



Manizales, 6 de enero de 2012

Señor(es):
INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS
Manizales Caldas

REFERENCIA: Solicitud de estudio del documento radicado el 2012/1/4
Tipo Documento (s): Decreto N° 0001
Fecha del documento (s): 1 de enero de 2012.
Origen de los documentos: Gobernación de caldas

Con relación al documento de la referencia y estando dentro de los términos legales, nos permitimos informarles lo siguiente:

De conformidad con el concepto con número de radicación 11-55615-2-0 con fecha 25 de octubre de 2011 expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio el cual se adjunta a esta comunicación, las empresas industriales y comerciales del estado no deben inscribir en el registro mercantil sus actos o documentos, por tanto el documento presentado donde consta la designación del gerente general de la Industria Licorera de Caldas, no debe ser inscrito en la cámara de comercio.

Cualquier inquietud al respecto será atendida personalmente en la Carrera 23 Nro. 26-60, Unidad de Registro de esta entidad, o en el teléfono 884 1840 ext. 102.

Cordialmente,

CAROLINA GUTIERREZ GIRALDO
Abogada Unidad de Registro



MANIZALES Sede Principal
Carrera 23 26-60
Cenm 8841840 Fax 8840919

AGUADAS Cra 8 5 13
ANSERMA Cra 4 9 14
RISOLICO Cra 5 9 15
SALAMANCA Cra 0 7 30

Telofax 8515520
Telefax 8531515
Telefax 8591678
Telefax 8596150

Industria y Comercio

SUPERINTENDENCIA

Bogotá D.C.

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 11-55615--2-0	FECHA: 2011-10-25 17:59:53
DEP: 10 OFICINA ASESORA	EVE: SIN EVENTO
JURIDICA	
TRA: 113 OP-CONSULTAS	FOLIOS: 16
ACT: 440 RESPUESTA	

Actuación en: 1300
CONFECAMARAS
3.1 OCT 2011
Paseo a:
Almuerzo:

Señores
CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS DE COM
CONFECAMARAS
CRA. 13 NO. 27-47 OF. 502
BOGOTA D.C.--COLOMBIA



Asunto: Radicación: 11-55615--2-0
Trámite: 113
Evento:
Actuación: 440
Folios: 16

Estimado(a) Señores:

Con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta entidad con el número señalado en el asunto, en los siguientes términos.

1. Objeto de la consulta

La peticionaria consulta lo siguiente:

1. Si las empresas industriales y comerciales del Estado se matriculan en las cámaras de comercio.
2. Si además de su matrícula mercantil deben inscribirse las reformas y nombramientos de las citadas entidades en el registro mercantil.
3. Si deben registrar libros de actas de asamblea y junta directiva y el libro de registro de acciones.

Al contestar favor indique el número de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615--2-0 - 2011-10-25 17:59:53

Sede Control: Carrera 13 No. 27-40 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870000
Sede CAN: Av. Carrera 50 No. 26-55 Int. 2 Tel (57 1) 5890234
Conmutador (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 018000-810165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

Tal como lo manifiesta la entidad consultante, el tema del presente concepto no ha sido pacífico al nivel de la jurisprudencia y la doctrina colombiana. Tampoco lo ha sido al interior de esta Oficina Asesora Jurídica y como resultado de ello se han dado a conocer diferentes posiciones, todas ellas motivadas con seriedad y profundidad.

En todo caso, se aclara que los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición, tal como lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005, en la cual se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, "no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no."

2. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

De acuerdo con las atribuciones conferidas por mandato legal a esta Superintendencia, en particular por el Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, corresponde a esta entidad, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor, protección de la competencia, administrar el sistema nacional de la propiedad industrial, así como tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma, y conocer y decidir los asuntos jurisdiccionales en materia de protección al consumidor y competencia desleal.

3. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el registro mercantil

Las facultades legales de la Superintendencia de Industria y Comercio, del Superintendente y del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en materia de registro mercantil, de acuerdo con los artículos 1, 3, 8 del Decreto 3523 de 2009 (modificado por el Decreto 1687 del 2010), son: (i) determinar los libros necesarios para que las Cámaras de Comercio lleven el registro mercantil, la forma de hacer las inscripciones e instruir para que dicho registro y el de las personas jurídicas sin ánimo de lucro se lleve de acuerdo con la ley; (ii) resolver los recursos de apelación y queja interpuestos contra los actos expedidos por las cámaras de comercio; (iii) evaluar el registro único empresarial y proponer las condiciones a que debe someterse dicho registro, así como proyectar los instructivos que sea necesario expedir a efectos de coordinarlo.

