con su naturaleza, aunque todavía no se haya perfeccionado la fusión. Establece el artículo 61 iusdem que, cuando el Estado posea directa o indirectamente más del 95% de la propiedad de todas las entidades participantes en el proceso de fusión, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 58, es decir, lo atinente a la facultad de objeción de la Superintendencia Financiera. Finalmente, el artículo 62 establece los derechos de los accionistas minoritarios, consistentes en la solicitud de estudios independientes y en el derecho de retiro, si no están de acuerdo con la nueva relación de intercambio que resulte del estudio técnico.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 663 DE 1993 - ARTÍCULO 55 / DECRETO LEY 663 DE 1993 - ARTÍCULO 58 / DECRETO LEY 663 DE 1993 - ARTÍCULO 60

/ DECRETO LEY 663 DE 1993 - ARTÍCULO 61 / DECRETO LEY 663 DE 1993 - ARTÍCULO 62

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la fusión de sociedades en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias del 25 de junio de 2021 y del 26 de febrero de 2015, radicados 2009-00210 y 2009-00211

FUSIÓN DE ENTIDAD ESTATAL / FUSIÓN DE SOCIEDAD / FUSIÓN DE LA ENTIDAD FINANCIERA / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / GRUPO BICENTENARIO - Para fusionar entidades financieras públicas o con participación mayoritaria del Estado se debe proferir previamente una ley, un decreto basado en facultades extraordinarias o que el Presidente de la República ordene iniciar el proceso de fusión en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 189 numeral 15 de la Constitución Política

[L]a jurisprudencia constitucional señala, con base en las normas pertinentes de la Carta Política, especialmente, los artículos 150, numerales 7 y 10, y 189, numeral 15, que existen tres instrumentos jurídicos mediante los cuales puede ordenarse la fusión de organismos y entidades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional: i) una ley ordinaria expedida por el Congreso de la República; ii) una ley de facultades extraordinarias, seguida del ejercicio de estas, por parte del presidente de la República, mediante la expedición de un decreto con fuerza de ley, y iii) un decreto «reglamentario» dictado por el presidente, en desarrollo de su atribución constitucional permanente prevista en el artículo 189, numeral 15, y con sujeción a la ley que regule la materia (Ley 790 de 2002). Al integrar esta jurisprudencia con la del Consejo de Estado, contenida en las sentencias citadas previamente, debe entenderse que estas tres alternativas resultan aplicables a la fusión de cualesquiera entidades u organismos públicos, siempre que formen parte de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, independientemente de su naturaleza jurídica específica (establecimiento público, unidad administrativa especial, sociedad de economía mixta, etc.), de las actividades que constituyan su objeto y del régimen jurídico que les sea aplicable (derecho público, derecho privado o ambos). Ahora bien, de la lectura del artículo 2 de la Ley 790 de 2002, se observa: i) resulta evidente que desarrolla el artículo 189, numeral 15, de la Constitución Política; ii) reafirma la competencia del presidente de la República para disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional; iii) establece las causales para que el presidente pueda disponer la fusión, y iv) prevé que, en el caso de las entidades financieras públicas, deben atenderse «los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero». Así, es claro que, en el caso de las entidades públicas de carácter financiero (sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera), es necesario armonizar o compatibilizar las reglas sobre la fusión de entidades públicas, contenidas en las normas constitucionales citadas y en la Ley 790 de 1992, con las reglas y los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la fusión de esta clase de instituciones. (...) En esa medida, la fusión de esta clase de entidades no puede hacerse por fuera de las competencias y los mecanismos establecidos constitucionalmente para la fusión de entidades y organismos públicos y, en particular, de la potestad que el artículo 189, numeral 15, de la Carta otorga al presidente de la República, como «Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa», la cual, según la jurisprudencia, debe ejercerse mediante la expedición de decretos. (...) En todo caso, cuando se trata de entidades públicas de carácter financiero, de aquellas que define el EOSF,

sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, es necesario dar cumplimiento, también, a los principios establecidos en dicho Estatuto, tal como lo preceptúa el artículo 2 de la Ley 790 de 2002. Dado que tales principios no están señalados y definidos, de esta manera, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino que se encuentran dispersos y desarrollados en las instituciones jurídicas y normas que contiene dicha codificación, la Sala entiende que la remisión ordenada por el artículo 2, literal f, de la Ley 790, ha de entenderse hecha a las disposiciones del EOSF que resulten aplicables y, en particular, a las que establecen el procedimiento y las reglas para la fusión de entidades financieras. (...) [A] juicio de la Sala, la forma de armonizar, por una parte, las competencias y mecanismos constitucionales y legales para la fusión de entidades públicas y, por otra parte, los principios y las normas sobre fusión de instituciones financieras consiste, en este caso, en que el presidente de la República, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 189, numeral 15, superior, ordene, mediante decreto, el proceso de fusión de las sociedades fiduciarias mencionadas, y que dicho proceso se cumpla con sujeción a las reglas previstas en el EOSF.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 150 NUMERAL 10 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 150 NUMERAL 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 189 NUMERAL 15 / LEY 790 DE 2002

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la conexidad entre el artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 790 de 2002, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-044 de 2006. Sobre la potestad del Presidente de la República para hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 189 de la Constitución Política para suprimir o fusionar sociedades de economía mixta, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 2002, Expediente 6933.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera ponente: ANA MARÍA CHARRY GAITÁN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2021-00092-00(2469)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: Grupo Bicentenario S.A.S. Proceso de capitalización. Valoración de aportes en especie a sociedades constituidas. Fusión de entidades financieras de capital público

El Gobierno Nacional, por intermedio del ministro de Hacienda y Crédito Público consulta sobre las normas aplicables al proceso de capitalización de la sociedad

Grupo Bicentenario S.A.S., y a la fusión de entidades fiduciarias que tienen el carácter de sociedades de economía mixta (con capital mayoritario del Estado).

I. ANTECEDENTES

Explica el señor ministro que, mediante el Decreto Ley 2111 del 24 de noviembre de 2019, fue creado el Grupo Bicentenario S.A.S., como sociedad de economía mixta del régimen especial, regida por el derecho privado.

Anota que dicho decreto fue expedido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 331 de la Ley 1955 de 2019, con el fin de crear una entidad responsable de la gestión del servicio financiero público, en aras de incrementar la eficiencia y modernización de las entidades públicas del sector financiero.

El grupo es una sociedad simplificada por acciones (S.A.S.), controlada por la Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, titular de las acciones que representan el 99% del capital suscrito y pagado.

El objeto del Grupo es servir como matriz o controlante de las sociedades y demás entidades estatales prestadoras de servicios financieros, que el Gobierno nacional defina. De esta forma, se pretende crear un grupo financiero estatal que haga más efectiva la prestación de los servicios, y aumente el valor de las empresas que lo integran, mediante la coordinación de la estrategia, la materialización de sinergias y la implementación centralizada de las mejores prácticas de administración y del gobierno corporativo, en beneficio del interés público.

Acota que hubo un aporte inicial al Grupo, representado en acciones, realizado a su valor intrínseco, de conformidad con el Decreto 492 de 2020; sin embargo, el término para hacer esos aportes venció el pasado mes de septiembre de 2020, razón por la cual se ha estimado que, para realizar aportes adicionales, el Grupo debe seguir las normas aplicables a su operación y sus estatutos, sin considerar la habilitación otorgada por el Decreto 492.

Finalmente, informa que, en el proceso de consolidación del Grupo como *holding* financiero, se determinó que sería procedente agrupar los servicios fiduciarios ofrecidos por las entidades públicas en una misma entidad más fuerte, que permita analizar las políticas empresariales, así como unificar y estandarizar los procesos y políticas de buen gobierno.

Así las cosas, se planteó la necesidad de una fusión por absorción, en la que la Fiduciaria La Previsora actuaría como sociedad absorbente, y Fiduagraria y Fiducoldex, como sociedades absorbidas, para lo cual, y en lo atinente al procedimiento a seguir, existen dudas.

En este punto, la Sala resalta que, en audiencia celebrada el 2 de agosto de 2021, los funcionarios del Ministerio de Hacienda precisaron que existe discusión sobre si es necesario que el presidente de la República dicte un decreto ordenando la fusión, o si basta con seguir el procedimiento previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF).

En virtud de todo lo anterior, efectúa las siguientes preguntas:

¿Resultaría posible capitalizar la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. a través de aportes en especie de acciones de las entidades financieras públicas, a su valor

patrimonial conforme a los estatutos sociales de la compañía y lo dispuesto en el Decreto Ley 2111 de 2019?

¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir para fusionar entidades financieras públicas o con participación mayoritaria del Estado?

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el ministro, la Sala analizará los siguientes puntos: *i)* el proceso de conformación del Grupo Bicentenario, *ii)* el Decreto Legislativo 492 de 2020, *iii)* la vigencia en el tiempo de la regla especial establecida en el artículo primero del Decreto 492, *iv)* el alcance de la normativa ordinaria aplicable a la capitalización del Grupo Bicentenario, *v)* las sociedades de economía mixta, *vi)* la noción de la fusión de sociedades, *vii)* la fusión de sociedades en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y *viii)* la facultad del presidente para fusionar sociedades de economía mixta de carácter fiduciario.

A. Proceso de conformación del Grupo Bicentenario

El Grupo Bicentenario S.A.S., matriz que agrupa las entidades públicas del sistema financiero, fue creado por mandato del artículo 331 de la Ley 1955 de 2019¹, que otorgó al presidente de la República facultades extraordinarias para crear «una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional responsable de la gestión del servicio financiero público que incida en mayores niveles de eficiencia».

La fundación del Grupo había sido planeada años atrás, con el objetivo de encauzar las estrategias y acciones de las entidades públicas del sistema financiero bajo una única dirección. En el documento CONPES 3851 del 23 de noviembre de 2015, se recomendó al presidente «[l]iderar el esfuerzo interinstitucional para diseñar y crear una entidad nacional de empresas estatales, donde se centralicen las funciones de propiedad estatal para todas las empresas estatales del orden nacional». Según quedó escrito en el documento, la creación de la entidad debía realizarse para el mes de diciembre de 2019.

