

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 18- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, por la cual se sustituye el Título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través de su comunicación de fecha 3 de septiembre de 2018, en la que para efectos de los pliegos de condiciones de procesos de selección de contratos de obra pública, solicita concepto jurídico sobre la obligatoriedad del registro mercantil de profesiones liberales que ejercen actividades de construcción de obra, preguntando:

“Si es o no procedente que el Municipio (...) exija el certificado de inscripción en el Registro Mercantil vigente y en firme expedido por la Cámara de Comercio dentro de los treinta (30) días calendario anteriores al cierre del presente proceso a la persona natural, como proponente singular o como integrante de un proponente plural, cuando se trata de participantes profesionales en ingeniería civil y arquitectura o constructor en arquitectura e ingeniería, para participar en procesos de selección objetiva para ejecutar obras civiles.”

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta 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”.

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE CÁMARAS DE COMERCIO:

En cuanto a las funciones específicas de esta Entidad frente a las cámaras de comercio, se encuentran las señaladas en el Código de Comercio en los artículos 27,37,82 y 87 y en el artículo 1, numerales 17,18, 19 y 20 del Decreto 4886 de 2011, que a la letra señalan:

“17. Ejercer el control y vigilancia de las Cámaras de Comercio, sus federaciones y confederaciones de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia y coordinar lo relacionado con el registro mercantil.

18. 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.

19. Ejercer de acuerdo con la ley las funciones relacionadas con el registro único de proponentes.

20. Resolver los recursos de apelación y queja interpuestos contra los actos expedidos por las Cámaras de Comercio.”

En ese orden de ideas, se procederá en primer lugar, a precisar que en materia de contratación pública y procesos de selección pública esta Entidad carece de competencia para pronunciarse por cuanto la Entidad la competente en el tema es la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en virtud del Decreto 4170 de 2011. En segundo lugar, advertido lo anterior, procederemos al desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial que corresponda realizar en torno al objeto de la petición como eje central.

3.1. Registro Mercantil

El artículo 19 del Código de Comercio dispone que es obligación de todo comerciante:

“1o) *Matricularse en el registro mercantil;*

“2o) *Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.*”

Las personas que se dediquen profesionalmente al comercio son consideradas por ministerio de la ley como comerciantes y, en tal virtud, tienen la carga de cumplir con las obligaciones que la misma ley les impone, esto es, entre otras, **la de matricularse en el registro mercantil e inscribir en él todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley les exija esa formalidad.**

Por su parte, el artículo 26 del código de comercio, establece:

“Art. 26. Registro Mercantil - Objeto - Calidad. *El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.*

El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.”

La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 602 de 2000, ha manifestado que:

“Todo comerciante tiene la obligación de matricularse en el registro mercantil. En estricto rigor la matrícula mercantil es un medio legal que permite brindar publicidad sobre la condición de comerciante. En este mismo sentido, los demás actos de inscripción de actos, libros y documentos, en el registro mercantil, constituyen formalidades legales a cuyo cumplimiento no pueden sustraerse los comerciantes, y también se encaminan a fortalecer el sistema de publicidad mercantil.”(Resaltado fuera del texto)

Conforme al artículo 100 del Código de Comercio **“Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles”**. En este sentido, una sociedad será comercial cuando en su objeto social se haya previsto la realización de operaciones o actos mercantiles.

Las sociedades de naturaleza mercantil deben cumplir, en su calidad de comerciantes, con la obligación prevista en el artículo 19 del Código de Comercio y, por lo tanto, deben matricularse en el registro mercantil a cargo de las cámaras de comercio.

3.2 Finalidad del Registro Mercantil

El registro mercantil, como todo registro de carácter público, está instituido precisamente para proteger a los terceros, dando publicidad a los aspectos más relevantes sobre la identificación

y la actividad de los comerciantes, y, por lo tanto, la información allí registrada debe corresponder a la realidad.

