

220- 25834

Ref. NEGOCIACIÓN DE ACCIONES EN UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA.

Me refiero a su escrito radicado en este Despacho con el número 335,875, por medio del cual considera y pregunta: *En una sociedad de economía mixta se pretende vender la propiedad accionaria del Estado y como quiera que la normatividad vigente para esta clase de sociedades establece derecho de preferencia para el sector solidario, ¿que ocurre cuando este sector no adquiere la totalidad o una parte de las acciones ofertadas, y existe una cláusula de preferencia establecida dentro de los estatutos de la sociedad en venta, a favor del socio privado, ésta debe aplicarse a favor de dicho socio, antes de hacerse por medio de una oferta pública?*

1. PRESENCIA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Inicialmente procede señalar que mientras la estructura del Estado colombiano se encuentra indicada en el capítulo 5, Título V de la Carta Política, el Título XI se detiene a regular la organización territorial y sus respectivas entidades.

Ello por cuanto el último inciso del artículo 115 advierte que las Gobernaciones, las Alcaldías, las Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Nótese como el constituyente desliga a las Sociedades de Economía Mixta de la estructura de la administración nacional, pero zanja la deficiencia en los artículos 150 (7), 300 (7) y 313 (6), al atribuirle al Congreso, Asamblea y Concejos la constitución de estas sociedades en su respectivo nivel.

2) LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN.

Mientras los artículos 68 y 69 de la Ley 489 de 1.998, señalan que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas del orden nacional, departamental y municipal; el artículo 97 ibidem, que modifica el artículo 8o. del Decreto 1050 de 1.968, las define como aquellos 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.

El inciso segundo de la última norma referida establece que para que una sociedad pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, entidades descentralizadas y de Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta (50%) del total del capital social efectivamente suscrito y pagado.

Así, podemos señalar como características:

- a. Son de creación o autorización legal, amén de que surgen del contrato de sociedad
- b. Tienen el carácter de sociedades comerciales
- c. Cumplen actividades industriales o comerciales
- d. El capital está integrado por aportes del Estado y de los particulares
- e. Están definidas las condiciones con las cuales participa el Estado
- f. Determinación de la vinculación a los distintos organismos para efectos del control que habrá de ejercerse sobre ello.
- g. La participación estatal no puede ser inferior al cincuenta (50%) por ciento
- h. Cuando el aporte de la Nación es inferior al 90% del capital social, la sociedad queda sometida a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas por la ley, y cuando dicho porcentaje es mayor al indicado, se sujetan a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, sin dejar por ese hecho de ser sociedades que en ocasiones encuentran excepciones reguladas por el derecho público en razón de la participación estatal.

3. CASO MATERIA DE ESTUDIO

Si bien el régimen consagrado en el Código de Comercio permite dentro del ejercicio de la voluntad privada, convenir libremente aquellas estipulaciones que sean convenientes a los intereses de los contratantes, tal libertad se encuentra limitada, en el caso de las sociedades

comerciales, a lo establecido por las normas imperantes, e igualmente a los convenios que sean compatibles con la índole de cada tipo societario.

En este orden de ideas, se hace necesario traer al texto las normas que gobiernan la propiedad accionaria cuando quiera que hay en el capital participación del Estado, a efectos de hacerla comparativa con las normas mercantiles y de esta manera llegar a una conclusión:

LEY 226 DE 1.995

Esta ley es el desarrollo del artículo 60 de la Carta Política, y se encuentra dirigida en cualquier empresa en la que el Estado sea propietaria de acciones, para que la enajenación total o parcial que aquel haga de esos títulos o de bonos obligatoriamente convertibles en acciones en favor de los particulares consulte los fines de la democratización a cuyo fin consagra una oferta preferencial dirigida no solo a los trabajadores activos, ex trabajadores y pensionados de la Entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta tenga participación mayoritaria, sino también a las asociaciones, los empleados o ex empleados del ente que se privatiza; sindicatos de trabajadores, federaciones 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 (artículo 3º. Ibidem).

En resumen, los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores.