4. El registro mercantil

El registro mercantil, creado por la ley (artículo 26 del Código de Comercio) para llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615--2-0 - 2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-09 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5970000
Sede CAN: Av. Carrera 50 No. 26-55 Int. 2 Tel (57 1) 5680234
Comelador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

inscripción de todos los actos, libros y documentos respectos de los cuales la ley exigiere esa formalidad, es una base de datos actualizable sobre los participantes en la actividad comercial del país, caracterizada por su disponibilidad pública e inmediata. Por lo tanto, es un medio para acceder al intercambio económico con la seguridad jurídica que brinda el conocimiento sobre quiénes tienen parte en la dinámica del mercado y las actividades que realizan.

4.1 Finalidad del registro mercantil

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-277 del 5 de abril de 2006, con ponencia el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, dentro del expediente D-5933, al analizar la constitucionalidad del artículo 33 del Código de Comercio, por medio del cual se impone la obligación de renovar anualmente la matrícula mercantil, se pronunció sobre el contenido, importancia y funciones del registro mercantil.

En primer lugar, precisó así el detalle mínimo de información que sobre los comerciantes debe ser pública y que debe contener la matrícula mercantil de quienes a nombre propio o mediante una empresa pretenden participar en actividades económicas mediante la compra y de venta de bienes y/o servicios:

"11.- En primer término, de manera general la información contenida en la matrícula mercantil de quienes ejerzan la actividad comercial en Colombia, debe dar cuenta de lo siguiente según el artículo 32 del Código de Comercio:

- Nombre del comerciante, documento de Identidad y nacionalidad.
- Actividad o negocios a los que se dedique
- Domicilio y dirección
- Lugares en que permanentemente desarrolle sus actividades o negocios.
- Referencia al patrimonio líquido
- Referencia detallada de los bienes raíces que posea.
- Referencia al monto de las inversiones en las actividades o negocios que desarrolla.
- Referencia a la(s) persona(s) que administran las actividades o negocios, así como al detalle de sus facultades.
- Referencia a las entidades de crédito con las cuales haya celebrado operaciones.
- Referencia a dos comerciantes inscritos.

Y cuando se trate de un establecimiento de comercio, la matrícula mercantil deberá hacer referencia a:

- Denominación y dirección.
- Actividad principal a la que se dedique.
- Nombre y dirección del propietario

Al contestar favor indique el número de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-50515--2.0 - 2011-10-25 17:59:53

Sede Central: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5876000
Sede CAN: Av. Carrera 50 No. 26-55 Int. 2 Tel (57 1) 5880234
Computador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

-Indicación de si el local que ocupa es propio o ajeno.”.

Seguidamente, la Honorable Corte Constitucional refirió en los siguientes párrafos la importancia del registro mercantil y a las funciones que cumple:

“12.- La actualización permanente de estos datos [haciendo referencia a los que contiene la matrícula mercantil] encarna un archivo de información que da fe de quiénes, qué, cómo y con cuántos recursos se está desarrollando el intercambio económico en nuestra sociedad. Así mismo, dicha información satisface tanto la agilidad propia de la dinámica económica, por cuanto se actualiza constantemente, como también la necesidad de publicidad y acceso inmediato a ella para permitir la efectividad que brinda la inmediatez en el intercambio comercial.

En conclusión la base de datos constituida por el registro mercantil actualizable anualmente, sugiere la compilación de una información que es connatural a la actividad comercial, en tanto su desarrollo implica tener certeza de quiénes, cómo y con qué se participa en ella. Además, la disponibilidad pública e inmediata señala a todos los integrantes de una comunidad la garantía del acceso al intercambio económico y les brinda las herramientas mínimas para ello, las cuales son conocimiento de los participantes y conocimiento de las actividades que se realizan.

13.- La Corte comparte las apreciaciones de la mayoría de los intervinientes, en el sentido que el registro mercantil permanentemente actualizado, presta a la actividad económica la posibilidad de configuración de uno de sus supuestos más importantes, cual es el de (i) la organización. De la que se deriva igualmente otro elemento esencial no sólo al ejercicio del intercambio comercial sino a la dinámica misma del Estado Constitucional de Derecho, que es (ii) la seguridad jurídica. Todo esto, a través de la satisfacción de otro principio fundamental de las actividades económicas, cual es el de (iii) la publicidad. El cumplimiento de éstos implica que los principios constitucionales y su implementación sugieren la adopción de medidas tales como la que se estudia en la presente sentencia.”. (Subrayas fuera del texto)

En efecto, el registro mercantil brinda organización, dirección y control de la actividad mercantil por parte del Estado, por cuanto al reunirse en el registro los datos mínimos de quienes a nombre propio o mediante una empresa pretenden participar en actividades económicas mediante la compra y venta de bienes y servicios (información que da fe de quiénes, qué, cómo y con cuántos recursos se está desarrollando el intercambio económico en nuestra sociedad), le proporciona al Estado las condiciones necesarias para dirigir y controlar efectivamente la actividad económica, en ejercicio de su facultad de intervención en la economía.

