



Superservicios

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios



DNP

PROSPERIDAD
PARA TODOS



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20141330087411

Fecha: 26/02/2014

CJ-F-001 V.1

Página 1 de 6

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2014-145

Doctor

LUDWING ARLEY ANAYA MÉNDEZ

Director General CDMB

Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga

Carrera 23 No. 37 – 63

Bucaramanga - Santander

Ref. Su solicitud de concepto¹

Se basa la solicitud de concepto en resolver las siguientes inquietudes relacionadas con la administración de la Empresa Pública de Alcantarillado de Santander EMPAS S.A. E.S.P., respecto de la cual la CDMB tiene una participación accionaria del 99.9977370%: (i) La EMPAS S.A. E.S.P. es subordinada de la CDMB, (ii) La CDMB puede elegir los miembros de la Junta Directiva de EMPAS S.A. E.S.P., y formar parte de ella, (iii) La reforma estatutaria transcrita es legal, (iv) El consejo directivo de la CDMB puede adoptar decisiones relacionadas con la administración de la CDMB después de su constitución, y (v) La CDMB puede participar en la composición accionaria propiedad y administración y operación de EMPAS S.A. E.S.P.

Antes de cualquier pronunciamiento sobre su consulta, es preciso advertir que el presente concepto se formula con el alcance previsto en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la Entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante.

LEIDY VARGAS
Asesora Jurídica
CDMB
4/1/2014

¹ Radicado 20145290071392

Tema: ELECCIÓN DE JUNTAS DIRECTIVAS EN ESP CONTROLADAS POR CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES.

La Superintendencia carece de competencias para pronunciarse en relación con este aspecto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 1450 de 2011, al respecto de este tema.

² Ley 1437 de 2011.



Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero³ del artículo 79 de la Ley 142 de 1994⁴, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001⁵ esta Superintendencia no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su aprobación, ya que el ámbito de su competencia en relación con estos, se contrae de manera exclusiva a vigilar y controlar el cumplimiento de aquellos que se celebren entre las empresas y los usuarios (artículo 79.2 de la Ley 142 de 1994).

Hechas las anteriores precisiones, esta Oficina se pronunciará de manera general en relación con su inquietud, de la siguiente forma:

En primer lugar, es importante aclarar que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no es la entidad competente para supervisar, desde el punto de vista subjetivo, aspectos atinentes a la constitución, forma societaria, organización y administración de las empresas prestadoras de servicios públicos. De la misma manera, tampoco es competente para otorgar permisos de funcionamiento ni para reconocer personerías jurídicas, ni para efectuar aprobaciones o registros de actos adelantados por los prestadores de servicios públicos, ni para conocer acerca de la realización de asambleas, elección de órganos de administración y vigilancia, reforma de estatutos, actos de los órganos de administración y vigilancia, entre otros.

Lo anterior tiene sustento en la prohibición del párrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, según el cual, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios no podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. Pero, además, porque en relación con aspectos de índole societario, las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran sujetas a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Sociedades.

En efecto, si se permitiera que previamente los actos y decisiones que son adoptadas por las empresas dentro de la total autonomía administrativa con que cuentan, fueran aprobados por la Superintendencia y luego dentro de la órbita de sus funciones se entrara a ejercer control, vigilancia e inspección sobre los actos en los cuales ya ha impartido su aprobación y concurso, aparte de proceder por fuera de sus atribuciones, la Entidad al desplegar este tipo de acciones entraría a coadministrar las empresas por ella vigiladas.

En esa medida, no puede esta Superintendencia entrar a indicarle cómo pueden escogerse los miembros de la Junta Directiva de una vigilada, ni si unos estatutos aprobados por dicha Junta Directiva son ajustados o no a la normativa vigente, ni mucho menos como deben desarrollarse las facultades de administración dentro de una empresa de servicios públicos domiciliarios.

Al respecto de este tema, es la Superintendencia de Sociedades la entidad competente para resolver su petición, teniendo en cuenta que dicha entidad, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3100 de 1997 tiene, entre otras, la función de conocer en cualquier momento la situación jurídica, contable, financiera **o administrativa de cualquier sociedad comercial**, con excepción de aquellas que se encuentren vigiladas por la Superintendencia Financiera.

