

LEY 226 DE 1995 - Ambito de aplicación

La ley 226 de 1995 se refiere a la enajenación de cualquier forma de participación del Estado en el capital de una empresa, incluidos los bonos convertibles en acciones, según lo dispone el artículo 1°, norma que determina su campo de aplicación, teniendo en cuenta que otras disposiciones de la ley excluyen de su regulación algunas enajenaciones, como la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 18), o la enajenación accionaria de los fondos ganaderos (art. 22), o la que se realice entre órganos estatales, o la de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones, (salvo cuando se trate de la venta de activos que equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa de acuerdo a la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 20 por la Corte Constitucional [sentencia C-392 de 1996], en cuyo caso habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal contenido en la ley 226 de 1995).

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995

ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA - Debe respetar los principios previstos por la ley 226 de 1995 / PROGRAMA DE ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA A NIVEL NACIONAL - Competencia del Gobierno Nacional para decidir.

La ley atribuye competencia al Gobierno para decidir, en cada caso concreto, la enajenación de la propiedad accionaria a nivel nacional, así como la adopción de un programa de enajenación concebido para cada evento en particular, el cual debe sujetarse a las disposiciones de la ley 226. Corresponde al Ministerio titular o a aquél al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la función de diseñar el respectivo programa de enajenación (art. 7°). Asimismo el legislador dispone que el programa de enajenación debe tener una sustentación técnica y reflejar la valoración de la entidad, la rentabilidad de la institución y la debida aplicación del principio de protección del patrimonio público (art. 4°). Como es apenas obvio, el programa de enajenación debe contener también las medidas necesarias para evitar el desconocimiento de los principios que informan el proceso de venta. Esta norma impone a la administración responsable de expedir el programa de enajenación, adicionalmente a la obligación de observancia del régimen legal ordenado en el artículo 6° de la ley [226 de 1995], el deber legal de prever las medidas necesarias tendientes a evitar el desconocimiento de los principios, entre ellos, además del de preferencia, los de democratización y protección del patrimonio público, que constituyen el marco esencial de actuación de las autoridades. La facultad atribuida al gobierno para adoptar medidas que limiten la negociación de las acciones una vez adquiridas por el sector solidario, se sustenta precisamente en la protección del principio de democratización, de manera que dicha primera etapa no sea utilizada irregularmente para evadir la democratización.

FUENTE FORMAL: LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 7 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 14

ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA - No es viable condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario a su adquisición total

Admitir la procedencia de la venta solamente a los casos de enajenación total de las acciones ofrecidas en venta al sector de trabajadores y de la economía solidaria, significa aceptar que por la vía del programa de enajenación se establezca una restricción de acceso a la propiedad estatal, pues es evidente que un ofrecimiento parcial y condicionado sería contrario a los fines que se buscan con este tipo de enajenaciones y por lo tanto se vería limitado el objetivo contemplado por la Constitución y la ley sobre democratización de la propiedad de las acciones del Estado. En otros términos, el condicionamiento de la enajenación a la venta total de lo ofrecido, se opone al principio de democratización, dado que el objetivo constitucional trazado en el artículo 60 persigue precisamente el acceso de un sector de la economía que en criterio del constituyente amerita protección, al punto de concebir directamente un instrumento que facilite su acceso, mediante el otorgamiento de condiciones especiales. (...) Ahora bien, desde la perspectiva del acto jurídico que daría origen a la restricción o limitación, según lo ya expuesto, corresponde al legislador establecer las limitaciones al acceso a la propiedad accionaria estatal, como consecuencia de la competencia que la Carta atribuye a la ley para regular la materia (art. 60), de manera que mediante el acto administrativo por medio del cual se adopta el programa de enajenación, no puede válidamente establecerse restricción al acceso a la propiedad. Debe recordarse que finalmente se trata de la protección de derechos, que conforme al sistema jurídico y a la organización unitaria con un solo centro de emisión legislativa, solamente está radicada en cabeza del Congreso.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 18 de mayo de 2011.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 14 / LEY 226 DE 1995 - ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., mayo tres (3) de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00028-00(1820)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Referencia: Viabilidad de enajenación de la totalidad de las acciones objeto de venta a través de programas de enajenación regidos por la ley 226 de 1995.

Los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía solicitan concepto de la Sala sobre la viabilidad jurídica de condicionar la venta al sector solidario de la participación accionaria de las entidades públicas, a la condición de que se enajene la totalidad de las acciones objeto de oferta en el respectivo programa de enajenación.