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-50615-2-B - 2011-10-25 17:39:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-60 pács 3,4,5,6 y 10 PBX: 5970000
Sede CAN: Av. Carrera 50 No. 26-85 Int. 2 Tel (57 1) 5680234
Computador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Cívil center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C., Colombia

Ahora, la organización que proporciona la estructura del registro deriva en la organización de la actividad mercantil, en general, lo cual, a su vez, genera seguridad jurídica a los participantes en el intercambio comercial.

Finalmente, la publicidad, como garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos, adquiere importancia capital en la consolidación de las condiciones de organización y seguridad en las que se desenvuelve el intercambio económico y la actividad mercantil.

Por otra parte, en la misma sentencia, la Honorable Corte Constitucional explica la necesidad del registro mercantil:

"16.- Como se ve, la facultad de intervención del Estado en la economía se presenta como la principal herramienta mediante la que éste ejerce la dirección y control de aquella. Para esto, la organización de quienes participan en el intercambio comercial proporciona al Estado las condiciones necesarias para dirigir y controlar de modo efectivo la actividad económica. De ahí que para esta Corporación resulte claro que sin un instrumento que provea la organización de las empresas, no se pueda hablar de un escenario adecuado para ejercer la intervención eficaz que la Constitución prescribe a cargo del Estado, en la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o prestación de servicios. Esto es, en la actividad mercantil que por excelencia la desarrollan las empresas, por medio de actividades económicas organizadas.

17.- Un instrumento esencial que organiza las empresas, y por tanto facilita y hace efectiva la labor del Estado de dirigir y controlar la economía (arts 333 y 334 C.N) es el registro mercantil. Contrario sensu, en ausencia de una base de datos como el registro mercantil que manejan las Cámaras de Comercio, no es posible cumplir los fines constitucionales contenidos en los artículos 333 y 334 de la Carta. Pues, la falta de publicidad, actualización y acceso a las circunstancias principales de las empresas hace muy compleja - por decir lo menos - la tarea de establecer directivas y diseñar políticas para que el desarrollo económico de cuenta de los objetivos que la Constitución le trazó.

18.- Para esta Sala, la satisfacción de los principios de dirección, control y promoción de la economía por parte del Estado (arts 333, 334, 335, 336, 337 y 338 C.N), así como la búsqueda por el cumplimiento de la función social de las empresas (art. 333 C.N), no sólo justifica la implementación de una herramienta como el registro mercantil, sino que la hace necesaria. Esto en tanto, como se dijo, configura el instrumento idóneo para organizar a quienes pretenden participar en el intercambio mercantil. Además de que, la organización que proporciona la estructura del registro deriva en la organización de la actividad mercantil en general, lo cual a su vez genera seguridad en su desarrollo. (...)"
(Subraya nuestra)

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación.
Radicación: 11-35615-2-0-2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 567 0000
Sede CAN: Av. Carrera 50 No. 26-55 P4. 2 Tel (57 1) 5266234
Comunidades: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 567 02 84
Call center (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 0180009-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

En resumen, el registro mercantil actualizado resulta ser, para el Estado, una herramienta capital para la organización, dirección y control de la actividad mercantil del país, y para los comerciantes y demás particulares un medio para conocer quiénes y cómo participan en la producción, transformación, compra y venta de bienes y servicios.

4.2 Personas y actos sujetos al registro mercantil

De acuerdo con el artículo 28 del Código de Comercio, el siguiente es el listado de las personas, actos y documentos que deben inscribirse en el registro mercantil:

Artículo 28. Personas, actos y documentos que deben inscribirse en el registro mercantil. Deberán inscribirse en el registro mercantil:

