

OFICIO 220-143848 18 JUNIO DE 2024

ASUNTO: AUTORIZACIÓN DISMINUCIÓN DE CAPITAL EN UNA E.S.P.

Me remito a la comunicación radicada en esta Entidad con el número de la referencia, en la que se solicita que se emita un concepto sobre una reforma estatutaria de disminución de capital en una sociedad de servicios públicos domiciliarios.

A este propósito plantea la consulta en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta que el Capítulo I, Título I, Artículo 1.1. de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades establece que:

La Superintendencia de Sociedades, en los términos del artículo 145 del Código de Comercio, tiene la facultad para autorizar la disminución del capital y de la prima de emisión de instrumentos de patrimonio propios, cuando se presente un efectivo reembolso de aportes en cualquier sociedad, empresa unipersonal y sucursal de sociedad extranjera sometida a su inspección, vigilancia o control y cuando se verifique cualquiera de los supuestos previstos en dicha norma. Para los efectos, se hará referencia a los sujetos como "Entidad(es) Empresarial(es)".

Esta Superintendencia también deberá autorizar la disminución de capital que se origine en la operación de readquisición de acciones prevista en el numeral 4° del artículo 417 del Código de Comercio, consistente en readquirir acciones para luego cancelarlas y disminuir el capital hasta la concurrencia de su valor nominal y aquella que implica la disminución de la prima por emisión de acciones, cuotas o partes de interés.

En lo que se refiere a los sujetos sobre los que recae la autorización que se imparte, son las sociedades comerciales, empresas unipersonales o sucursales de sociedad extranjeras (en adelante "Entidades Empresariales"), sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Sociedades, quienes llevarán a cabo reformas estatutarias de disminución de capital en los términos del presente capítulo.

Iguualmente, la Superintendencia de Sociedades cuenta con la competencia residual para ejercer esta facultad, respecto de sociedades sometidas a la supervisión de otra entidad del estado que no cuente de manera expresa con la facultad para impartir esta autorización en los términos establecidos por la ley" (énfasis fuera del texto original).

Se consulta:

1. Si una sociedad (i) incluye dentro de su razón social la denominación "ESP", pero no presta servicios públicos, es decir, no está en operación y; (ii) pretende realizar una disminución de capital ¿deberá solicitar autorización a la Superintendencia de Sociedades para este proceso?

2. Si una sociedad (i) incluye dentro de su razón social la denominación "ESP", pero si presta servicios públicos, es decir, se encuentra en operación y; (ii) pretende realizar una disminución de capital ¿deberá solicitar autorización a la Superintendencia de Sociedades para dicho proceso? o ¿necesariamente deberá solicitar esta autorización a otra Superintendencia que vigile la prestación de servicios públicos, como por ejemplo a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios?
3. Si la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la entidad competente para autorizar una disminución de capital para una sociedad que incluya en su razón social la denominación de "ESP" ¿cuál es la norma expresa que faculta a dicha entidad para otorgar esta autorización?
4. En general se consulta, ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una sociedad que incluya en su razón social la sigla "ESP", en caso de que pretenda ejecutar una disminución de capital? Lo anterior, bajo el supuesto de que no se encuentre prestando servicios públicos, es decir, que no esté en operación.
5. En general se consulta, ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una sociedad que incluya en su razón social la sigla "ESP", en caso de que pretenda ejecutar una disminución de capital? Lo anterior, bajo el supuesto de que si se encuentre prestando servicios públicos, es decir, que esté en operación."

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, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Superintendencia, se emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver ni a decidir situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Con relación al deslinde de competencias administrativas en materia de autorización de reformas estatutarias, entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD y la Superintendencia de Sociedades, con respecto a sociedades vigiladas por aquélla, se pone de presente la existencia de la Circular Externa Conjunta No. 100-000033 del 6 de agosto de 2020.¹

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Circular Externa 100-000033 del 6 de agosto de 2020. Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/161233/Circular+Conjunta+SSDP-SS+100-000033+de+6+de+agosto+de+2020.pdf/5ddb8841-b58e-e1b0-bda7-e89e428cc4b7?version=1.4&t=1670277402138>

De la citada circular se resaltan las siguientes premisas:

"1. ANTECEDENTES

(...)

1.4. *Que, conforme a lo anterior, es claro que la Superservicios conocerá de los aspectos objetivos y subjetivos de las Sociedades SPD respecto de los cuales el legislador le haya conferido expresamente tales facultades. En el mismo sentido, la Supersociedades conocerá de los aspectos subjetivos de las Sociedades SPD, que no hayan sido asignados expresamente por el legislador a la Superservicios, en virtud de la competencia residual del artículo 228 de la Ley 222 de 1995."*

(...)

3. DETERMINACIONES

(...)

