

OFICIO 220-172156 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2019

REF: COMPETENCIA INTEGRAL SUPERSERVICIOS PARA RESOLVER CONSULTAS SOBRE CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS A TRAVÉS DEL TIPO SOCIETARIO DE LA SAS

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual reitera la solicitud de concepto de esta Entidad en torno a la posibilidad de utilizar el tipo societario de la sociedad por acciones simplificada con el propósito de constituir una sociedad prestadora de servicios públicos domiciliarios.

La consulta se formula en los siguientes términos:

1. *“Se me indiquen los requisitos que debe cumplir una sociedad por acciones simplificada cuando adopta la forma de empresa de servicios públicos domiciliarios. Particularmente, solicito que se me informe acerca de:*

- a. Formalidades de constitución.*
- b. Número mínimo de socios.*
- c. Órganos (Junta Directiva y Revisoría Fiscal)*

Así mismo, solicito que se me informe cómo debe proceder una compañía que esté constituida por documento privado como Sociedad por Acciones Simplificada y quiera adoptar la naturaleza de empresa de servicios públicos, ¿Qué formalidad debe cumplir la reforma estatutaria? ¿Debe ser elevada a escritura pública?

2. *Así mismo, solicito que se me indiquen de forma puntual las obligaciones que debe cumplir una empresa de servicios públicos domiciliarios que i) presta un servicio complementario al servicio público de aseo y, ii) presta el servicio público de forma indirecta, es decir mediante un contrato de operación, a personas diferentes de usuarios finales. Particularmente, solicito que se me informe si este tipo de empresas debe:*

- Informar del inicio de sus actividades a la Superintendencia de Servicios Públicos, inscribiéndose en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos, en los términos del Numeral 8 del artículo 11 de la Ley 142 de



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

1994 y circular No. 20181000120515 del 25 de septiembre de 2018 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

- *Enviar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios copia de las actas de asamblea, balances, y estados de pérdidas y ganancias, es decir, el reporte de información en el SUI, en los términos del Numeral 11 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994.*
- *Contar con un plan de gestión y resultados de corto, mediano y largo plazo, en los términos del Artículo 52 de la ley 142 de 1994.*
- *Contar con Auditoría Externa de Gestión y Resultados –AEGR– de forma permanente con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año, en los términos del artículo 51 de la Ley 142 de 1994.*
- *Tener un contrato de servicios públicos que contenga las condiciones uniformes en las que el prestador está dispuesto a suministrar el servicio público de aseo, en los términos del numeral 1 del artículo 112 del Decreto 2981 de 2013.*
- *Contar con la infraestructura adecuada para atender las peticiones, quejas y recursos de los usuarios del servicio, en los términos del artículo 153 de la ley 142 de 1994 y numeral 2 del artículo 112 del Decreto 2981 de 2013.*
- *Contar con un estudio de costos que soporte las tarifarias ofrecidas a los usuarios, en los términos del numeral 3 del artículo 112 del Decreto 2981 de 2013.*
- *Disponer de página web, en los términos del artículo 113 del Decreto 2981 de 2013.*

*Esto, reitero, teniendo presente, a las empresas de servicios públicos **que no prestan servicios a usuarios finales.***

Así mismo, solicito que se me indique cualquier otro tipo de obligación que pueda tener este tipo de compañías, que no haya sido mencionada en la presente petición.”

Aunque es sabido, es oportuno advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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.

Sin perjuicio de lo anterior, con fines ilustrativos procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de índole general.

La consulta inicial fue radicada ante esta Superintendencia bajo el número 2019-01-359510 del 7 de octubre de 2019, petición que fue remitida por competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en adelante Superservicios, mediante Oficio 548-119304 del 28 de octubre de 2019.

Posteriormente, se recibió de la Superservicios, mediante escrito radicado con el número 2019-01-394432 del 30 de octubre de 2019, el envío de la misma petición de consulta de la solicitante informando simplemente que “(...) *adjunto envío requerimiento del Usuario. Cordialmente; Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*”

En tales condiciones, no se aprecia que se haya configurado un conflicto negativo de competencias administrativas con respecto a la consulta del asunto, entre las dos superintendencias involucradas, toda vez que no existe ninguna manifestación en ese sentido por parte de la Superservicios.

Con base en las proposiciones precedentes, 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 2017:¹

“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

¹ Visible en: <https://cdn.actualicese.com/normatividad/2017/Conceptos/CU35-17.pdf>



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 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 registrarán 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.”

2. Versión actualizada 1° de noviembre de 2018:²

“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.

² Visible en: https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto_superservicios_sspd_oju-2017-35.htm



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 subrayado 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 registrarán 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



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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.

En ese sentido, cuando la constitución de una SAS tenga por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios, resultarán de aplicación prevalente las disposiciones pertinentes de la Ley 142 de 1994, seguidas de las contempladas por el Código de Comercio respecto de sociedades anónimas, en lo que no cobije el régimen especial y por expresa remisión de este. En todo caso, de ser compatible con la normativa del sector, también deberá aplicarse el articulado de la Ley 1258 de 2008.

Como consecuencia de lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios que se constituyan bajo el tipo societario SAS, en atención al régimen especial previsto en la Ley 142 de 1994, deberán realizar las siguientes actividades:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

- *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.”*

Advertidas las opiniones expresadas en los apartes transcritos y la competencia que asiste a la Superservicios, esta Superintendencia se abstiene de inmiscuirse en los asuntos que le son propios con ocasión de la petición de consulta que se atiende y, en consecuencia, se procederá a remitir la petición de consulta, por competencia, a la Oficina Jurídica de esa Superintendencia a efectos de que se pronuncie sobre los aspectos que considere pertinentes.

Finalmente debe mencionarse que, desde la perspectiva **meramente societaria** de la regulación ordinaria de la SAS, con relación a los pronunciamientos precedentes de esta Superintendencia sobre la materia consultada,³ esta Oficina mantiene la posición expresada, en el sentido de indicar que si se utiliza el tipo societario de la SAS para constituir una empresa de servicios domiciliarios, deben ser respetados los lineamientos de la Ley 142 de 1994.

Principalmente lo relacionado con el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios,⁴ esto es que debe existir pluralidad de socios y en caso de llegar a quedar un accionista único quedarán incursas en causal de disolución, no pueden ser constituidas por acto unilateral y debe conformarse junta directiva, entre otros.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la 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.

3 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-001757 del 15 de enero de 2016. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-001757.pdf. Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2009. Visible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-057310_DEL_25_DE_MARZO_DE_2009.pdf

4 Art. 19 Ley 142 de 1994.