

Oficio 220-081657 Del 9 de Junio de 2009

Asunto: La formación y funcionamiento de empresas de servicios públicos domiciliarios como sociedades por acciones simplificadas □Prevalencia de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2009-01-145525, por medio del cual hace mención de algunas disposiciones de la Ley 142 de 1994 sobre empresas de servicios públicos domiciliarios, particularmente los artículos 17, 19, 19.9., 19.12., 19.16. y 20.1., y formula varios interrogantes relacionados con la posibilidad de que dichas empresas adopten la forma de sociedad por acciones simplificada.

Previo a dar respuesta a sus interrogantes, viene al caso poner de presente lo que acerca del tema materia de consulta, manifestó esta Superintendencia mediante Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2009, a saber:

□*Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que a través de la Ley 1258 de 2008, se creo un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada □S.A.S., estructura jurídica que puede ser utilizada para adelantar diferentes actividades económicas, entre ellas la de prestar servicios públicos domiciliarios.*

Por lo anterior, la constitución de una empresa prestadora de servicios públicos utilizando la forma de una Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la expedición de la citada ley 1258, puede realizarse mediante documento privado, salvo el caso en que los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, dado que en dicho evento la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes (parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008).

Es decir que en principio una empresa de servicios públicos domiciliarios puede funcionar bajo el ropaje de Sociedad por Acciones Simplificada.

No obstante lo anterior, debe enmarcarse dentro de las limitaciones propias que establece la regulación especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios, esto es, la Ley 142 de 1994, la cual prevalece sobre la normatividad general, entre la cual se incluye la Ley 1258 de 2008.

Por lo anterior, en los eventos que se pretenda constituir una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, adoptando la estructura jurídica de la Sociedad por Acciones Simplificada, es necesario que se observe la siguiente jerarquía de normas para incluir las disposiciones de contenido imperativo en el contrato social, a saber:

En primera instancia están las normas previstas en la Ley 142 de 1994, en especial las contenidas en el Artículo 19 - Régimen Jurídico de Las Empresas de Servicios Públicos. En lo no previsto en dicha normatividad, deberá aplicarse lo estipulado en la Ley 1258 de 2008, siempre que no sea contrario a la naturaleza de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios

Y, finalmente de conformidad con lo ordenado en el numeral 19.15 de la Ley 142 mencionada, en concordancia con lo estipulado en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, en lo no regulado por las disposiciones prenombradas, deberá estarse a lo reglado en el Código de Comercio para las sociedades anónimas y en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen las sociedades previstas en el Código de Comercio.

Con fundamento en los párrafos precedentes, en opinión de este Despacho, en razón de la normatividad especial que regula las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, esto es, la Ley 142 de 1994 y sus Decretos reglamentarios, es necesario que en el evento que se decida adoptar la forma de Sociedad por Acciones Simplificada, esta deba ser constituida por mas de un socio, en razón que de conformidad con lo previsto en el artículo 19.12 ídem □en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista□, la compañía estaría incurso en causal de disolución. En consecuencia las E. S. P. no pueden ser unipersonales, esto es, pertenecer a un solo asociado.

En conclusión, si bien las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la forma o estructura de Sociedad por Acciones Simplificada, no deben ser constituidas por acto unilateral, pues el capital no puede pertenecer a un solo socio, toda vez que esto generaría que la sociedad surja a la vida jurídica en causal de disolución.□

Del concepto transcrito se desprende, por regla general, que tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios que adopten la forma de sociedades por acciones simplificadas, prevalecen las disposiciones especiales de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008. Bajo esta premisa se pasa ahora a dar respuesta a las preguntas formuladas.

□1º. Las empresas de servicios públicos pueden revestir la forma de sociedades por acciones simplificadas ya que el artículo 3º. de la ley 1258 de 2008 establece que la naturaleza de estas sociedades es la de sociedades de capitales, con lo cual se estaría dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 17 de la ley 142 de 1994. □

R/. En razón a que las empresas de servicios públicos deben adoptar la forma jurídica de sociedad por acciones, y teniendo en cuenta que la sociedad por acciones simplificada como su nombre lo indica es un tipo social por acciones, es jurídicamente viable que una empresa de servicios públicos revista la naturaleza de sociedad por acciones simplificada.