Destacan la existencia de empresas en las que el Estado posee el 51 % o más de las acciones, *“lo cual genera que, de acuerdo con el Código de Comercio, se detente el control de la sociedad”*, situación relevante no sólo desde el punto de vista de la administración de la empresa sino también desde la perspectiva financiera, dado el valor económico que dicho control implica y que debe ser tenido en cuenta al momento de la valoración de la empresa y la estructuración del proceso de enajenación.

Estiman que *“el efectivo traspaso del control de la empresa a inversionistas calificados es el que garantiza que se pueda efectuar una gestión efectiva del servicio prestado por ésta, como es el caso de las ventas de las empresas de servicios públicos. Por lo tanto, una venta en donde no se realice dicho efectivo traspaso del control podría poner en riesgo la gestión futura de la empresa.”*

Hacen referencia al marco constitucional y legal de estas operaciones, esto es, al artículo 60 de la Carta y a la ley 226 de 1995, en cuanto establecen la obligación de formular, en una primera etapa, un ofrecimiento preferente al sector solidario; y en una segunda, al público en general de las acciones no enajenadas en la primera; proceso de enajenación que además debe estar informado por los principios de democratización y de protección del patrimonio público, los cuales *“se deben armonizar (...) pues los mismos no son opuestos y en esa medida la ponderación de tales principios deben permitirle al Estado la enajenación de su participación mediante el ofrecimiento de sus acciones, en primer lugar, bajo las condiciones especiales de que trata la ley 226 al sector solidario pero, permitiéndole, a su vez, sujetar dicha enajenación a la venta del total de acciones del Estado, ya sea en la primera y/o segunda etapa.”*

Consideran que la venta de *“todo o nada”* garantiza que el patrimonio público no se vea menguado o deteriorado, pues la venta parcial podría implicar la pérdida del control accionario y de la posibilidad de obtener un valor adicional por concepto de la denominada prima de control que se reconoce en los procesos de enajenación, cuando se involucra el control accionario, lo cual en su criterio *“en ningún momento implica una limitación al acceso a la propiedad que en forma preferente, y que por mandato constitucional, se le reconocería a los destinatarios de las condiciones especiales.”*

Poniendo de presente la existencia actual de varios procesos de enajenación en curso, formulan la siguiente pregunta:

“¿Es viable jurídicamente que en los Programas de Enajenación de Acciones de propiedad accionaria estatal, cuando por las razones expuestas sea necesario, se establezca que las aceptaciones de las ofertas por parte de los destinatarios de las condiciones especiales queden sujetas a que la enajenación de participación accionaria se lleve a cabo en aquellos eventos en los cuales se enajene la totalidad de las acciones objeto de venta, es decir, que se enajene el cien por ciento de las acciones ofrecidas, toda vez que dicha condición supone la preservación del patrimonio público sin que desconozca el principio de la democratización?”

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a analizar el régimen aplicable a la enajenación de acciones de propiedad del Estado, en particular el alcance de los principios de democratización y de protección del patrimonio público, con el fin de establecer la viabilidad jurídica

de condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario, al hecho de que la enajenación tenga por objeto la totalidad de la participación accionaria.

1. La democratización de la propiedad accionaria estatal es un mandato constitucional desarrollado por la ley

La Constitución Política de 1991 establece que el Estado tiene el deber genérico de promover el acceso a la propiedad y específicamente con respecto a la propiedad pública, consagra en la misma preceptiva constitucional¹, tanto un mandato de democratización, como un mecanismo específico para darle eficacia cuando se enajena la participación estatal en una empresa, que consiste en la adopción de medidas conducentes a democratizar la titularidad de la propiedad estatal mediante el ofrecimiento de condiciones especiales de acceso a dicha propiedad en favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias.

En efecto, el artículo 60 de la Constitución Política, que ha de interpretarse en el contexto del concepto de Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, que tiene como fines esenciales los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los derechos - entre ellos el de iniciativa privada, de libre concurrencia y de propiedad, incluida la solidaria, - y facilitar la participación de todos en la vida económica y política de la Nación (arts. 1o, 2o), dispone textualmente:

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

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

Tanto esta Sala² como la Corte Constitucional, en distintas providencias han interpretado el alcance y contenido del principio de promoción de acceso a la propiedad y de la regla específica tendiente a la democratización en caso de enajenación accionaria.