Bajo el imperio de esta ley, la titularidad de la participación estatal se encuentra determinada por el hecho de que las acciones o participaciones sociales radiquen en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o porque hayan sido adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Nacional.

La ley garantiza, para el efecto, unas condiciones y mecanismos especiales para los sectores ya anotados, tendientes a allanar el camino para que esa participación estatal se haga conforme a lo señalado por la norma superior ya referida, los cuales se encuentran circunscritos a una amplia publicidad, libre concurrencia, operaciones de martillo conforme a los reglamentos de funcionamiento de las bolsas de valores y las reglas para su operación fijadas por la Superintendencia de Valores, cuando a ello hubiere lugar.

No obstante ello, debe considerarse que en esa enajenación habrán de cumplirse unos pasos previos, entre los cuales se destacan además de la forma y condiciones de pago del precio de las acciones, del ofrecimiento de la totalidad de las mismas, un precio mínimo nunca inferior a las condiciones especiales previamente determinadas.

Igualmente la ley tomó medidas necesarias para garantizar la democratización de la propiedad accionaria, y es así como los artículos 14 y 15 al texto manifiestan:

"ARTÍCULO 14.- El programa de enajenación que para cada caso expide 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 dos (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 la enajenación; dichas situaciones 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 reglamente en 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 las condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de cinco (5) veces su remuneración anual.

ARTÍCULO 15.- *La nulidad absoluta de los contratos de compraventa de acciones de entidades estatales sólo podrá ser alegada por las partes contratantes o por el Ministerio Público. La nulidad relativa sólo la podrá alegar aquél en cuyo favor está establecida.*

(...)"

Teniendo los anteriores antecedentes, podemos concluir:

1. Cualquiera sea la naturaleza de la sociedad, debe tenerse en cuenta que la enajenación de la participación accionaria del Estado debe regirse inicialmente por lo dispuesto en la Ley 226, pero adoptándola a la organización y condiciones de cada una de ellas.
2. Si bien los estatutos son ley para las partes, los mismos no pueden estar por encima de la normatividad que rige cada caso específico, razón por la cual fuerza concluir que en el caso objeto de cuestionamiento, debe inicialmente cumplirse con el mandato de la Ley 226, y si agotado en integridad el mismo todas o algunas de las acciones no son enajenadas, proceder a venderlas aplicando lo relativo al derecho de preferencia estatuido a favor de las demás entidades de derecho público, sean socias o no, en los términos del artículo 2º del Decreto 1958 de 1993, de manera que si al cabo de las etapas para ese fin previstas no hubieren sido adquiridas, ahí si puedan ser ofrecidas a terceros, con sujeción a lo previsto en los estatutos. Por tanto si estas consagran el derecho de preferencia en favor de los socios particulares, a ellos habrá de dárseles la prelación que corresponda, en la medida en que las entidades públicas no hubieren ejercitado oportunamente el derecho de adquirirlas.
3. No debe olvidarse que cuando una persona adquiere una acción entregando el aporte correspondiente, se somete a las estipulaciones que rigen para la sociedad y adquiere por ello unos derechos irrenunciables e inherentes a ella, como son el derecho al dividendo; derecho a la cuota de liquidación; derecho de preferencia a suscribir nuevas acciones; derecho de vender sus acciones; en las condiciones para ese fin establecidas, derecho a la obtención del dividendo; derecho de inspección; derecho de impugnar las decisiones; derecho a participar en todas las reuniones y derecho al voto.
4. Por último, no quiere dejar pasar esta oficina el hecho de que las regulaciones contenidas en la ley 226, no exoneran el cumplimiento del artículo 404 del C de Cío, el cual señala:

"Los administradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la Junta Directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante".

Lo precedente tiene una connotación especial y por tanto debe aplicarse de preferencia sobre lo dispuesto en la Ley 226 por dos situaciones claramente identificables: a) la persona posee una doble calidad: trabajador y administrador, y b) Es norma imperativa que no distingue la forma de enajenación o adquisición de acciones.

En los anteriores términos se da respuesta a su inquietud, y se le recuerda que los alcances del concepto son los señalados por el artículo 25 del C.C.A.