- 1) Las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, quienes lo harán dentro del mes siguiente a la fecha en que inicien actividades;
- 2) Las capitulaciones matrimoniales y las liquidaciones de sociedades conyugales, cuando el marido y la mujer o alguno de ellos sea comerciante;
- 3) La interdicción judicial pronunciada contra comerciantes; las providencias en que se imponga a estos la prohibición de ejercer el comercio; los concordatos preventivos y los celebrados dentro del proceso de quiebra; la declaración de quiebra y el nombramiento de síndico de ésta y su remoción; la posesión de cargos públicos que inhabiliten para el ejercicio del comercio, y en general, las incapacidades o inhabilidades previstas en la ley para ser comerciante;
- 4) Las autorizaciones que, conforme a la ley, se otorguen a los menores para ejercer el comercio, y la revocación de las mismas;
- 5) Todo acto en virtud del cual se confiera, modifique o revoque la administración parcial o general de bienes o negocios del comerciante;
- 6) La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración;
- 7) Los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asambleas y juntas de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles;
- 8) Los embargos y demandas civiles relacionados con derechos cuya mutación

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615-20-2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-03 pisos 3,4,5,6 y 10 P.O. Box 5870000
Sede Cali: Av. Carrera 50 No. 26-55 Int. 2 Tel: (57 1) 5880234
Comulador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

esté sujeta a registro mercantil;

9) La constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales, así como la designación de representantes legales y liquidadores, y su remoción. Las compañías vigiladas por la Superintendencia de Sociedades deberán cumplir, además de la formalidad del registro, los requisitos previstos en las disposiciones legales que regulan dicha vigilancia, y

10) Los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordene la ley.

Teniendo claridad tanto sobre la importancia del registro mercantil para la economía del país, sobre la información que debe contener y sobre las personas y actos que deben someterse a inscripción en el registro mercantil, procedemos a analizar si las empresas industriales y comerciales del Estado deben matricularse y si sus actos deben inscribirse en el registro mercantil.

5. Régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado

En la Ley 489 de 1998 se definen las empresas industriales y comerciales del Estado, como *"organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica 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 financiera; c) capital independiente, constituido totalmente con bienes y fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución. (...)"*.

Vemos que la misma ley anuncia la existencia de 2 clases de empresas industriales y comerciales del Estado, según el acto del que adquieran la función de realizar determinada actividad industrial, comercial y de gestión económica: a) las que son creadas por la ley y b) las que son autorizadas por ella.

La Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, a través de la sentencia C-671 del 5 de septiembre de 2007, dictada en el expediente D-6687, se pronunció sobre las características y régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, así:

"La Corte, en varias decisiones ha referido explícitamente al régimen jurídico que cobija los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica, (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado, (iii) son entidades

Al contestar favor indique el número de radicación que se incluya a continuación:
Radicación: 11-55815-2-D-2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870000
Sede Cali: Av. Carrera 50 No. 26-55 Int. 2 Tel (57 1) 5850234
Commutador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6913240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cubra ambas modalidades, (iv) se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, y (v) aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública." (Subrayas nuestras)

Sobre el mismo punto, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 1995, dentro del expediente S-403, con ponencia del Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía, concluyó lo siguiente:

"La doctrina ha enseñado que las empresas industriales y comerciales del Estado han sido previstas para adelantar actividades en el campo empresarial, ya sea en situación de monopolio, o en régimen concurrente con particulares. Teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades asignadas, parece normal que los actos que expidan o cumplan las empresas se sujeten al derecho privado. No obstante, las empresas del Estado a más de las actividades industriales y comerciales, pueden tener encomendado el ejercicio de funciones estatales; por tal razón, el régimen aplicable a los actos que para el cumplimiento de estas actividades y funciones se llaven a cabo, será en unos casos de derecho privado y en otros de derecho público.

Cuando se trata de actos expedidos por tales empresas en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y será competente para conocer de ellos la jurisdicción ordinaria; cuando los actos se realicen para el cumplimiento de funciones administrativas que a estas entidades hayan encomendado la ley, están sujetos al derecho público, son actos administrativos y contra ellos proceden los recursos gubernativos y la competencia para conocerlos corresponde al juez administrativo.

Al contestar favoríndole el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615--2-0 - 2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870000
Sede Cali: Av. Carrera 50 No. 26-55 Int. 2 Tel: (57 1) 5680234
Comunicador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 016000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

Además de lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, la Sección Tercera precisó que el régimen de las empresas industriales y comerciales expedido en 1968 refleja una clara decisión política en cuanto a la organización que debe tener la administración pública. Su deseo, expresado nítidamente en el artículo 6o., del Decreto 1050 y ratificado en el 31 del Decreto 3130, fue el de que los actos y hechos de tales empresas, en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, estuviesen sujetos a las reglas del derecho privado, por contraposición a los actos y hechos de otras entidades descentralizadas; ambas disposiciones son claras en tal sentido, así como en su deseo de que lo anterior fuese la regla general, con las solas excepciones que consagra la ley, excepciones que por lo mismo habrán de estar claramente consignadas en ésta. Así, las funciones administrativas que les sean atribuidas a las empresas industriales y comerciales del Estado, lo habrán de ser de manera específica, de tal manera que no quede duda de su naturaleza ni del alcance de las mismas. Solamente los actos y hechos que tales empresas realicen en desarrollo de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, serán administrativos y serán juzgados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo."

