

OFICIO 220-134318 DEL 21 SEPTIEMBRE DE 2021

ASUNTO: SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA - ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL Y SIN DERECHO A VOTO.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual, en ejercicio del derecho de petición en la modalidad de consulta, pregunta lo siguiente:

“¿Las acciones preferenciales sin derecho a voto, dentro de una sociedad con participación del estado, en cabeza del ente público, hacen parte del porcentaje para determinar si su naturaleza es de empresa de economía mixta o privada, de acuerdo con las disposiciones del artículo 14 de la Ley 142 de 1994?

Esto con base en que la 142 de 1994 nos habla de aportes y capital, con base en una interpretación textual, se entiende que cualquier clase de aporte será tenido en cuenta para determinar si una empresa con participación pública es una empresa privada o mixta. Sin embargo, las acciones preferenciales y sin derecho a voto no le otorgan la facultad al accionista de participar en la asamblea de accionistas e influir en la toma de decisiones de la empresa. (...)

Al respecto, es oportuno reiterar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Adicionalmente, debe precisarse que la Entidad carece de competencia en función consultiva para resolver un caso concreto de competencia de las dependencias misionales de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad a la que corresponde resolverla.

Sin embargo, y con el fin de contribuir a darle una orientación general del tema objeto de análisis, y desde luego sin perjuicio de la opinión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a continuación, se procederá a formular algunas consideraciones de orden legal, doctrinal y jurisprudencial:

1. La Ley 489 del 29 de diciembre de 1989 establece:

“(…)

ARTICULO 49. CREACION DE ORGANISMOS Y ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

PARAGRAFO. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

(…)

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

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

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

(…)

ARTICULO 100. NATURALEZA DE LOS APORTES ESTATALES. En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita. El Estado también podrá aportar títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado.

El aporte correspondiente se computará a partir del momento en que se realicen de manera efectiva o se contabilicen en los respectivos balances los ingresos representativos.”

2. El artículo 461 del Código de Comercio señala:

“Artículo 461. Son sociedades de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

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

3. A su vez, la Ley 222 de 1995 acota:

“SECCIÓN III

ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL Y SIN DERECHO A VOTO

ARTICULO 61. SOCIEDADES QUE PUEDEN EMITIRLAS. Las sociedades por acciones podrán emitir acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, las cuales tendrán el mismo valor nominal de las acciones ordinarias y no podrán representar más del cincuenta por ciento del capital suscrito.

La emisión se hará cuando así lo decida la asamblea general de accionistas.

ARTICULO 62. APROBACION DEL REGLAMENTO DE SUSCRIPCION. El reglamento de suscripción de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto deberá ser aprobado por la asamblea general de accionistas, salvo que ésta, al disponer la emisión, delegue tal atribución en la junta directiva.

ARTICULO 63. DERECHOS. Las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto darán a su titular el derecho a percibir un dividendo mínimo fijado en el reglamento de suscripción y que se pagará de preferencia respecto al que corresponda a las acciones ordinarias; al reembolso preferencial de los aportes una vez pagado el pasivo externo, en caso de disolución de la sociedad; y a los demás derechos previstos para las acciones ordinarias, salvo el de participar en la asamblea de accionistas y votar en ella.

En el reglamento de suscripción podrá conferirse a los titulares de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, además de los señalados en el inciso anterior, los siguientes derechos:

1. A participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo.
2. A participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo y el correspondiente a las acciones ordinarias, cuyo monto será igual al del dividendo mínimo.
3. A un dividendo mínimo acumulativo hasta por el número de ejercicios sociales que se indique en el reglamento de suscripción.

PARAGRAFO. No obstante, las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto darán a sus titulares el derecho a voto, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de aprobar modificaciones que puedan desmejorar las condiciones o derechos fijados para dichas acciones. En este caso, se requerirá el voto favorable del 70% de las acciones en que se encuentre dividido el capital suscrito, incluyendo en dicho porcentaje y en la misma proporción el voto favorable de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando se va a votar la conversión en acciones ordinarias de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. Para tal efecto, se aplicará la misma mayoría señalada en el numeral anterior.
3. En los demás casos que se señalen en el reglamento de suscripción.” (Subraya fuera del texto)

4. Por su parte, el artículo 14 de la Ley 142 del 11 de julio de 1994, establece:

“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

5. Ésta entidad se ha pronunciado sobre la naturaleza de las sociedades de economía mixta mediante Oficio 220-176216 del 27 de octubre de 2014, en los siguientes términos:

“(…)

Luego, para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta, se hace necesario citar la Sentencia C-953 de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable el párrafo segundo del artículo 97 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, en la cual en su criterio, este tipo de sociedades se forma por el solo hecho de tener participación Estatal en el capital social sin atender al porcentaje de participación en que haya contribuido junto con el capital privado en la conformación de la misma, así:

(…)

“4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. **Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones 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 una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución.**

“De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.

“4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.” (La negrilla no es del texto).

De las referidas consideraciones, se desprende que el aporte de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto no se diferencia desde el punto de vista de su valor nominal, del aporte de las acciones ordinarias (artículo 61 de la ley 222 de 1995). En consecuencia, tanto las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto como las ordinarias deben ser tenidas en cuenta para determinar la calidad de sociedad de economía mixta. Lo anterior, se reitera, sin perjuicio de la opinión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre las materias de su competencia.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.