En consecuencia, las inscripciones en el registro mercantil tienen como finalidad darles publicidad frente a terceros y, por tanto, hacerlas oponibles frente a estos, es decir, darles publicidad mercantil.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-621 de 2003 (1), señaló:

“Naturaleza Jurídica del Registro Mercantil.

3. Dice el artículo 26 del Código de Comercio que el registro mercantil tiene por objeto “llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.” Agrega que tal registro será público y que “cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.”

Coinciden unánimemente la doctrina y la jurisprudencia en reconocer que el registro mercantil es un instrumento de publicidad para la vida comercial, cuyo objeto es permitir al público el conocimiento ciertos datos relevantes para el tráfico mercantil. Algunos hechos y actividades de esta naturaleza producen efectos no sólo entre la partes, sino también frente a terceros, por lo cual, por razones de seguridad jurídica, es menester que exista un mecanismo para su conocimiento público. Por ello, la ley impone al comerciante la obligación de dar publicidad a tales hechos o actos, así como su propia condición de comerciante. Este interés de terceros, señala acertadamente Garrigues, no es un interés difuso, sino concreto.

A diferencia de otros registros que son de naturaleza real, como el registro inmobiliario, el registro mercantil es de naturaleza personal porque lo inscrito es la persona misma en su condición de comerciante y los hechos y actos que a él lo afectan frente a terceros. Usualmente se le reconoce un carácter meramente declarativo, en cuanto es simplemente un mecanismo de publicidad de ciertos hechos o actos relevantes en el tráfico mercantil. Es decir, la inscripción en el registro no es un requisito de aquellos que son necesarios para la existencia o para la validez de los actos jurídicos inscritos, sino que únicamente los hace conocidos y por lo tanto “oponibles” a los terceros. Así, una vez hecho el correspondiente registro, el acto tendrá efectos no sólo entre quienes participaron en él, sino erga omnes, por lo cual en adelante nadie podrá alegar su desconocimiento. Este es el principio que se conoce como de “publicidad material del registro”, en virtud del cual, una vez inscrito, el acto se supone conocido de todos. Por lo anterior, la doctrina señala que la finalidad inmediata del registro es dar seguridad a las relaciones que implican la responsabilidad jurídica del comerciante.(...)”

Sobre el tema, la doctrina (1) ha señalado, *“El registro es el acto por el cual la Administración anota en la forma prescrita por el Derecho objetivo, determinados actos o hechos cuya realización se quiere*

hacer constar en forma auténtica; por ejemplo, inscripción de nacimientos, matrimonios, defunciones, contratos etc.

El acto de registro puede hacerse de oficio, a petición de parte o por mandato de autoridad competente. A veces es facultativo, otras obligatorio. Los efectos que derivan de estos actos son variados: por ejemplo, darle fecha cierta, hacerle sufrir efectos respecto de terceros, perfeccionar el acto, asignarle fuerza legal, etc.

La certificación es el acto por el cual la Administración afirma la existencia de un acto de un hecho. Se hace constar por escrito, entregándose el documento respectivo al interesado.

Puede referirse a actos celebrados entre particulares (generalmente registrados ante la Administración) o a relaciones entre los particulares y la Administración, o exclusivamente a actos de esta última.” (subrayado fuera de texto)

3.3 Personas y Actos sujetos a registro

En el registro mercantil se inscriben todos los actos y documentos que conforme a la ley se deben inscribir con el fin de darle publicidad a dichos actos, y, a efectos que las personas interesadas se opongan al acto inscrito.

En cuanto a los libros y actos de las sociedades comerciales sujetos a registro se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Comercio, así como lo señalado en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el Título VIII, numeral 1.1.1.

En efecto, el artículo 28 del Código de Comercio, dispone los actos sujetos a registro ante las cámaras de comercio:

“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 quiebra¹(1); 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;

¹ El Título II del Libro Sexto del Código de Comercio, que trata del concepto de quiebra, fue derogado expresa e íntegramente por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995, publicada en el Diario Oficial No. 42.156 del 20 de diciembre de 1995. El Capítulo III del Título II, Régimen de Procesos Concursales, de la Ley 222 de 1995, introduce el “trámite de liquidación obligatoria”, artículos 149 a 208.

