

220-79377, diciembre de 1998

Referencia: Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., Emgesa E.S.P. y Codensa E.S.P.

Me refiero a su oficio 210-32741 radicado en esta entidad con el número 299 846, por el cual remite la evaluación que el Despacho a su cargo realizó respecto de la transformación de la Empresa de Energía Bogotá Empresa Prestadora de Servicios Públicos domiciliarios E.P.S., según la cual se encontraron una serie de presuntas inconsistencias, por lo que solicita que esta Superintendencia se pronuncie, en particular en el sentido de establecer si la escisión de que fue objeto la compañía se ajustó a la ley y si existió imbricación en el proceso de capitalización de las empresas CODENSA S.A. y EMGESA S.A.. Esas operaciones a su juicio viciarían de nulidad los actos realizados y afectarían la disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, cuya autorización han solicitado a esta entidad las sociedades de la referencia.

Sobre el particular, este despacho se permite efectuar las siguientes consideraciones:

1. Vigilancia de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios.

De conformidad con la ley 142 de 1.994 en concordancia con el Decreto 548 de 1.995, compete a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, calidad que ostentan la Empresa de Energía S.A. E.S.P, Codensa S.A. E.S.P y Emgesa S.A. E.S.P., razón por la cual los asuntos relacionados con las mencionadas compañías competen directamente a esa Superintendencia.

Competencia de la Superintendencia de Sociedades sobre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En desarrollo del mandato contenido en el artículo 189 numeral 24 de la Carta Política, corresponde a la Superintendencia de Sociedades por delegación del Presidente de la República, ejercer la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles.

En cumplimiento del mandato referido, la ley 222 de 1.995 definió la inspección como "**... la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma.**" (artículo 83 ibídem); la vigilancia, por su parte, es entendida como la atribución de la superintendencia para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otra superintendencia, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y los estatutos, potestad que no es predicable de las sociedades prestadoras de servicios públicos domiciliarios habida consideración que tales compañías están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tal como atrás se anotó.

Como quiera que en su comunicación se alude al artículo 228 de la ley 222 de 1.995, que regula la competencia residual, el despacho estima necesario señalar que si bien tal institución permite excepcionalmente a esta entidad conocer de actuaciones de compañías sujetas a la vigilancia de otra superintendencia, Vb, gr. autorizar la disminución de capital cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes, el ejercicio de tal potestad en modo alguno implica que las sociedades queden sometidas a la vigilancia de esta Superintendencia. En tal caso las compañías permanecen sujetas a la vigilancia de la superintendencia que le corresponda, como sucede tratándose de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En este orden de ideas, la intervención de esta superintendencia en las disminuciones de capital con efectivo reembolso de las sociedades Empresa de Energía S.A. E.S.P., Codensa S.A. E.S.P. y Emgesa S.A. E.S.P. se encuentra restringida única y exclusivamente a tal aspecto, sin que le resulte posible intervenir en otros temas, toda vez que carece de competencia, pues se reitera e insiste, tales sociedades se encuentran sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Consideraciones en relación con la Escisión.

Toda vez que muchos de los interrogantes formulados por usted hacen mención a la escisión, el despacho estima necesario efectuar algunas consideraciones sobre el particular, previa la transcripción del artículo 3º de la ley 222 de 1.995, disposición que reza así:

"MODALIDADES.

Habr  escisi3n cuando:

- 1. Una sociedad sin disolverse transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creaci3n de una o varias sociedades.**
- 2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creaci3n de nuevas sociedades.**

La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisi3n, se denominarán sociedades beneficiarias.

Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporci3n que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participaci3n diferente."

Es necesario advertir que en la escisi3n, las acciones o cuotas en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias son suscritas y pagadas por cuenta y en nombre de socios de la sociedad escidente, y no por cuenta y en nombre de ésta, persona jurídica que es distinta de los socios individualmente considerados.

En el caso materia de estudio se observa que el aporte patrimonial realizado por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. en Emgesa y Codensa fue retribuido mediante acciones asignadas directamente a ella y no a sus socios, tal como se evidencia de la lectura del artículo 7º de las Escrituras Públicas Nos 4610 y 4611 ambas otorgadas el 23 de octubre de 1.997 en la Notaría 36 del Círculo de Santafé de Bogotá D.C., que dan cuenta de la celebraci3n de contratos de sociedad y la consecuente constituci3n de unas sociedades comerciales. De ello se concluye que no se trata de una escisi3n de la E.E.B.