La medida pretendía solucionar las principales falencias en la prestación de los servicios financieros por parte de entidades públicas. Entre otras dificultades detectadas, se advirtió: que el portafolio de empresas estatales del orden nacional adolecía de ineficiencias; el mandato del Estado en el campo financiero no resultaba suficientemente claro y explícito; existía una gran dispersión de las funciones entre las empresas estatales, y se advertían prácticas y normas que afectaban la competitividad de estas entidades. En este contexto, la creación de una institución que asumiera el liderazgo estratégico de las empresas del sector financiero habría de incrementar la eficiencia en la prestación del servicio; modernizaría estas actividades, y mejoraría sustancialmente el acceso al crédito público en el país, lo que promovería, a la larga, un robustecimiento del sector productivo.

En la Sentencia C-200 de 2020, la Corte Constitucional sintetizó, en los siguientes términos, los propósitos que inspiraron la creación de la entidad:

La creación [del Grupo Bicentenario] busca hacer más efectiva la prestación de servicios financieros, aumentar el valor de las empresas del grupo mediante la

¹ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad.

coordinación de la estrategia, la materialización de sinergias entre las empresas, y facilitar la implementación de las mejores prácticas de administración y de gobierno corporativo.

En ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 1955, el presidente de la República dispuso la creación del Grupo Bicentenario, mediante el Decreto Ley 2111 de 2019, cuyo artículo primero establece la naturaleza jurídica de la entidad:

ARTÍCULO 1o. CREACIÓN, DENOMINACIÓN, VINCULACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA. Créase una sociedad por acciones, denominada Grupo Bicentenario, de la Rama Ejecutiva del orden nacional, la cual, una vez constituida legalmente formará una persona jurídica distinta de sus accionistas, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y con domicilio en Bogotá. El Grupo Bicentenario será una sociedad de economía mixta de régimen especial, regida por el derecho privado².

La creación del conglomerado financiero³ tiene por objeto agrupar en una misma red institucional a las 18 instituciones en las que el Gobierno nacional tiene participación accionaria y que están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que realizan actividades conexas al servicio financiero. Teniendo en cuenta el valor de la propiedad accionaria y la importancia de las entidades, el conglomerado aspira a constituirse como el tercer grupo financiero más grande del país.

El artículo segundo del Decreto 2111 de 2019 establece que el objeto del Grupo Bicentenario consiste en fungir como matriz o controlante de las entidades que integran la Rama Ejecutiva del orden nacional y están sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que desarrollan actividades conexas al servicio financiero público. Sobre el particular, resulta oportuno anotar que, de conformidad con el artículo 260 del Código de Comercio⁴, la situación de control tiene por objeto concentrar el poder de decisión de varias sociedades en un único centro.

Por otra parte, conviene señalar que el mismo artículo 2 del Decreto 2111 identifica cuáles son las entidades que participan en esta integración financiera: solo podrán tomar parte en ella las entidades que integren la Rama Ejecutiva del orden nacional y estén sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público. La misma

² La misma disposición, en su apartado final, establece que toda enajenación o disminución de su propiedad accionaria debe ser aprobada mediante ley, por el Congreso de la República.

³ La definición de los conglomerados financieros se encuentra en el artículo 2 de la Ley 1870 de 2017, «[p]or la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras»:

ARTÍCULO 2o. CONGLOMERADO FINANCIERO. Un conglomerado financiero es un conjunto de entidades con un controlante común que incluya dos o más entidades nacionales o extranjeras que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, siempre que al menos una de ellas ejerza dichas actividades en Colombia. El conglomerado financiero está constituido por su controlante y las siguientes entidades subordinadas:

- a) Entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y sus subordinadas financieras nacionales y/o en el exterior;
- b) Entidades en el exterior que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus subordinadas financieras nacionales y en el exterior;
- c) Las personas jurídicas o vehículos de inversión a través de los cuales el holding financiero ejerce el control de las entidades a que se refieren los literales a) y b) del presente artículo.

PARÁGRAFO. La definición de conglomerado financiero contenida en este artículo aplica únicamente para efectos de la regulación y supervisión consolidada de que trata el presente título, y no tiene efecto alguno sobre disposiciones tributarias, contables, laborales o de otra índole diferente a la aquí señalada.

⁴ Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

disposición aclara que quedan excluidas «todas las empresas administradoras de seguridad social de pensiones y salud con participación pública, tales como Nueva Empresa Promotora de Salud SA, Nueva EPS, y Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones».

El artículo 3 del Decreto 2111 de 2019 aborda un asunto relevante para la solución del problema jurídico planteado a la Sala: el proceso de capitalización del Grupo Bicentenario. Por su relevancia, se transcribe en seguida la norma en cuestión:

Artículo 3°. Integración del capital. **La Nación podrá capitalizar la sociedad Grupo Bicentenario con acciones de propiedad de organismos o entidades que integren la Rama Ejecutiva del orden nacional vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público.** En este evento, las acciones de la capitalización serán emitidas a nombre y a favor de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El capital social inicial de la sociedad Grupo Bicentenario estará integrado por los recursos producto de la escisión de entidades públicas que ejerzan actividades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y/o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público, o por los aportes en dinero o en especie de la Nación o de organismos o entidades que integren la rama ejecutiva del poder público [énfasis fuera de texto].

La Sala observa que esta disposición esclarece los siguientes asuntos: *i)* el origen del capital social inicial del Grupo Bicentenario, *ii)* la entidad que capitaliza a la matriz financiera y *iii)* el procedimiento para la realización efectiva de la capitalización. En cuanto a lo primero, la norma señala que el capital social inicial tiene dos fuentes: los recursos provenientes de la escisión de entidades públicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que desarrollen actividades conexas a este sector, y los aportes en dinero o en especie que se realicen. Segundo, la disposición establece que la capitalización será realizada por la Nación, para lo cual habrá de utilizar las acciones de las entidades a las que se ha hecho repetida alusión. En tercer lugar, en lo que se refiere al procedimiento para llevar a cabo la capitalización, el precepto indica que las acciones originadas en la capitalización serán emitidas a nombre y a favor de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las normas restantes del Decreto 2111 de 2019 regulan el funcionamiento de los órganos de dirección y administración de la sociedad: la asamblea general de accionistas (artículo 5), la junta directiva (artículo 6) y el presidente de la sociedad (artículo 7). Las últimas dos disposiciones establecen el régimen de vinculación laboral de los trabajadores, y las normas aplicables a los actos y contratos suscritos por la entidad.

B. El Decreto Legislativo 492 de 2020

Un año después de la creación de la entidad, en el marco del estado de emergencia económica, ecológica y social declarada para hacer frente a la pandemia de COVID-19, el Gobierno nacional aprobó el Decreto Legislativo 492 de 2020, «por el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos [...]». El artículo 1 adoptó medidas encaminadas al «fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario SAS», en los siguientes términos:

Artículo 1. Fortalecimiento patrimonial del grupo bicentenario S.A.S. [sic] A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, la propiedad de todas las empresas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero, que hagan parte de la Rama Ejecutiva del orden nacional, y que estén registradas a nombre de Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades del orden nacional, quedarán registradas y vinculadas a nombre de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Una vez efectuado el registro a que se refiere el inciso anterior, autorícese a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público para aportar como capital de la empresa Grupo Bicentenario S.A.S. la propiedad accionaria de todas las entidades financieras que hagan parte de la rama ejecutiva del orden Nacional, a su valor intrínseco.

Para estos efectos, la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Grupo Bicentenario S.A.S. deberán llevar a cabo los registros y demás procedimientos necesarios para dar cumplimiento a este artículo dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto.

Parágrafo 1. Las entidades pertenecientes al Grupo Bicentenario, mantendrán en su gobierno corporativo la representación de los sectores a los cuales estaban adscritas o vinculadas y, en el marco de las orientaciones de estos, seguirá desarrollando las políticas públicas sectoriales.

Parágrafo 2. No harán parte de la sociedad Grupo Bicentenario [la] Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. - NUEVA E.P.S y [la] Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

La adopción de esta medida, en desarrollo del aludido estado de excepción, fue justificada del siguiente modo, en las consideraciones del decreto:

[L]a consolidación del patrimonio de las empresas estatales públicas en cabeza del Grupo Bicentenario S.A.S. permitirá coordinar y centralizar las estrategias de aprovechamiento de los recursos patrimoniales de las entidades financieras del sector público del orden nacional, con el propósito de utilizar estos recursos para afrontar los efectos adversos generados en el marco de la emergencia económica, social y ecológica de acuerdo con lo establecido en el Decreto 417 de 2020 [por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional].

Según este planteamiento, el traslado efectivo de la propiedad accionaria de las entidades financieras públicas al Grupo Bicentenario le permitiría al Estado implementar estrategias más eficaces de ofrecimiento de crédito público. Habida cuenta de las dimensiones de la crisis económica y social creada por la pandemia, este resultado fomentaría una recuperación más pronta y eficaz del sistema productivo del país.

La validez de esta medida fue evaluada por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-200 de 2020, dictada en cumplimiento del control automático de constitucionalidad previsto en el texto superior (artículos 214 y sig.) y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción. En esta providencia, que declaró la exequibilidad pura y simple de la disposición, se analizaron a profundidad los objetivos perseguidos con el artículo en cuestión. La Corte estableció la existencia de un claro vínculo entre el robustecimiento del Grupo Bicentenario y la atención de algunas de las manifestaciones de la crisis económica y social generada por el virus SARS-CoV-2. Al respecto, dicho tribunal resaltó que la medida se trazó varios objetivos: facilitar el acceso al crédito de las personas naturales, y de las micro, pequeñas y medianas empresas; ampliar las líneas de crédito ofrecidas a

las personas (naturales y jurídicas) especialmente golpeadas por la aludida crisis; aprovechar la infraestructura y red de oficinas de las entidades del sistema financiero público, para ofrecer estos servicios en todo el país; complementar la acción que, en este campo, lleva a cabo el Fondo Nacional de Garantías, y canalizar los recursos para lograr una recuperación social y económica más pronta.

En los términos que se transcriben enseguida, la Corte Constitucional declaró la total concordancia de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 492 de 2020 con el texto superior:

[L]a Sala encuentra que el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario desempeñará un papel crucial, en el campo de los servicios financieros, para el apoyo económico a las Mipymes y a los trabajadores independientes. En los términos ilustrados, dado que el flujo de caja y la consiguiente liquidez de estas opciones productivas han sido afectados sustancialmente por la emergencia del Covid-19, sus posibilidades de supervivencia están ligadas, entre otros apoyos, a un oportuno y eficaz acceso al crédito y a otros servicios financieros, en circunstancias favorables y acordes a su condición. La medida de excepción dispone, por esta razón, la vinculación al Ministerio de Hacienda de todas las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, vigiladas por la Superintendencia Financiera o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero. Este procedimiento facilitará la unidad de política empresarial que lleva envuelto todo grupo económico y que, en este caso, permitirá una estrategia integral en el portafolio de los servicios financieros del Estado, destinada a los fines mencionados con anterioridad⁵.