³ PARÁGRAFO PRIMERO: En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

⁴ "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

⁵ "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994".

Lo anterior concuerda con lo dispuesto en los artículos 82 a 87 de la Ley 222 de 1995 según los cuales dicha Superintendencia tiene las facultades de (i) solicitar, confirmar y analizar 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 Financiera, (ii) velar de forma permanente porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, **se ajusten a la ley y a los estatutos**, y (iii) realizar investigaciones administrativas cuando se presenten irregularidades o violaciones legales o estatutarias.

De otra parte, en cuanto a la validez de una reforma estatutaria, ha de recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 222 de 1995, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 897 del Código de Comercio, la Superintendencia de Sociedades podrá, de oficio o a solicitud de parte, 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 sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia.

En virtud de lo anterior, se dará traslado de la presente solicitud a la Superintendencia de Sociedades, mediante radicado 20141330087401 para que dicha entidad, dentro del ámbito de sus competencias se pronuncie con relación al tema.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo señalado en relación con el traslado de esta solicitud a la Superintendencia de Sociedades, consideramos necesario presentar, de manera simplemente ilustrativa, algunos planteamientos en relación con la posibilidad de que Corporaciones Autónomas Regionales participen accionaria y administrativamente en empresas de servicios públicos domiciliarios.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que dado que al momento de la expedición de la Ley 99 de 1993 existían Corporaciones Autónomas Regionales, que desarrollaban actividades extrañas a su objeto, entre otras, la prestación de servicios públicos domiciliarios, dicha norma estableció en el parágrafo 1 de su artículo 31 que *"Las Corporaciones Autónomas Regionales que en virtud de esta Ley se transforman, continuarán ejerciendo las funciones atribuidas por las leyes que dispusieron su creación y organización, hasta cuando se defina o constituya el ente que asumirá aquellas funciones que abarquen actividades u objetos distintos de los previstos por la presente Ley. A partir de ese momento, las corporaciones autónomas regionales sólo podrán ejercer las funciones que esta Ley les atribuye."*

Esta disposición debe entenderse en concordancia con el artículo 23 de la misma Ley 99 de 1993 que establece la naturaleza jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales, indicando que dichas organizaciones *"(...) son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente"*.

De conformidad con las normas citadas, las Corporaciones Autónomas Regionales que se encontraban prestando servicios públicos domiciliarios **sólo pueden ejercer las funciones que le establece la Ley 99 de 1993**, para lo tanto se debía definir o constituir la entidad que

asumiera aquellas funciones que abarcan actividades u objetos distintos de los previstos en la Ley 99 de 1993, tales como la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, en cuanto a la definición y constitución de las entidades que debían reemplazar a las Corporaciones Autónomas Regionales en el desarrollo de funciones extrañas a éstas, el artículo 27 literal c) de la Ley 99 de 1993 dispuso lo siguiente:

"Artículo 27. De las Funciones del Consejo Directivo. Modificado por el art. 6, Decreto Nacional 141 de 2011. Son funciones del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales:

(...) c. Disponer la participación de la Corporación en la constitución y organización de sociedades o asociaciones y fundaciones o el ingreso a las ya existentes; (...)"

De acuerdo con la citada norma, las Corporaciones Autónomas Regionales podían participar en la creación y organización de sociedades, asociaciones y fundaciones. Nótese como el artículo en cita, permitía que la participación de las Corporaciones en los entes jurídicos creados, no sólo se limitara a aspectos constitutivos, sino también a aspectos organizativos y funcionales del ente creado. En esa medida, y dado que la norma no señalaba nada en relación con la organización interna de los entes que se crearan, lo lógico sería entender que en relación con estos habría que remitirse a las normas comunes aplicables. Es así, que en relación con empresas de servicios públicos domiciliarios, la remisión debía hacerse a la Ley 142 de 1994, y al Código de Comercio, teniendo en cuenta la tipología empresarial que se escogiese (Sociedad Anónima o Sociedad en Comandita por Acciones para la época).

