

LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA*

Por Alvaro Tafur Galvis

Tradicionalmente se ha definido a la Sociedad de Economía Mixta como "una Sociedad Anónima en la cual las acciones pertenecen en parte a capitalistas privados y en parte al Estado, o a las personas públicas que se encuentren asociadas en su gestión".

De la anterior definición, podemos extractar como elementos principales y característicos, los siguientes:

1) — **Personería Jurídica:** La Sociedad de Economía Mixta, al estructurarse como una Sociedad Comercial Anónima, comporta la calidad de Persona Jurídica. Pudiendo en consecuencia, actuar directa o independientemente en la vida jurídica, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones.

2) — **Patrimonio Mixto:** Las acciones que representan el patrimonio social-capital social, para hablar en los términos de Derecho Comercial —pertenecen a los particulares— personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras y al Estado o a una persona jurídica de Derecho Público.

3) — **Origen:** En cuanto al *origen* (creación) de las Sociedades de Economía Mixta podemos enunciar varias hipótesis:

Puede provenir de un contrato de Sociedad Comercial en el cual uno o varios socios son entidades estatales y otros, personas privadas.

Así mismo, en ocasiones la Sociedad de Economía Mixta, es organizada con base en un Acto estatal (Ley) de creación.

Otras veces, la Sociedad de Economía Mixta deviene a serlo por la intervención efectiva del Estado en un servicio público, inicialmente en concesión.

* Resumen de una parte del Libro en preparación "Las Entidades Descentralizadas y las Instituciones de Utilidad Común".

Clasificación

Las clasificaciones que proponemos se encaminan, a dilucidar el carácter de "Entidades Públicas o Privadas" que pueden tener en esencia las Sociedades de Economía Mixta.

Para algunos autores extranjeros, franceses, principalmente, teniendo en cuenta su organización como Sociedad Anónima Comercial, la Sociedad de Economía Mixta debe ser siempre considerada, desde el punto de vista jurídico, como persona de Derecho Privado.

Para otra para de la Doctrina, el carácter de entidad de Derecho Público o Privado de la Sociedad de Economía Mixta, depende de la calidad de accionista mayoritario o minoritario que tenga el Estado. Así estaremos frente a una "*Empresa Pública*", con participación privada, cuando el Estado o entidad pública detentare la mayoría de las acciones representativas del capital social y delante de una "*Empresa Privada*" con participación estatal, cuando el accionista o accionistas particulares sean los titulares de la mayoría de las acciones de la Sociedad.

En el Derecho Colombiano el criterio que debe servir de base para el encuadramiento dentro del sector público o el privado de las Sociedades de Economía Mixta, es el que acabamos de esbozar, por la siguiente razón: El artículo 4º de la Ley 151 de 1959 que interpreta con autoridad y desarrolla el contenido del artículo 64 constitucional, establece que se entiende por empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, las Compañías, Establecimientos Bancarios, Institutos, Asociaciones u organismos en que la Nación, los Departamentos, los Municipios u otras personas jurídicas de Derecho Público separada o conjuntamente, tenga o tengan el 50% o más del patrimonio o capital de la respectiva empresa o institución". Aunque es cierto que esta clasificación legal se hace para establecer aquellas entidades que no perteneciendo totalmente al Estado, están sujetas al control fiscal de los organismos estatales especializados, y para evitar la percepción de dos o más asignaciones por parte del Tesoro Público; vemos en ella una base de diferenciación en cuanto se puede deducir que todas las empresas en las cuales tenga participación el Estado o entidades de Derecho Público, pero en que no se cumpla la exigencia del artículo 4º, precisado, no son Tesoro Público, sino Tesoro Privado.

A manera de conclusión podemos decir que en nuestro Derecho, teniendo en cuenta la participación cuantitativa del Estado en las Sociedades de Economía Mixta se distinguen dentro de ellas entidades Privadas y entidades Públicas, sin perjuicio del Régimen Jurídico aplicable a unas y otras.

Régimen Jurídico de las Sociedades de Economía Mixta

Haciendo abstracción a la calidad de persona jurídica de Derecho Público o de Derecho Privado, que pueda tener en un momento dado una Sociedad de Economía Mixta, es necesario saber en general qué

régimen jurídico regula su organización, funcionamiento y actividad; si esas normas son en esencia totalmente diferentes de las ordinarias que rigen la organización y actividad de las sociedades mercantiles anónimas o si por el contrario son idénticas a ellas, o, en fin, si están sujetas a un régimen jurídico mixto, público y privado a la vez.

En primer término se debe hacer esta aclaración: la calidad de pública o privada de la Sociedad de Economía Mixta no determina necesariamente la clase de normas llamadas a regirla, pues es sabido y aceptado que en ocasiones el Estado y las entidades públicas se sujetan a las prescripciones de Derecho Privado (puede pensarse aquí en las llamadas Empresas Industriales o Comerciales del Estado).

Como un enunciado de principio podemos afirmar que el régimen jurídico regularizador de las Sociedades de Economía Mixta es el mismo que rige la organización, el funcionamiento y la actividad de las Sociedades Anónimas de Derecho Privado Comercial.

En este punto parece conveniente distinguir dos aspectos:

I) — El régimen jurídico aplicable a la organización y funcionamiento interno de la Sociedad.

II) — El régimen jurídico aplicable a la actividad cumplida por la Sociedad, con miras a obtener el objeto social.

I

En cuanto al primer aspecto acogiendo la doctrina tradicional, si es cierto que el régimen en principio aplicable es de Derecho Privado Comercial, sin embargo ese régimen puede sufrir derogaciones según, creemos, la finalidad perseguida por la entidad estatal que participa como accionista... En efecto, y como lo expresa el Profesor francés Andrés de Laubadere "Las sociedades de Economía Mixta no tienen todas la misma razón de ser. A este respecto es necesario hacer una distinción esencial: en ciertos casos, los más numerosos, la Sociedad de Economía Mixta ejerce una actividad de interés general y su creación es debida frecuentemente a una iniciativa del poder público; el Estado suscita la creación de la Sociedad porque estima que se trata de una actividad de interés general; la Sociedad de Economía Mixta aparece entonces como un modo de gestión de servicios públicos. En otros casos, hace una simple colocación de acciones, una mera inversión financiera".

La participación pública no crea una situación de economía mixta, sino cuando ella expresa una voluntad de intervención. También conviene excluir del campo de la economía mixta la participación pública, en la cual la persona pública, persigue un fin exclusivamente financiero, sin ejercer sus prerrogativas de accionista para tomar parte en la dirección de la sociedad.

Haciéndose accionista de manera activa, el copartícipe público confronta su interés con el de los asociados que persiguen un provecho. El problema consiste en saber cómo se sitúan estos dos intereses, a primera vista opuestos, el uno con relación al otro: es necesario que exista una coincidencia suficiente para poder fundirlos sin ambigüedades en la dirección de la empresa. Pero pasa que en ocasiones el móvil perseguido por la persona pública excluye el ánimo de lucro; y en otras no.

En ciertas ocasiones la participación pública tiene por objeto asegurar una servicio en el cual la noción de lucro se encuentra subordinada a consideraciones de interés público; el Estado se coloca como accionista en sociedades que funcionan con su ayuda, o que él es obligado a conservar porque su actividad no puede ser interrumpida o disminuída o porque es necesario que las tarifas de las mismas deban conservarse bajas. La intervención pública, entonces, se debe en gran parte a la destinación que de las utilidades hace el accionista privado; pues al Estado principalmente le interesa la satisfacción de los intereses generales de los asociados, pero, por otra parte, el actuar así, se menoscaban los derechos de los accionistas privados que ingresan a la sociedad, ante todo con ánimo de ganancia.

En otros casos la participación pública se hace en sociedades en las cuales la persecución de un provecho económico, no está en contradicción con el interés del servicio. Se trata de empresas que, hecha la abstracción de la calidad de sus propietarios, deben producir rentas. En estos casos la coincidencia de intereses es posible si hay de parte del Estado ciertos móviles específicos como servir de impulsador a empresas útiles, este es el verdadero móvil, la ganancia viene por añadidura, como un complemento legítimo y necesario.

Según lo anterior, cuando el Estado participa buscando un determinado fin de interés general, al cual debe estar subordinado el interés financiero de los particulares, el régimen ordinario de las sociedades se ve derogado por cláusulas exorbitantes que tienden a garantizar la finalidad perseguida por el accionista público, que constituyó el móvil de su participación en la Sociedad.

Pero, cómo se sabe, en determinadas ocasiones cuál es la finalidad del accionista público, ya que hoy por hoy las empresas y entidades netamente privadas cumplen actividades de las llamadas de servicio público, a través de las cuales se satisfacen necesidades de interés general? La "voluntad de intervención" (como lo llaman los autores franceses Alain Chazel y Hubert Poyet, debe buscarse en cada acto de creación. Evidentemente cuando la administración persigue determinados fines para cuyo cumplimiento requiere una cierta primacía frente a los accionistas privados, establecerá en el correspondiente acto de creación (Ley o Escritura de Constitución) ciertas cláusulas exorbitantes que garancen ello. Así por ejemplo, se establece que el Estado o la entidad pública, cuando concurren como accionistas minoritarios, tienen una mayor representación a la que tuvieran si se sujetan enteramente al prin-

principio del Derecho Comercial, según el cual la representación y la influencia de los socios es proporcional al valor de sus acciones. También es frecuente que se establezca un determinado número de representantes de la entidad estatal en la Junta Directiva, que permitan asegurar la mayoría en las decisiones. Además, suele en ocasiones establecerse una clasificación de las acciones dentro de las cuales haya unas que sólo pueden ser suscritas por el Estado y cualquier transacción sobre ellas debe ser aprobada por el Gobierno.