En cuanto a la situación fáctica, la Corte constató que, al momento de sancionar el Decreto Legislativo 492 de 2020, el proceso de conformación del Grupo Bicentenario se encontraba aún en una fase inicial, lo que reclamaba la adopción de medidas que aceleraran la constitución y puesta en funcionamiento del *holding* financiero:

En el 2019, el Gobierno nacional creó la sociedad matriz y prescribió expresamente que actuaría como controlante de las entidades que el Ejecutivo definiera. Sin embargo, **el grupo financiero como tal, aún no había sido constituido. Pero ahora, la medida que se examina, dispone precisamente su conformación.** Con anterioridad, varias empresas estatales sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollan actividades conexas al servicio financiero no estaban vinculadas al Ministerio de Hacienda. De este modo, lo primero que se dispone es su registro y vinculación a ese Ministerio. A continuación, este queda autorizado para aportar la propiedad de todas esas entidades al holding estatal, con lo cual se crea un esquema de subordinación por control de capital⁶ [énfasis fuera de texto].

Con la intención de resaltar el estado incipiente del proceso de capitalización del Grupo Bicentenario, la Corte indicó que, al momento de ser aprobado el Decreto 492 de 2020, la propiedad accionaria de varias entidades no había pasado a manos del Ministerio de Hacienda: Bancoldex y el Fondo Nacional de Garantías se encontraban vinculadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Finagro, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y Fonade, al Departamento Nacional de Planeación.

Finalizada esta digresión, la Sala concluye que el artículo 1 del Decreto 492 de 2020 dispuso medidas encaminadas a agilizar y facilitar la conformación del Grupo

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2020, fundamento 103.

⁶ *Idem*, fundamento 94.

Bicentenario, y a fortalecerlo. Específicamente, ordenó que la propiedad de las empresas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional sometidas a vigilancia de la Superintendencia Financiera, o que realizaran actividades conexas al sistema financiero fuese registrada y vinculada a nombre de la Nación – Ministerio de Hacienda. Autorizó, además -una vez hecho el mencionado registro- la realización del aporte de la citada propiedad accionaria al Grupo Bicentenario, **de acuerdo con el valor intrínseco de las acciones de las respectivas entidades**. Finalmente, la disposición precisó que todos los registros y procedimientos necesarios para llevar a cabo esta operación debían realizarse dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del decreto.

De los elementos establecidos en la norma, únicamente queda por establecer la forma de determinar el valor intrínseco de las acciones de las entidades financieras públicas. Este asunto fue analizado por la Superintendencia de Sociedades, en la Circular Externa 220-000007 del 2 de abril de 2008, a la que pertenece el siguiente extracto:

Valor en libros. En este método, que también se conoce como del **valor intrínseco o patrimonial, el precio de las acciones de la sociedad para determinar la relación de intercambio se calcula dividiendo el monto de su patrimonio, según los estados financieros utilizados como base para la operación, entre el número de acciones en circulación**. Lleva implícito el supuesto que la empresa tiene un valor equivalente al de sus activos menos sus pasivos.

La principal ventaja del método en cuestión consiste en que su cálculo resulta muy fácil, rápido y económico. Sin embargo, este método no refleja la capacidad potencial de generación de utilidades de las empresas. Por otra parte, conviene recordar que normalmente los valores en libros de los activos frecuentemente difieren de su valor comercial actual; incluso si se utilizan estados financieros que incorporen avalúos técnicos recientes, con el pleno cumplimiento de los requisitos legales, el resultado que se obtiene corresponde a un "valor teórico de liquidación del ente", y no al precio de una empresa en marcha, por lo cual la relación de intercambio que se determine con base en este método no resulta equitativa para todas las partes involucradas en el proceso.
[...] [énfasis fuera de texto].

Esta misma cuestión ya había sido examinada por la Superintendencia de Sociedades, en el oficio 220-001503 del 17 de enero de 2005. En dicha oportunidad, la entidad indicó que la característica distintiva de este método de tasación consiste en que el valor de la entidad se obtiene a través de una operación aritmética de división del patrimonio de la entidad entre el número de acciones representativas del capital:

El valor intrínseco [...] está determinado por el desarrollo de la actividad social del ente económico en un período, que se traduce en la capacidad de producir resultados y poderlos reflejar en los estados financieros de propósito general "o de fin de ejercicio, que son los que en últimas permiten "...evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos" (artículo 21 del Decreto 2649 de 1993) y que se revela conforme a lo previsto por el artículo 113 del mencionado decreto, en notas a los estados financieros. Conforme a lo anterior, **el valor intrínseco que es la resultante de dividir el total del patrimonio entre el número de acciones o cuotas que integran el capital**, excluidas las readquiridas, es un valor que por su naturaleza no tiende a ser permanente, pues las circunstancias que lo originan son esencialmente dinámicas. Así mismo, si bien es cierto el valor intrínseco se refleja en principio, en los estados financieros de propósito general o de fin de ejercicio, también lo es que cuando se requiera conocer el valor de la sociedad en ciertas operaciones como fusión, escisión, disminución de capital y venta de acciones en oferta pública, tal valor puede

deducirse de un estado financiero de períodos intermedios (artículo 26 del Decreto 2649 de 1993), o de uno extraordinario, en los términos del artículo 29 ibidem» [énfasis fuera de texto]

La Sala encuentra oportuno resaltar que, de conformidad con los pronunciamientos de la Superintendencia, la sencillez de esta metodología es una de sus características más relevantes. Se entiende, entonces, que haya sido elegida por el Gobierno para agilizar el proceso de capitalización del Grupo Bicentenario, como condición para la puesta en marcha de las estrategias de crédito que, a través de este conglomerado, se pretende ofrecer para aliviar la crisis social y económica generada por la pandemia.

Establecido el alcance del método de valoración de las acciones dispuesto en el Decreto 492 de 2020, la Sala encuentra necesario reparar en la vigencia en el tiempo de la regla contenida en el artículo primero, asunto de crucial importancia para resolver la consulta presentada en esta ocasión.

C. Vigencia en el tiempo de la regla especial contenida en el artículo primero del Decreto 492 de 2020

La Sala observa que existen tres interpretaciones posibles en torno a la vigencia y las consecuencias jurídicas del artículo 1 del Decreto 492. Tales alternativas serían las siguientes:

i) El término de seis meses previsto en la disposición no solo fijó un plazo para que el proceso de capitalización se hiciese de acuerdo con el valor intrínseco de las acciones de las entidades del Ejecutivo; también habría establecido un límite al propio proceso de capitalización del Grupo Bicentenario. Según esta lectura, la disposición impediría continuar dicho proceso empleando las normas establecidas en el Decreto 2111 de 2019 y los estatutos de la sociedad, o cualesquiera otras.

ii) La fórmula de los seis meses cumpliría la función de servir como apremio para las autoridades y funcionarios responsables del proceso de capitalización. Conforme a este criterio, la violación de este término podría comprometer la responsabilidad de aquellos, mas no la vigencia de la regla establecida en la disposición, según la cual la metodología de valoración de las acciones debe hacerse, a partir de la promulgación del Decreto 492, por su valor intrínseco. El mandato de emplear este método seguiría la directriz general establecida para los decretos legislativos dictados durante los estados de emergencia, según la cual estos textos tienen una vigencia indefinida.

iii) El artículo primero contiene una regla transitoria, en virtud de la cual la capitalización de las acciones debía realizarse, únicamente, según su valor intrínseco, por el término de seis meses. Una vez transcurrido este término, la disposición habría perdido vigencia, lo que daría lugar a la recuperación de la vigencia de las normas generales sobre la materia. En este orden de ideas, el proceso de capitalización del Grupo Bicentenario podría proseguir, y debería llevarse a cabo con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 2111 de 2019 y en los estatutos sociales.

La Sala de Consulta acoge esta última interpretación. A continuación, se explican los argumentos que le otorgan sustento, y que obligan a descartar las opciones restantes.

Para empezar, la Sala estima que la primera interpretación debe ser rechazada, pues conduce a un resultado irrazonable, contrario a los propósitos enunciados en los Decretos 2111 de 2019 y 492 de 2020. El Grupo Bicentenario fue concebido como una matriz destinada a liderar un proceso de crecimiento y robustecimiento de los servicios financieros que presta el Estado. Tal actividad cobra particular importancia en las actuales circunstancias, en las que la recuperación de la economía -resultado que tanto depende del ofrecimiento de crédito- y la superación de la crisis social provocada por la COVID-19 son metas primordiales para el Estado. Carece de sentido, pues, que, en esta coyuntura, se acoja una interpretación que impediría el crecimiento y la expansión de una institución que pretende contribuir a la realización de estos propósitos.

De igual manera, esta interpretación, no solo carece de un claro sustento normativo, sino que desconoce la propia letra del encabezado del artículo 1 del Decreto 492, epígrafe según el cual lo que se busca con esta disposición es fomentar el «[f]ortalecimiento patrimonial del grupo bicentenario S.A.S.». Este propósito es abiertamente incompatible con una interpretación que conduciría al estancamiento de la capitalización del Grupo Bicentenario y, por lo tanto, a su debilitamiento patrimonial.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la capitalización es un derecho que tienen, en forma permanente, todas las compañías en Colombia, incluyendo las sociedades por acciones simplificadas, de acuerdo con las normas legales que las rigen y la voluntad de sus socios. Por ende, resultaría paradójico y absurdo que la única compañía que no pudiera gozar de este derecho fuera, justamente, el Grupo Bicentenario.