Por lo demás, si revisamos el artículo 7º de las citadas escrituras encontramos la cláusula de los estatutos referente al capital suscrito de las sociedades CODENSA S.A., E.S.P. y EMGESA S.A., E.S.P. y observamos que en el momento de su constituci3n los accionistas hicieron su aporte en dinero efectivo, con excepci3n de la E.E.B. que realiz3 su aporte en especie mediante la transferencia de dominio y la cesi3n a favor de las sociedades de los establecimientos de comercio denominados

CODENSA y EMGESA, los cuales agrupan todos los bienes vinculados a la distribuci3n y comercializaci3n y los bienes adscritos al proceso de generaci3n de electricidad, en su orden. La constituci3n, creaci3n y apertura de tales establecimientos de comercio fue aprobada en la reuni3n de la Asamblea General de Accionistas de la Empresa de Energía de Bogotá S.A., E.S.P., verificada el 16 de mayo de 1997, según consta en el acta número 009, establecimientos de comercio que además fueron registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá. Como se trata, entonces, de enajenaciones de establecimientos de comercio, en la visita que se está realizando en estos momentos en la E.E.B. por funcionarios de este despacho, con el fin de obtener informaci3n que se requiere para el estudio de la autorizaci3n de disminuci3n de capital, se está verificando si el enajenante cumpli3 con el artículo 528 del C3digo de Comercio.

Vale la pena mencionar en este punto que de conformidad con el ordinal 1º del artículo 267 del C3digo de Comercio, la Superintendencia de Sociedades ejerc  inspecci3n y vigilancia sobre todas las sociedades an3nimas, previsi3n que se modific3 con la ley 44 de 1981, pues a partir de su vigencia esta entidad vigila, entre otras, a las sociedades an3nimas que se encuentren incursas en alguna causal de vigilancia. El artículo 268 del mismo c3digo, por su parte, estableció el permiso de funcionamiento de la misma superintendencia para las sociedades sometidas a su vigilancia, sin el cual no podían ejercer su objeto social, razones por las cuales el artículo 132 ibídem exigía la aprobaci3n de la Superintendencia de Sociedades del avalúo de aportes en especie, tanto en el momento de la constituci3n de la sociedad, como con posterioridad a ella.

Ahora, tanto el permiso de funcionamiento para las sociedades vigiladas como la aprobaci3n del aporte en especie para las mismas por parte de la Superintendencia de Sociedades quedaron abolidos. En efecto, con la expedici3n del Decreto 2155 del 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructur3 esta entidad en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constituci3n Política, se suprimi3 el

permiso de funcionamiento; y con la ley 222 de 1995, por la cual se modificó el Libro II del Código de Comercio, se expidió un nuevo régimen de procesos concursales y se dictaron otras disposiciones, se mantuvo la aprobación del avalúo de aportes en especie (artículo 85, numeral 8) pero únicamente respecto de las sociedades comerciales sujetas a su control, el cual consiste en la atribución para ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra Superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

Si llegare a pensarse, entonces, que los avalúos de aportes en especie realizados en CODENSA y EMGESA debieron ser aprobados por esta entidad en aplicación de la competencia residual a que alude el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, norma posterior a la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 22 del Decreto 1080 de 1996, se manifiesta que dichas normas no son aplicables por las razones expuestas en los párrafos que preceden, por cuanto, de una parte, la competencia residual da facultad a este despacho para ejercer respecto de las sociedades vigiladas por otra Superintendencia las funciones de vigilancia que ostenta esta entidad, a las que se refiere el artículo 84 de dicha ley, y no las de control señaladas en el artículo 85 ibídem; y de otra, para las Empresas de Servicios Públicos existe una norma de carácter especial consagrada en el artículo 19.7 de la ley 142 de 1994, la cual es del siguiente tenor: "**El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente**", norma ésta que fue atendida por las sociedades CODENSA y EMGESA, según consta en las actas preliminares, correspondientes a las reuniones celebradas por los futuros socios fundadores de las mismas, llevadas a cabo el 22 de octubre de 1997, toda vez que todos los socios aprobaron por unanimidad el avalúo de los correspondientes aportes en

especie, por las sumas de \$ 1.447.326.559.171.00 y \$ 1.080.313.651.263.00, respectivamente.

