

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Reformas estatutarias de reducción de capital con reembolso de aportes solo requiere autorización de la Supersociedades / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Competencia residual para aprobar reforma estatutaria de reducción de capital con reembolso de aportes / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS - Competencia para ordenar reducción simplemente nominal del capital social en toma de posesión / REFORMAS ESTATUTARIAS DE REDUCCIÓN DE CAPITAL - Se rigen por el derecho privado

No se desconoce que el artículo 60.3 de la ley en cita, al hablar de los efectos de la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dispone que si se encuentra que la empresa ha perdido cualquier parte de su capital, previo concepto de la comisión respectiva, el Superintendente podrá ordenar la reducción simplemente nominal del capital social, sin necesidad de recurrir a su asamblea o a la aceptación de sus acreedores, situación que no se presentó en el asunto examinado, ya que en éste se hizo una disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, para lo cual se necesita de la autorización de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86, numeral 7, de la Ley 222 de 1995, en armonía con el artículo 228, ibídem, que prescribe que las facultades que no sean ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia y control sobre la respectiva sociedad serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, razón por la cual, como la facultad de autorizar la reducción de capital con reembolso de aportes de las empresas de servicios públicos no le fue otorgada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la misma es competencia residual de la Superintendencia de Sociedades. Adicionalmente, el artículo 19.5 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios determina que en lo allí no dispuesto las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas, lo que hace aún más palpable la aplicación del artículo 86, numeral 7, de la Ley 222 de 1995, a la reducción de capital que llevó a cabo CODENSA S.A. E.S.P.

CONTRALORÍA DISTRITAL - El control fiscal sobre entidades que manejan fondos de la nación no se extiende a reformas estatutarias de reducción de capital / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - El control fiscal de la Contraloría no se extiende a reformas estatutarias por regirse por el derecho privado

Es la propia Constitución (artículo 267) la que dispone que el control fiscal es una función pública que ejercen las Contralorías, respecto de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, control que es de carácter posterior y selectivo y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, lo cual se traduce en que se realiza sobre actos ya ejecutados y, por ende, su intervención no es procedente en actuaciones administrativas tales como la cuestionada, pues la reforma estatutaria y, concretamente, la reducción de capital que llevó a cabo CODENSA S.A., una vez aprobada por la Asamblea General de Accionistas, estaba sometida a la autorización de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con las normas que se adujeron al estudiar el primer cargo. Por su parte, el artículo 27.7., ibídem, prescribe que los aportes efectuados por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado. Por último, el artículo 19.15, ibídem, establece que las empresas de servicios públicos, en lo no previsto allí, se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas, cuyo artículo 187 dispone que

corresponde a la asamblea estudiar y aprobar las reformas de los estatutos, las cuales deben reducirse a escritura pública e inscribirse en el registro mercantil (artículo 158, ibídem), previa autorización de la Superintendencia de Sociedades, conforme al artículo 86, numeral, 7 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 228, ibídem, referido a la competencia residual de la citada institución.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil uno (2001).

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0235-01(6508)

Actor: CONTRALORIA DE BOGOTA D.C.

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la CONTRALORIA DE BOGOTA D.C., contra la sentencia de 1º de junio de 2.000, proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. LA CONTRALORIA DE BOGOTA D.C., a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª: Es nula la Resolución núm. 320-2860 de 28 de diciembre de 1.998, expedida por la Superintendencia de Sociedades, mediante la cual se autorizó a CODENSA S.A. E.S.P., para solemnizar una reforma estatutaria consistente en la disminución de su capital social.

2ª. Es nula la Resolución núm. 100-311 de 23 de febrero de 1.999, mediante la cual denegó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución identificada en el numeral 1.