En este orden de ideas, la Sala concluye que el término de seis meses, establecido en el artículo 1 del Decreto 492, no implica prohibición o restricción alguna, temporal o de otra forma, para capitalizar al Grupo Bicentenario S.A.S., como tampoco la exclusión de ninguna de las entidades financieras cuya integración a ese Grupo fue prevista, todo lo cual sería contrario al Decreto 2111 de 2019 y a la decisión adoptada por el Congreso de la República en el artículo 331 de la Ley 1955 de 2019. En esta norma quedó constancia de la intención de crear «**una entidad** de la Rama Ejecutiva del orden nacional **responsable de la gestión del servicio financiero público** que incida en mayores niveles de eficiencia» [énfasis fuera de texto]. Este propósito quedaría desvirtuado si se interrumpe, sin sustento jurídico alguno, el proceso de capitalización del Grupo Bicentenario.

El análisis de la segunda alternativa, por otra parte, requiere un nivel de análisis más profundo. En primer lugar, resulta indiscutible que el Decreto Legislativo 492 estableció una limitación de los efectos en el tiempo de la regla establecida en el artículo 1. En el tercer párrafo de este artículo se encuentra la siguiente previsión:

Para estos efectos, la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Grupo Bicentenario S.A.S. deberán llevar a cabo los registros y demás procedimientos necesarios para dar cumplimiento a este artículo **dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto** [énfasis fuera de texto].

Por regla general, las medidas que se adoptan en los decretos legislativos dictados en desarrollo de una emergencia económica, social y ecológica tienen vigencia indefinida. Así se encuentra establecido en el artículo 47 de la Ley 137 de 1994⁷, que dispuso, como excepción a esta directriz general, la modificación y

⁷ Por la cual se reglamentan los [e]stados de [e]xcepción en Colombia.

creación de nuevos tributos, medidas que dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal:

Artículo 47. Facultades. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado.

Parágrafo. **Durante el Estado de Emergencia, el Gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente** [énfasis fuera de texto].

La Corte Constitucional ha recalcado que la regla general de aplicación de estos decretos en el tiempo es la vigencia indefinida, con la salvedad de las aludidas medidas tributarias⁸. Este criterio fue reiterado por este tribunal con ocasión de los dos estados de emergencia declarados en 2020 para conjurar la crisis social, económica y sanitaria creada por la COVID-19. En la Sentencia C-239 de 2020, la Sala Plena manifestó lo siguiente:

[L]a jurisprudencia constitucional ha precisado que el principio de temporalidad que rige estos estados de excepción apunta a que las medidas que se adopten tengan una duración limitada, de acuerdo con la naturaleza de los hechos que dieron lugar a la declaratoria correspondiente. Sin embargo, **la vigencia del principio de temporalidad no es incompatible con el carácter permanente de las normas adoptadas al amparo de la emergencia económica, social y ecológica**, con excepción de aquellas de carácter tributario, las cuales perderán ejecutoria al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso las adopte como legislación ordinaria.

78. La Corte entonces ha avalado medidas cuya temporalidad supera la vigencia del Estado de emergencia económica, social y ecológica y se extienden por varios meses o años, siempre y cuando estén destinadas a conjurar efectivamente las causas que dieron origen a la emergencia [énfasis fuera de texto].

Este mismo criterio fue expresado en la Sentencia C-226 de 2011, que es habitualmente citada por la jurisprudencia constitucional para ilustrar la vigencia en el tiempo de estos decretos, y en la cual se indicó:

En lo que tiene que ver con las facultades concedidas al [p]residente de la República en un estado de emergencia, el artículo 215 constitucional lo habilita para dictar normas con fuerza y rango de ley destinadas específicamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia. **Los decretos legislativos que se dicten son permanentes, excepto en el evento de normas que establecen o modifican tributos, caso en el cual dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal**, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente [énfasis fuera de texto].

En todo caso, la regla de la vigencia indefinida no es un mandato absoluto e incondicional. Antes bien, es una directriz general que permite al Gobierno nacional adoptar arreglos especiales, encaminados a atender las circunstancias

⁸ Entre otras, ver las Sentencias C-179 de 1994, C-218 de 2011 y C-467 de 2017.

particulares que hayan suscitado la declaratoria del estado de excepción. En consecuencia, no le está vedado acotar, como lo hizo en el caso concreto, la vigencia de las medidas en el tiempo. Dado que la facultad de expedir normas con fuerza material de ley -que es la licencia que obtiene el presidente al declarar un estado de excepción- es una autorización extraordinaria, sometida a precisos límites formales y sustanciales, nada obsta para que el propio Gobierno establezca restricciones, en este caso, de índole temporal, sobre las medidas que instaura.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el artículo primero del Decreto 492 de 2020 limitó su vigencia al término de seis meses, estableciendo, de este modo, una excepción a la regla de la vigencia indefinida de estas medidas.

Aunado a lo anterior, la Sala encuentra un argumento complementario, que confirma esta conclusión, en el artículo 9 del Decreto 492 de 2020. La disposición establece el régimen de vigencia de dicho decreto, y no deroga ni modifica expresamente norma alguna. Es manifiesto que, pese a que era lícito introducir cambios definitivos en la materia, no se introdujeron modificaciones a las reglas generales del proceso de capitalización del Grupo Bicentenario. En otros términos, la Sala observa que, habiendo tenido la oportunidad de derogar el artículo tercero del Decreto 2111 de 2019, que, según se ha dicho, es el fundamento normativo del proceso de «integración del capital» de la sociedad, el Ejecutivo dejó inalterada dicha norma. Al no hacerlo, esta norma recobró su vigor, una vez venció la regla transitoria establecida en el artículo primero del Decreto 492 de 2020.

En síntesis, esa interpretación -que sostiene que aún se encuentra vigente el mandato de capitalizar la compañía, únicamente, por el valor intrínseco de las acciones aportadas- es inadmisibles, por cuanto: *i)* ignora que la expresa intención del decreto consistía en establecer un período acotado de duración para la medida extraordinaria, y *ii)* desconoce que la disposición dedicada a la vigencia del decreto se abstuvo de incluir modificaciones o derogaciones que afectarían la regla general contenida en el Decreto 2111 de 2019 y los estatutos sociales.

En este orden de ideas, como se propone en la tercera interpretación, la única lectura coherente de la disposición lleva a concluir que el artículo 1 del Decreto 492 de 2020 es un arreglo transitorio, que perdió vigor seis meses después de la publicación de aquel. Vencido este lapso, las reglas ordinarias de capitalización -que, valga la reiteración, no fueron derogadas por el Decreto 492- recobraron su vigencia. De ahí que, en la actualidad, pueda proseguir el proceso de capitalización del Grupo Bicentenario, que habrá de realizarse de conformidad con lo establecido en sus estatutos sociales y en el Decreto 2111 de 2019.

En suma, de conformidad con las razones expuestas en este apartado, la evolución del régimen jurídico aplicable a la capitalización del Grupo Bicentenario ha tenido las siguientes etapas:

i) Al momento de la creación de la sociedad, el Decreto Ley 2111 de 2019 previó que el capital inicial de la sociedad estuviese integrado «por los recursos producto de la escisión de entidades públicas que ejerzan actividades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y/o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público, o por los aportes en dinero o en especie de la nación o de organismos o entidades que integren la Rama Ejecutiva del Poder Público» (artículo 3).

Conviene anotar que, según lo establecido en el artículo 8 de los estatutos del Grupo Bicentenario, el avalúo del pago en especie de acciones suscritas luego del acto de la constitución de la sociedad debe ser determinado por la Asamblea de Accionistas, que puede delegar dicha función en la Junta Directiva. Según se indica en el siguiente apartado de este concepto, la disposición estatutaria autoriza que «sean recibidas al valor contable del patrimonio o al fijado de acuerdo con una metodología de amplia utilización».

ii) La aprobación del Decreto 492 de 2020 produjo un cambio transitorio en las reglas de capitalización de la sociedad. Con arreglo al artículo 1, durante los seis meses siguientes a su entrada en vigencia, la estimación de los aportes que habrían de ingresar al *holding* financiero debía hacerse según su valor intrínseco.

iii) Una vez expirado el término previsto en el artículo 1 del Decreto 492 de 2020, las normas transitorias perdieron vigencia, y la recobró la normativa que fue suspendida por el decreto legislativo. En consecuencia, luego del paréntesis que supuso la entrada en vigor del Decreto 492, recuperó su vigencia el artículo 3 del Decreto 2111 de 2019 y el artículo 8 de los estatutos del Grupo Bicentenario. Estas disposiciones son los textos normativos actualmente vigentes, que regulan el proceso de capitalización y que otorgan a la Asamblea de Accionistas la facultad de establecer la metodología de valoración que estime apropiada.

Aclarado este punto, la Sala procede a analizar el alcance de las normas actualmente vigentes en la materia.

D. Alcance de la normativa ordinaria aplicable a la capitalización del Grupo Bicentenario

Vale la pena reiterar que el Grupo Bicentenario es una sociedad por acciones simplificada. Este tipo de compañías se encuentra regulado en una normativa especial, contenida en la Ley 1258 de 2012⁹. A su vez, dicha ley defiere a los estatutos sociales las reglas fundamentales para su organización y funcionamiento, como ocurre, dicho sea de paso, con las otras clases de sociedades. A este respecto, el artículo 17 *ibidem* dispone, en su parte pertinente:

Artículo 17. Organización de la sociedad. En los estatutos de la sociedad por acciones simplificada se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. A falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal.

[...] [Se destaca].

Esta norma se encuentra en armonía con lo preceptuado por el artículo 45 de la misma ley:

Artículo 45. Remisión. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones

⁹ Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.

[...] [Énfasis añadido].

Como puede deducirse de las disposiciones citadas, las sociedades por acciones simplificadas se regulan, en primer lugar, por la Ley 1258 de 2012 (debiéndose entender, claro está, que se refiere a las normas de carácter *imperativo* o de «orden público» contenidas en dicha ley, y no a las meramente *supletivas* de la voluntad de los socios); en segundo lugar, por los estatutos de la respectiva compañía; en tercer lugar, por las disposiciones del Código de Comercio que rigen para las sociedades anónimas, y, finalmente, por las normas del mismo código que regulan las sociedades, en general.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en el caso particular del Grupo Bicentenario, dicha institución, como sociedad de economía mixta y, por lo tanto, entidad pública descentralizada, está sujeta, en primer lugar, a las reglas especiales que determinaron su nacimiento y organización, como son el artículo 331 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto Ley 2111 de 2019. La aplicación de estas disposiciones, por lo tanto, debe anteponerse a la Ley 1258 de 2012.