4. Imbricación.

Como quiera que una de sus preocupaciones se centra en la existencia de una posible imbricación, por el hecho de que una sociedad subordinada tenga participación en otra sociedad que a su vez es accionista de su matriz, debe expresar el despacho que tal operación no corresponde a la descripción legal de la figura, pues la imbricación es entendida como la participación recíproca y directa de la subordinada en el capital de la matriz.

La imbricación o cruzamiento puede producir confusión frente a los terceros en cuanto a la verdadera cuantía de la prenda común de los acreedores que respalda el cumplimiento de las obligaciones sociales, vale decir, que el capital de la filial puede resultar a la postre, representado fundamentalmente por acciones, cuotas o partes de interés de la compañía controlante, mientras que el capital de la matriz puede estar, a su vez, integrado mayoritariamente por participaciones de capital en la compañía filial.

En los términos del Código de Comercio con anterioridad a la Ley 222 de 1995, este tipo de operaciones eran absolutamente nulas, por tratarse de actos prohibidos por la ley. El texto de la imbricación consagrado en el artículo 262 del Código de Comercio se mantuvo en el artículo 32 de la Ley 222 de 1995, adicionado con la sanción de ineficacia, modificación que fue introducida a partir del proyecto de ley No. 119-93 Cámara y 163-93 Cámara acumulados (Gaceta del Congreso del 25 de abril de 1995 Pág. 11), y es del siguiente tenor:

" Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren contrariando este artículo."

Para que se presente la imbricación son indispensables, entonces, los siguientes requisitos:

- a).- Una sociedad matriz
- b).- Una o varias sociedades subordinadas
- c).- Que la (s) subordinada (s) participen (n) en el capital de la matriz

Si bien la ineficacia es una sanción legal que no requiere declaración judicial, el párrafo del artículo 87 de la Ley 222 de 1995 le otorga competencia a la Superintendencia de Sociedades para reconocer la ocurrencia de los

presupuestos que den lugar a la ineficacia en las sociedades no sometidas a control o vigilancia de otra Superintendencia. Por tal razón, respecto al caso presentado en las sociedades E.E.B. S.A. E.S.P., CODENSA S.A. E.S.P. Y EMGESA S.A. E.S.P. este despacho no sería competente para pronunciarse en relación con los presupuestos de ineficacia derivados de una imbricación por las siguientes razones :

- 1.- La Superintendencia de Sociedades está facultada por el parágrafo del artículo 87 de la Ley 222 de 1995 para reconocer la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el Libro Segundo del Código de Comercio, en relación con las sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia.
- 2.- Las sociedades E.E.E. S.A. E.S.P., CODENSA S.A. E.S.P. y EMGESA S.A. E.S.P. están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- 3.- No es aplicable a esta función la extensión de la competencia que le da a esta entidad el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 "competencia residual", por cuanto ésta es una norma general, mientras que la regla consagrada en el parágrafo del artículo 87 de la misma ley es especial y por lo tanto es la aplicable al caso concreto de las citadas sociedades.

No obstante lo anterior, se le manifiesta que en opinión de este Despacho, no se presentó imbricación al constituir las sociedades EMGESA S.A. E.S.P., y CODENSA S.A. E.S.P. por las siguientes razones:

- 1.- La EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA S. A. E.S.P. realmente no es la matriz de las sociedades EMGESA S.A. E.S.P. y CODENSA S.A. E. S. P. toda vez que no ejerce el

control, dado que su participación en acciones ordinarias es minoritaria y en consecuencia no están subordinadas éstas a aquella.

- 2.- Las sociedades EMGESA S.A. E.P.S y CODENSA S.A. E.P.S., no son socias de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.P.S., o sea, que no hay aportes mutuos.

Si bien la "EEB" transformada a Empresa de Servicios Públicos conservó un capital estatal del 99.99%, al producirse su aporte en especie y constituirse las sociedades EMGESA Y CODENSA, se le otorgó una participación del 51,5% de las acciones, solamente el 42,85% tiene poder decisorio, por cuanto el 8,66% corresponde a acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, por lo cual no existe poder decisorio en manos de la E.E.B., pasó a ser de los inversionistas estratégicos, las sociedades Luz de Bogotá, S.A. y Capital Energía S.A., que se convirtieron en las verdaderas matrices de CODENSA S.A. E.P.S. y EMGESA S.A. E.P.S., respectivamente, tanto es así que dicha situación de control está registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá.

A pesar de lo manifestado, debe tenerse en cuenta que si por vía judicial se demuestra que se recurrió a la personalidad jurídica de la sociedad accionista de la matriz para evitar la prohibición, y que por tanto, se erige como un tercero para la consecución de un propósito violatorio de la ley por parte de la subordinada, debe concluirse que en tal caso se configurará la imbricación, para lo cual necesariamente se requerirá de la respectiva declaración de simulación por parte de la justicia ordinaria.

5. ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.

La prestación de los servicios públicos la realiza el Estado por intermedio de la Nación, departamentos, distritos, municipios, y

las entidades descentralizadas, por cuanto todos constituyen desmembraciones del patrimonio público con funciones específicas, según lo estipulado en el artículo 128 de la Constitución Política.

El decreto 3130 del 26 de diciembre de 1968, que complementó los principios consignados en el decreto 1050 del mismo año, dio el nombre genérico de Entidades Descentralizadas a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, del orden nacional, y las indirectas o de segundo grado, vale decir, aquellas personas jurídicas en las cuales participen la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares.

El artículo 4º del mencionado Decreto 3130 estableció una nueva categoría de entidades descentralizadas y la definió así:

"De la constitución de sociedades entre entidades públicas. Las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas para las Empresas Industriales o Comerciales del Estado."

Se debe destacar que a pesar de la asimilación que la ley hace del régimen de las sociedades entre entidades públicas al de las Empresas Industriales y Comerciales del Estados, no son lo mismo, por cuanto su normatividad no es igual, toda vez que esta última no está concebida por el legislador con la estructura de una sociedad.

La Ley 142 de 1994 mantiene esta distinción; es así como en su artículo 17, no obstante que exige a las Empresas de Servicios Públicos la adopción de una forma societaria por acciones, en su

parágrafo primero les concede la posibilidad de adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

La Ley define las empresas industriales y comerciales del estado con el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 así: **"Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:**

- a).- Personería jurídica;
- b).- Autonomía administrativa, y
- c).- Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasa o contribuciones de destinación especial."

Por su parte, las **Sociedades de Economía Mixta** son definidas por el estatuto mercantil en su art. 461 así: **"Son 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 del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria salvo disposición legal en contrario" (se subraya).

En cuanto al régimen legal al que deben someterse, el art. 464 del Código de Comercio establece que "cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado..."

Así las cosas, veamos la composición accionaria registrada en la Escritura Pública No. 610 de 1996, de transformación de la Empresa de Energía de Bogotá a Empresa de Servicios Públicos como sociedad por acciones, art. 7:

El Distrito Capital 1.685.809
La Nación 173.147
Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá 1.000
Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá 200
Financiera Energética Nacional 10
Subtotal acciones estatales 1.860.166 99.998710%

Asociación de Ingenieros de la EEB 10
Coopenergía 12

Sociedad de pensionados de la EEB 1
Fondo de Empleados Energía 1
Subtotal acciones privadas 24 0.0012901%
TOTAL CAPITAL SUSCRITO 1.860.190 100%

Revisadas las normas acabadas de mencionar y establecido el porcentaje de capital estatal que participa en la E.E.B., podría decirse que por ser superior al 90% del capital, su régimen jurídico debería asimilarse al de las empresas industriales y comerciales del estado, de acuerdo con lo estipulado en el citado art. 464 del estatuto mercantil.

No obstante lo anterior, por expresa, especial y posterior disposición legal, a los actos de las empresas de servicios públicos se les aplica el régimen de derecho privado. En efecto, prescribe el artículo 32 de la ley 142 de 1994: "**salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la Constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en la Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.**

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares "

De lo anterior se concluye que a pesar de que la Empresa de Energía de Bogotá S.A. , E.S.P. es una sociedad de economía mixta, se rige exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin importar el porcentaje de capital público que en ella participe.

6. Legalidad del Acuerdo del Concejo de Santafé de Bogotá y creación de las sociedades Codensa S.A. E.S.P. y Emgesa S.A. E.S.P.

Se expresa por su parte que no existe consonancia entre la decisión contenida en el acuerdo del Concejo y la operación final que dio nacimiento a las sociedades Emgesa S.A. E.S.P. y Codensa S.A. E.S.P.

Al respecto, el Despacho se permite reiterar lo ya expresado en el sentido de que tal aspecto no es del resorte de esta Superintendencia, pues las referidas sociedades no se encuentran sujetas a su vigilancia.