

OFICIO 220-074897 DE 09 DE ABRIL DE 2024

ASUNTO: LIBRO DE REGISTRO DE SOCIOS EN EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia mediante la cual formula una consulta en los siguientes términos:

"UNA EICE CONSTITUIDA POR ESCRITURA PÚBLICA, BAJO LA NATURALEZA DE UNA SOCIEDAD LTDA ESTARÍA OBLIGADA A LLEVAR UN LIBRO DE REGISTRO DE SOCIOS (NO REGISTRADO) PERO SI DOCUMENTADO, COMO LO ESTABLECE EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA LAS SOCIEDADES LTDA ASÍ:

ART, 361 C. CO: LA SOCIEDAD LLEVARÁ UN LIBRO DE REGISTRO DE SOCIOS, (REGISTRADO EN LA CÁMARA DE COMERCIO,) EN EL QUE SE ANOTARÁN EL NOMBRE, NACIONALIDAD, DOMICILIO, DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN Y NÚMERO DE CUOTAS QUE CADA UNO POSEA, ASÍ COMO LOS EMBARGOS, GRAVÁMENES, Y CESIONES QUE SE HUBIEREN EFECTUADO, AÚN POR VÍA DE REMATE." (SIC)

Previamente a responder 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, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada. A su vez, sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder su consulta en los siguientes términos:

Sobre el particular, es preciso remitirse al Oficio 220-242822 de 15 de noviembre de 2022 proferido por esta Oficina, el cual es del siguiente tenor:

"(...) De conformidad con la norma, corresponde a esta Superintendencia, como supervisor de las cámaras de comercio, atender las consultas de carácter general sobre las competencias que en las materias indicadas, sean formuladas por los usuarios externos de la Entidad, sin perjuicio de la autonomía que le corresponde a las cámaras de comercio para el debido ejercicio de sus competencias en el marco de las funciones que les han sido encomendadas por ministerio de la ley.

Con el alcance indicado, este Despacho se permite hacer las siguientes consideraciones de orden legal:

La petición de consulta advierte que presuntamente no existe claridad sobre el procedimiento a seguir para constituir una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en adelante EICE, bajo el tipo societario S.A.S., dado que la Superintendencia de Industria y Comercio en el año de 2016, cuando era la titular de la competencia de

vigilancia de cámaras de comercio, emitió un concepto que eliminó la posibilidad de que una EICE pueda ser inscrita en el Registro Mercantil.

El concepto aludido, corresponde al Oficio identificado con el número 114883 del de junio de 2016, emanado de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

"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."

(...)

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 órdenes 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 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).

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.

(...)

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.

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.”

El extenso pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, brinda completa claridad respecto de la improcedencia de la inscripción o matrícula de las EICE en el Registro Mercantil.

Esta posición fue también definida por esta Superintendencia al asumir su competencia como supervisor de las cámaras de comercio, mediante la expedición de la Circular Externa 100-000002 de 2022, a través de la cual se impartieron instrucciones a las cámaras de comercio:

“1.1.9. Abstención. Las cámaras de comercio se abstendrán de efectuar la renovación de la matrícula mercantil o la inscripción de actos, libros y documentos, según aplique, en los siguientes casos:

(...)

1.1.9.7. Cuando en el formulario de matrícula o renovación de una persona natural o un establecimiento de comercio no se relacionen actividades mercantiles o sean empresas comerciales o industriales del Estado.”

Pero la clave para solucionar la incógnita que se propone en la consulta, consiste en señalar que las EICE, a las cuales va dirigida la restricción de inscripción en registro mercantil, corresponde a entidades descentralizadas del orden nacional o territorial que en su constitución jurídica no se organizan como sociedades comerciales.

*Como lo precisa el Departamento Administrativo de la Función Pública, “(...) las entidades creadas mediante un acto unilateral, son las creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos; esto significa que, mediante normas de rango legal, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, **por lo que es en estas normas que hay que buscar su regulación, los elementos que las constituyen, el derecho aplicable.**” (...)*”¹.

Así las cosas, las empresas industriales y comerciales del Estado creadas mediante un acto unilateral, son las creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos, esto significa que, mediante normas de rango legal, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, por lo que es en estas normas que hay que buscar su regulación, los elementos que las constituyen y el derecho aplicable². En este sentido, en principio, no estaría obligada a llevar libro de registro de socios salvo disposición normativa particular aplicable a la entidad, tal y como se señaló previamente y, por lo tanto, se deberá analizar cada caso particular.

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-242822 (15 de noviembre de 2022). Asunto: Sociedades de capital público – Registro Mercantil. Disponible en:

<https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/XnR-1IQBwA8Rhf3b6Lk#/>

² COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 361881 de 2020. Disponible en:

<https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=143599>

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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, la Circular Básica Jurídica y el aplicativo Tesoro donde podrá consultar la doctrina jurídica y la jurisprudencia mercantil de la Entidad.