- 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 contabilidad² (2), 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 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. Los actos correspondientes a procesos concursales que se inscriben en el registro mercantil se encuentran señalados en la Ley 222 de 1995.”*

En relación con las personas que deben inscribirse en el registro mercantil, el artículo 28 del Código de Comercio, señala las personas y actos sujetos a registro, entre los cuales en el numeral 1 se establece que se deberán inscribir las personas que se dediquen profesionalmente al comercio y sus auxiliares tales como comisionistas, corredores, agentes, entre otros.

En este orden, es deber de los comerciantes personas naturales o jurídicas inscribirse en el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio.

3.4 El ejercicio de Profesiones Liberales y el registro mercantil

El Código de Comercio, en el artículo 23, señala:

“Artículo 23. Actos que no son mercantiles.

- 1o) *La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;*
- 2o) *La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;*
- 3o) *Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;*
- 4o) *Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las*

² A partir de la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012, es decir, a partir del 10 de enero de 2012, tales libros no están sujetos a registro, pues el artículo 175 de esta norma modificó el numeral 7 del artículo 28 del Código de Comercio

actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y

5o) **La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.**” (Resaltado fuera del texto)

De acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 23 del Código de Comercio, no se considera acto mercantil **“la prestación de servicios inherentes a profesiones liberales.”**

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia de mayo 16 de 1999, manifestó *“a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de comercio definen lo que debe entenderse por **“profesionales liberales”**, del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, confrontando los conceptos de “profesión” y de “arte liberal” y de acuerdo con la concepción tradicional que se ha tenido de aquel concepto, **puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico.**”* (Resaltado fuera del texto)

La misma Corporación, en sentencia del 15 de agosto de 1.997, señaló:

“De conformidad con el numeral 5º del artículo 23 del Código de Comercio, la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, no son mercantiles y no se pierde tal carácter con el hecho de que los mismos se realicen a través de una unidad económica organizada, pues el artículo 20 de la misma obra no cataloga como mercantiles a la prestación de servicios por un grupo de profesionales, ni porque se realice a través de una unidad económica organizada, lo que significa, que independientemente del medio que se utilice para prestar los servicios profesionales si estos corresponden a las profesiones liberales, como es la medicina, no son mercantiles.” (Subrayado fuera del texto)

Por su parte, el tratadista Gabino Pinzón, en su libro Introducción al Derecho Comercial. 3a. edición, 1985, Págs. 162 y 165, señala:

“(…) no puede afirmarse, como piensan algunos, que toda empresa, esto es, toda actividad económica organizada es mercantil, teniendo en cuenta la simple forma organizada de la actividad, independientemente del objeto de la misma. Porque el derecho del país sigue siendo rígidamente objetivo y para efectos de aplicar las leyes comerciales o las leyes meramente civiles no es del caso distinguir entre empresarios y no empresarios, sino entre comerciantes y no comerciantes, según que se desarrollen profesionalmente o no actos calificados o calificables como de comercio. Por lo cual puede hablarse de empresas comerciales y de empresas meramente civiles, ya que tanto los actos mercantiles como los que no tienen esa calidad pueden ser desarrollados en forma organizada.” (Subrayado fuera del texto)

Conforme a la normativa, jurisprudencia y doctrina señaladas, quienes se dedican a la prestación de servicios inherentes a profesiones liberales, en principio, no pueden ser considerados comerciantes y en ese caso, no tendrían la obligación de cumplir con los deberes

previstos en el artículo 19 del Código de Comercio, entre los cuales, se encuentra el de matricularse en el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio.

4. Registro Único de Proponentes- RUP

El Decreto 1082 de 2015, respecto de la inscripción en el RUP de los proponentes, en los artículos 2.2.1.1.1.5.1 a 2.2.1.1.1.5.6, dispone:

“Artículo 2.2.1.1.1.5.1. Inscripción, renovación, actualización y cancelación del RUP. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las Entidades Estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley.

La persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año. De lo contrario cesan los efectos del RUP. La persona inscrita en el RUP puede actualizar la información registrada relativa a su experiencia y capacidad jurídica en cualquier momento.

Los inscritos en el RUP pueden en cualquier momento solicitar a la Cámara de Comercio cancelar su inscripción.”

“Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier Cámara de Comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La Cámara de Comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente.

1. Si es una persona natural:

(...)

b) Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a **contratos ejecutados** o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel;

2. Si es una persona jurídica:

e) Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos

ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. **Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes;**” (...) (subrayado fuera de texto)

“Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv.

Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv. (...)”

“Artículo 2.2.1.1.1.5.5. Formulario. La Superintendencia de Industria y Comercio autorizará el formulario de solicitud de registro en el RUP y el esquema gráfico del certificado que para el efecto le presenten las cámaras de comercio.”

“Artículo 2.2.1.1.1.5.6. Certificado del RUP. El certificado del RUP debe contener: (a) los bienes, obras y servicios para los cuales está inscrito el proponente de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios; (b) los requisitos e indicadores a los que se refiere el artículo 10 del presente decreto; (c) la información relativa a contratos, multas, sanciones e inhabilidades; y (d) la información histórica de experiencia que el proponente ha inscrito en el RUP. Las cámaras de comercio expedirán el certificado del RUP por solicitud de cualquier interesado. Las Entidades Estatales podrán acceder en línea y de forma gratuita a la información inscrita en el RUP.”

De acuerdo con las disposiciones anteriores, las personas interesadas en participar en procesos de selección de entidades públicas, deberán inscribirse en el Registro Único de Proponentes, salvo las excepciones previstas en la ley.

5. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

Las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente al comercio, se rigen por las normas comerciales y, en consecuencia, tienen la obligación de inscribirse en el registro

mercantil que llevan las cámaras de comercio con jurisdicción en el lugar donde desarrollen su actividad comercial, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 19 del Código de Comercio.

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado en la jurisprudencia relacionada en el numeral 3.4 en cuanto a que *“la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, no son mercantiles y no se pierde tal carácter con el hecho de que los mismos se realicen a través de una unidad económica organizada”*, las personas naturales que ejerzan profesiones liberales no pueden catalogarse como comerciantes, y, por tanto, no tienen el deber de matricularse en el registro mercantil. Por el contrario, las personas jurídicas conformadas por profesionales liberales que dentro de sus actividades realicen de manera profesional y permanente actos de comercio, serán comerciales y por tanto deberán cumplir con la obligación de inscripción en el registro mercantil.

En consecuencia, frente a su inquietud, es importante señalar que no se debe confundir la obligación de los comerciantes de inscribirse en el registro mercantil -artículo 19 del Código de Comercio- con la que tienen las personas jurídicas o naturales que ejercen profesiones liberales como la ingeniería civil o la arquitectura que deseen contratar con el Estado de inscribirse en el Registro Único de Proponentes –RUP- de conformidad con lo establecido en los artículos 6 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015 y de inscribir los contratos para efectos de acreditar experiencia en el objeto a contratar vgr. contratos de obra.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina-1>

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1755 de 2015, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente link <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ>

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, por la cual se sustituye el Título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

4. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través de su comunicación de fecha 3 de septiembre de 2018, en la cual consulta:

“(...) deseo solicitar respetuosamente información sobre la necesidad de registrar ante la Cámara de Comercio una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Lo anterior, para tener claridad sobre cual (sic) es el tratamiento que se le está dando actualmente al tema, debido a que he encontrado diferentes conceptos que no tienen una posición unánime y requerimos dicha información para proceder respectivamente.”

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

5. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta 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”.

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver sus inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

6. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE CÁMARAS DE COMERCIO

En cuanto a las funciones específicas de esta entidad frente a las cámaras de comercio, se encuentran las señaladas en el Código de Comercio en los artículos 27,37,82 y 87 y en el artículo 1, numerales 17,18, y 19 del Decreto 4886 de 2011.

17. Ejercer el control y vigilancia de las Cámaras de Comercio, sus federaciones y confederaciones de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia y coordinar lo relacionado con el registro mercantil.