3ª. Que como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la Contraloría de Bogotá D.C. está legitimada para ejercer, en representación de la comunidad, las acciones que estime necesarias para garantizar el uso adecuado de los recursos que aporta para la satisfacción de las necesidades colectivas.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones la actora citó como violados los artículos 1º, 2º, 6º, 29, 122, 123, 124, 150, incisos primero y último, 209, 267, 322, 323, 324, 325, 326, 327 y 411 de la Constitución Política; 228 de la Ley 222 de 1.995; 60.3, 75, 76, 77, y 186 de la Ley 142 de 1.994; 2º y 3º del Decreto 548 de 1.995; 2º del Decreto 2155 de 1.992; 14 y 15 del C.C.A.; el Acuerdo 01 de 1.996, proferido por el Concejo de Bogotá D.C.; y el Acuerdo Marco de Inversión suscrito entre Capital Energía S.A., Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., Endesa Desarrollo S.A., Akasaka Corp. y Empresa de

Electricidad S.A., Compañía Eléctrica Cono Sur S.A. y Endesa de Colombia S.A., y presentó, en síntesis, los siguientes cargos:

Que los actos acusados fueron expedidos irregularmente, ya que CODENSA S.A. E.S.P. elevó solicitud a la Superintendencia de Sociedades con el objeto de que se autorizara su descapitalización, en aplicación a lo establecido en el artículo 145 del C. de Co., norma que no establece un procedimiento especial para dicho trámite, razón por la cual, de conformidad con el artículo 1º del C.C.A., le eran aplicables las normas contenidas en la primera parte del mismo.

Que no obstante lo anterior, en el trámite surtido dentro de la solicitud presentada por CODENSA S.A. E.S.P., la Superintendencia de Sociedades omitió dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 14 y 15 del C.C.A., los cuales prescriben que cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan constituirse en parte y hacer valer sus derechos; y que cuando de la misma petición aparezca que terceros no determinados pueden estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, se insertará su texto en la publicación que para tal efecto tuviere la entidad o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso.

Que, en consecuencia, la representación del interés que desde el punto de vista patrimonial pueden tener los capitalinos se asume por parte de los órganos de control distrital, esto es, por la Contraloría y la Personería de Bogotá D.C., quienes por disposiciones constitucionales y legales tienen a su cargo garantizar la

protección de los derechos de los habitantes del Distrito Capital, debiendo haber sido vinculados, por lo tanto, a la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Sociedades.

Que, de igual manera, se debió citar, como personas determinadas, a los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos creados por los artículos 62 y siguientes de la Ley 142 de 1.994, que han sido constituidos como organismos que fiscalizan e intervienen en la gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios en representación de los usuarios de Bogotá y de los demás municipios en donde CODENSA S.A. E.S.P. presta sus servicios.

Que no obstante que los usuarios están representados por los comités anteriormente mencionados, la Superintendencia de Sociedades debió garantizar la intervención de los usuarios del servicio público en cuestión, intentando vincularlos a la actuación a través del procedimiento previsto en el artículo 15 del C.C.A., por tratarse de una pluralidad de personas cuya identificación podría resultar dispendiosa.

Que, además, la Superintendencia de Sociedades, con ocasión de la interposición de varios recursos promovidos por la Contraloría y algunos terceros en su calidad de usuarios, mediante la Resolución núm. 100-311 de 23 de febrero de 1.999 denegó las pretensiones de la Contraloría, omitiendo pronunciarse con relación a los demás recursos interpuestos, violando con ello lo dispuesto en el artículo 59 del C.C.A., que prescribe que la decisión resolverá todas las cosas que le hayan sido planteadas.

De otra parte, la apoderada de la demandante afirma que la Superintendencia de Sociedades no es competente para autorizar la reducción de capital de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, pues, a su juicio, dicha función le compete de manera privativa y excluyente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ya que el artículo 370 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República, por medio de la última de las citadas, ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos, facultad que se encuentra también contenida en los artículos 60.3, 75, 76, 77 y 186 de la Ley 142 de 1.994; y 2º del Decreto 548 de 25 de mayo de 1.995.