Según la jurisprudencia analizada, las empresas industriales y comerciales del Estado, además de haber sido creadas para adelantar actividades empresariales, sometidas al derecho privado, también tienen encomendado, por excepción, el ejercicio de funciones estatales, que estarán sujetas al derecho público y, que, por lo tanto, los conflictos que susciten las actuaciones de las empresas industriales y comerciales del Estado son dirimidos por el juez ordinario o por el juez administrativo, según la naturaleza del acto en discusión.

En consideración al régimen especial aplicable a estas empresas, tanto de derecho público como de derecho privado, la Corte Constitucional, en su sentencia C-671 del 2007, explicó que la sujeción de algunos actos de las empresas industriales y comerciales del Estado al derecho privado atiende a la *"similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico"*. Es por esto que el comportamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado, como agentes del mercado, deberá ceñirse a las normas que protegen, entre otros, los bienes jurídicos de la libre y leal competencia económica, la propiedad industrial, el derecho de los consumidores, el régimen laboral de sus trabajadores y el régimen contractual. En efecto, señala el inciso 2 del artículo 87 de la Ley 489 de 1998 lo siguiente:

"No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55815--2-0-2011-10-25 17:59:59

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870000
Sede Cali: Av. Canero 50 No. 26-55 In.L.2 Tel (57 1) 5880234
Comunicador: (57 1) 537 00 00 Fax: (57 1) 537 02 84
Call center: (57 1) 0513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas."

La aplicación del derecho privado respecto a la actividad económica que desarrollan las empresas industriales y comerciales del Estado no tiene otra finalidad que permitirles participar en el mercado en igualdad de condiciones con los particulares en la búsqueda de la clientela. Es por ello que se empieza a aplicar -el derecho privado- a partir del momento en que entra a desarrollar su actividad económica, es decir, ya participando en el mercado conforme a su ley de creación.

En cuanto a la aplicación del derecho público, no hay duda de que se dará frente a las actividades de política pública y actividades ejecutivas de policía o de fomento que la ley les haya encomendado desarrollar a estas entidades, y a los actos de carácter administrativo, tales como los de creación y autorización, los de nombramiento y remoción de sus directivos y organización¹.

5.1 Las empresas industriales y comerciales del Estado no requieren matricularse ni inscribir sus actos y libros en el registro mercantil

5.1.1 El comerciante y su obligación de matricularse en el registro mercantil

En el artículo 10 del Código de Comercio se define así al comerciante: "*son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediano o interpuesta persona*".

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-671 del 5 de septiembre de 2007 en el expediente D-5687, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, reiterada en la Sentencia C-262 del 11 de marzo de 2008 en el expediente D-6978, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa: "De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son entidades de naturaleza jurídica pública, aunque por su objeto algunos de sus actos se rigen por el derecho privado; (ii) debe aplicarse el régimen especial de derecho público -administrativo en los supuestos en que se involucren garantías institucionales de derecho público o reservas de administración pública, que son aquellos en los que no es posible aplicar el derecho privado como la realización de actividades de política pública o de actividades ejecutivas de policía o de fomento; (iii) debe aplicarse el régimen de derecho privado para las actividades que tienen que desarrollarse bajo este régimen, como aquellas de gestión económica o de producción de bienes que se desarrollan en competencia con particulares; (iv) en las zonas de incertidumbre el legislador y aún el Gobierno podrán determinar el régimen jurídico aplicable sin enervar las finalidades propias definidas por la Constitución ni evadir requerimientos ni controles constitucionales; (v) para su evaluación debe tenerse en cuenta las características identificadoras de cada una de las empresas, pues no es la misma tratándose de empresas económicas industriales y comerciales de propiedad del Estado que actúan en competencia o en monopolio, o si se trata de entidades encargadas de la prestación de un servicio público, o de agencias y entidades titulares de funciones administrativas propias tales; (vi) sus empleados y trabajadores son trabajadores oficiales salvo en los cargos de dirección y confianza en los cuales se tiene la calidad de empleado público y son de libre nombramiento y remoción."

De acuerdo con esta definición legal, comerciante es quien realiza de manera profesional de actos de comercio. Es decir, que las condiciones esenciales de la definición son: (i) el ejercicio profesional de la actividad y (ii) el carácter de acto de comercio que debe tener dicha actividad.