Ahora bien, en punto a la capitalización de la sociedad Grupo Bicentenario, se encuentra, en primer lugar, el artículo 3 del Decreto 2111 de 2019, que dispone, de manera expresa, que «[l]a nación podrá capitalizar la Sociedad Grupo Bicentenario con acciones de propiedad de organismos o entidades que integren la Rama Ejecutiva del orden nacional vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público».

Como se ve, la disposición permite que el aporte que realice la Nación al *holding* financiero se haga en especie, valga decir, mediante acciones, y precisa cuáles son las entidades de la Rama Ejecutiva cuya propiedad se compromete en esta operación.

Otra pieza fundamental del régimen jurídico aplicable en esta materia se encuentra en los estatutos del Grupo Bicentenario. Allí se lee, en el artículo octavo, que corresponde a la Asamblea General de Accionistas determinar el avalúo de las acciones que se reciban a cambio de aquellas que sean suscritas luego del acta de constitución de la sociedad. La disposición precisa que, cuando se trate de «acciones de entidades con participación mayoritariamente pública», la tasación puede hacerse por el «valor contable del patrimonio o [e]l fijado de acuerdo con una metodología de amplia utilización»¹⁰. Por último, el artículo dispone que dicha competencia puede ser delegada en la Junta Directiva:

Artículo 8. Emisión y suscripción de acciones. La Sociedad podrá emitir acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto de acuerdo con la ley, y podrá desmaterializar sus acciones si así lo decide su asamblea de accionistas por mayoría simple. Las acciones ordinarias darán derecho a suscribir

¹⁰ El significado y la metodología del valor contable del patrimonio fueron analizados en el Concepto 913 del 3 de octubre de 2019, aprobado por el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, en el cual se manifiesta lo siguiente:

De acuerdo con lo anterior, el valor en libros de una inversión contabilizada por el método de participación patrimonial, en los estados financieros separados, puede diferir del porcentaje de participación en el valor contable del patrimonio en la entidad donde se mantiene la inversión (asociada), por cuanto el costo inicial de la inversión podría ser distinto del valor contable en la fecha de adquisición, así como otros movimientos en el patrimonio de la asociada que no dan lugar a un incremento de la inversión, tales como la emisión de acciones con prima para otros accionistas diferentes al que registra el método de la participación.

preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean los accionistas en la fecha en que se apruebe el respectivo reglamento de suscripción de acciones, salvo que la asamblea decida colocarlas sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual deberá darse cumplimiento a lo previsto en las leyes y en los estatutos.

En el momento de su emisión corresponderá a la asamblea general de accionistas definir si las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto se colocarán o no con sujeción al derecho de preferencia. [...]

Si se trata de pagar en especie acciones suscritas con posterioridad al acta de constitución de la Sociedad, el avalúo de las acciones se hará por parte de la Asamblea de Accionistas, pudiendo ser delegada esta función en la Junta Directiva. En el evento en que el pago en especie sea en acciones de entidades con participación mayoritariamente pública, estas podrán ser recibidas al valor contable del patrimonio o al fijado de acuerdo con una metodología de amplia utilización.

Las acciones de la Sociedad sólo podrán ser objeto de conversión cuando así lo autorice la Asamblea General de Accionistas.

Las acciones en reserva y las que posteriormente se creen por el órgano social competente podrán ser emitidas de conformidad con la ley y estos estatutos [énfasis fuera de texto].

De conformidad con la norma estatutaria, el método de avalúo de las acciones que vayan a ser aportadas con posterioridad al acta de constitución debe ser adoptado por la Asamblea General de Accionistas o por la Junta Directiva (si la Asamblea le ha delegado esta atribución). En el caso particular de las acciones provenientes de entidades con participación mayoritariamente pública, la regla es que podrán ser recibidas por el valor contable del patrimonio, o fijarse de acuerdo con otra metodología, a condición de que la alternativa elegida sea de amplia utilización¹¹.

Dado que tanto la competencia como la forma de valorar las acciones que sean aportadas a la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. se encuentran previstas en el Decreto 2111 de 2019 y en los estatutos de dicha compañía, no resulta necesario

¹¹ La Circular Externa 220-000007 de la Superintendencia de Sociedades, anteriormente citada, lista algunas de las modalidades de estimación del valor de una empresa. Al respecto, manifiesta:

Aunque existen muchos métodos para la valoración de empresas, los más conocidos en nuestro país son: a) Valor en libros [...]

b) **Valor de mercado.** Bajo este método se calcula el valor de la empresa como el resultado de multiplicar el precio en bolsa de la acción por el número de acciones en circulación. Este método puede dar una aproximación razonable al valor de la empresa, siempre y cuando la respectiva acción haya registrado durante un período no inferior a un año altos niveles de liquidez y bursatilidad y su precio se haya conformado en un mercado de capitales eficiente, producto de la confluencia masiva de oferentes y demandantes. Debido a la dificultad de cumplir con los requisitos señalados, en las condiciones actuales del mercado, este método de valoración, así como los otros que utilizan indicadores bursátiles, no se considera adecuado para empresas colombianas;

c) **Valor presente del flujo futuro de utilidades.** Para determinar la relación de intercambio se toma como base el valor presente de las utilidades que, bajo supuestos razonables, se proyecta tendrá la respectiva entidad en un horizonte de tiempo que normalmente varía en Colombia entre 5 y 10 años, dependiendo del sector al que pertenezca la empresa, el momento en que se encuentra su evolución (en etapa preoperativa, iniciando actividades, en operación normal, etc.) y otras condiciones específicas que pueden variar para cada caso [...].

d) **Valor presente del flujo de caja libre (DFC).** Este método es una variante del anterior, y en él se calcula el valor de la empresa como el valor presente neto del flujo de caja (ingresos recibidos en efectivo menos desembolsos por costo, gastos u otros conceptos en efectivo) que bajo supuestos razonables se proyecta tendrá la entidad en un horizonte de tiempo que en Colombia normalmente varía entre 5 y 10 años, tomando para efectos del descuento una tasa que refleje el riesgo del respectivo negocio.

acudir a las normas legales que regulan las sociedades por acciones simplificadas (Ley 1258 de 2012¹²), ni, menos aún, a las normas generales del Código de Comercio.

Reconocida la facultad que tiene la Asamblea General en la materia, conviene recordar que, en cualquier caso, la organización societaria tiene una indeclinable obligación de tener en cuenta y proteger los intereses de los accionistas minoritarios. Así lo exigen el ordenamiento jurídico colombiano y los principios del gobierno corporativo. La facultad de tomar decisiones valiéndose de la mayoría establecida en los estatutos o en las normas legales no otorga *patente de corso* al accionista mayoritario para abusar de la preminencia que pueda tener, debido a su aporte accionario. Así se infiere de los postulados que, en la actualidad, rigen la adecuada gobernanza de las sociedades, según los postulados del gobierno corporativo.

Por último, la Sala estima necesario anotar que, cualquiera que sea la metodología elegida por la Asamblea General de Accionistas, en ningún caso se debe producir un deterioro del patrimonio público. Esto es así porque, al disponer la capitalización del Grupo Bicentenario, el Estado no está enajenando las acciones de las entidades financieras, ni está limitando los derechos que ejerce sobre ellas. El aludido ejercicio de capitalización supone únicamente el traslado de la propiedad accionaria, de una entidad pública a otra, por lo que no ocurre mengua alguna del haber público.

E. Las sociedades de economía mixta

La Constitución Política se refiere expresamente a las sociedades de economía mixta en los artículos 150, numeral 7; 300, y 313; pero no define su naturaleza jurídica ni el régimen aplicable.

Al establecer los organismos que forman parte de la estructura de la Administración Pública, tanto centralizada como descentralizada, el artículo 150, numeral 7, prevé la posibilidad de crear sociedades de economía mixta.

Es así que atribuye a la ley la función de crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, las que forman parte de la Rama Ejecutiva.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-736 de 2007 señaló:

3.2.2 La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de “determinar la estructura de la administración”. Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito. De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la “estructura de la administración”.

Por su parte, el artículo 115 de la Constitución, que pertenece al Capítulo I del Título V, relativo a la estructura del Estado, al señalar los órganos que conforman la Rama

¹² La cual, en todo caso, no contiene disposición alguna que se refiera a los aportes en especie efectuados con posterioridad a la constitución de la sociedad.

Ejecutiva del poder público, no menciona a las sociedades de economía mixta. Esta circunstancia, sin embargo, no significa que este tipo de entidades se encuentren por fuera de este concepto. Es decir, de la lectura del artículo 115 no es posible concluir que las sociedades de economía mixta no formen parte de la Rama Ejecutiva, y que sólo conformen “la estructura de la administración”, según lo dispuesto por los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6, que se acaban de mencionar.

[...]

Adicionalmente, siguiendo un criterio de interpretación exegético, la Corte observa que la redacción del último inciso del artículo 115 Superior no corresponde a la de una enumeración taxativa. Pues, como puede observarse, dicha norma simplemente afirma que “forman parte de la Rama Ejecutiva” los organismos que allí se mencionan, pero no señala que “la Rama Ejecutiva está formada” por ellos. De esta manera, la construcción gramatical utilizada (cuyo sujeto gramatical son los organismos mencionados y no la Rama Ejecutiva) permite entender que otros organismos también pueden formar parte de dicha estructura.

Así pues, la enumeración contenida en el artículo 115 no es taxativa, de donde se deduce que otros órganos distintos de los allí mencionados pueden conformar la Rama Ejecutiva. Sin embargo, para establecer si las sociedades de economía mixta forman parte de esta Rama, es necesario aclarar que este concepto (Rama Ejecutiva) involucra el de administración centralizada y descentralizada, según pasa a explicarse:

[...]

Así las cosas, la noción de Rama Ejecutiva nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la doctrina clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central.

El Legislador, en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998¹³, define a las sociedades de economía mixta como «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».

En concordancia, el artículo 461 del Código de Comercio estipula que:

Son de economía mixta las sociedades que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

Esta Sala ha explicado que la naturaleza mixta proviene de la composición de capital -estatal y particular-, de manera que no pueda afirmarse que sea de propiedad privada o pública, pues en ella concurren uno y otro sector para el desarrollo de unas determinadas actividades industriales o comerciales,

¹³ Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades 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.

independientemente del monto de los aportes estatales o de la proporción de estos en el capital de la sociedad.

