220-17307 del 17 de abril de 2002

Ref. A una empresa industrial y comercial del estado no le es aplicable el código de comercio.

Me refiero a su comunicación radicada en esta Entidad con el número 01-022692, por medio de la cual indaga si a una Empresa Industrial y Comercial del Estado le es aplicable, por vía de la analogía, el artículo 370 de la codificación mercantil.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado[1] (en adelante EICE), que fueron concebidas como una forma de intervención directa en la economía por parte del Estado, con el fin de garantizar la prestación de servicios públicos eficientes a bajo costo, estabilidad de precios y el abastecimiento de necesidades colectivas, mantienen, a pesar de los cambios en la orientación económica producto de la globalización, plena vigencia en la actual Constitución[2].

---

[1]Las EICE se diferencian de las sociedades de economía mixta, toda vez que éstas se constituyen bajo la forma de sociedades comerciales con aportes públicos y privados.

[2]Artículos 150 (7); 300(7) y 313 (6) C.P.

En efecto, a partir de allí, el legislador de 1998 al concebir la Ley 489, siguió con algunas de las orientaciones especiales que ya se traían desde la expedición de los derogados decretos 1050, 3130 y 130, en el sentido de que las EICE forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del sector descentralizado por servicios[3], cuya formación en el orden nacional es por mandato de la ley, mientras que para su conformación en el departamental, distrital y municipal debe mediar una ordenanza o acuerdo, o con su autorización[4], presentando como características fundamentales las de tener personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y 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,* que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado (lo cual solo puede ser visto respecto de las actividades específicamente industriales o comerciales), salvo las excepciones legales[5]. (La negrilla no corresponde al texto).

---

[3]Artículo 38 ibidem

[4]Artículo 69 idem en concordancia con el 85 ib

[5]Artículo 85 ib.

Así, es dable argumentar que las EICE se encuentran regidas por un sistema que podría llamarse mixto, habida consideración que mientras la ley les ha señalado un objeto comercial específico y habitual, cuyo desarrollo se encuentra sometido al derecho privado; es decir, que por razón de la similitud de las actividades que llevan a cabo, con las que cumplen los particulares, la ley les da un tratamiento igualitario, en cuanto a la regulación y la imposición de límites y condicionamientos a sus actividades y a la aplicación del correspondiente régimen jurídico[6]; en lo que hace relación a su formación y funcionamiento, es decir a lo administrativo confiado por la ley, los principios y normas que las rigen son de derecho público[7], pues sus actos se consideran administrativos y por tanto sujetos a la jurisdicción contenciosa.

---

[6]En estas circunstancias, los contenidos normativos del art. 333 de la Constitución, al consagrar la libre competencia, deben ser aplicados en forma igualitaria tanto a las empresas particulares, como a las que surgen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, o sea, a las empresas industriales y comerciales y a las sociedades de economía mixta.

[7]Artículo 93 ib.

También puede decirse que si bien las actividades desplegadas por las EICE son idénticas a la de los particulares, su fin económico difiere, pues mientras a aquellas les inspira la satisfacción de necesidades sociales generales, a éstas las mueve el lucro. Otras diferencias con las empresas privadas, que sobresalen al seguir el desarrollo del artículo 25 del Código de Comercio, es que éstas últimas surgen por la voluntad de los particulares, su finalidad es netamente económica, bien sea industrial o comercial, y el patrimonio tiene un origen exclusivamente privado.

En resumen, no puede llegar a pensarse que por el hecho de que las EICE desarrollen actividades industriales o comerciales, se encuentren sometidas al derecho privado, pues su naturaleza es meramente pública, y están vinculadas a la administración, respecto a su orientación, coordinación y control conforme lo determina la ley. Del mismo modo, el hecho de que lleguen a obtener ventajas económicas, las mismas son producto de la adecuada administración del ente y sus fondos económicos, con miras a lograr la eficiente prestación del servicio, o garantizar la estabilidad de precios y el abastecimiento de necesidades colectivas, que en síntesis es el interés publico y social que provoca su creación.

Ahondan más la conclusión en el sentido de que a estas empresas no les son aplicables las normas del Código de Comercio, salvo manifestación expresa del legislador, dos aspectos normativos. Ellos son:

1) El Código de Comercio establece en su artículo 1º, que sus disposiciones regirán a los comerciantes y los asuntos mercantiles, lo cual se constituye en una consideración objetiva prevista por el legislador en los artículos 98 y 100 ibidem.

Del mismo modo, viendo en su integridad el Código de Comercio, se encuentra que entre sus preceptos, nada se dice respecto de las EICE, sino que solo se ocupa de señalar a las personas naturales que ostentan la calidad de comerciantes[8], y las sociedades, lo cual reafirma que el legislador no las ha considerado como comerciantes.

---

[8]Artículo 10 C de Co

---

2) El artículo 52 de la Ley 489 de 1998, dispuso como una de las facultades del Presidente de la República, la de proceder a la disolución y consecuente liquidación de las entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la misma, cuando entre otras cosas, evaluados los indicadores de gestión y de eficiencia, se concluya que los resultados obtenidos respecto de los recursos públicos, no sean satisfactorios. Significa esto que se hace necesaria la expedición de un Decreto por parte de la máxima autoridad administrativa, a fin de que determine la forma como debe emprenderse la disolución y liquidación de la entidad que es objeto de su preocupación.

Espera de esta forma la Entidad haber dado respuesta al interrogante planteado, y se le hace saber que los alcances del concepto son los señalados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.