Que si bien las resoluciones acusadas se fundamentan en la competencia residual del artículo 228 de la Ley 222 de 1.995, se debe observar que el mismo circunscribe la competencia residual única y exclusivamente a las facultades asignadas en dicha ley en materia de vigilancia y control, no encontrándose en los artículos 84 y 85, ibídem, la relacionada con la autorización al Superintendente de Sociedades para la disminución del capital.

Finalmente, la apoderada de la demandante afirma que la Resolución núm. 100-311 de 23 de febrero de 1.993, por medio de la cual se denegó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución núm. 320-2860 de 1.998, que autorizó la descapitalización de CODENSA S.A. E.S.P., está falsamente motivada, ya que partió de un supuesto errado al considerar que la intención del organismo de control al interponer el recurso era ejercer control fiscal sobre los actos de la Superintendencia, cuando lo que se intentó, en nombre del interés de la comunidad afectada con la decisión, fue cuestionar la decisión de autorizar la

descapitalización que en criterio de la Contraloría no era procedente de acuerdo con el estudio técnico realizado.

Que en relación con la afirmación del Superintendente de Sociedades en el sentido de que la Contraloría de Bogotá no se encuentra facultada para intervenir en procesos de “aprobación de reformas estatutarias”, se debe anotar que en virtud de disposiciones constitucionales dichos entes tienen a su cargo velar por la protección de los bienes y recursos que conforman el patrimonio público y que tal función les imponen la obligación de pronunciarse dentro de los procesos de aprobación que otros organismos deben conceder frente a decisiones adoptadas por los sujetos del control fiscal, con el objeto de advertir las consecuencias que tal decisión puede generar frente al manejo que se debe dar a los recursos comprometidos.

I.3.- La demanda fue notificada al Superintendente de Sociedades y al representante legal de CODENSA S.A. E.S.P., quienes a través de apoderado, en defensa de la legalidad de los actos acusados, manifestaron:

I.3.1. Que se deben declarar probadas las excepciones de indebida acumulación de pretensiones, falta de legitimación en la causa por activa, ineptitud sustantiva de la demanda por no explicarse el concepto de violación de todas las normas señaladas como violadas y por equivocación en la estimación de la cuantía.

Frente al fondo del asunto, señalan:

Que la Contraloría tiene un control posterior y selectivo para garantizar el patrimonio del Distrito, obligando a los entes vigilados a sujetarse a las normas, so pena de declararlos fiscalmente responsables.

Que a la Superintendencia de Sociedades la ley le ha atribuido en forma expresa la facultad para autorizar la disminución de capital, en cualquier sociedad comercial, cuando implique efectivo reembolso de aportes.

Que, en consecuencia, la Contraloría Distrital no tiene competencia para intervenir en la formación de un acto jurídico de competencia de la Superintendencia de Sociedades, en atención a que el control previo fue proscrito.

II- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión contenida en la sentencia apelada, consideró el a quo, en síntesis, lo siguiente:

Que no prospera la excepción de indebida acumulación de pretensiones propuesta por los apoderados de la Superintendencia de Sociedades y de CODENSA S.A. E.S.P., pues la simple inclusión de una solicitud relacionada con un derecho que el organismo de control estima que debe reconocerse en su favor no impide que el asunto pueda ser estudiado y resuelto en la sentencia, por tratarse, precisamente, de uno de los aspectos alrededor de los cuales gira la controversia.

Que la omisión en que incurrió la demandante al no explicar el concepto de violación de gran parte de las normas invocadas es un aspecto que tampoco puede llevar a la prosperidad de la excepción, pues la consecuencia sería la de abstenerse de estudiar tales cargos.

Que la excepción denominada falta de legitimación en la causa por activa no está llamada a prosperar, porque la acción de restablecimiento del derecho promovida tras la invocación de la defensa del interés público no puede asimilarse al ejercicio de un control fiscal previo sobre los actos de la Superintendencia.

Que la excepción propuesta a partir de la equivocada estimación de la cuantía no tiene vocación de prosperidad, debido a que este factor fue corregido oportunamente por la Contraloría Distrital, como también lo fue el hecho de no haberse informado la dirección para las notificaciones que debían hacerse a CODENSA S.A. E.S.P.