Sobre el particular, la Sala señaló que es de suma importancia la decisión mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 97 de la Ley 489, por cuanto tenía en cuenta la proporción de los aportes estatales para determinar la naturaleza de la sociedad, cuando, desde la perspectiva constitucional, el solo hecho de la concurrencia de capital público y privado configura su naturaleza mixta, sin consideración a la proporción de uno y otro¹⁴.

En efecto, en la Sentencia C-953 de 1999, la Corte Constitucional manifestó que, para que una sociedad se califique como de economía mixta se requiere que concurren aportes a su capital provenientes del sector público y del sector privado, sin importar que el aporte oficial sea de un nivel mínimo, en desarrollo del denominado principio de «irrelevancia de proporcionalidad».

Explicó que su naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea, en parte, de propiedad de un ente estatal y, en parte, de los particulares; que es precisamente la razón que no permite afirmar que, en tal caso, la empresa respectiva sea «del Estado» o de propiedad de «particulares», sino, justamente, de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da su característica especial, denominada «mixta», por el artículo 150, numeral 7° de la Constitución.

En punto a la precisa ubicación de las sociedades de economía mixta en la estructura del Estado, se encuentra la ya aludida Ley 489 de 1998, cuyo artículo 38 establece la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, y prevé que está conformada por los sectores central y descentralizado por servicios. Dentro de este último, incluye a las sociedades de economía mixta:

Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder en el orden nacional está integrada por los siguientes organismos y entidades:

[...]

2. Del sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica.

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1619 de 2004.

Parágrafo 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. [...] [Destaca la Sala].

Descendiendo a las entidades a que se refiere la consulta, se encuentra:

Según el artículo 1 de los estatutos de la Fiduciaria La Previsora S.A., «[l]a compañía es una sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya constitución fue autorizada por el Decreto 1547 de 1984».

El objeto exclusivo de la sociedad, según el artículo 5 estatutario, es:

[...] la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales, y a la presente sociedad, por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriores.

Para el caso de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. (Fiducoldex), el artículo 2° de sus estatutos reza:

Artículo 2- Participación del Estado [...] y naturaleza. - La Sociedad se crea para obedecer el mandato actual incorporado en el artículo 283 del Decreto 663 de 1993, con la condición de incorporar entre su objeto el contrato de fideicomiso al que dicho artículo se refiere. La sociedad será colombiana, comercial, anónima, de economía mixta indirecta del orden nacional, y vinculada al Ministerio de Comercio Exterior.

En lo referente a su objeto, el artículo 6° establece:

Artículo 6.- Objeto.- La sociedad tendrá por objeto: A. La celebración de un contrato de fiducia mercantil con la Nación, representada por el Banco de Comercio Exterior, para promover las exportaciones colombianas y cumplir otros fines estipulados en el Decreto 663 de 1993. B. La celebración de contratos de fiducia mercantil en todos sus aspectos y modalidades, de acuerdo con las disposiciones que contiene el decreto mencionado, el Título XI del Libro Cuarto ESTATUTOS SOCIALES FIDUCOLDEX S. A. del Código de Comercio, y las demás normas complementarias o concordantes, o las que las adicionen o sustituyan. C. La realización de todas las operaciones, negocios, actos, encargos y servicios propios de la actividad fiduciaria, que aparecen en el Decreto 663 de 1993 y en las demás normas complementarias o concordantes, o en las que las adicionen o sustituyan.

Finalmente, en lo que respecta a Fiduagraria, el artículo 1 de su máxima norma social dispone:

Artículo 1. Nombre y naturaleza:

La sociedad se denomina Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., pudiendo utilizar la sigla FIDUAGRARIA S.A., es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional constituida mediante Escritura Pública No 1199 de febrero 18 de 1992 de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá, perteneciente al sector agropecuario, vinculada al Ministerio de Agricultura, organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. La tutela

estatal se ejercerá a través de la participación del Banco Agrario de Colombia S.A., en la Asamblea General de Accionistas y en la Junta Directiva de FIDUAGRARIA S.A.

En lo atinente al objeto, el artículo 4° estatuye:

Artículo 4. OBJETO SOCIAL.

El objeto social de FIDUAGRARIA S.A. será la celebración, ejecución y desarrollo de negocios fiduciarios en general, entendiéndose por tales los contemplados en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, 32 numeral 5 de la Ley 80 de 1993 y los que se consagren en demás normas que las aclaren o modifiquen, y en general, todas aquellas actividades que la ley u otras normas autoricen a realizar a las sociedades fiduciarias [...]

En las citadas disposiciones, es claro que Fiduprevisora, Fiduagraria y Fiducoldex son sociedades de economía mixta. En tal virtud, son entidades descentralizadas del orden nacional y, por ende, órganos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998.

F. Noción de la fusión de sociedades

Afirma la doctrina que la fusión es un mecanismo de reorganización para las compañías que la adopten; no solo representa la extinción de una o varias sociedades, sino que, además, implica la consolidación patrimonial en una compañía nueva o en otra ya existente. Por disposición legal, implica una **reforma estatutaria**.

En sentido jurídico societario, significa la unión entre sociedades, de manera que solo subsiste una persona jurídica que absorbe los patrimonios de las otras compañías participantes en la operación. Es, pues, un **acto jurídico corporativo** mediante el cual una sociedad que se extingue transmite el total de su patrimonio (activo y pasivo) a otra preexistente, o de nueva creación¹⁵.

De antaño, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la fusión es el fenómeno jurídico consistente, de «manera general, en la reunión de dos o más sociedades de creación y vida independientes, de forma que no constituyan luego sino una sola entidad social»¹⁶.

Al respecto, dice la doctrina de la Superintendencia de Sociedades:

[...] la fusión supone una transmisión *in universum ius* del patrimonio de todas las sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al transmitir en bloque su patrimonio las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligacionales, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo¹⁷.

¹⁵ REYES Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Editorial Temis, 2014, páginas 89 a 92.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de julio de 1938. En: Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá, año XVIII, número 64.

¹⁷ Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-016228 del 23 de febrero de 2021.

En punto de nuestro ordenamiento jurídico, la fusión, de acuerdo con el Código de Comercio, implica una reforma al contrato social¹⁸, que el artículo 172 describe así:

Habrà fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

De dicho texto, se desprende la existencia de dos tipos de fusión societaria: *i*) fusión por creación y *ii*) fusión por absorción.

En la fusión por creación, dice la doctrina especializada, dos o más compañías se extinguen, sin liquidarse, con el propósito de crear una nueva sociedad que recibe el patrimonio de las compañías fusionadas. **El acto de constitución de esta nueva compañía es la misma determinación de las Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios de las sociedades fusionadas** elevada a escritura pública y posteriormente inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio.

En la fusión por absorción, una o más sociedades se extinguen, para transferir en bloque sus patrimonios a otra sociedad ya existente, que subsiste como persona jurídica. Se aprovecha la infraestructura de una sociedad ya creada, que sirve como receptora de los patrimonios que se transfieren por efecto de la operación.

La aportación patrimonial de las sociedades fusionadas se hace mediante un incremento del capital social o suscrito de la sociedad absorbente¹⁹.

Señala la Sección Cuarta del Consejo de Estado que la fusión por absorción implica un proceso de integración patrimonial, por la transferencia a título universal de bienes y obligaciones de las sociedades absorbidas -que se disuelven sin liquidarse-, en favor de la absorbente, que incide en su estructura societaria y en las rentas líquidas que obtiene²⁰.

Bien puede decirse que se habla de fusión cuando una sociedad absorbe financiera y jurídicamente el patrimonio y la actividad de otra u otras, las cuales, por ministerio de la ley, quedan disueltas, por este hecho, sin necesidad de liquidar su patrimonio, el cual pasa a la sociedad o sociedades absorbentes.

Entonces, en síntesis, cuando la sociedad absorbente preexiste a la fusión, se habla de fusión por absorción o incorporación. Cuando se absorbe el patrimonio de dos o más instituciones para formar una nueva sociedad, se habla del fenómeno de la fusión por creación²¹.

G. La fusión de sociedades en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

De conformidad con el artículo 55 del EOSF²², la fusión de las instituciones financieras o entidades aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera

¹⁸ Código de Comercio, artículo 162: «La disolución anticipada, **la fusión**, la transformación y la restitución de aportes a los asociados en los casos expresamente autorizados por la ley, son reformas estatutarias».

¹⁹ REYES Villamizar, Francisco, *ob., cit.*, páginas 103 a 105.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de octubre de 2020, rad. 2015-00500-01-SUJ-4-003.

²¹ MARTÍNEZ Neira, Néstor Humberto. Cátedra de Sociedades. Legis, 2020, página 417.

²² Decreto Ley 663 de 1993.

se rige por las normas especiales contenidas en el mismo estatuto y, «en lo no previsto», por las demás normas especiales, el Código de Comercio y la Ley 79 de 1988, según el caso.

En ese sentido, ha sido enfática la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por ejemplo, en sentencias del 25 de junio de 2021 y el 26 de febrero de 2015²³.

El procedimiento -que se resume a continuación- exige que los representantes legales de las entidades interesadas den aviso de la fusión a la Superintendencia Financiera.

Se efectúa el aviso si ya se ha aprobado el compromiso por las respectivas asambleas, o procederá de manera anticipada, expresando la intención de fusión, cuando menos con tres meses de antelación a la reunión de los órganos correspondientes.

Según el artículo 57, cuando los representantes legales de las entidades interesadas hayan dado aviso anticipado de fusión a la Superintendencia, deberán también poner en conocimiento de los accionistas o aportantes, mediante comunicación o por aviso, un resumen de la información sobre los motivos de la fusión y las condiciones administrativas y financieras en que se realizará, así como un anexo explicativo del método o métodos de evaluación y de la relación de intercambio resultante de su aplicación.

El artículo 58 *ibidem* otorga a la Superintendencia Financiera la facultad de objetar la fusión dentro de los términos allí establecidos, para lo cual se tipifican cinco causales taxativas.

Si la Superintendencia no se pronuncia dentro del término, opera el silencio administrativo positivo, y las entidades pueden proseguir con la fusión.

En todo caso, se sanciona con ineficacia de pleno derecho cualquier fusión que se lleve a cabo una vez objetada por la Superintendencia Financiera, o sin que hayan transcurrido los plazos de ley para que esta se pronuncie²⁴.

Antes de la formalización del acuerdo de fusión, los representantes legales de las sociedades interesadas darán a conocer al público la aprobación del compromiso, mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional²⁵.