No obstante lo anterior, dicha situación cambiaría con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual en su artículo 92, dispuso lo siguiente:

"Artículo 92. De las inversiones de las Corporaciones Autónomas Regionales en el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico. Las obras de infraestructura del sector de agua potable y saneamiento básico, financiadas con recursos de las Corporaciones Autónomas Regionales podrán ser entregadas como aportes a municipios a Empresas de Servicios Públicos bajo la condición de que trata el numeral 87.9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 o las normas que las modifiquen o sustituyan. En ningún caso se configurará detrimento patrimonial o situación similar cuando la Corporación Autónoma Regional, realice este tipo de aportes.

Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las Corporaciones Autónomas Regionales no podrán tener participación en la composición accionaria, propiedad, administración y operación de un prestador de servicios públicos domiciliarios, con excepción de inversiones que hayan realizado las CAR con anterioridad a la expedición de esta ley. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De acuerdo con esta norma, y a partir de su expedición, las Corporaciones Autónomas Regionales, no pueden participar en la composición accionaria, propiedad, administración y operación de una empresa de servicios públicos domiciliarios, con la única excepción de las inversiones realizadas antes de la vigencia de este artículo, es decir, sólo en lo que tiene que ver con la composición accionaria de dichas empresas.

Al respecto de lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica, a través de Concepto SSPD – OJ 865 de 2010, señaló lo siguiente:

"De tal manera que no existen fundamentos legales que admitan la posibilidad de que una corporación autónoma regional sea socia de una empresa de servicios públicos domiciliarios, salvo la excepción establecida en la norma citada relacionada con inversiones anteriores a la Ley 1151 de 2007.

En este sentido, dado que existe una prohibición legal para que las Corporaciones Autónomas Regionales puedan manejar, administrar o disponer de la propiedad accionaria que la CAR posea en una ESP, entre la CAR y el prestador autorizado deberán celebrarse convenios de acuerdo con las funciones establecidas a las CAR" (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En esa medida, pronunciamientos jurisprudenciales como el que usted cita en su solicitud, y a través de los cuales se dispuso que en las juntas directivas de empresas de servicios públicos no podían participar funcionarios de las Corporaciones Autónomas Regionales son válidos a la luz de lo señalado en el artículo 92 de la Ley 1150 de 2007, que excepción hecha de la participación accionaria realizada con anterioridad a la expedición de dicha norma, prohibía tajantemente que las citadas Corporaciones participaran en aspectos relacionados con la administración y operación de empresas de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, en el año 2011 se expidió la Ley 1450 de 2011, que en su artículo 22 dispone lo siguiente:

"Artículo 22. Inversiones de las Corporaciones Autónomas Regionales en el sector de agua potable y saneamiento básico. Las obras de infraestructura del sector de agua potable y saneamiento básico financiadas con recursos de las Corporaciones Autónomas Regionales, podrán ser entregadas como aportes a municipios o a las Empresas de Servicios Públicos que operen estos servicios en el municipio, de acuerdo con lo que este determine, bajo la condición de que trata el numeral 87.9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 o las normas que la modifiquen o sustituyan.

En ningún caso la entrega de aportes bajo condición por las Corporaciones Autónomas Regionales se constituye como detrimento patrimonial del Estado. Las Corporaciones Autónomas Regionales no podrán exigir contraprestaciones por la entrega de las obras de las que trata este artículo.

La ejecución de los recursos de destinación específica para el sector de agua potable y saneamiento básico por las Corporaciones Autónomas Regionales, deberá efectuarse en el marco de los PDA, lo anterior sin perjuicio de las inversiones que puedan realizar las mismas en los municipios de su jurisdicción no vinculados al PDA.

Parágrafo. Las Corporaciones Autónomas Regionales no podrán participar en la composición accionaria, propiedad, administración y operación de un prestador de servicios públicos domiciliarios. El presente parágrafo no se aplicará a las Corporaciones Autónomas Regionales que sean accionistas o hayan efectuado sus inversiones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1151 (sic) de 2007." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

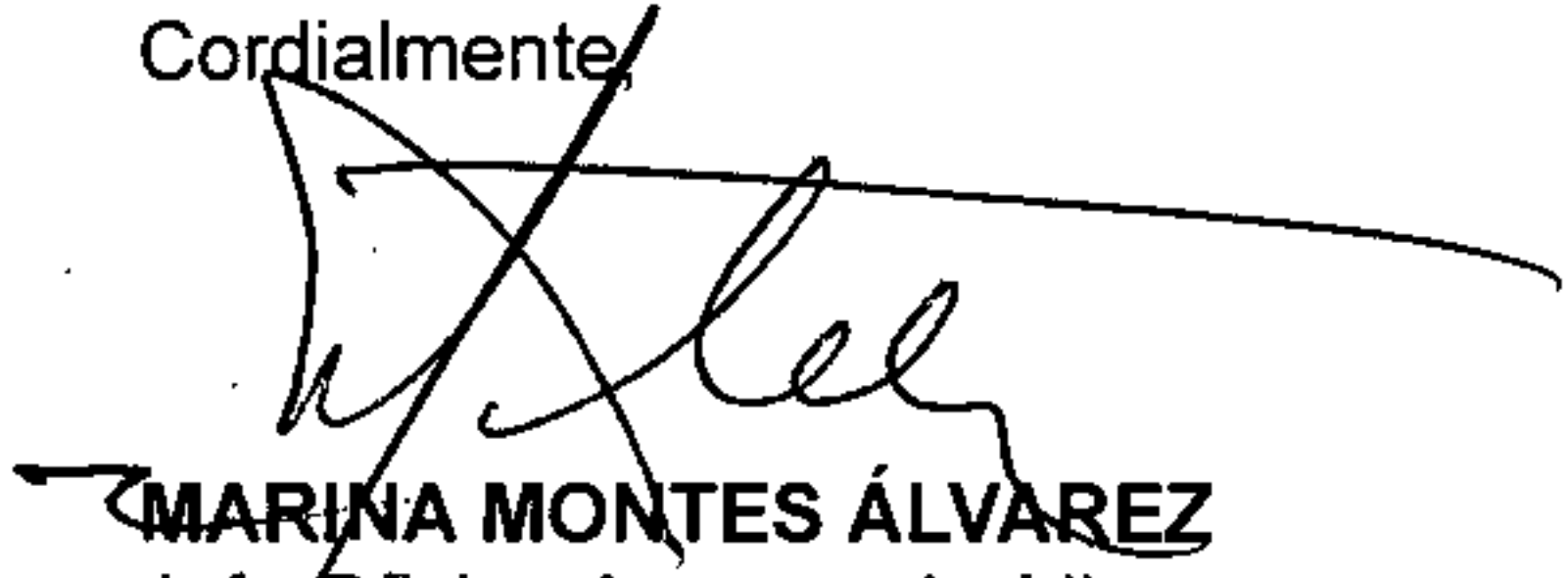
Como puede verse, la citada disposición difiere de aquella contenida en la Ley 1150 de 2007. En efecto, mientras que la primera de las normas citadas señalaba que salvo en lo que competía a la composición accionaria, las Corporaciones debían alejarse de los aspectos administrativos y operativos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la segunda indica que en empresas en las que las inversiones se hubieren realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, el parágrafo del artículo 22 no aplica en su integridad, lo que pareciera indicar que la restricción para participar en la administración y operación de dichas empresas fue levantada con la expedición de la Ley 1450 de 2011.

Si ello fuese así, en la administración y organización de dichas empresas, habría que estarse a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, y en complemento de ella en lo señalado en el Código de Comercio y demás normas concordantes.

Sin embargo, se reitera que lo aquí dicho tiene un alcance meramente ilustrativo, por lo que para resolver sus inquietudes, y tal como lo señalamos anteriormente, daremos traslado de su consulta y de la presente respuesta a la Superintendencia de Sociedades, para que sea dicha entidad, en el marco de sus competencias, la que se pronuncie en relación con la situación por usted expuesta.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: www.superservicios.gov.co/basedoc/. Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios y en particular los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,



MARINA MONTES ÁLVAREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Álvaro Orlando Jiménez Pérez – Abogado Asesor Grupo de Conceptos
Revisó: Víctor Rhenals López – Coordinador Grupo de Conceptos