Sobre este respecto la Corte Constitucional ha sostenido:

“4. La Constitución, al adoptar la fórmula política del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), propugna por la democratización de la propiedad, que tiene como objeto generar condiciones propicias para permitir que ciertos

¹ En relación con la democratización de la propiedad y el mecanismo de oferta preferencial en la enajenación de propiedad estatal, pueden consultarse los debates en Comisión y en Plenaria en la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Constitucional Nos 46 pág 27 y 82 pág. 6.).

² Esta Sala el Concepto N 1015 de 1997 expresó: *“En relación con la propiedad pública se establecen en el artículo 60 constitucional dos obligaciones diferentes a cargo del Estado, adicionales a la promoción del acceso a la propiedad, cuando se trate de enajenar su participación en una empresa: - la primera de contenido genérico consistente en tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y - la segunda instrumental y concreta consistente en el ofrecimiento a sus trabajadores, y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, de condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria, quedando esta materia sujeta a la reglamentación de la ley.”* Por su parte, en el Concepto No 1358 de 2001 se dijo: *“La Constitución de 1991 en su artículo 60 no sólo proclama el deber estatal de promover el acceso a la propiedad, sino que establece directamente en su preceptiva instrumentos destinados a lograr la eficacia de su contenido dogmático en el caso de la enajenación de su participación en una empresa. Prevé las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones de propiedad estatal mediante el ofrecimiento de condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias.”*

grupos tengan acceso a ésta más fácilmente—. Esta opción constitucional se materializa en diversas normas constitucionales, y en especial en el artículo 60 de la Carta, el cual, como esta Corte lo ha señalado, contiene dos mandatos diferenciados, pues simultáneamente establece un principio general y una regla. Así, el inciso primero establece el principio según el cual es obligación del Estado facilitar y promover el acceso a la propiedad. Y seguidamente, el inciso segundo del mismo artículo desarrolla ese principio, por medio de una regla especial, ya que consagra un derecho preferencial de los trabajadores y de las organizaciones solidarias, en la enajenación que haga el Estado de su participación en alguna empresa en la cual tenga parte.

Esta forma de interpretar el contenido del artículo 60 de la Constitución parte de las mismas consideraciones que hizo esta Corporación en la sentencia C-392 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, en donde distinguió las dos diversas estructuras normativas del artículo en cuestión. La Corte aclaró en esa providencia que el primero de los incisos incluía una cláusula “programática y promocional”, a través de la cual el Constituyente consagró un derecho de todas las personas de acceder a la propiedad, que el Estado “debe intentar realizar en la medida de sus posibilidades jurídicas y fácticas”. El segundo inciso, precisó esa sentencia, tiene una característica normativa distinta, pues está construido a la manera de una regla, ya que establece una obligación específica para el caso concreto de enajenaciones de participación de capital del Estado en una empresa. En otras palabras, este segundo inciso consagra “una regla clásica bajo la forma de mandato definitivo, puesto que a una determinada hipótesis fáctica (la enajenación de participación estatal en una empresa) atribuye una consecuencia ineluctable: el derecho de preferencia de los trabajadores y organizaciones solidarias.”³

Puede afirmarse entonces que el objetivo de democratización buscado por el constituyente consiste en propiciar la participación de la mayor cantidad de personas en los procesos de enajenación accionaria estatal, cometido que puede lograrse, entre otros mecanismos, garantizando condiciones especiales de acceso a favor de los trabajadores y del sector solidario. En palabras de la Corte Constitucional “*Las medidas conducentes, que deben adoptarse a través de la ley, necesariamente han de estar dirigidas a que efectivamente se cumpla el designio democratizador de la norma que, a juicio de la Corte, apunta a eliminar la concentración de la riqueza, lo que naturalmente supone que las acciones han de quedar en manos del mayor número de personas*”.⁴

Con el fin de completar el régimen jurídico aplicable a estas operaciones, la Carta atribuye al legislador la competencia para reglamentar la materia, la cual ha sido ejercida de modo general⁵ mediante la ley 226 de 1995 en la que se determina su campo de aplicación (art. 1°), los principios que rigen la enajenación de la participación estatal, a saber, los de democratización, preferencia, protección del patrimonio público y continuidad del servicio (arts. 2 a 5°), el procedimiento que debe seguirse y las actuaciones administrativas que deben cumplirse en los distintos órdenes administrativos (art. 6° a 13 y 17), el imperativo de utilizar mecanismos que garanticen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia,

³ Sentencia C-1260 de 2001.

⁴ Sentencia C-037 de 1994.

⁵ El artículo 18 de la ley dispone que cuando se trate de de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplicarán las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

así como la posibilidad de realizar la enajenación mediante operaciones de martillo (art. 9°) y algunas disposiciones sobre el tratamiento presupuestal y destinación de los recursos producto de la enajenación (arts. 4° y 23).