□2º. De ser posible la constitución de empresas de servicios públicos a través de las S.A.S., como deben interpretarse las siguientes normas:

El numeral 19.9 del artículo 19 antes transcrito establece que los accionistas deben emitir tantos votos como correspondan a sus acciones (voto singular) y que debe existir la pluralidad en la toma de decisiones; mientras que la ley 1258, señala la posibilidad del voto múltiple (artículo 11) y la toma de decisiones por el voto de un número singular de accionistas (artículo 22). En virtud de lo anterior se pregunta ¿podría la asamblea de accionistas de una empresa de servicios públicos adoptar decisiones por un número singular de accionistas? Y ¿un accionista de una ESP podría tener más votos de los que corresponden a sus acciones?.

Establece el artículo 1º. de la ley 1258 que las SAS pueden constituirse con uno o varios accionistas, por su parte el numeral 19.12 del artículo 19 señala que una de las causales de disolución es que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista. Por lo anterior se pregunta ¿Seguiría vigente la causal establecida en la ley 142 para una empresa de servicios públicos constituida como SAS?.

El artículo 25 parágrafo de la ley 1258 señala que la junta directiva podrá elegirse por sistema de cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos, mientras que el numeral 19.16 del artículo 19 de la ley 142 indica que las juntas directivas de las ESP debe ser directamente proporcional a la propiedad accionaria. Por lo que se pregunta ¿Podía una ESP que se constituya como SAS tener una junta directiva que no sea directamente proporcional a la propiedad accionaria?.

El numeral 20.2 del artículo 20 de la ley 142 que una ESP debe tener como mínimo 2 accionistas, por su parte el artículo 1º. Señala que las SAS pueden constituirse con uno o más accionistas, en tal virtud se pregunta ¿Puede una ESP constituida como SAS tener solo un accionista?.

R/. Las respuestas a estas inquietudes se efectúan bajo la premisa arriba señalada, valga reiterar, la prevalencia de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008 en lo que a empresas de servicios públicos como sociedades por acciones simplificadas se refiere. Así tenemos:

No resulta jurídicamente posible que la asamblea de accionistas de una empresa de servicios públicos domiciliarios que revista la naturaleza de sociedad por acciones simplificada, adopte decisiones con un número singular de accionistas, en razón a que para tal efecto el artículo 19.9. de la Ley 142 de 1994, el cual prevalece sobre el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, exige el requisito de la pluralidad de asociados. Así mismo, tampoco es posible desde el punto de vista normativo, que el accionista de una empresa de servicios públicos que comporte la forma de sociedad por acciones simplificada, emita mas de un voto por cada acción que posea, pues el citado artículo 19.9. solo confiere voto singular a los accionistas de tales empresas, lo que excluye la posibilidad de consagrar voto múltiple en los términos del artículo 11 de la Ley 1258 de 2008.

El hecho de que el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008, contemple la viabilidad de crear sociedades por acciones simplificadas de un único accionista, y de que las empresas de servicios públicos puedan adoptar el ropaje jurídico de aquellas, no significa en manera alguna que hubiese perdido vigencia la causal de disolución contenida en el artículo 19.12. de la Ley 142 de 1994 para las empresas de servicios públicos, de tal suerte que estas se disolverán, entre otras causales, cuando la totalidad de sus acciones queden en cabeza de una sola persona.

Dada la preferencia de la citada Ley 142 respecto de la Ley 1258 de 2008 en lo que hace con empresas de servicios públicos estructuradas como sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que en cuanto a la composición de la junta directiva, debe observarse lo reglado en el artículo 19.16. de la ley 142, de forma que la junta directiva debe ser directamente proporcional a la propiedad accionaria.

Por virtud de lo dispuesto en los artículos 19.12. y 20.1. de la Ley 142 de 1994, es claro que una empresa de servicios públicos que revista la forma de sociedad por acciones simplificada, no se puede constituir ni funcionar con un único accionista, o dicho de otras palabras, no pueden existir empresas de servicios públicos como sociedades por acciones simplificadas unipersonales.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, manifestándole que el alcance del concepto expresado es el previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.