Frente al fondo del asunto, sostuvo el a quo:

Que la labor desempeñada por CODENSA S.A. E.S.P. puede asimilarse al cumplimiento de una función pública, pues tiene a su cargo actividades relacionadas con la prestación de un servicio público domiciliario.

Que dicha empresa es sujeto de control fiscal ejercido por la Contraloría Distrital, dada la especial naturaleza mixta que integra su capital social.

Que, sin embargo, el ejercicio del control fiscal no puede llevarse a cabo respecto de la totalidad de las actividades cumplidas por las empresas de servicios públicos, especialmente cuando aquéllas son ajenas al ámbito específico de la prestación del servicio.

Que la vigilancia de la adecuada gestión de los recursos públicos no puede servir de fundamento para que el organismo de control tenga que intervenir necesariamente en las decisiones que le corresponde adoptar, casi de manera exclusiva, al particular que cumple dichas labores.

Que en el asunto examinado la decisión de llevar a cabo una reforma estatutaria era competencia de la asamblea de accionistas de CODENSA S.A. E.S.P., decisión a la que la Superintendencia de Sociedades le impartió su autorización, dado que la operación involucraba un reembolso de los aportes, autorización que estuvo ajustada a la competencia residual que le otorgó expresamente la Ley 222 de 1995.

Que, en consecuencia, la autorización en cuestión escapa a la órbita de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuya función radica en la inspección, vigilancia y control de la respectiva empresa.

Que, precisamente, por tratarse de la autorización dada a la decisión adoptada por la asamblea de accionistas no era necesaria la intervención de la Contraloría Distrital en la actuación surtida por la Superintendencia de Sociedades.

Que la función constitucional y legal otorgada a la Contraloría para el ejercicio del control fiscal tiene carácter posterior, lo cual implica que su vigilancia tiene que hacerse necesariamente después de llevada a cabo la correspondiente operación.

Que en el mismo sentido, tampoco era indispensable la vinculación de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos a los cuales se refiere la Ley 142 de 1994, pues la intervención de los mismos está limitada exclusivamente a aquellos asuntos relacionados con la prestación de los servicios públicos y la gestión propia a cargo de la empresa, sin que dicha facultad le permita, por extensión, tomar parte en decisiones ajenas a dicha órbita de control ciudadano.

Que frente a las actuaciones relacionadas con la autorización dada a las determinaciones de los organismos rectores de los entes societarios en materia de su capital social, el usuario del servicio público domiciliario tampoco tiene la condición de tercero.

Que descartada la intervención obligatoria de quienes no tienen la condición de terceros, la supuesta notificación irregular a la cual aludió la Contraloría en su demanda no puede llevar a la anulación de los actos acusados.

Que no es cierto que la entidad demandada no resolvió todas las cuestiones planteadas en el curso de la actuación que culminó con la autorización de la reforma estatutaria, pues aquella expidió una resolución para cada uno de los recursos interpuestos.

Que el hecho de no haberse admitido la intervención de la Contraloría Distrital como tercero no significó la afectación del interés general que podía asistirle a la comunidad, a los usuarios y al propio Distrito Capital.

Que la observancia de los intereses de dichos entes abstractos quedó garantizada tras la intervención de los organismos que tienen a su cargo las funciones de inspección, vigilancia y control del sector energético, tales como la de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Unidad de Planteamiento Minero-Energético del Ministerio de Minas, y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Que, en su oportunidad, la determinación de impartir la autorización a la disminución del capital social de CODENSA S.A. E.S.P. fue puesta en conocimiento del Procurador General, lo cual, sumado al requerimiento del concepto de los organismos antes mencionados, llevan a concluir que existió una real preocupación de la Superintendencia de Sociedades de garantizar el interés general representado en la eventual afectación que la operación pudiese ocasionar en la prestación del servicio público a los usuarios.