1.1. Campo de aplicación de la ley 226 de 1995

La ley 226 de 1995 se refiere a la enajenación de cualquier forma de participación del Estado en el capital de una empresa⁶, incluidos los bonos convertibles en acciones, según lo dispone el artículo 1°⁷, norma que determina su campo de aplicación, teniendo en cuenta que otras disposiciones de la ley excluyen de su regulación algunas enajenaciones, como la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 18), o la enajenación accionaria de los fondos ganaderos (art. 22), o la que se realice entre órganos estatales, o la de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones⁸, (salvo cuando se trate de la venta de activos que equivalga a la enajenación de la participación del Estado en una empresa de acuerdo a la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 20 por la Corte Constitucional⁹, en cuyo caso habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal contenido en la ley 226 de 1995).

Por tratarse la hipótesis objeto de consulta, de la enajenación de participación accionaria estatal, no cabe duda alguna sobre la aplicación del artículo 60 de la Carta y de la ley 226 de 1995, que pasa a analizarse a continuación.

⁶ Esta Sala expresó en el Concepto No 1513 de 2003: “*Resulta claro entonces, que la enajenación de la participación del Estado en el capital social de las empresas, en condiciones especiales a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y sindicales, se refiere a acciones o a cuotas o partes de interés, conforme al artículo 60 de la Constitución y la ley 226 de 1995 que regula el procedimiento para ello.*”

⁷ **“Artículo 1o. Campo de aplicación.** *La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa. // La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público. // Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.*”

⁸ **“Artículo 20.- La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación.”**

⁹ En relación con venta de activos estatales, la Corte Constitucional mediante la sentencia C -392 de 1996 declaró la exequibilidad condicionada el artículo 20, en la cual expresó: “*8- De otro lado, si bien la venta de activos estatales no está sujeta al derecho de preferencia del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, pues una cosa es la venta de propiedad accionaria y otra la venta de activos estatales, la Corte recuerda que en anteriores decisiones ya había establecido que esa distinción debe ser interpretada y aplicada “con prudencia”.* En efecto, la Corte ha señalado que pueden presentarse “situaciones límite”, en las que “*al socaire de una aparente venta de activos de una empresa estatal, en el fondo, se lleve a cabo la enajenación de su participación, sustrayendo por esta vía a los trabajadores y organizaciones solidarias la posibilidad que les depara la norma constitucional. Es evidente que en estos eventos, a los cuales se refiere la sentencia anterior de esta Corte, la distinción carece de sustento y no podrá formularse. El examen de la realidad de una particular negociación, deberá hacerse caso por caso*”⁹. // Lo anterior significa entonces que la norma es exequible en el entendido de que ella es ejercida para la venta de activos estatales, y no para que se encubra la enajenación de la participación del Estado en una empresa bajo la forma de venta de activos, pues de ser así, estaríamos en frente de una clásica desviación de poder que implica la posibilidad de que se anule lo actuado. Sin embargo, esa eventualidad, señalada por el actor y reconocida por la Corte, no implica en manera alguna la inconstitucionalidad de una regulación que, en sí misma considerada, se ajusta perfectamente a la Carta.” (Destaca la Sala)

1.2. Principios que deben observarse en la enajenación de la propiedad estatal

La ley 226 de 1995 reserva un capítulo especial a la consagración de los siguientes principios conforme a los cuales ha de desarrollarse todo proceso de enajenación de las participaciones estatales:

(i) **Democratización** - desarrollo del mandato constitucional -, definido como la posibilidad de que todas las personas naturales o jurídicas accedan a la propiedad accionaria que el Estado enajene, y en consecuencia dispone que en los procesos administrativos que se surtan se utilicen mecanismos que garanticen amplia publicidad, libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad (art. 2°).

En palabras de la Corte Constitucional *"la democratización, según la Carta, constituye una estrategia del Estado en desarrollo de la cual, se busca facilitar, dentro de los procesos de privatización, el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias, al dominio accionario de las empresas de participación oficial, otorgándoles para tal fin, "condiciones especiales" que les permitan lograr dichos objetivos. Como resultado de tal estrategia tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional (arts. 57, 58 y 333), y por contera, reducir el tamaño de la concentración del dominio empresarial, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad"*¹⁰.

(ii) **Preferencia**, también en desarrollo del precepto constitucional, prevé el otorgamiento imperativo de condiciones especiales a trabajadores y al sector solidario, con el fin de garantizar y facilitar su acceso efectivo a la propiedad accionaria del Estado (art. 3°).

