

**OFICIO 220-096066 DEL 21 JULIO DE 2021**

**ASUNTO: LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES NO ES COMPETENTE PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN UNA SOCIEDAD VIGILADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

Me refiero a sus comunicaciones radicadas con los números de la referencia, mediante las cuales, en la primera, formula un derecho de petición en la modalidad de consulta y, en la segunda, afirma que no obstante haber formulado la misma consulta a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, requiere conocer la postura de ésta entidad en torno a los siguientes temas:

1. ¿Cuál norma debe aplicarse al interior de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios cuando se pretenda iniciar una Acción Social de Responsabilidad en contra de Administradores: la ley general, es decir, ley 222 de 1995 artículo 25; o, por el contrario, y en línea con los pronunciamientos uniformes sobre la materia, la ley 142 de 1994 artículo 19-9, por tratarse de una sociedad sometida al régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios?
2. ¿En una sociedad anónima que presta servicios públicos y por tanto se rige por la Ley 142 de 1994, para iniciar una acción social de responsabilidad se requiere el voto favorable de la mitad más una de las acciones de un número plural o singular de socios?

En primer lugar, y previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ésta Superintendencia emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen su responsabilidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales.

Al respecto, con fundamento en las opiniones expresadas por la consultante y los apartes transcritos en el texto de la consulta, se reitera que la competencia para pronunciarse, le asiste a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad a la que fue remitida su consulta mediante oficios 195-070599 y 195-070542, del 26 de mayo de 2021.

No obstante, este Despacho pone de presente lo siguiente:

I. La posición que expresó este Despacho en el oficio 220-172156 del 12 de diciembre de 2019<sup>1</sup>, en el que en torno a una consulta relacionada con una entidad vigilada por Superservicios Públicos, acotó:

“(…)

*ha de entenderse que, si la Superservicios tiene competencia para ejercer la supervisión sobre las sociedades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, entonces también le corresponde la facultad de absolver las consultas que se lleguen a formular en ejercicio del derecho de petición sobre el régimen jurídico inherente a la constitución y funcionamiento de tales compañías.*

*En los términos del artículo 75 de la Ley 142 de 1995. Tal competencia la ha ejercido la Superservicios en múltiples oportunidades, pero para el caso objeto de consulta debe mencionarse el Concepto Unificado No. 35 de 2017, que ha tenido dos versiones, una del 8 de mayo de 2017 y una actualización del 1° de noviembre de 2018, cuyos apartes conclusivos se transcriben a continuación:*

1. Versión 8 de mayo de 2017:

2. “4. Modulación de la Posición Jurídica de la Superservicios. Pese a lo antedicho, es necesario replantear la posición bajo análisis, toda vez que la interpretación sostenida obedeció a situaciones coyunturales presentadas en los servicios públicos domiciliarios, especialmente en el sector energético, que imponían un análisis riguroso frente a la constitución de las empresas de servicios públicos, pero que bajo los escenarios actuales, una lectura de la Ley 1258 de 2008 permite colegir que esta modalidad de sociedad por acciones posibilita controles estrictos, que minimizan los riesgos asociados a este tipo societario. Con base en lo dispuesto por el legislador en la exposición de motivos y por la Corte Constitucional, para no desnaturalizar la figura o tipo societario que establece la Ley 1258 de 2008 y para evitar crear obstáculos que vulneren las libertades económicas señaladas en el artículo 333 superior, se hace necesario modificar la posición institucional en el sentido de:

1. Las empresas de servicios públicos domiciliarios que se constituyan bajo el tipo societario –sociedad por acciones simplificadas – S.A.S. –, podrán conformarse con un solo socio cuando a bien lo tengan.

2. El principio de pluralidad de socios expuesto en los numerales 19.9 y 19.12 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, debe entenderse aplicable a

<sup>1</sup>COLOMBIA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-172156 (12 de diciembre de 2019). Asunto: competencia integral superservicios para resolver consultas sobre constitución de empresas de servicios públicos domiciliarios a través del tipo societario de la sas. Consultado el 6 de julio de 2021 disponible:[https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO\\_220-172156\\_DE\\_2019](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-172156_DE_2019).

