



OFICIO 220-025763 DEL 08 DE FEBRERO DE 2022

ASUNTO: EICE - ASOCIACIÓN

Me refiero a las siguientes inquietudes trasladadas a esta entidad por la Superintendencia de Industria y Comercio:

“¿Para este tipo de proceso existe la figura de fusión empresarial y cuáles serían los trámites y requisitos a considerarse?”

¿Qué obligaciones comerciales conservarían las personas jurídicas accionistas en la sociedad?”

Previamente a atender sus inquietudes debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo y sus respuestas a las consultas no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con base en lo expuesto, se expondrán unas consideraciones generales para responder sus inquietudes de manera ilustrativa, toda vez que esta entidad no es competente para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los que regulan a las sociedades comerciales de conformidad con sus funciones específicas determinadas en el artículo 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

Para responder la primera pregunta, es preciso recordar lo indicado por la Corte Constitucional:

“Facultades del Congreso en lo concerniente a la fijación del régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado que no comprende aquellas decisiones de carácter, exclusivamente, administrativo, como pueden ser las relacionadas con la determinación de la estructura interna física y de personal

de una entidad estatal, las cuales pertenecen a la órbita de competencia del Ejecutivo, cuya potestad se ejerce con el fin de cumplir con los objetivos asignados a las respectivas empresas.

Régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, que de manera general se encuentra consagrado en la Ley 489 de 1998, que consagra las normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y los principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución.

En efecto, el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, señala que las empresas industriales y comerciales del Estado “podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma”. En el mismo sentido el artículo 85 de dicha ley dispone que dichas empresas “son 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 reúnan como características la de tener (i) personería jurídica, (ii) autonomía administrativa, (iii) financiera, y, (iv) capital independiente, constituido totalmente con bienes o 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.

En cuanto al contenido del acto de creación de una entidad descentralizada, la Corte al interpretar el artículo 150-7 de la Constitución, respecto al artículo 50 de la Ley 489 de 1998 que lo desarrolla, señaló:

“... el contenido del acto de creación de una entidad descentralizada debe asignar a ésta los objetivos y estructura orgánica, los que naturalmente deben estar en consonancia con las finalidades propias del Estado y servir a su cabal realización y que de acuerdo con las características institucionales y funcionales que en cada caso haya definido el legislador, también corresponde a éste determinar los mecanismos de armonización con las políticas y planes adoptados, los controles que graviten sobre la entidad y la forma como han de ejercerse por razón de las actividades específicas asignadas legalmente.

...

De lo allí explicado se desprende que i) en desarrollo del artículo 150-7 de la Carta, que otorga competencia al legislador para crear, suprimir o fusionar entidades del orden nacional y para señalar sus objetivos y estructura orgánica, el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, al definir lo que se entiende por contenido de los actos de creación de una entidad, dispone expresamente que la estructura orgánica de un organismo comprende la determinación de los siguientes elementos: (a) la denominación, (b) la naturaleza jurídica y el consiguiente



régimen jurídico, (c) la sede, (d) la integración de su patrimonio, (e) el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y (f) el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos o vinculados; ii) también la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en torno al alcance de la competencia legislativa para establecer la estructura orgánica de una entidad, coincidiendo plenamente con el criterio orgánico, en el sentido de que dicha facultad incluye además de la determinación de los órganos de administración y dirección la definición de los regímenes jurídico, patrimonial y laboral de los funcionarios y empleados de la respectiva entidad; iii) dentro de los parámetros constitucionales, el deslinde de competencias corresponde al legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, puesto que, al establecer la estructura orgánica de las entidades que cree, puede hacerlo con mayor o menor detalle, y lo mismo acontece respecto del señalamiento de las respectivas competencias”.

(...)

En relación con el establecimiento del régimen jurídico aplicable a estas empresas, que según se ha expuesto corresponde a la configuración del legislador, según asignación constitucional, cabe mencionar que el artículo 93 de la ley 489 de 1998 dispone que, en relación con el régimen de los actos y contratos, los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

(...)

Al respecto del régimen jurídico por el que se rigen las empresas industriales y comerciales del Estado, la Corte ha considerado que si bien existen zonas de certeza sobre la utilización del derecho privado en cuanto a la actuación de estas empresas, que se explican por la exigencia de una mayor flexibilidad en el desarrollo de sus actividades ellos no puede entenderse en el sentido de eliminar la naturaleza jurídica pública de dichas empresas ni que se pueda examinar su actividad sin tomar en cuenta sus “características identificadoras”. Así lo expuso en la sentencia C-992 de 2006, al manifestar:

“La Corte señaló en efecto lo siguiente en la sentencia C-629 de 2003:

“En el ámbito de la doctrina del derecho de la organización estatal constituye tema capital el relativo al régimen jurídico aplicable a las entidades que conforman la administración del Estado y a los principios y criterios constitucionalmente deducibles que hayan de guiar al legislador y, en ciertas

circunstancias, al Gobierno y a la propia administración, para determinar si algunas agencias o dependencias estatales y actividades a cargo de éstas han de regirse forzosamente por el derecho público -administrativo- o por el derecho privado, de manera integral o parcial, o si en todo caso puede el legislador escoger discrecionalmente dicho régimen.