Incluye como sujetos destinatarios exclusivos de las condiciones especiales a los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria, los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono, las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza, los sindicatos de trabajadores, las federaciones de sindicatos de trabajadores, las confederaciones de sindicatos de trabajadores, los fondos de empleados, los fondos mutuos de inversión, los fondos de cesantías y de pensiones y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa.

Las condiciones especiales que deben garantizar las facilidades de acceso al sector destinatario, son las siguientes reguladas por el artículo 11 de la ley:

1. Ofrecimiento en primer lugar y de manera exclusiva de la totalidad de las acciones que se pretenda enajenar. Conforme a esta regla, no es posible ofrecer al sector beneficiario sólo una parte de las acciones o participaciones objeto de venta.

2. Determinación de un precio accionario fijo equivalente al precio resultante de la valoración, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones.

¹⁰ Sentencia C- 037 de 1994.

3. La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular o una o varias instituciones hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una financiación disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto del programa de enajenación, las cuales tendrán las siguientes características:

- a. El plazo de amortización no será inferior a 5 años;
- b. La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Financiera, vigente al momento del otorgamiento del crédito,
- c. El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital;
- d. Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.

4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, tendrán la posibilidad de utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.

Con el mismo propósito de promocionar el acceso a la propiedad pública de los beneficiarios de condiciones especiales, el legislador autoriza a las empresas vendedoras para que realicen actividades de promoción de los programas de enajenación para facilitar su participación y organización, y al efecto prevé un término no menor de dos meses para la presentación de sus ofertas, según lo dispone el artículo 25 de la ley 226 de 1995.

(iii) Protección del patrimonio público, expresado en los siguientes términos por el artículo 4° de la ley:

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

Aquí el legislador condiciona la actividad administrativa que se adelante, a la preservación del patrimonio público, lo cual entraña no sólo que se garantice que con ocasión de la enajenación, los activos estatales y la propiedad pública no van a sufrir detrimento o menoscabo alguno, sino también la mejor utilización de los recursos fiscales obtenidos con la venta, estableciendo la destinación de su producto al presupuesto público como recurso de capital y determinando una afectación de los mismos al cumplimiento de los planes de desarrollo, como ya lo ha precisado esta Sala¹¹.

¹¹ Esta Sala ha destacado la correlación entre la enajenación de las participaciones estatales y los objetivos del plan de desarrollo, en los siguientes términos: “Debe resaltarse la conexidad sustancial entre la actividad estatal de enajenación del patrimonio público y la destinación de las rentas obtenidas a la financiación del plan

(iv) **Continuidad del servicio**, conforme al cual cuando se trata de la enajenación de la propiedad accionaria en una empresa que preste servicios de interés público, el legislador exige la adopción de medidas que se requieran para garantizar la continuidad de los mismos, de manera que los usuarios o vinculados a dichos servicios no se vean afectados en su prestación adecuada con ocasión de la venta de sus acciones o activos, pues es claro que por mandato constitucional el Estado debe garantizar su prestación eficiente (art. 365).

La interpretación armónica de estos principios trae como consecuencia la estructuración de un régimen que debe garantizar la amplia y libre concurrencia de los participantes, la adquisición de las participaciones públicas por el mayor número de personas, preferentemente trabajadores y miembros del sector solidario, con apoyo en las condiciones especiales que han de ofrecerse en la primera etapa del proceso de enajenación, de modo que del proceso resulte la democratización de la propiedad que se enajena, sin que se afecte la continuidad de la prestación de servicios de interés público.

Es de anotar que de acuerdo con lo dispuesto por la ley 226 la inobservancia de los principios expuestos se sanciona con la ineficacia de las conductas que persigan negociaciones antidemocráticas.

1.3. El procedimiento de enajenación prevé un programa de enajenación para cada caso en particular

La ley atribuye competencia al Gobierno para decidir, en cada caso concreto, la enajenación de la propiedad accionaria a nivel nacional, así como la adopción de un programa de enajenación concebido para cada evento en particular, el cual debe sujetarse a las disposiciones de la ley 226.

El artículo 6º de la ley 226 dispone:

*“Artículo 6º.- El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que **se sujetará a las disposiciones contenidas en esta ley.**”* (destaca la Sala)

Corresponde al Ministerio titular o a aquél al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la función de diseñar el respectivo programa de enajenación (art. 7º).