SEGUNDA. INFORMACIÓN SOBRE REFORMAS ESTATUTARIAS. Teniendo en cuenta que en virtud del artículo 84 numeral 7 de la Ley 222 de 1995, le corresponde a la Supersociedades autorizar, desde el punto de vista subjetivo, las reformas estatutarias consistentes en fusiones y escisiones de las Sociedades SPD (siempre que no se trate de los supuestos de fusiones o escisiones contenidos en los numerales 73.13 y 73.14 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994), cada vez que la Supersociedades reciba una solicitud de autorización previa en este sentido, le informará a la Superservicios sobre la operación, con el fin de que esta autoridad la conozca y, en ejercicio de sus competencias, analice los efectos financieros en las sociedades participantes, así como el eventual impacto sobre la prestación del servicio público y demás aspectos de su interés, que pueda conllevar la realización de la respectiva reforma estatutaria consistente en fusión o escisión. En ejercicio de sus competencias, la Superservicios se pronunciará mediante escrito remitido a la Supersociedades sobre la procedencia o no de la respectiva reforma estatutaria de fusión o escisión para que la Supersociedades pueda continuar con el trámite y de su aprobación desde el punto de vista subjetivo." (Se subraya)

Atendidas las instrucciones precedentes, es claro el ánimo de colaboración interinstitucional entre la SSPD y la Superintendencia de Sociedades, enmarcado en derroteros ciertos en materia de aprobación de reformas estatutarias de sociedades de servicios públicos domiciliarios, que deslindan la competencia de una y otra superintendencia:

1. La SSPD conoce de los aspectos objetivos y subjetivos de las Sociedades de servicios públicos respecto de los cuales el legislador le haya conferido expresamente tales facultades.
2. La Superintendencia de Sociedades conoce de los aspectos subjetivos de las sociedades de servicios públicos domiciliarios, que no hayan sido asignados expresamente por el legislador a la SSPD, en virtud de la competencia residual

establecida en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, claro está, siempre y cuando la Superintendencia de Sociedades si tenga asignada tal facultad.

La Superintendencia de Sociedades conoce de la aprobación de reformas estatutarias de fusión y escisión de las sociedades de servicios públicos domiciliarios, en competencia residual, porque tales facultades no le han sido expresamente asignadas a la SSPD.

Para este propósito no fue tomada en cuenta la posible afectación del servicio público involucrado como criterio distintivo de la asignación de competencia para la aprobación de la reforma estatutaria de fusión o escisión.

Simplemente se estimó pertinente el establecimiento de un canal de comunicación, que permita obtener un concepto previo de la SSPD sobre la operación, con el fin de que esta autoridad la conozca y, en ejercicio de sus competencias, analice los efectos financieros en las sociedades participantes, así como el eventual impacto sobre la prestación del servicio público y demás aspectos de su interés, que pueda conllevar la realización de la respectiva reforma estatutaria consistente en fusión o escisión.

Si el concepto de SSPD resulta favorable desde el punto de vista objetivo, la Superintendencia de Sociedades podrá continuar con el trámite de aprobación de la correspondiente reforma estatutaria de fusión o escisión desde el punto de vista subjetivo.

Reconocido el contenido de las instrucciones impartidas, se procede a la revisión de la cuestión formulada, que trata de la determinación de la superintendencia competente para conocer de una solicitud de autorización de una reforma estatutaria consistente en una disminución de capital con efectivo reembolso de aportes de una sociedad de servicios públicos domiciliarios.

A juicio de esta Oficina, la solución del interrogante en estudio, sigue los derroteros trazados en la Circular Conjunta antes mencionada:

- i) La verificación de una posible asignación expresa de la competencia subjetiva a la SSPD para conocer de la solicitud de autorización de la reforma estatutaria de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, y
- ii) En subsidio, la implementación de la competencia residual por parte de la Superintendencia de Sociedades, en los términos del artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

Puntualmente, el estudio de las normas que asignan competencia de supervisión a la SSPD, no arroja ningún resultado positivo para el conocimiento expreso de autorización de reformas estatutarias de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes de sus supervisados.

Por el contrario, la Superintendencia de Sociedades tiene competencia general, clara y expresa para conocer de la solicitud de autorización de reformas estatutarias consistentes en la disminución de capital con efectivo reembolso de aportes de las

sociedades comerciales, por mandato del artículo 145 del Código de Comercio² y del artículo 86, numeral 7, de La Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 151 del Decreto Ley 19 de 2012³.

En consecuencia, se advierte con claridad que es procedente, la aplicación de la regla contenida en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, en materia de competencia residual.

Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo los lineamientos indicados, es evidente que, de manera previa a iniciar el trámite de una solicitud de autorización, debe ponerse en conocimiento de la SSPD la petición formulada, para que se pronuncie puntualmente sobre la procedencia de la operación y su impacto frente al servicio público correspondiente.

Solo una vez que la SSPD otorgue un pronunciamiento favorable a la operación, podrá la Superintendencia de Sociedades adelantar el trámite de la solicitud de autorización de la reforma estatutaria de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, desde el punto de vista subjetivo.