*aquellas empresas de servicios públicos domiciliarios que se constituyan con más de un accionista.*

*3. Las empresas de servicios públicos domiciliarios que se constituyan como sociedad por acciones simplificadas se regirán por la Ley 1258 de 2008 en todos los aspectos societarios en ella dispuestos, lo que incluye la potestad de crear el órgano social: Junta Directiva.*

*4. Las empresas que se constituyan bajo la forma asociativa de S.A.S. están sometidas a procedimientos estrictos como la desestimación de la personalidad jurídica y la nulidad e indemnización de perjuicios ante casos de abuso del derecho (arts. 42 y 43 Ley 1258 de 2008), procesos que se adelantan en la Superintendencia de Sociedades.”*

3. Versión actualizada 1° de noviembre de 2018:

*“2.5. Interpretación normativa Con todo, existiendo tres regímenes normativos aplicables a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y a las SAS, respectivamente, esto es, el de servicios públicos domiciliarios contenido principalmente en la Ley 142 de 1994, el general de sociedades mercantiles previsto en el Código de Comercio y el correspondiente a las Sociedades por Acciones Simplificadas – SAS, resulta imprescindible determinar la aplicación preferente de unas u otras disposiciones, en el marco de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, atendiendo los criterios de interpretación de la ley.*

*En ese escenario, la posible incompatibilidad o contradicción en la aplicación normativa encuentra solución en una de las reglas que la Ley 57 de 1887[17] dispuso para interpretar la ley, así:*

*“ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:*

*1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (resaltado y subrayas fuera de texto);*

*2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”.*



*Aunque aparentemente la Ley 1258 de 2008 y la Ley 142 de 1994, podrían considerarse como de carácter especial, respecto de la materia que regula cada una, lo cierto es que, si bien la primera dispone de manera concreta sobre las SAS, el hecho de que se refiera a una de las tipologías de sociedades mercantiles, que de modo general preside el Código de Comercio, ratifica la generalidad de las condiciones y requisitos que debe tener cualquier sociedad con tales características, sin entrar a determinar o darle alcance al objeto que las mismas puedan llegar a tener, porque en todo caso, deben atender lo previsto en el régimen mercantil.*

*Por su parte, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, además de determinar específicamente el régimen jurídico y condiciones que deben cumplir las empresas que pretendan prestar servicios públicos domiciliarios en el territorio nacional; contempla junto con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, la regulación emitida por las Comisiones de Regulación y los actos administrativos aplicables al sector, el régimen de los servicios públicos domiciliarios, aplicable a las personas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas.*

*Bajo este escenario, si las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones que deben someterse al régimen jurídico dispuesto en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994 y por expresa disposición legal, en lo no previsto en dicha norma, "(...) se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas", se colige entonces que existe un conjunto de disposiciones relativas a un asunto especial, encaminado a establecer las condiciones de aquéllas sociedades por acciones que pretendan prestar servicios públicos domiciliarios; luego, aun cuando las SAS, concebidas en la Ley 1258 de 2008, comportan un tipo más de sociedades por acciones, es indiscutible que entre ambas, la única referida a la prestación de los servicios públicos, es la Ley 142 de 1994, de modo que resulta aplicable la regla No. 1 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, en caso de normas aparentemente opuestas o concurrencia normativa.*

*De ahí que no pueda predicarse que la Ley 142 de 1994, limite o restrinja la constitución de una SAS al amparo de la Ley 1258 de 2008. Por el contrario, al ser la SAS una clase de sociedad por acciones, habilitada para prestar los servicios públicos domiciliarios, lo que determina el régimen especial de tales servicios son las condiciones y requisitos que deben cumplir, entre otras personas, las empresas que aspiren a prestarlos.*

*Así las cosas, si el objeto de una SAS es la prestación un servicio público domiciliario, en los términos del artículo 18 de la Ley 142 de 1994[18], ésta debe ajustarse a los criterios previstos por el régimen al cual se encuentran*