Asimismo el legislador dispone que el programa de enajenación debe tener una sustentación técnica y reflejar la valoración de la entidad, la rentabilidad de la institución y la debida aplicación del principio de protección del patrimonio público (art. 4º).

Como es apenas obvio, el programa de enajenación debe contener también las medidas necesarias para evitar el desconocimiento de los principios que informan el proceso de venta, según lo ordena el artículo 14 del siguiente tenor:

de desarrollo, la cual persigue una adecuada utilización de los recursos públicos disponibles en la obtención de las metas de la administración pública y el cumplimiento de los fines del Estado.” Concepto No 1358 de 2001.

“Artículo 14. El programa de enajenación que para cada caso expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley. Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación.

Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz.

Sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de 5 veces su remuneración anual.” (negrillas de la Sala)

Esta norma impone a la administración responsable de expedir el programa de enajenación, adicionalmente a la obligación de observancia del régimen legal ordenado en el ya transcrito artículo 6° de la ley, el deber legal de prever las medidas necesarias tendientes a evitar el desconocimiento de los principios analizados, entre ellos, además del de preferencia, los de democratización y protección del patrimonio público, que constituyen el marco esencial de actuación de las autoridades.

Sobre esta materia, la Sala ha resaltado el ámbito de actuación de la autoridad administrativa a través de los programas de enajenación, así:

“3.2 Cuando el precepto citado señala que corresponde al gobierno disponer un “programa de enajenación” preventivo (“para evitar”) de conductas contrarias a los principios de la ley 226, es porque quiere que las enajenaciones se sujeten a una regulación administrativa programática - complementaria de la sustancial - la que tiene, por objeto, entre otros, precaver, conductas negociales antidemocráticas, bajo el apremio de multas graduales.”¹²

Dicho razonamiento pone de presente que la facultad atribuida al gobierno para adoptar medidas que limiten la negociación de las acciones una vez adquiridas por el sector solidario, se sustenta precisamente en la protección del principio de democratización, de manera que dicha primera etapa no sea utilizada irregularmente para evadir la democratización.

El alcance del artículo 14 fue también precisado por la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad condicionada, teniendo en cuenta que la regulación de la enajenación corresponde al legislador y que dentro de este ámbito deben interpretarse las atribuciones del ejecutivo, de manera que el Gobierno sólo puede expedir medidas en un todo sujetas a la ley, sin que le quepa la posibilidad de

¹² Concepto No 1215 de 1999.

establecer limitaciones a este tipo de protección constitucional de acceso a la propiedad accionaria, pues ésta es una materia reservada a la ley¹³.

Es claro entonces que el programa de enajenación debe contener medidas que eviten el desconocimiento de los principios y en ningún caso puede imponer limitación al acceso a la adquisición de la propiedad accionaria.

2. Condicionamiento de enajenación a la venta total de las acciones a los destinatarios de condiciones especiales

Se interroga a la Sala sobre la viabilidad jurídica de que en los programas de enajenación se incluya la posibilidad de condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario, a su adquisición total; razón por la cual debe determinarse si tal condicionamiento se aviene con los principios de democratización o de protección del patrimonio público o puede acarrear su desconocimiento.

La hipótesis expuesta en la consulta parte del supuesto de que la participación mayoritaria del Estado en una empresa, en la medida que le permite tener el control de la misma, debe “transferirse” al momento de la enajenación, con el fin de obtener una mejor contraprestación económica y evitar el menoscabo, que a través de una venta parcial, podría ocasionarse al patrimonio público.

Si bien la situación descrita aparece conciliable con el principio de protección del patrimonio estatal, en criterio de la Sala, admitir la procedencia de la venta solamente a los casos de enajenación total de las acciones ofrecidas en venta al sector de trabajadores y de la economía solidaria, significa aceptar que por la vía del programa de enajenación se establezca una restricción de acceso a la propiedad estatal, pues es evidente que un ofrecimiento parcial y condicionado sería contrario a los fines que se buscan con este tipo de enajenaciones y por lo tanto se vería limitado el objetivo contemplado por la Constitución y la ley sobre democratización de la propiedad de las acciones del Estado.