El artículo 60 del Estatuto Orgánico regula el procedimiento de formalización y los efectos de la fusión, estableciendo que la fusión, una vez surtidos los trámites que deben adelantarse ante la Superintendencia Financiera, se formaliza con la correspondiente escritura pública, que debe registrarse en la cámara de comercio.

Al respecto, para la Sección Cuarta, es «claro que la fusión surte efectos a partir del momento en que se formalice el acuerdo, esto es, desde la fecha en que se eleve a escritura pública, suscrita por los representantes legales de las sociedades participantes»²⁶.

El numeral 3 del artículo establece los efectos patrimoniales de la fusión, una vez formalizada:

²³ Radicados 2009-00210 y 2009-00211.

²⁴ MARTÍNEZ Neira, Néstor Humberto, ob. cit., página 440.

²⁵ EOSF, artículo 59, y Código de Comercio, artículos 174 y 175.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencias del 25 de junio de 2021 y del 26 de febrero de 2015, radicados 2009-00210 y 2009-00211.

a. La entidad absorbente o la nueva adquiere de pleno derecho la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de las entidades disueltas, sin necesidad de trámite adicional alguno.

Al respecto, ha destacado esta Sala la expresión «de pleno derecho», con la que la norma califica la adquisición.

Sabido es que dicha expresión, equivalente a las de «por ministerio de la ley» e «*ipso jure*», significa que los efectos jurídicos así configurados por la norma se producen exclusivamente en virtud del mandato legal y no requieren trámite adicional alguno tendiente a su declaración o constitución por parte de autoridad judicial o administrativa²⁷.

b. La participación en filiales, inversiones y oficinas que posea la entidad disuelta ingresará al patrimonio de la absorbente, o de la nueva, para lo cual no se necesitarán autorizaciones especiales.

c. Los negocios fiduciarios, los pagarés, las garantías y otras seguridades otorgadas o recibidas por las entidades disueltas, se entenderán otorgados o recibidos por la entidad absorbente, o la nueva, sin que sea necesario trámite o reconocimiento alguno.

A partir del día en que expire el término para objetar, o desde la declaración de que no existe objeción, la entidad absorbida o incorporada podrá, previo aviso al público y una vez informada la Superintendencia, ofrecer directamente los servicios de la entidad absorbente que resulten compatibles con su naturaleza, aunque todavía no se haya perfeccionado la fusión.

Establece el artículo 61 *iusdem* que, cuando el Estado posea directa o indirectamente más del 95% de la propiedad de todas las entidades participantes en el proceso de fusión, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 58, es decir, lo atinente a la facultad de objeción de la Superintendencia Financiera.

Finalmente, el artículo 62 establece los derechos de los accionistas minoritarios, consistentes en la solicitud de estudios independientes y en el derecho de retiro, si no están de acuerdo con la nueva relación de intercambio que resulte del estudio técnico.

H. La facultad del presidente de la República para fusionar sociedades de economía mixta de carácter fiduciario

La Constitución Política, en su artículo 189, numeral 15, señala que:

Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

[...]

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2057 de 2011.

Para el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Primera del 1 de noviembre de 2012²⁸, es claro que las sociedades de economía mixta, incluso las financieras, integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998, por lo que el presidente puede ejercer las facultades del artículo 189, numeral 15, superior.

Así también se desprende de la sentencia del 12 de septiembre de 2002²⁹, en la que la misma Sección dijo:

2. 1. En cuanto al primer argumento, el cargo implica precisar el carácter del BCH en el momento de la expedición del acto enjuiciado, y su consecuente relación con la Administración Pública Nacional o la Rama Ejecutiva.

Al respecto se tiene que según certificación de la Superintendencia Bancaria de Colombia, aportada por los actores y visible a folio 14 del expediente, la entidad era una Sociedad Anónima de Economía Mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y así se indica en el transcrito artículo 1º del acto administrativo enjuiciado. Es decir, era una sociedad de economía mixta.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional señalando que está conformada por los sectores central y descentralizado por servicios, y dentro de este último incluye a las sociedades de economía mixta, así

[...]

Vista la norma transcrita, se observa que el legislador trata como entes de carácter administrativo los mencionados en dicho artículo, por lo cual se puede decir que ese carácter se determina en virtud de un criterio de definición legal, con fundamento en la pertenencia del ente a la Rama Ejecutiva. En ese sentido, amén de la inclusión como organismos y entidades integrantes de la citada Rama, es muy dicente el literal g) del numeral 2, al hablar de “las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la misma”, sin distinguir la función o actividad que realicen ni la forma como se originen, puesto que alude tanto a las creadas como a las autorizadas por la ley, como justamente son las sociedades de economía mixta. Con la expresión subrayada se está diciendo que las enunciadas en el artículo son entidades administrativas.

Así las cosas, el BCH, por ser sociedad de economía mixta en el momento en que se dispuso su disolución y liquidación tenía el carácter de entidad administrativa, en virtud del criterio orgánico, de allí que para el efecto no interesa la actividad que realizaba.

Lo anterior se explica por el hecho de que no obstante el carácter comercial de su actividad y, por tanto, la sujeción al derecho privado en relación con tal actividad, esas sociedades son instrumentos del Estado para cumplir su función y potestad de intervención en la economía, como supremo director de la misma. Son una de las varias formas del intervencionismo estatal, en la cual el Estado actúa como gestor directo de negocios económicos, dentro de la perspectiva de los cometidos relacionados con la economía, como son los de fomento, desarrollo, estabilidad, optimización de los recursos, pleno empleo, etc.

De suerte que siendo el BCH una entidad administrativa del orden nacional, por las razones atrás expuestas, es evidente que está comprendida en la facultad constitucional precitada [...] [Subraya la Sala].

²⁸ Expedientes 2005-00172 y 2005-00222.

²⁹ Expediente 6933.

En ese orden de ideas, ante la manifestación de los funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -en la audiencia mencionada en el acápite de antecedentes- en el sentido de que la motivación de la segunda pregunta de la consulta reside en que existe la interpretación jurídica de que, a la luz del artículo 2 de la Ley 790 de 2002, el presidente de la República debe -mediante decreto- disponer la fusión de las entidades fiduciarias tantas veces enunciadas, es menester proceder al análisis de esta normativa.

Según se lee en la exposición de motivos del proyecto de Ley 100 –Senado³⁰, de iniciativa gubernamental, la presentación del mencionado artículo del proyecto se consideró necesaria, dada la inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 489 de 1998³¹, por cuya virtud, «técnicamente el Presidente no puede ejercer esta atribución, hasta tanto una ley de autorización lo habilite específica o genéricamente para el efecto».

Entonces, la finalidad del proyecto -dice la exposición de motivos- es «buscar que el Legislativo establezca los principios, los objetivos y los límites para el ejercicio permanente de las facultades constitucionales del Presidente de fusionar entidades administrativas del orden nacional, de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional sobre el alcance del artículo 189 numeral 15 de la Constitución Política (C-702-99)».

Así las cosas, el artículo 2 de la Ley 790 dice:

Artículo 2º. Fusión de entidades u organismos nacionales. El Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, podrá disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional, con objetos afines, creados, organizados o autorizados por la ley, cuando se presente al menos una de las siguientes causales:

- a) Cuando la institución absorbente cuente con la capacidad jurídica, técnica y operativa para desarrollar los objetivos y las funciones de la fusionada, de acuerdo con las evaluaciones técnicas;
- b) Cuando por razones de austeridad fiscal o de eficiencia administrativa sea necesario concentrar funciones complementarias en una sola entidad;
- c) Cuando los costos para el cumplimiento de los objetivos y las funciones de la entidad absorbida, de acuerdo con las evaluaciones técnicas, no justifiquen su existencia;
- d) Cuando exista duplicidad de funciones con otras entidades del orden nacional;
- e) Cuando por evaluaciones técnicas se establezca que los objetivos y las funciones de las respectivas entidades u organismos deben ser cumplidas por la entidad absorbente;
- f) Cuando la fusión sea aconsejable como medida preventiva para evitar la liquidación de la entidad absorbida. Cuando se trate de entidades financieras públicas, se atenderán los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

³⁰ Gaceta del Congreso 430 del 16 de octubre de 2002.

³¹ El artículo 51 se refería a las modalidades de fusión de entidades u organismos nacionales que decreta el Gobierno.

Parágrafo 1º. La entidad absorbente cumplirá el objeto de la entidad absorbida, además del que le es propio. La naturaleza de la entidad fusionada, su régimen de contratación y el régimen laboral de sus servidores públicos, serán los de la absorbente.

El Presidente de la República, al ordenar la fusión armonizará los elementos de la estructura de la entidad resultante de la misma, con el objeto de hacer eficiente su funcionamiento.

Parágrafo 2º. En ningún caso, los costos para el cumplimiento de los objetivos y las funciones por parte de la entidad absorbente podrán superar la suma de los costos de cada una de las entidades involucradas en la fusión. [Se resalta].

Sobre la conexidad entre el artículo 189 de la Carta y el artículo 2 de la Ley 790 de 2002, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-044 de 2006, manifestó:

En efecto, como se señaló en un acápite anterior, el artículo 189.15 constitucional atribuye al Presidente de la República la facultad de fusionar entidades u organismos administrativos del orden nacional de conformidad con la ley, y precisamente el artículo segundo de la Ley 790 de 2002 establece el marco normativo para el ejercicio de la correspondiente atribución presidencial. Se trata, entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional de una ley ordinaria que regula una atribución presidencial de carácter permanente, la cual debe ser ejercida dentro de los límites señalados por la Constitución y por el propio texto legal.

Por lo tanto la facultad presidencial de fusión que regula esta disposición de rango legal es aquella que se ejerce mediante decretos reglamentarios, sujetos a la ley y a la Constitución, y es por lo tanto uno de los distintos mecanismos por medio de los cuales puede implementarse la fusión de entidades u organismos del orden nacional, pues como se señaló en acápites anteriores de esta decisión la jurisprudencia constitucional ha sostenido que ésta puede llevarse a cabo directamente por la ley, por medio de una ley de facultades extraordinaria y los decretos leyes expedidos en virtud de la delegación legislativa, o por un decreto reglamentario expedido en virtud del artículo 189.15 constitucional Y es precisamente este último evento es (sic) el que regula el artículo 2 de la Ley 790 de 2002. [Énfasis añadido].