Las respuestas al respecto han pasado por la necesidad de reconocer en el texto constitucional mismo garantías institucionales de derecho público o reservas de administración pública que llevarían a hacer forzosa en esos supuestos la aplicación de un régimen especial de derecho público -administrativo-, en un extremo, hasta la afirmación de la existencia de actividades que tienen que ser desarrolladas en régimen de derecho privado, en el otro extremo. Estas situaciones extremas constituirían las denominadas zonas de certeza positiva y negativa, respectivamente, quedando entre ellas una zona de incertidumbre (la que tiende a identificarse con la actividad de servicio público y la instrumental logística o de suministro de la administración) donde el legislador -y aún el Gobierno- podría discrecionalmente determinar el régimen jurídico aplicable.

En ese orden de ideas, en la zona de certeza positiva aparecerían aquellos supuestos en los cuales no es posible acudir a la aplicación del régimen de derecho privado; los que en la doctrina se han identificado con la realización de actividades de política pública o de actividades ejecutivas de policía o de fomento, pues se considera que éstas hacen parte de la reserva de administración pública y han de ser desarrolladas con la forma prevista en su garantía constitucionalmente explícita. En la zona de certeza negativa aparecen aquellas actividades, generalmente de gestión económica o de producción de bienes (comerciales o industriales) que el Estado opta por desarrollar en competencia con agentes económicos particulares.”.¹

Por tanto, es competencia al legislador fusionar entidades del orden nacional, esto de acuerdo con lo determinado en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Política.

Por su parte, es importante destacar que el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, dispone:

“El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.
2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.

1 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 691 (5 de septiembre de 2007). [En Línea]. M.P. Doctora CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. [Consultado el 3 de febrero de 2022]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-691-07.htm>

3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.

4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.

5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

6. Siempre que como consecuencia de la descentralización de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

PARAGRAFO 1o. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

PARAGRAFO 2o. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.

La Corte Constitucional declaró exequible el referido artículo 52, por las siguientes razones:

“ (...) Ahora bien, en cuanto concierne a la modificación de la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional, es del resorte ordinario de las competencias que la Carta atribuye al Legislador, trazar las directrices, principios y reglas generales que constituyen el marco que da desarrollo al numeral 7º. del artículo 150, pues es al Congreso a quien compete “determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica”, como en efecto, lo hizo en los artículos 52 y 54 -excepto sus numerales b); c); d); g); h); e i) -que serán materia de consideración aparte-, razón ésta que lleva a la Corte a estimar que,

por este aspecto, están adecuados a los preceptos de la Carta, comoquiera que se ajustó en un todo a sus mandatos.

En efecto, en el artículo 52 previó los principios y orientaciones generales que el ejecutivo debe seguir para la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales; en los numerales a); e); f); j); k); l) y m) del artículo 54 trazó los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y los demás organismos administrativos del orden nacional. Así, pues, en cuanto a la acusación examinada, los preceptos mencionados, son exequibles.(...)”².

En consecuencia, el Gobierno Nacional en el momento que se suprima la empresa industrial y comercial del estado, tendrá las reglas del artículo 52 para ejecutar dicha disposición, entre ellas “los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.”. Lo anterior para responder la segunda inquietud.

Sin embargo, la figura que el consultante indica no se establece de manera particular en la legislación nacional, siendo así que la forma correcta podría ser la asociación.

Al respecto, es preciso reiterar lo señalado por la Corte Constitucional:

“Del régimen Jurídico que regirá las empresas, sociedades y filiales a que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, con fundamento en lo previsto en el artículo 210 de la Constitución, corresponde a la potestad de configuración del legislador. En esta medida dispuso, (i) en el artículo 38, parágrafo, de la misma ley, que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado; (ii) en el art. 94, inc. 1º, de la mencionada ley, que las empresas y sociedades que se creen con participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio; (iii) que las filiales en las que participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada se regirán en cuanto a sus actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros por las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria; y, (iv) que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado con participación de particulares se regirán por las disposiciones previstas para las sociedades de economía mixta. Régimen jurídico de

2 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 (20 de septiembre de 1999). [En Línea]. M.P. Doctor Fabio Morón Díaz. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2352#1>

sociedades y filiales dispuesto en el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, en cuanto se someten a las reglas del derecho privado, que no se opone las disposiciones constitucionales, pues obedece la potestad que para su configuración entregó la propia Constitución al legislador (art. 210). Sociedades y filiales que para la eficacia de la gestión económica dispuesta en el acto de creación, es decir para desarrollar actividades de naturaleza industrial y comercial, deben estar sometidas a un régimen que les permita la competencia con particulares, sin que por tal circunstancia pierdan su condición de entidades públicas.”³

Así las cosas, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, claramente establece:

“ARTÍCULO 97.- Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.”, siendo que en el acto de constitución se indicará cuál será el objeto y/o las actividades que conformarán el mismo en la nueva sociedad filial, sin que las empresas accionistas de las mismas dejen de existir.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

3 Op. Cit. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-691 (5 de septiembre de 2007).