*sujeta, garantizando así, el principio de libertad de empresa según el cual es “...derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley”[19], normativa en la que, prima como se ha venido indicando, la disposiciones del sector. Es de anotar que aunque, eventualmente, pueda interpretarse que la Ley 1258 de 2008, también tiene una naturaleza preferente para regular la SAS, al desarrollar una clase de las sociedades por acciones, contempladas en el Código de Comercio, cuyo objeto puede ser de distinta naturaleza y corresponder a diferentes sectores de la economía, actos y operaciones mercantiles, su aplicación debe ceder ante regímenes que rijan de manera especial el tipo de empresa que ha de prestar un servicio público domiciliario, según su objeto social*

*- Constituirse a través de escritura pública y con mínimo cinco (5) socios. No obstante, en caso empresas de servicios públicos domiciliarios que operen en municipios menores, podrán hacerlo a través de documento privado y funcionar con un mínimo de dos (2) socios.*

*- Conformar Junta Directiva.”*

II. En lo que se refiere a la interpretación de la regulación de la acción social de responsabilidad de las sociedades mercantiles del sector real de la economía, reviste especial importancia precisar que la Ley 222 de 1995 incorporó en el artículo 25 ésta figura, cuya aplicación ha sido objeto de varios pronunciamientos, entre los que se cuenta uno reciente contenido en el Oficio 220-050144 del 26 de abril de 2021<sup>2</sup>, cuyos apartes pertinentes a continuación se transcriben:

(...)

*“Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que el inciso segundo del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, dispone: “La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.”.*

*Igualmente, éste Despacho determinó:*

*“Igual condición aplica incluso cuando se trate de ejercer la acción social de responsabilidad en su contra, en cuyo caso el socio - administrador de la sociedad, igualmente tiene la vocación para participar en las deliberaciones y adopción de decisiones a que haya lugar, como ilustra la doctrina de este Despacho expuesta mediante Oficio 220-205096 del 9 de noviembre de 2016, cuyos apartes procede traer a colación: (...)*

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-150144 (126 de abril de 2021). Asunto: Algunos aspectos sobre los administradores. Consultado el 6 de julio de 2021. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO\\_220-050144\\_DE\\_2021.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-050144_DE_2021.pdf)

*“Es así como en aras de dar claridad al asunto relativo a la forma en que opera la citada acción, el concepto pone de presente las características propias de la citada acción a la luz del artículo 25 de la Ley 222 de 1995; como son:*

*“- Le corresponde ejercitarla esencialmente a la sociedad.*

*“- Es una determinación que debe adoptar el máximo órgano social con la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.*

*“- Se puede presentar en cualquier reunión.*

*“- La convocatoria del máximo órgano social, de no ser realizada por las personas facultadas para ello, podrá ser efectuada por uno o varios socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social de la compañía.*

*“- La decisión que se adopte dentro del seno del máximo órgano social conlleva la remoción del administrador de la compañía.*

*“- Si la acción no se inicia dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se adoptó la misma podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad.*

*“- Los acreedores también pueden ejercer la acción, siempre y cuando que las deudas que ellos representen sean por lo menos del 50% del pasivo externo de la sociedad y que el patrimonio de la misma no sea suficiente para satisfacer sus créditos.*

*“- El ejercicio de la acción social de responsabilidad no es obstáculo alguno para que los asociados y acreedores que la hayan presentado inicien acciones individuales.*

*“De la lectura del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y conforme con las características mencionadas, tenemos cómo al administrador que se le aplique la acción social de responsabilidad, que de manera concomitante tenga la calidad de socio de la persona jurídica objeto de la misma, no sufre menoscabo alguno en lo relacionado con el derecho al voto que le otorga la ley, por el sólo hecho de tener la calidad mencionada.*

*(...)*

*“Bien se afirma, que, al ser la norma invocada, una disposición de contenido prohibitivo y restrictivo, no es factible por vía de analogía hacerla extensiva a situaciones que no están expresamente consagradas en la misma. “En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo expuesto, debemos afirmar que al administrador-socio contra quien se ejercita la acción social de responsabilidad, a que hace referencia el artículo 25 de la ley 222 de 1995, no puede excluirse la posibilidad de ejercer su derecho al voto, al no existir norma alguna que lo consagre...”*

En los anteriores términos su consulta ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - C.P.A.C.A., sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos, la jurisprudencia que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.