Establecida la competencia residual de la Superintendencia de Sociedades se habrá de dar aplicación a las instrucciones impartidas en la Circular Básica Jurídica en materia de autorizaciones para reformas estatutarias.⁴

Con base en lo expuesto se resuelven concretamente las peticiones presentadas, sobre la consideración de que las competencias administrativas para la autorización de reforma estatutaria de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, corresponde a una sociedad vigilada por la SSPD, independientemente de que se encuentre o no prestando servicio público domiciliario:

1. ***"Si una sociedad (i) incluye dentro de su razón social la denominación "ESP", pero no presta servicios públicos, es decir, no está en operación y; (ii) pretende realizar una disminución de capital ¿deberá solicitar autorización a la Superintendencia de Sociedades para este proceso?"***

² COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL. Decreto 410 de 1971. "Por el cual se expide el Código de Comercio". **"ARTÍCULO 145.** La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales. Cuando el pasivo externo proviniere de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo."

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995. "Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones." **ARTICULO 86. OTRAS FUNCIONES.** Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones: "... 7. Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad, cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes. La autorización podrá ser conferida mediante autorización de carácter general en los términos establecidos por la Superintendencia de Sociedades."

⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 100-000008 de 2022. "Circular Básica Jurídica". CAPÍTULO I. CAPITAL SOCIAL. TÍTULO I. SOBRE LA DISMINUCIÓN DE CAPITAL. 1.1. Competencia para autorizar la disminución del capital social con efectivo reembolso de aportes..." Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/161153/Circular+100-000008+de+12+de+julio+de+2022.pdf/64cf7caa-1459-0c5c-65b8-b4c1d744569d?version=1.0&t=1671572805862>

2. ***Si una sociedad (i) incluye dentro de su razón social la denominación "ESP", pero si presta servicios públicos, es decir, se encuentra en operación y; (ii) pretende realizar una disminución de capital ¿deberá solicitar autorización a la Superintendencia de Sociedades para dicho proceso? o ¿necesariamente deberá solicitar esta autorización a otra Superintendencia que vigile la prestación de servicios públicos, como por ejemplo a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios?"***

Se atienden de manera conjunta las preguntas 1 y 2, sobre la consideración de que la actividad o inactividad en la prestación del servicio público no genera diferencia para el ejercicio de la facultad de autorización de reforma estatutaria de disminución de capital social.

Para atender las preguntas indicadas, se tendrán en cuenta como guía los lineamientos contenidos en la Circular Externa 100-000033 del 6 de agosto de 2020, expedida de manera conjunta por Superintendencia de Sociedades y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el cual se definen criterios y parámetros para determinar la competencia de autorización de reformas estatutarias de fusión o escisión respecto a los supervisados por la SSPD.

Según los lineamientos indicados, cuando quiera que el legislador no le haya otorgado competencia expresa a la SSPD para conocer de la autorización de reformas estatutarias de fusión o escisión de sociedades de servicios públicos domiciliarios, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades asumir el trámite correspondiente, en virtud de su competencia residual, de conformidad con las previsiones del artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

Considera esta Oficina que este criterio es aplicable a los trámites de solicitud de autorización de reforma estatutaria de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes por parte de una sociedad de servicios públicos domiciliarios, en el sentido de que esta Superintendencia asuma su conocimiento bajo las pautas indicadas.

Se parte de la base que la SSPD carece de competencia expresa para conocer de dicho trámite, mientras que por virtud de las previsiones contenidas en el artículo 145 del Código de Comercio y en el artículo 86, numeral 7, de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 151 del Decreto Ley 19 de 2012, la Superintendencia de Sociedades tiene competencia plena para conocer de dicha autorización.

Por consiguiente, resulta aplicable el ejercicio de la competencia residual de la Superintendencia de Sociedades, prevista en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

3. ***"Si la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la entidad competente para autorizar una disminución de capital para una sociedad que incluya en su razón social la denominación de "ESP" ¿cuál es la norma expresa que faculta a dicha entidad para otorgar esta autorización?"***

4. ***En general se consulta, ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una sociedad que incluya en su razón social la sigla "ESP", en caso de que pretenda ejecutar una disminución de capital? Lo anterior, bajo el supuesto de que no se encuentre prestando servicios públicos, es decir, que no esté en operación.***

5. ***En general se consulta, ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una sociedad que incluya en su razón social la sigla "ESP", en caso de que pretenda ejecutar una disminución de capital? Lo anterior, bajo el supuesto de que si se encuentre prestando servicios públicos, es decir, que esté en operación."***

Como se expresó anteriormente, con respecto a las preguntas 3, 4 y 5, es suficiente señalar que la autorización para gestionar la reforma de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, por parte de una empresa de servicios públicos, vigilada por la SSPD, corresponde a la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus facultades legales y en ejercicio de su competencia residual, prevista en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

Establecida la competencia residual de la Superintendencia de Sociedades, para tramitar la autorización de reforma estatutaria de disminución de capital con efectivo reembolso de aporte, se habrá de dar aplicación a las instrucciones impartidas en la Circular Básica Jurídica de esta Entidad en materia de autorizaciones para reformas estatutarias.

Se advierte expresamente que este pronunciamiento se limita a responder las inquietudes planteadas, de forma general y abstracta y no constituye autorización expresa para tramitar reforma estatutaria alguna en un caso de carácter particular y concreto.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar la normatividad, la Circular Básica Jurídica, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la herramienta tecnológica Tesouro.