¹³ En la Sentencia C-384 de 1996 se lee: “*En primer término, el artículo en estudio ordena al Gobierno, es decir, al Presidente de la República y a los ministros de los ramos afectados (artículo 115 de la Constitución), la responsabilidad de disponer, en el respectivo programa de privatización, las medidas enderezadas a evitar las conductas que atenten contra los principios de la Ley. // Si bien el texto no lo especifica, debe entenderse, dentro del ámbito de las atribuciones del Ejecutivo, que se trata de medidas administrativas, sujetas en todo a la ley, destinadas a preservar el sentido y los fines de la normatividad legal puesta en vigencia // Por lo tanto, en modo alguno se atribuye al Gobierno facultad legislativa, y, en consecuencia, en nada resulta transgredida la Constitución Política. // (...) No podría ser de otra manera, pues el artículo 60 de la Carta Política, al disponer las reglas básicas relativas a la enajenación de acciones de empresas estatales, haciendo imperativas las condiciones especiales para los sectores que menciona, ordena de manera terminante que sea la ley la que reglamente la materia. // Bien se sabe, además, que todo lo relativo a la propiedad y lo concerniente a las condiciones de negociabilidad de las acciones de sociedades y, en general, el régimen de éstas corresponde al legislador. // Sin embargo, no es éste el caso en que se desconozcan tales reservas, pues se repite que el legislador, por sí mismo, estableció la normatividad excepcional aplicable a los adquirentes que la Ley buscó proteger, según la Constitución, y confió al Gobierno tan sólo la definición del tiempo durante el cual permanecerá, en cada programa de venta, la restricción de origen legal. // No hay, entonces, motivo que permita declarar inconstitucional la norma acusada. // En todo caso, dado que los términos de la disposición podrían dar lugar a extender o a ampliar el alcance de las atribuciones del Gobierno en su desarrollo, la Corte Constitucional condicionará la exequibilidad, de acuerdo con las consideraciones precedentes.*” El numeral Segundo de la parte resolutive dispuso: “*Segundo.- Decláranse EXEQUIBLES las palabras “sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales”, pertenecientes al inciso 3º de la misma norma, siempre que se entienda que el único facultado por la Constitución para imponer las limitaciones en cuestión es el legislador.*” (Resalta la Sala)

En otros términos, el condicionamiento de la enajenación a la venta total de lo ofrecido, se opone al principio de democratización, dado que el objetivo constitucional trazado en el artículo 60 persigue precisamente el acceso de un sector de la economía que en criterio del constituyente amerita protección, al punto de concebir directamente un instrumento que facilite su acceso, mediante el otorgamiento de condiciones especiales, como lo ha señalado el juez constitucional:

“Bajo la perspectiva analizada, el proceso de democratización debe adelantarse en condiciones de total claridad y bajo parámetros que garanticen el hecho de que la propiedad accionaria estatal se traslada preferencial y efectivamente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias, y se consolida en forma real en cabeza de estos, sin perjuicio de la opción que, a posteriori, tienen otras personas para adquirir las referidas acciones.”¹⁴

Ahora bien, desde la perspectiva del acto jurídico que daría origen a la restricción o limitación, según lo ya expuesto, corresponde al legislador establecer las limitaciones al acceso a la propiedad accionaria estatal, como consecuencia de la competencia que la Carta atribuye a la ley para regular la materia (art. 60), de manera que mediante el acto administrativo por medio del cual se adopta el programa de enajenación, no puede válidamente establecerse restricción al acceso a la propiedad. Debe recordarse que finalmente se trata de la protección de derechos, que conforme al sistema jurídico y a la organización unitaria con un solo centro de emisión legislativa, solamente está radicada en cabeza del Congreso.

LA SALA RESPONDE:

No es jurídicamente viable que mediante el acto administrativo de adopción de los programas de enajenación de acciones de propiedad estatal, se establezca que las aceptaciones de las ofertas presentadas por los titulares de las condiciones especiales, se condicionen a la adquisición de la totalidad de las acciones objeto de venta.

Transcríbase a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ A
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA P.

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala

ENAJENACION DE PROPIEDAD ACCIONARIA - Gobierno Nacional puede condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario a su adquisición total

¹⁴ Sentencia C-037 de 1994.