18. 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.

19. Ejercer de acuerdo con la ley las funciones relacionadas con el registro único de proponentes.

Igualmente, corresponde, a esta Entidad, en materia de registro mercantil, (i) resolver los recursos de apelación y queja interpuestos contra los actos expedidos por las cámaras de comercio; (ii) 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, (iii) establecer los formatos de inscripción y renovación de la inscripción en el RUES (Registro Único Empresarial y Social), (iv) establecer la información requerida para la inscripción en el RUES, (v) establecer la información requerida para la renovación de la inscripción en el RUES, (vi) regular la integración e implementación del RUES, atendiendo principios específicos y de manera armónica con las disposiciones estatutarias y con las contenidas en códigos, respecto de los registros que lo conforman.

En ese orden de ideas, se procederá en primer lugar al desarrollo constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial que corresponda realizar en torno al objeto de la petición como eje central.

3.1 Función Pública Registral de las Cámaras de Comercio

Las funciones públicas que desarrollan las cámaras de comercio están relacionadas con su función registral, la cual de conformidad con lo previsto en el artículo 166 del Decreto 19 de 2012, será realizada de manera unificada a través del Registro Único Empresarial y Social - RUES-, el cual está conformado, entre otros, por el Registro Mercantil, el Registro Único Empresarial – RUE, el Registro Único de Proponentes – RUP, el Registro de Entidades sin ánimo de lucro, con el fin de brindar al Estado, a la sociedad en general, a los empresarios, a los contratistas, a las entidades de economía solidaria y a las entidades sin ánimo de lucro una herramienta confiable de información unificada tanto en el orden nacional como en el internacional.

Para el **ejercicio de estas funciones públicas**, las cámaras deben regirse por la competencia propia de las autoridades administrativas y, por lo tanto, sus facultades son eminentemente regladas y restringidas a lo expresamente consagrado en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución.

3.2 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 inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto 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.

3.2.1 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*

-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.

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)

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.

3.2.2 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 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.

3.3 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 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 cobija 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 lleven 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.

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 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 organización³(1).

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

3.3.1.1 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, intermediario o interpuesta persona"*.

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.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-671 del 5 de septiembre de 2007 en el expediente D-6687, 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 éste 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 podrían 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 propiamente 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."

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 Gutiérrez⁴(2), 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:

3.3.1.2 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 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

⁴ GAVIRIA DÍAZ, Enrique. Citado en el concepto SIC 03058334 del 30 de agosto de 2005.

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 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.

3.3.1.3 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 estos 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"*.⁵(3)

En nuestro concepto, la ausencia de ánimo de realizar el reparto de los excedentes obtenidos con la actividad mercantil sustrae 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 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)."

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

Los actos y documentos que deben ser inscritos en el registro mercantil de acuerdo con el artículo 28 del Código de Comercio, son el acto de constitución, las adiciones o reformas estatutarias, y la designación y remoción de representantes legales.

⁵ RODRÍGUEZ R., Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Editorial Temis, novena edición, página95)

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.

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.

7. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

4.1 En materia registral la función de las cámaras es completamente taxativa, reglada y subordinada a las prescripciones de ley, esto es, sujeta al cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente y en las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, las cámaras deberán proceder a registrar todos los actos y documentos sujetos a registro.

4.2 Conforme a lo señalado, la opinión de esta Oficina Asesora Jurídica que ha sido reiterada en varios conceptos es que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no deben inscribirse en el registro mercantil a cargo de las cámaras de comercio. Ver conceptos 11-55615, 14-57720, 14-164194, 14-195174 y 14-15-229105, 16- 114883 en nuestra página web www.sic.gov.co/ Normativa/ Doctrina.

Lo anterior, dada 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 en el registro mercantil por haberles fijado la ley otros mecanismos de publicidad y efectividad.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/drupal/Doctrina-1>

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1755 de 2015, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente link <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: xxx
Revisó: Rocío Soacha
Aprobó: Rocío Soacha