Atendiendo lo ordenado en el artículo 28 del Código Civil, según el cual las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, coincidimos con la apreciación del doctrinante Enrique Gaviria Gutiérrez², según el cual el ejercicio profesional de la actividad comercial supone una dedicación o práctica habitual de la misma, que debe darse a título oneroso para que su profesión le sirva como medio de vida. En cuanto a las actividades que tienen el carácter de actos de comercio, puede consultarse la enunciación de las mismas en el artículo 20 del Código de Comercio.

En este orden de ideas, puede afirmarse que es comerciante la persona que de manera habitual y a título oneroso realiza alguna de las actividades que la ley considera mercantiles y de él es exigible el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el artículo 19 del Código de Comercio, entre las cuales se encuentra la de matricularse en el registro mercantil, siendo la sanción para su incumplimiento la prevista en el artículo 37 del mismo ordenamiento, que deberá imponer la Superintendencia de Industria y Comercio.

En criterio de esta Oficina Asesora Jurídica las empresas industriales y comerciales del Estado no son comerciantes desde 2 aspectos: (i) el acto de creación y su publicidad y (ii) el ánimo de lucro:

5.1.2 El acto de creación y su publicidad

Como se indicó anteriormente, en los términos del artículo 85 de la Ley 489 de 1998, las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, lo que significa que si su acto de creación es de tipo legal deberá publicarse de la forma establecida en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y sólo cuando la publicación de la ley se surta el acto será oponible y a partir de ese momento se presumirá que el público conoce toda la información que consta en la misma, tal como su naturaleza jurídica, objeto, régimen legal, dirección y administración. La siguiente sentencia de la Honorable Corte Constitucional ilustra el punto:

“En síntesis, los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes ordenes territoriales existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos

² GAVIRIA DÍAZ, Enrique. Citado en el concepto SIC 09058334 del 30 de agosto de 2005.

Al contestar favor indique el número de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615-7-0 - 2011-10-25 17:55:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870000
Sede CANT: Av. Carrera 50 No. 26-85 Int. 2 Tel (57 1) 5860234
Computador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Cell center: (57 1) 85 13240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Sólo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros."

(...) En el caso de los actos contenidos en el artículo 8º de la ley 57 de 1985, subrogado parcialmente por el artículo 119 de la ley 489 de 1998, es preciso señalar que por la naturaleza de los actos y normas allí enunciadas, como lo son los actos legislativos, las leyes y los actos administrativos del orden nacional o territorial, por ser generales, impersonales y abstractos, e involucrar el interés general, el legislador es exigente en determinar el momento a partir del cual inicia su vigencia. Y dada la trascendencia de los mismos, resulta pertinente condicionar la vigencia y oponibilidad del acto a la publicación del mismo en el diario o boletín oficial para asegurar los principios y derechos enunciados, lo cual como ya se anotó, no afecta la existencia y validez del acto legislativo, de la ley ni del acto administrativo". (Corte Constitucional, sentencia C-957 del 1 de diciembre de 1999, correspondiente al expediente D-2413, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis). (Subraya nuestra)

Por lo tanto, si la ley ha señalado que con la publicación de la ley de creación de una empresa industrial y comercial del Estado se garantiza el cumplimiento del principio de publicidad, exigir a la misma empresa la matrícula en el registro mercantil por considerar que de acuerdo con su objeto se ocupa profesionalmente en alguna actividad que la ley considera mercantil, formalidad que, como ya se analizó, tendría por finalidad principal la de darse a conocer como comerciante, constituiría una imposición, por lo menos, superflua, en la medida que la matrícula replicaría el efecto de la publicación del acto de creación.

El mismo razonamiento es válido para concluir que los actos y documentos de las empresas industriales y comerciales del Estado que hayan sido publicados de la manera establecida en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, tales como el nombramiento y remoción de sus directivos, ya habrían cumplido con el requisito de publicidad, razón por la cual sería superflua su inscripción en el registro mercantil.

Como se observa, una vez la ley de creación es publicada en el Diario Oficial cumple con el requisito de la publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad y se considera que la empresa industrial y comercial del Estado ha sido creada conforme con el ordenamiento jurídico colombiano. No existe un requisito diferente o adicional para que la empresa ejerza la actividad económica para la cual fue creada. En este sentido, exigirle que además de la publicación de su acto de creación en el Diario Oficial se matricule en el registro mercantil sería imponerle un requisito que la ley no ha previsto para su funcionamiento, y mal haría esta entidad en sancionarla por estar ejerciendo el comercio sin haberse matriculado en el registro mercantil cuando la ley relativa a su creación y que la habilita para desarrollar su actividad mercantil, en ningún momento supedita a ese requisito el desarrollo de la actividad económica para

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55815-2.0 - 2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870000
Sede CAN: Av. Carrera 50 No. 26-35 int.2 Tel (57 1) 5880234
Comunicador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

la cual fue creada. Téngase en cuenta que si bien los actos de este tipo de empresa se pueden regir por el derecho privado o por el derecho público, el acto de creación no se rige por el derecho privado por el mismo carácter legal del mismo.