Como se observa, entonces, la jurisprudencia constitucional señala, con base en las normas pertinentes de la Carta Política, especialmente, los artículos 150, numerales 7 y 10, y 189, numeral 15, que existen tres instrumentos jurídicos mediante los cuales puede ordenarse la fusión de organismos y entidades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional: *i)* una ley ordinaria expedida por el Congreso de la República; *ii)* una ley de facultades extraordinarias, seguida del ejercicio de estas, por parte del presidente de la República, mediante la expedición de un decreto con fuerza de ley, y *iii)* un decreto «reglamentario» dictado por el presidente, en desarrollo de su atribución constitucional permanente prevista en el artículo 189, numeral 15, y con sujeción a la ley que regule la materia (Ley 790 de 2002).

Al integrar esta jurisprudencia con la del Consejo de Estado, contenida en las sentencias citadas previamente, debe entenderse que estas tres alternativas resultan aplicables a la fusión de cualesquiera entidades u organismos públicos, siempre que formen parte de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, independientemente de su naturaleza jurídica específica (establecimiento público, unidad administrativa especial, sociedad de economía mixta, etc.), de las actividades que constituyan su objeto y del régimen jurídico que les sea aplicable (derecho público, derecho privado o ambos).

Ahora bien, de la lectura del artículo 2 de la Ley 790 de 2002, se observa: *i)* resulta evidente que desarrolla el artículo 189, numeral 15, de la Constitución Política; *ii)* reafirma la competencia del presidente de la República para disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional; *iii)* establece las causales para que el presidente pueda disponer la fusión, y *iv)* prevé que, en el caso de las entidades **financieras** públicas, deben atenderse «los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero».

Así, es claro que, en el caso de las entidades públicas de carácter financiero (sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera), es necesario armonizar o compatibilizar las reglas sobre la fusión de entidades públicas, contenidas en las normas constitucionales citadas y en la Ley 790 de 1992, con las reglas y los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la fusión de esta clase de instituciones.

Esto obedece, no solamente a lo dispuesto en forma expresa por el artículo 2, literal f, de la citada Ley 790, sino, sobre todo, a la simple, pero poderosa razón, de que tales personas jurídicas son, al mismo tiempo: *i)* entidades públicas descentralizadas por servicios, que forman parte de la Administración Pública y de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional, e *ii)* instituciones financieras, ya sea en la categoría de establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización, entidades aseguradoras o reaseguradoras, intermediarios de seguros, u otras (EOSF, artículo 1).

En esa medida, la fusión de esta clase de entidades no puede hacerse por fuera de las competencias y los mecanismos establecidos constitucionalmente para la fusión de entidades y organismos públicos y, en particular, de la potestad que el artículo 189, numeral 15, de la Carta otorga al presidente de la República, como «Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa», la cual, según la jurisprudencia, debe ejercerse mediante la expedición de decretos.

Aclara la Sala que, si bien es potestativo del Congreso de la República o del presidente ordenar la fusión de dos o más entidades públicas, en particular, y también resulta discrecional para tales autoridades acudir a uno u otro de los tres mecanismos jurídicos mencionados, no es potestativo del jefe de Estado, si considera necesario o conveniente disponer dicha fusión, determinar la forma de hacerla, más allá de las normas constitucionales y legales que regulan su atribución. Una vez adoptada la decisión, bajo cualquiera de los tres mecanismos jurídicos mencionados, le corresponderá, con posterioridad, a las asambleas generales de accionistas de las sociedades, o a los órganos directivos competentes, según lo que estipulen los estatutos, establecer cómo se desarrollará la fusión y tomar las determinaciones correspondientes.

En ese sentido, si el presidente considera pertinente ejercer la potestad prevista en el artículo 189, numeral 15, de la Carta Política, para fusionar dos o más entidades públicas, debe expedir un decreto, respetando los límites y las condiciones establecidas en la Ley 790 de 2002 y, en lo que sea pertinente, la Ley 489 de 1998.

En todo caso, cuando se trata de entidades públicas de carácter financiero, de aquellas que define el EOSF, sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, es necesario dar cumplimiento, también, a los principios establecidos en dicho Estatuto, tal como lo preceptúa el artículo 2 de la Ley 790 de 2002.

Dado que tales principios no están señalados y definidos, de esta manera, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino que se encuentran dispersos y desarrollados en las instituciones jurídicas y normas que contiene dicha codificación, la Sala entiende que la remisión ordenada por el artículo 2, literal f, de la Ley 790, ha de entenderse hecha a las disposiciones del EOSF que resulten aplicables y, en particular, a las que establecen el procedimiento y las reglas para la fusión de entidades financieras

La anterior conclusión se apoya, además, en las siguientes razones:

i) Las sociedades de economía mixta de carácter financiero se someten a las normas que rigen sus negocios, vale decir, el EOSF y el Código de Comercio, en lo que no sea incompatible con la normativa sobre dirección, administración y funcionamiento de las entidades del Estado.

ii) En su calidad de sociedades de servicios financieros, las fiduciarias desarrollan su objeto social conforme a las operaciones autorizadas por el EOSF, que, en general, comportan la articulación de negocios, la promoción del ahorro e inversión, y la administración de recursos provenientes, no solo del Estado, sino también del público en general.

iii) Desde la perspectiva de derecho constitucional-económico, la intervención del Estado en el sector financiero (y en otros sectores) debe garantizar condiciones transparentes y equitativas de competencia para todos los actores que participan en dicho mercado, independientemente de que su capital sea de propiedad de los particulares, del Estado o de ambos (como sucede con las sociedades de economía mixta). En esa medida, dicha intervención debe evitar los denominados «arbitrajes regulatorios», que consisten en aquellas diferencias en la regulación que tienden a beneficiar a ciertos competidores y a perjudicar a otros, de manera injustificada.

iv) La aplicación del procedimiento y de las reglas previstos en el EOSF, que involucra, como ya se dijo, la participación de la Superintendencia Financiera, permite el cumplimiento de los objetivos que se buscan con la supervisión integral de la actividad financiera y de quienes la ejercen³². Esta consideración tiene, igualmente, relevancia constitucional, pues la Carta Política ordena al Gobierno nacional intervenir en esta clase de actividades, con sujeción a la ley (artículo 335), y otorga al presidente de la República la función ejercer, «de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público» (artículo 189-24). Esta competencia se encuentra delegada, actualmente, en la Superintendencia Financiera.

v) En particular, el conocimiento y la participación de la Superintendencia Financiera en los procesos de fusión y en otros mecanismos de integración o reestructuración de entidades financieras (adquisiciones, escisiones, cesiones de activos, pasivos y contratos, etc.) es importante para: *a*- evitar la conformación de monopolios y situaciones que impliquen un abuso de posición dominante en el mercado; *b*- garantizar que la entidad resultante del proceso tenga las condiciones patrimoniales, jurídicas, técnicas y administrativas para operar, de manera segura

³² Artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Ley 1870 de 2017.

y adecuada, como entidad financiera, y c- proteger los derechos e intereses de los consumidores y usuarios financieros.

Ahora bien, a juicio de la Sala, la forma de armonizar, por una parte, las competencias y mecanismos constitucionales y legales para la fusión de entidades públicas y, por otra parte, los principios y las normas sobre fusión de instituciones financieras consiste, en este caso, en que el presidente de la República, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 189, numeral 15, superior, ordene, mediante decreto, el proceso de fusión de las sociedades fiduciarias mencionadas, y que dicho proceso se cumpla con sujeción a las reglas previstas en el EOSF.

De esta forma, al expedirse el citado decreto, el presidente ejerce su competencia constitucional, con sujeción a la ley; adopta la decisión política de integrar (mediante fusión) a las respectivas entidades públicas, asumiendo la responsabilidad correspondiente, y autoriza a los representantes de la Nación y de otras entidades públicas del orden nacional, en las asambleas generales de accionistas de aquellas sociedades, para votar afirmativamente el respectivo compromiso de fusión.

De allí en adelante, el perfeccionamiento de la fusión depende de la decisión que adopten las respectivas asambleas, con el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios que sean aplicables, y de la debida observancia de las normas y el procedimiento previstos en el EOSF.

Finalmente, aclara la Sala que si el presidente de la República, en desarrollo de la atribución constitucional antes citada, ordenara o decretara directamente la fusión de las sociedades fiduciarias, de tal manera que esta produjese efectos con la sola promulgación del decreto, se omitiría el cumplimiento de las normas contenidas en el EOSF, y la superintendencia del ramo no tendría ninguna intervención, con lo que se incumpliría lo dispuesto en el artículo 2, literal f), de la Ley 790 de 2002, entre otras normas.

Por las consideraciones anteriores, la Sala

IV. RESPONDE:

1 ¿Resultaría posible capitalizar la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. a través de aportes en especie de acciones de las entidades financieras públicas, a su valor patrimonial conforme a los estatutos sociales de la compañía y lo dispuesto en el Decreto Ley 2111 de 2019?

Sí, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 del Decreto Ley 2111 de 2019 y 8 de los estatutos del Grupo Bicentenario, los aportes en especie de acciones de las entidades financieras públicas pueden ser recibidos por su valor patrimonial, o por otro que determine la Asamblea General de Accionistas del Grupo Bicentenario S.A.S., con base en una metodología técnicamente aceptada, siempre que así lo apruebe dicha Asamblea.

2 ¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir para fusionar entidades financieras públicas o con participación mayoritaria del Estado?

Para proceder a la fusión de las sociedades fiduciarias estatales mencionadas en los antecedentes de la consulta, se requiere, en primer lugar, que se haga a través de una ley, un decreto basado en facultades extraordinarias, o que el presidente

de la República, en desarrollo de su facultad prevista en el artículo 189, numeral 15, de la Constitución Política, y con sujeción a lo dispuesto en la Ley 790 de 2002 (artículo 2), ordene iniciar el **proceso** de fusión de las mencionadas fiduciarias.

Una vez perfeccionado cualquiera de los instrumentos jurídicos citados (ley, decreto extraordinario o decreto reglamentario), debe iniciarse el proceso de fusión, de acuerdo con el procedimiento y las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la fusión de entidades financieras y de sociedades fiduciarias. Para tales efectos, se requerirá la aprobación por parte de las respectivas asambleas generales de accionistas.

Remítanse copias al ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Consejera de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala