OFICIO 220-095978 DEL 07 DE JULIO DE 2018

REF: Aplicación del tercer arbitrio al que alude el numeral 3° del artículo 397 del Código de Comercio**.**

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2018-01-265055, mediante la cual, previa exposición sobre la conformación del capital social de la empresa por usted representada, en la que revela que el capital suscrito y pagado en proporción mayor, corresponde a la Alcaldía de GARAGOA con 1.200.000 acciones de valor de $1.000 pesos moneda corriente, equivalentes al 99.54% del capital social y que la diferencia fue suscrita por personas naturales y jurídicas de naturaleza privada, de las cuales, una entidad suscribió 10.000 acciones que corresponden al 0.82%, pero a la fecha está en mora de pagar un saldo de las acciones suscritas, que corresponden a 8.500 acciones por valor de $ 8.500.000 M/te, formula los siguientes interrogantes:

1. Qué actuación jurídica debe adelantar la EMPRESAS PUBLICAS DE GARAGOA S.Á. E.S.P. para hacer efectiva: la indemnización por el no pago oportuno de las acciones adquiridas por: parte del accionista COPROPIETARIOS DE LA ANTENA PARABÓLICA, teniendo en cuenta que el artículo 397 del código de comercio establece: Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las, colocará de inmediato, a esto no es claro al referirse se colocarán de inmediato, ¿por tal razón manifiesto a esta Corporación sea aclarada la norma respecto a lo señalado?

2. ¿Es posible se indique qué tramite debe realizar EMPRESAS PUBLICAS DE GARAGOA S.A. E.S.P., para incorporar las acciones por concepto de indemnización del accionista COPROPIETARIOS ANTENA PARABÓLICA?

3. De igual forma solicito se me indique ¿Qué trámite debo realizar para el respectivo ajuste accionario de EMPRESAS PÚBLICAS DE GARAGOA S.A. E.S.P. en relación al arbitrio elegido por el accionista COPROPIETARIOS ANTENA PARABÓLICA?

De forma preliminar es necesario advertir que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, este Despacho emite los conceptos a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos expresan una opinión general puesto que sus respuestas no están dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, lo que explica, a su vez, que estas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Efectuada la precisión que antecede, no sobra señalar el régimen de las sociedades de economía mixta, constituidas como empresas industriales y comerciales del estado, está previsto en la Ley 489 de 1998, para lo cual se

considera pertinente transcribir apartes del oficio 220-213443 del 02 de octubre de 2017, así:

"…Para determinar el régimen jurídico aplicable a las sociedad de economía mixta en general, el Legislador, remite a lo previsto en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, a cuyo tenor se tiene: "Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comerciales o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado…"

Ahora bien, en punto a las inquietudes propuestas y en el entendido que la Junta Directiva de una sociedad tome la decisión de aplicar el tercer arbitrio de indemnización previsto en el artículo 397 del Código de Comercio, es del caso mencionar lo dicho por este Despacho en el oficio 220-139345 del 23 de Noviembre de 2010, mediante el cual esta Oficina para resolver una consulta relacionada con este punto, trajo a colación el oficio 220-90850 del 30 de octubre de 1999, en el que esta entidad expresó lo siguiente:

"… Cuando la junta Directiva decide dar aplicación al tercer arbitrio establecido en el tantas veces mencionado artículo 397, imputando las sumas de dinero recibidas por el accionista moroso, con el fin de liberar el número de acciones equivalente al valor pagado a la sociedad, debe el cuerpo colegiado, previamente a dicha operación, sustraer de las sumas pagadas por el asociado como aportes de capital, el equivalente al 20% que la norma de manera taxativa fija, como contraprestación por los perjuicios que el proceder del accionista le ha causado a la compañía. Una vez realizada la anterior operación, la suma que quede debe destinarse a la liberación de un determinado número de acciones, hasta donde lo permita el monto de dinero que la compañía ha recibido del accionista, teniendo en cuenta el valor que cada acción tenga en ese momento.

"Las acciones que no alcancen a ser cubiertas por los pagos efectuados, deberán serle retiradas al accionista moroso y colocadas de manera inmediata por el órgano social competente para tal efecto, siguiendo las directrices que fijan los artículos 385 y 386 del Código de Comercio, pues en caso contrario, se presentaría una real disminución del capital suscrito…

"En efecto, teniendo en cuenta que la deducción del veinte por ciento opera a título de indemnización para la sociedad y de sanción para el accionista moroso, es claro que deberá recaer sobre el capital pagado efectivamente por él.

"En cuanto a si la Junta Directiva está obligada a aplicar la sanción del 20% respecto de los accionistas que tendrían la " intención de devolver las acciones suscritas no pagadas, y continuar únicamente con las acciones pagadas" , se advierte, en primer lugar, que la aplicación de la sanción depende de que los accionistas se encuentren efectivamente en mora en el pago de las cuotas de las acciones suscritas, pues es ese evento y no otro el que previó la norma analizada y, en segundo lugar, que la opción de imputar las sumas recibidas a la liberación

del número de acciones que corresponda a las cuotas pagadas, previa deducción del 20% es facultativa para la junta directiva, dado que este órgano de administración puede escoger esa o cualquiera de las tres posibilidades del artículo 397 del Código de Comercio. En todo caso si escogió imputar las sumas recibidas a la liberación de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, deberá aplicar el 20% a título de sanción moratorio, tal como lo establece el estatuto y el artículo mencionado…".

En los anteriores términos se espera haber dado respuesta satisfactoria a su consulta, no sin antes advertirle acerca de los efectos generales de la misma acorde con lo dispuesto por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.