5.1.3 El ánimo de lucro

Como es sabido, a las actividades mercantiles bien pueden dedicarse personas naturales o jurídicas, con el ánimo de realizar el reparto de los excedentes obtenidos con su ejercicio, caso en el cual estarán actuando con ánimo de lucro, o con la finalidad primordial de incrementar con dichos excedentes el patrimonio de la institución, sin que puedan participar en los beneficios quienes constituyeron o fundaron la institución, es decir, sin ánimo de lucro.

Las actividades comerciales con ánimo de lucro pueden ejercerlas tanto los particulares como el Estado, diferenciándose profundamente en cuanto a la finalidad perseguida, como lo advierte el doctrinante Libardo Rodríguez R. refiriéndose puntualmente a las empresas industriales y comerciales del Estado: *"sin embargo, este ánimo de lucro no es igual al que mueve a los particulares, pues éstos se proponen la obtención de utilidades con fines egoístas y personales, mientras que una empresa industrial y comercial del Estado intenta obtener utilidades para beneficio de la misma empresa e indirectamente de la comunidad"*.³

En nuestro concepto, la ausencia de ánimo de realizar el reparto de los excedentes obtenidos con la actividad mercantil sus trae al agente de la calidad de comerciante por no poder deducirse la onerosidad de la misma. Es el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado que emprenden actividades de naturaleza mercantil con el propósito de contribuir al bien común y cumplir los fines del Estado.

Por lo tanto, no teniendo la calidad de comerciantes no puede exigírseles a las empresas industriales y comerciales del Estado el cumplimiento de una obligación que la ley ha instituido expresamente para éstos: la de matricularse en el registro mercantil.

En el mismo sentido de lo expuesto, en la obra de Jorge Hernán Gil Echeverry, "Las Cámaras de Comercio y el Registro Mercantil", de Ediciones Librería del Profesional, edición 1994, pág. 40 (actualmente existe la edición 2008), se sostiene una tesis que compartimos:

"En el Derecho colombiano, las llamadas empresas industriales y comerciales del Estado están excluidas subjetivamente de las regulaciones que son propias de los comerciantes, aunque por aplicación del artículo 11 del propio Código de

³ RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis, novena edición, página 95)

Al contestar favor indicar el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615-2-0-2011-10-25 17:50:53

Stede Centro: Carrera 13 No. 27-20 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870300
Sede Cali: Av. Carrera 50 No. 26-55 lot. 2 Tel (57 1) 5850234
Comunidades: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 5513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

comercio estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto realicen operaciones que tengan la condición de actos de comercio"...".

"En suma, hemos de concluir afirmando que *nuestro ordenamiento jurídico solamente conoce dos clases de comerciantes: Las personas naturales que habitualmente realizan actos de comercio con ánimo de lucro y las sociedades comerciales. Los demás entes morales, tales como fundaciones, las cooperativas, los fondos de empleados y las empresas industriales y comerciales, en la medida en que carecen de ánimo de lucro en la realización de los denominados actos de comercio, porque "no persiguen como fin próximo, remoto o eventual, la obtención de utilidades en dinero distribuibles"* -haciendo nuestro el concepto del H. Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección I- Sentencia del 16 de noviembre de 1983) no son comerciantes". (Cámara de Comercio de Bogotá, Oficio 03-1555, del 30 de diciembre de 1983).

(En este mismo sentido puede consultarse el Oficio N°. 7892 de mayo de 1990).".

5.1.4 Posibilidades de inscribir en el registro mercantil actos de constitución y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado

Si, en gracia de discusión, consideráramos que las empresas industriales y comerciales del Estado son comerciantes, veamos qué actos y documentos deberían ser inscritos de acuerdo con el artículo 28 del Código de Comercio y demás normas pertinentes del Código de Comercio:

1. El acto de constitución. No podría inscribirse en el registro mercantil ni para efectos de publicidad ni para los de funcionamiento, pues, como ya se analizó, la ley ha señalado otra forma de publicidad del acto de creación o autorización de las empresas industriales y comerciales del Estado, al tiempo que no ha señalado un requisito adicional para que dichas entidades entren en funcionamiento.