Cláusulas semejantes a éstas, indican de manera inequívoca que el Estado persigue la satisfacción de una necesidad de interés general al entrar en Sociedad, que debe oponer y garantizar frente a los intereses económicos egoístas de los accionistas particulares.

En otras ocasiones cuando el Estado al suscribir acciones de una determinada sociedad, sólo persigue una ganancia económica, no es necesario el establecimiento de cláusulas exorbitantes, si no que se sujeta a las normas de Derecho Comercial.

Tenemos, pues, que un posible régimen de Derecho Público, al cual se someta la organización y funcionamiento de la Sociedad de Economía Mixta, depende de la necesidad que tenga el Estado de subordinar los intereses privados al general que persigue al entrar en sociedad.

II

Por lo que respecta al régimen jurídico, regulador de la actividad, en sí misma considerada, que desarrolla la sociedad para la conservación del fin social, podemos afirmar que él es enteramente de Derecho Privado.

Generalmente, las actividades que constituyen el objeto social de las Sociedades de Economía Mixta, son aquellas que no están incluidas dentro de las funciones exclusivas del Estado para las cuales se necesitará el ejercicio de las prerrogativas inherentes a él (para esas actividades se ha reservado la forma de organización denominada Establecimiento Público), sino que se trata de actividades que en efecto han cumplido los particulares o que pueden cumplir en un momento determinado, y que consecuentemente deben regirse por las normas que en general regulan la actividad de los particulares.

Nos referiremos en forma específica a dos aspectos de la actividad social que se han prestado a controversia, en cuanto al régimen a que están sometidos:

I) — Los contratos de la Sociedad de Economía Mixta.

II) — Las relaciones entre la sociedad y sus empleados y agentes.

I

En cuanto a los contratos que celebra la Sociedad de Economía Mixta en cumplimiento de su objeto social, podemos afirmar que ellos se sujetan al derecho privado, civil o comercial, según el caso.

Si tenemos en cuenta que quien contrata no es el Estado o la entidad de Derecho Público, sino la Sociedad de Economía Mixta directamente, no hay dificultad para esa solución. Algunos autores, no obstante, basados en que el Estado siempre es Estado, que jamás puede despojarse del imperio que le es inherente, consideran que todos los actos de las Sociedades de Economía Mixta, por el hecho de participar en ellos el Estado, están sujetos a normas especiales. Esto no parece exacto pues, si bien es cierto que el Estado en todas sus relaciones es Estado, también es cierto que él puede acudir a ciertas relaciones y desarrollar determinadas actividades —en el caso específico que nos ocupa, por ejemplo— sin hacer uso de sus prerrogativas, por considerar que las finalidades perseguidas se alcanzan mediante el régimen ordinario de los particulares.

En el Derecho Colombiano los contratos de las Sociedades de Economía Mixta, son de Derecho Privado, por las razones aducidas. No parece que en tales contratos se pueda pactar la cláusula de caducidad. Además, el Código Contencioso Administrativo en su artículo 254, limita ese privilegio a la Administración Nacional y según el Decreto 550 de 1960 la Administración Nacional se integra por: a) — La Presidencia de la República; b) — Los Ministerios; c) — Los Departamentos Administrativos; d) — Los Establecimientos Públicos.

II

Las normas que regulan las relaciones de la Sociedad de Economía Mixta con sus servidores, siguiendo la orientación general de este estudio, son las mismas que regulan situaciones semejantes en tratándose de empresas enteramente privadas: las del Código Sustantivo del Trabajo y en general las leyes laborales.

La razón aparece muy clara si tenemos en cuenta que las relaciones de trabajo no se establecen directamente con el Estado o la entidad pública, sino con la Sociedad de Economía Mixta directamente; y como dejamos claro, la actividad por ella desarrollada es siempre de aquellas susceptibles de ser ejercidas por los particulares, por tanto no se ve la razón para que los empleados de la entidad estén sometidos a régimen diferente. Inclusive, si en términos extremos se aceptara que una Sociedad de Economía Mixta determinada, fuera entidad de Derecho Público; en razón de su actividad (industrial o comercial) sus empleados, según el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, estarían vinculados a ella por contrato de trabajo y de los litigios que se ocasionaran debe conocer el juez laboral y no el juez especial de la administración