Frente a la alegada falta de competencia de la Superintendencia de Sociedades para autorizar la reducción de capital de CODENSA S.A. E.S.P., el Tribunal observa que si bien es incuestionable que la inspección, vigilancia y control de las empresas de servicios públicos, en aspectos fundamentales que van desde su constitución hasta la prestación del servicio, está a cargo de la Superintendencia del ramo, también lo es que el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 estableció una competencia residual de la Superintendencia de Sociedades para la inspección y

vigilancia de tales empresas, cuando dichas facultades no estén asignadas expresamente a su similar de Servicios Públicos, competencia residual que debe entenderse en concordancia con las facultades generales de inspección, control y vigilancia señaladas en los artículos 82, 83, 84, 85, 86 y 87, ibídem, que en esta materia modificó parcialmente el Código de Comercio.

Que la competencia expresa asignada a la Superintendencia de Sociedades en el artículo 86 de la ley en cita descarta la posible intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la adopción de decisiones relacionadas con la disminución de capital social, en aquellos casos en que esté de por medio el reembolso de aportes de socios.

Que en materia del manejo del capital social la gestión que pudiese cumplir la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios está limitada a la reducción simplemente nominal que puede hacerse sin necesidad de recurrir a la asamblea de accionistas, según la Ley 142 de 1994.

Que no existió falsa motivación en los actos acusados, pues en la segunda de las resoluciones demandadas la Superintendencia de Sociedades hizo varias consideraciones alrededor del ejercicio del control fiscal, incluyendo aquel que puede llevarse a cabo en relación con las empresas de servicios públicos.

Que la entidad demandada destacó que la labor de fiscalización que cumple el organismo de control tiene carácter posterior y selectivo, cuyo ejercicio no puede extenderse a las decisiones de carácter privado, ni a la gestión de los negocios sociales.

Que las apreciaciones del ente demandado carecen de fuerza para restarle la categoría jurídica reconocida a la función de control fiscal que le corresponde a la Contraloría, las cuales surgieron como consecuencia directa de los planteamientos hechos en su recurso por el titular del ente de control y, por ende, no puede decirse que se incurrió en falsa motivación.

Que desde el momento en que la Contraloría Distrital de Bogotá se opuso al proceso de descapitalización de CODENSA S.A. E.S.P. su preocupación estuvo centrada en las consecuencias de orden fiscal que pudiese generar la operación, lo cual indudablemente le permitía el ejercicio normal del control fiscal posterior previsto en la Constitución y la ley.

Que respecto de la violación de los artículos 1º, 2º, 123, 150, 209, 267, 322, 323, 324, 325, 327 y 41 transitorio de la Constitución Política; 2º y 5º del Decreto 548 de 1.995; y el Acuerdo 01 de 1.996, no habrá pronunciamiento alguno, ya que no se explicó el concepto de su violación.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la CONTRALORIA DISTRITAL DE BOGOTA D.C. se muestra inconforme con la decisión del sentenciador de primera instancia, por lo siguiente:

Estima que los organismos de control actúan en nombre y representación de la comunidad que aporta recursos para la satisfacción de las necesidades generales en procura de salvaguardarlos, facultad que, además, los habilita para promover e

intervenir en las actuaciones realizadas por los responsables del erario que conlleven un innecesario riesgo para el patrimonio público, como es el caso analizado, en el que las empresas de servicios públicos constituidas como sociedades por acciones con participación de recursos públicos autorizan la reducción de capital y someten dicha decisión a la consideración de la Superintendencia de Sociedades y del Ministerio del Trabajo, quienes en aplicación de lo previsto por el Código de Comercio tan sólo están obligados a realizar un análisis financiero de carácter formal, en el que no se ve reflejado el posible desconocimiento de compromisos adquiridos en la capitalización de las empresas y que han debido ser objeto de constatación.

Que en el caso del proceso de reducción de capital de CODENSA S.A. E.S.P. no es cierto que la Contraloría Distrital haya intentado actuar en forma previa, pues si se revisa la definición de control posterior que trae la Ley 42 de 1.993, se infiere que cuando CODENSA S.A. E.S.P. adopta por intermedio de su asamblea de accionistas la decisión de reducir su capital ya ha ejecutado dicha decisión y, por lo tanto, el organismo de control fiscal puede intervenir ante las distintas autoridades que tengan a su cargo la revisión de la decisión, con el objeto de poner en su conocimiento los resultados arrojados por la evaluación practicada para que sean tenidos en cuenta, y, de esta forma, garantizar la preservación del recurso público comprometido en la actividad.

Que es claro, entonces, que la actuación que intentó realizar la Contraloría Distrital no sólo es constitucional y legal, sino que constituye un imperativo a su intervención, de lo cual se desprende que la calidad de tercero que alegó el organismo en cuestión con el objeto de ser llamada y escuchada dentro del

trámite que se surtió ante la Superintendencia de Sociedades es legítima y, al haberse desconocido sus derechos a vincularse a la actuación y no notificársele las decisiones adoptadas, se inaplicaron los artículos 14 y 15 del C.C.A..

De otra parte, el apoderado de la recurrente estima que la Superintendencia de Sociedades carecía de competencia para autorizar la reducción de capital de CODENSA S.A. E.S.P. pues, a su juicio, la única autoridad autorizada para ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las empresas prestadoras de servicios públicos es el Presidente de la República por conducto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo que permite concluir, contrario sensu, que ninguna otra autoridad en el país se encuentra facultada para ejercer tales funciones.

Que la Ley 222 de 1.995 atribuyó competencia residual a la Superintendencia de Sociedades en materia de vigilancia y control de las empresas de servicios públicos, habiendo entendido dichas empresas que debido a que no existía norma expresa que asignara a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la competencia para pronunciarse en torno a la reducción de capital en ellas ordenada, correspondía a la Superintendencia de Sociedades pronunciarse en los términos establecidos por el artículo 145 del Código de Comercio, procedimiento que no se ajusta a los requerimientos de la sociedad moderna, pues no estamos hablando de sociedades que se constituyen con el único objetivo de generar utilidades para los socios, sino de atender necesidades de interés general como los servicios públicos y que, por ende, desarrollan una de las facetas del Estado Social de Derecho.

Que con la decisión adoptada se están desconociendo, además de preceptos constitucionales otros de orden legal, tales como los artículos 60.3, 75, 76, 77 y 186 de la Ley 142 de 1994 y 2º del Decreto 548 de 1995, en los cuales es palmaria la competencia atribuida a la Superintendencia de Servicios Públicos para conocer de temas como el sometido a la consideración de la Superintendencia de Sociedades, entidad que entendió era la competente para autorizar la reducción de capital de las empresas en cuestión, en desarrollo del procedimiento establecido en el artículo 145 del Código de Comercio.

Que aceptando, en gracia de discusión, que la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1080 de 1996, por ser normas posteriores a la Ley 142 de 1994, priman en cuanto a la materia referida a la competencia residual, debe precisarse que la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios es especial en esta materia y le da desarrollo directo al imperativo constitucional de creación de un órgano de inspección, vigilancia y control exclusivo para estos entes, y sólo puede ser modificada en sus previsiones cuando así lo determine de manera expresa y no tácita una ley posterior, pues incluso establece en el artículo 186 que la ley posterior debe identificar de modo preciso la norma de la Ley 142 objeto de excepción, modificación o derogatoria.

Que si el artículo 60.3 de la Ley 142 de 1994 faculta al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios para autorizar la disminución del capital social sin necesidad de acudir a las determinaciones de la asamblea o a la aceptación de los acreedores, con mayor razón tal facultad se predica en aquellos casos en que sea solicitada por el órgano social competente.

Que, así las cosas, el artículo 2º del Decreto 2155 de 1.992 debe entenderse en el sentido de que pretende prevenir el doble control.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

En esta etapa procesal el señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado se mostró partidario de que se confirme el fallo recurrido, exponiendo para el efecto lo siguiente:

Que el debate gira en torno a la competencia legal de la Superintendencia de Sociedades para autorizar una reforma de carácter estatutario en CODENSA S.A. E.S.P., facultad que, a juicio de la recurrente, se encuentra radicada en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, argumento que no comparte, ya que a ésta última le competen las funciones dirigidas a la tutela y control de las empresas de servicios públicos en cuanto toca con su función de prestación del servicio, a efectos de garantizar que éste se brinde a los habitantes del territorio en condiciones de eficiencia, continuidad, seguridad y permanencia.

Que en el caso examinado no se presentó alteración, negligencia o irregularidad alguna en la prestación del servicio público de energía a los usuarios del Distrito por parte de CODENSA S.A. E.P.S. que ameritara la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues la sociedad realizó una modificación a sus estatutos que implicó una disminución de su capital social y, dada su naturaleza de sociedad comercial anónima de carácter privado, dicha reforma se efectuó dentro del marco de las normas de derecho privado que le son

aplicables y fue sometida a la aprobación de la Superintendencia de Sociedades, por ser este el organismo competente.

Que la adopción de reformas estatutarias como la que es materia de estudio corresponde exclusivamente a los socios, reunidos en junta o asamblea general, sin que en el plano propio del funcionamiento de la sociedad pueda la Contraloría Distrital ejercer su control y, por consiguiente, aceptarse su intervención en la actuación administrativa adelantada en la Superintendencia de Sociedades, pues la decisión respectiva puede ser objetada por un tercero en atención al control que de cualquier naturaleza ejerza sobre uno cualquiera de los socios o sobre la propia sociedad, bien por razones del control fiscal, como en el caso de la Contraloría.

Que el control fiscal se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos en la ley y no en el curso de una actuación administrativa, lo que descarta la calidad de tercero de la Contraloría Distrital de Bogotá y, por lo tanto, su intervención obligatoria en la actuación administrativa adelantada ante la Superintendencia de Sociedades.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demandante y ahora recurrente insiste en que la Superintendencia de Sociedades carece de competencia para autorizar a las empresas prestadoras de servicios públicos una reducción de su capital, considerando que dicha facultad corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Pues bien, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 142 de 1.994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones y en tal virtud están sometidas, en cuanto a la prestación de dichos servicios, a lo prescrito en la ley en cita.

Si bien es cierto, como lo afirma el apoderado de la demandante, que el artículo 370 de la Constitución Política dispone que el Presidente de la República, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten, también lo es que sus funciones en tal sentido están consignadas en la Ley 142 de 1994, artículo 79, donde no se encuentra la de autorizar la reducción de capital y, donde se establece expresamente, además, que “Salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario, el Superintendente no podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a previa aprobación suya”.

De los artículos 79 y 80 de la Ley 142 de 1994 se desprende que las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos se orientan a que la prestación de los servicios públicos se haga en condiciones de eficiencia, continuidad, seguridad y permanencia, y, de no ser así, puede intervenir en defensa de los usuarios, adoptando las medidas y sanciones del caso.

Ahora bien, no se desconoce que el artículo 60.3 de la ley en cita, al hablar de los efectos de la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dispone que si se encuentra que la empresa ha perdido

cualquier parte de su capital, previo concepto de la comisión respectiva, el Superintendente podrá ordenar la reducción **simplemente** nominal del capital social, sin necesidad de recurrir a su asamblea o a la aceptación de sus acreedores, situación que no se presentó en el asunto examinado, ya que en éste se hizo una disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, para lo cual se necesita de la autorización de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86, numeral 7, de la 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”, en armonía con el artículo 228, ibídem, que prescribe que las facultades que no sean ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia y control sobre la respectiva sociedad serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, razón por la cual, como la facultad de autorizar la reducción de capital con reembolso de aportes de las empresas de servicios públicos no le fue otorgada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la misma es competencia residual de la Superintendencia de Sociedades.

Adicionalmente, el artículo 19.5 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios determina que en lo allí no dispuesto las empresas de servicios públicos se registrarán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas, lo que hace aún más palpable la aplicación del artículo 86, numeral 7, de la Ley 222 de 1995, a la reducción de capital que llevó a cabo CODENSA S.A. E.S.P.

Finalmente, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, prescribe:

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. 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 esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en 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, todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”.

El contenido de las normas a que se ha hecho alusión llevan a la Sala a concluir que la decisión acusada se encuentra ajustada a derecho, pues la reforma estatutaria de reducción de capital de CODENSA S.A. E.S.P. lo fue con un efectivo reembolso de aportes, lo cual significa que se encontraba regulada por el derecho privado y, concretamente, por el artículo 86, numeral 7, de la Ley 222 de 1995, que otorga a la Superintendencia de Sociedades la facultad de autorizarla, correspondiéndole a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios concederla, se reitera, cuando la reducción de capital es simplemente nominal.

Resta entonces analizar si la Contraloría Distrital de Bogotá podía ejercer el control fiscal en CODENSA S.A. E.P.S. dentro de la actuación administrativa surtida ante la Superintendencia de Sociedades o si, por el contrario, como lo señaló esta última, por tratarse de una reforma estatutaria aquella no estaba facultada para intervenir.

Pues bien, la Sala no desconoce que las empresas de servicios públicos están sometidas a la vigilancia de la respectiva Contraloría, no obstante lo cual ello no significa que dicha vigilancia pueda extenderse a las reformas estatutarias llevadas a cabo por sus asambleas o juntas de socios, ya que, es la propia Constitución (artículo 267) la que dispone que el control fiscal es una función pública que ejercen las Contralorías, respecto de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, control que es de carácter posterior y selectivo y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, lo cual se traduce en que se realiza sobre actos ya ejecutados y, por ende, su intervención no es procedente en actuaciones administrativas tales como la cuestionada, pues la reforma estatutaria y, concretamente, la reducción de capital que llevó a cabo CODENSA S.A., una vez aprobada por la Asamblea General de Accionistas, estaba sometida a la autorización de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con las normas que se adujeron al estudiar el primer cargo.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4 dispone que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles, y que a tales bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría respectiva.

Por su parte, el artículo 27.7., ibídem, prescribe que los aportes efectuados por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier

nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado.

En armonía con los anteriores preceptos, el artículo 32, ibídem, cuyo contenido fue antes transcrito, también señala que los actos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, incluso aquellas en 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.

Por último, el artículo 19.15, ibídem, establece que las empresas de servicios públicos, en lo no previsto allí, se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas, cuyo artículo 187 dispone que corresponde a la asamblea estudiar y aprobar las reformas de los estatutos, las cuales deben reducirse a escritura pública e inscribirse en el registro mercantil (artículo 158, ibídem), previa autorización de la Superintendencia de Sociedades, conforme al artículo 86, numeral, 7 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 228, ibídem, referido a la competencia residual de la citada institución.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a compartir lo sostenido por la entidad demandada en la Resolución núm. 100-311, en los siguientes términos:

“... la sujeción de las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios al control fiscal, no puede entenderse como extendida a una posible intervención de la Contraloría en el estudio y aprobación de una reforma estatutaria o en el proceso de solemnización de la misma, por cuanto estaría de ese modo interviniendo en funciones de dirección y gestión de los negocios sociales que no le corresponden y que la ley expresamente atribuye al máximo órgano social”.

Concluye esta Corporación que la Contraloría de Bogotá D.C. no es un tercero que debió ser llamado y escuchado dentro de la actuación administrativa que culminó con la autorización a CODENSA S.A. para reducir su capital, quedando, por lo tanto, descartada la violación de los artículos 14 y 15 del C.C.A..

Al no prosperar los cargos aducidos en el recurso de apelación por la parte actora, se impone la confirmación del fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada de 1o. de junio de 2000, proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de junio de 2001.

OLGA INES NAVARRETE BARRERO
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

MANUEL S. URUETA AYOLA