2. Adiciones o reformas estatutarias que impliquen modificaciones a la estructura orgánica. Los estatutos y sus modificaciones, de las empresas industriales y comerciales del Estado son dictados por sus juntas directivas desarrollando las normas básicas de funcionamiento y organización dictadas en sus actos de creación, pero cuando impliquen modificación a la estructura orgánica, de acuerdo con el artículo 90 de la Ley 489 de 1998, deben someterse a la aprobación del Gobierno, quien se pronuncia al respecto mediante un acto administrativo de carácter general, cuya publicidad debe hacerse por publicación en el Diario Oficial, según la ley. Por lo tanto no podrían, tampoco, inscribirse estos actos.

Al contestar favor indique el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615-2-0 - 2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Cámara 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870030
Sede CAN, Av. Carrera 50 No. 26-55 Int. 2 Tel (57 1) 5860234
Consultar: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 6513240 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

3. Designación y remoción de representantes legales. De acuerdo con el artículo 91 de la Ley 489 de 1998, el gerente o presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, a través de un acto administrativo ejecutivo cuya publicidad también debe surtirse de acuerdo con el artículo 119 de la Ley 489 de 1998. No sería posible, entonces, la inscripción de estos actos.

4. Libros de contabilidad. El Plan General de Contabilidad Pública ha previsto, en su numeral 1.2.7.2. sobre normas técnicas relativas a los libros de contabilidad, entre otras, la obligación de las entidades públicas de llevar libros de contabilidad, los cuales formarán parte de la Contabilidad Pública. Así mismo, ha determinado los libros principales, los auxiliares y la forma de efectuar el registro de los libros principales.

En este sentido, ha dispuesto expresamente que los libros principales *"...deben registrarse mediante la elaboración de un acta de apertura que se suscribirá por el representante legal del ente público, la cual debe quedar inserta en el primer folio de los libros o en el primero que se encuentre hábil. Este requisito es indispensable para iniciar válidamente el proceso de contabilización de las operaciones"*.

No estableciéndose la obligatoriedad del registro de los libros de contabilidad principales de las entidades públicas en la cámara de comercio, puesto que existe un procedimiento especial para su registro, el requisito no es exigible a las empresas industriales y comerciales del Estado.

De tal manera que si, como se concluyó en los numerales arriba en este concepto, para que se cumpla la finalidad del registro mercantil de proporcionar al Estado las condiciones necesarias para dirigir y controlar efectivamente la actividad económica, es esencial que en el registro se reúnan los datos mínimos de quienes a nombre propio o a través de una empresa pretenden participar en actividades económicas mediante la compra y venta de bienes y servicios, carecería de utilidad exigirle a las empresas industriales y comerciales del Estado la inscripción de unos actos que no podrían inscribirse en el registro mercantil por haberles fijado la ley otros mecanismos de publicidad y efectividad.

6. Respuesta al cuestionario

6.1 ¿Las empresas industriales y comerciales del Estado se matriculan en las cámaras de comercio?

Las empresas industriales y comerciales del Estado creadas por la ley no deben matricularse en el registro mercantil.

6.2 Si además de su matrícula mercantil deben inscribirse las reformas y nombramientos de las citadas entidades en el registro mercantil.

Al contestar la presente indique el número de radicación que se indica a continuación.
Radicación: 11-55615 - 20 - 2011-10-25 17-59-53

Sede Central: Carrera 13 No. 27-00 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5870000
Bofe CAH: Av. Carrera 53 No. 26-05 Int. 2 Tel (57 1) 5880234
Corrutador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 84
Call center: (57 1) 8513248 Línea gratuita nacional: 018000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia

Las empresas industriales y comerciales del Estado no deben inscribir en el registro mercantil sus actos y documentos.

6.3 Si deben registrar libros de ^{3a}áctas de asamblea y junta directiva y el libro de registro de acciones.

Las empresas industriales y comerciales del Estado no deben inscribir en el registro mercantil sus libros de comercio.

Para mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y de las normas objeto de aplicación por parte de esta entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Atentamente,



WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Asesor de la Oficina Jurídica
WABD/

Al contestar favor indicar el número
de radicación que se indica a continuación:
Radicación: 11-55615-2-0 - 2011-10-25 17:59:53

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-40 pisos 3,4,5,6 y 10 PBX: 5970000
Sede CAN: Av. Carrera 50 No. 28-55 Int. 2 Tel: (57 1) 5880234
Computador: (57 1) 587 00 00 Fax: (57 1) 587 02 04
Call center: (571) 6513240 Línea gratuita nacional: 016000-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co Bogotá D.C. Colombia