El gobierno puede legítimamente definir que no es conveniente, desde el punto de vista de las finanzas públicas, de la prestación de un servicio público o por cualquier otro motivo de conveniencia general, que si no se transfiere la totalidad o la mayoría del paquete accionario ofrecido bajo el procedimiento de la ley 226 de 1995, es preferible no enajenar dicha entidad pública, decisión a todas luces válida, obviamente siempre que se trate de razones de conveniencia general. Esta decisión política se adopta dentro del programa de enajenación de acciones, y por lo mismo es obligatoria para todos los posibles compradores, incluyendo al sector solidario. No se puede olvidar que el sector solidario hace parte del sector privado, y por lo mismo debe primar el interés general sobre el particular. Por estas razones, la decisión pública no puede estar subordinada a la actitud que adopte el sector solidario o el resto de los compradores privados, que pueden entorpecer la ejecución de un programa de enajenación total de una entidad, aceptando parcialmente la oferta de venta de sus acciones. Además, es bueno advertir, que en las condiciones de la oferta que el Estado hace de su propiedad debe estar consignada la condición de venta total, de manera que ésta hace parte de los elementos del negocio ofrecido, que deben tomar en cuenta los destinatarios de la oferta, la que aceptarán o rechazarán libremente, de acuerdo con el postulado de la autonomía de la voluntad privada. Argumentando por el absurdo, sostener, como lo hace el concepto del que me aparto, que no es posible que el gobierno condicione la aceptación de ofertas parciales de compra a la venta de la totalidad del paquete accionario ofrecido, lleva a la conclusión que la conveniencia pública de venderla totalmente y la definición de la naturaleza final de la entidad que se enajena, están subordinadas a los avatares del mercado accionario.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá D.C., mayo tres (3) de dos mil siete (2007)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, me aparto del concepto citado en la referencia, pues considero que la respuesta dada al gobierno debió ser la contraria, esto es, que jurídicamente es posible establecer dentro del programa de enajenación de una empresa estatal, que la aceptación de ofertas parciales de compra de acciones, puede estar sometida a la venta de la totalidad de las mismas, de conformidad con las razones que sucintamente expongo enseguida.

De acuerdo con la ley 226 de 1995, la decisión de enajenar la propiedad accionaria estatal en una empresa, la adopta el gobierno de acuerdo con el procedimiento en ella previsto. Es del resorte del gobierno la definición del objeto de la enajenación. Según el artículo 1° de la misma, la decisión de venta puede recaer sobre la totalidad o una parte de las acciones de que sea dueño el Estado, de manera que el gobierno al definir el objeto de la venta, determina si lo hace sobre la totalidad o una parte de los títulos que representan el capital de la empresa y que son de su propiedad.

Determinar si se debe vender total o parcialmente una empresa o unas acciones, es una decisión política que se toma teniendo en cuenta la conveniencia pública en la que juegan múltiples factores, como la mejor prestación del servicio público o actividad de la empresa, la protección del patrimonio público, la obligación de democratizar la propiedad estatal, etc.

Uno de los efectos de ésta decisión política, tiene que ver con la naturaleza jurídica de la empresa que se vende, por ejemplo, si el Estado es propietario de la totalidad del capital y decide traspasar tan solo una parte, se estaría transformando una empresa industrial y comercial en una sociedad de economía mixta, pero si decide vender la totalidad de las acciones se transformaría en una sociedad comercial enteramente privada. Por tanto el gobierno define también la naturaleza final de la entidad que se enajena, decisión que es de su resorte exclusivo, como se ha dicho.

Bajo esta perspectiva, el gobierno puede legítimamente definir que no es conveniente, desde el punto de vista de las finanzas públicas, de la prestación de un servicio público o por cualquier otro motivo de conveniencia general, que si no se transfiere la totalidad o la mayoría del paquete accionario ofrecido bajo el procedimiento de la ley 226 de 1995, es preferible no enajenar dicha entidad pública, decisión a todas luces válida, obviamente siempre que se trate de razones de conveniencia general. Esta decisión política se adopta dentro del programa de enajenación de acciones, y por lo mismo es obligatoria para todos los posibles compradores, incluyendo al sector solidario. No se puede olvidar que el sector solidario hace parte del sector privado, y por lo mismo debe primar el interés general sobre el particular.

Por estas razones, la decisión pública no puede estar subordinada a la actitud que adopte el sector solidario o el resto del los compradores privados, que pueden entorpecer la ejecución de un programa de enajenación total de una entidad, aceptando parcialmente la oferta de venta de sus acciones.

Además, es bueno advertir, que en las condiciones de la oferta que el Estado hace de su propiedad debe estar consignada la condición de venta total, de manera que ésta hace parte de los elementos del negocio ofrecido, que deben tomar en cuenta los destinatarios de la oferta, la que aceptarán o rechazarán libremente, de acuerdo con el postulado de la autonomía de la voluntad privada.

Argumentando por el absurdo, sostener, como lo hace el concepto del que me aparto, que no es posible que el gobierno condicione la aceptación de ofertas parciales de compra a la venta de la totalidad del paquete accionario ofrecido, lleva a la conclusión que la conveniencia pública de venderla totalmente y la definición de la naturaleza final de la entidad que se enajena, están subordinadas a los avatares del mercado accionario.

Fecha ut supra.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO