

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

OFICINA ASESORA JURÍDICA

CONCEPTO UNIFICADO No. 35

La finalidad de este concepto unificado es el de señalar la doctrina jurídica unificada de esta Superintendencia en lo relacionado con **la posibilidad de conformar empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios bajo la modalidad de sociedades por acciones simplificadas, Ley 1258 de 2008.**

1. Marco Legal.

El 05 de diciembre de 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley 1258 “*Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificadas*”, la cual instituyó en el país una nueva tipología societaria por acciones, sumándose a otras existentes como la sociedad anónima y a la sociedad en comandita por acciones.

Este nuevo tipo societario aportó como novedad, al derecho de las sociedades mercantiles, entre otras cosas, lo señalado en los artículos 1 y 25 que al tenor disponen:

“Artículo 1. Constitución. *La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.*

Salvo lo dispuesto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”

Artículo 25. Junta directiva. *La sociedad por acciones simplificadas no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.*

Parágrafo. *En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes.”*

Conforme al marco legal transcrito, las empresas conformadas como sociedades por acciones simplificadas – S.A.S. pueden conformarse con uno o más socios, además tener la potestad de decidir si crean o no el órgano junta directiva.

2. Naturaleza Jurídica.

Las sociedades por acciones simplificadas – S.A.S. son un tipo societario de los denominados cerrados que a diferencia de los abiertos, permiten una amplitud en la libertad de la estipulación contractual que tiende a la simplificación.

En tal naturaleza se fundamentó la exposición de motivos de la Ley 1258 de 2008, pues consideró importante que el país contara con modelos societarios de carácter cerrado, precisó que uno de los avances más significativos de estos modelos societarios cerrados se halla en el ordenamiento francés que evolucionó su régimen económico y creó las denominadas sociedades por acciones simplificadas, la cual es una forma asociativa que genera muchas ventajas a los empresarios de ese país porque permite constituirse y funcionar con un solo accionista.

Razón suficiente para que la legislación colombiana haya acogido dicho modelo asociativo que engloba las nuevas realidades empresariales del derecho societario; tipología que además avala la Corte Constitucional al reconocer que es una forma de crear empresas a través de instrumentos más ágiles y flexibles. Al respecto esta Corporación en la sentencia C-090 de 2014, consideró:

“En Colombia, el Legislador quiso matizar el exceso de rigorismo formal en la constitución y funcionamiento de las formas de asociación previstas en la legislación, que desestimuló la formación de sociedades comerciales y frenó la competitividad de la empresa colombiana. La figura que diseñó el Congreso de la República fue la de sociedades por acciones simplificadas, buscando con ello fomentar la creación de empresa a través de instrumentos más ágiles y flexibles.

(...)

La finalidad del legislador con la creación de las S.A.S, se ajusta al propósito constitucional de estímulo al desarrollo empresarial (Artículo 333 CP), por medio de la actualización de los instrumentos legales en la creación de la empresa...”

3. Breve Reseña Histórica de la Posición Jurídica de la Superservicios.

Al crearse una nueva forma de asociación comercial cuya naturaleza es por acciones, esta entidad recibió consultas en la que se solicitaba precisar si las empresas de servicios públicos domiciliarios podían constituirse bajo esta modalidad societaria.

El primer concepto emitido por la entidad sobre el particular fue el SSPD-OJ-2009-26, del 09 de enero del mismo año, mediante el cual se señaló que la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios era la de **sociedades por acciones** de conformidad con el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, por lo tanto, cualquier persona que estuviere interesado en crear esta clase de empresas tenía la posibilidad de escoger entre los tipos societarios por acciones existentes, entre ellos, la sociedad por acciones simplificadas.

Con posterioridad, el 23 de febrero de 2009, esta Superintendencia expide el concepto SSPD-OJ-2009-144 y en esta ocasión reitera la posibilidad de que las empresas se constituyan como sociedades por acciones simplificadas, pero precisa que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen jurídico especial en el artículo 19 que debía aplicarse por todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin que fuera relevante el tipo societario escogido al momento de conformarse.

Por lo tanto, las personas que constituyeran empresas de servicios públicos domiciliarios bajo sociedades por acciones simplificadas debían hacerlo bajo los lineamientos expuestos por la Ley 142 de 1994 en los numerales 19.9 y 19.12 respecto del principio de pluralidad de socios, el cual se deducía aún de la excepción señalada en el artículo 20 ibídem, es decir que bajo dicha interpretación no era de recibo la composición societaria con una sola persona natural o jurídica.

En el mismo sentido, precisó que en relación con la creación de la junta directiva era obligatoria constituir la en esta clase de empresas, de conformidad con lo señalado en los numerales 19.4, 19.7, 19.9, 19.11, 19.13 y 19.16 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, los cuales hacen expresa referencia a dicho órgano social, de modo que un entendimiento diferente era contrario al régimen especial consagrado en la ley de servicios públicos que determina que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben contar con la misma estructura orgánica de las sociedades anónimas.

La anterior posición jurídica se reiteró por varios años y en reciente pronunciamiento se señala una vez más la línea acerca del régimen jurídico especial aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en el concepto SSPD-OJ-2016-531.

Este último concepto esboza que en el régimen de los servicios públicos domiciliarios las sociedades por acciones simplificadas no pueden constituirse por un solo accionista, nuevamente hace referencia a los numerales ya señalados del artículo 19 de la Ley 142 y concluye al indicar que de acuerdo con el numeral 15 de la misma normativa, el número mínimo para conformar la empresa es de cinco socios, pues se aplica por remisión expresa de la ley de servicios públicos domiciliarios, lo dispuesto en el artículo 374 del Código de Comercio.

El anterior fundamento también ha sido expuesto por la Superintendencia de Sociedades en el concepto jurídico 220-081657 del 09 de junio de 2009, mediante el cual dicha entidad ratifica el concepto 220-057310 del 25 de marzo del mismo año, que al tenor señaló:

“... en principio una empresa de servicios públicos domiciliarios puede funcionar bajo el ropaje de Sociedad por Acciones Simplificadas.

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

... 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 más de un socio, en razón que de conformidad con lo previsto en el artículo 19.12 ídem... En consecuencia las E.S.P. no pueden ser unipersonales, esto es, pertenecer a un solo asociado”.

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 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.

Cordialmente,

MARINA MONTES ÁLVAREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Miladys Picón Viadero – Asesora Oficina Asesora Jurídica.