



Ts/12

249
240

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
Consejero Ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Propuesta por Eche
09-04-12
G.P.O.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012)

Referencia: 110010324000200400258 01
Radicado: 18245
Actor: C.I. ITOCHU COLOMBIA S.A.
Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

FALLO

Se decide, en única instancia¹, la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, interpuso la sociedad C.I. Itochu Colombia S.A.

I) ANTECEDENTES

El 24 de octubre de 2003, la compañía C.I. Itochu Colombia S.A. solicitó la inscripción como “*sociedad de comercialización Internacional*” ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – Grupo de Zonas Francas y Comercializadoras Internacionales.

Mediante comunicación No. 2-2003-052955 del 6 de noviembre de 2003, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo negó la solicitud de inscripción.

¹ De conformidad con el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, corresponde al Consejo de Estado conocer en única instancia, los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional.

Según el Acuerdo 58 de 1999, Reglamento del Consejo de Estado, le corresponde conocer a la Sección Cuarta de aquellos negocios relacionados con actos expedidos por el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (art.13).

Frente al anterior acto administrativo, la sociedad interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, que fueron resueltos mediante la Resolución No. 00003 del 15 de enero de 2004, y la Resolución No. 0059 del 19 de febrero de 2004, respectivamente, confirmando el acto recurrido.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, C.I. Itochu Colombia S.A., solicitó:

“Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos respectivamente por la “Subdirectora de Instrumentos de Promoción de Exportaciones” y por el “Director de Comercio Exterior” del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo:

a. El acto calendado el 6 de noviembre de 2003 (No. de radicación 2-2003-052955 y No. de referencia 1- 2003-056179), a través del cual la Subdirectora de Instrumentos de Promoción de Exportaciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se abstuvo de registrar a C.I. ITOCHU COLOMBIA S.A. como “Sociedad Comercializadora Internacional”.

b. La Resolución No. 00003 del 15 de enero de 2004, por medio de la cual esa misma servidora resolvió un recurso de reposición interpuesto por C.I. ITOCHU COLOMBIA S.A. contra el acto indicado en el punto anterior.

c. La Resolución No. 0059 del 19 de febrero de 2004 por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por C.I. ITOCHU COLOMBIA S.A. contra el acto administrativo indicado en el punto a. y se declaró agotada la vía gubernativa”

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad derivada de la anterior pretensión, se ordene a la NACIÓN representada por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, registrar a C.I. Itochu Colombia S.A. como “Sociedad Comercializadora Internacional”, restableciéndosele así a ésta sus derechos constitucionales y legales conculcados por medio de los actos administrativos aquí demandados.”

242

Como normas violadas y concepto de la violación dijo:

Violación del artículo 1º del Decreto 093 de 2003.

Sostuvo que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 93 de 2003, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1740 de 1994 y de la Ley 67 de 1979, las sociedades de comercialización internacional son aquellas de naturaleza nacional o mixta, que tengan por objeto la comercialización y venta de productos colombianos en el exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas, con inscripción vigente en el registro de Comercializadoras Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Manifestó que para obtener la calidad de sociedad comercializadora internacional, además de tener un objeto social específico, debe tratarse de una sociedad nacional o mixta, conceptos éstos cuya determinación debe efectuarse con base en criterios o elementos de juicio normativos que sean compatibles con el artículo 1º del Decreto 93 de 2003.

Señaló que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo aplicó conceptos ajenos que no son compatibles con la referida norma, dado que tuvo en cuenta disposiciones relativas a la inversión extranjera, y no las normas reguladoras del estímulo a las exportaciones.

Artículo 469 del Código de Comercio.

Adujo que de conformidad con el artículo 469 del Código de Comercio, las sociedades extranjeras son aquellas constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior, por tanto, son nacionales las constituidas bajo la ley colombiana y con domicilio principal en el país.

Que la anterior se constituye en la regla general para determinar la nacionalidad de una sociedad, cuyos elementos estructurales son la ley de constitución y el domicilio principal de la sociedad.

250
243

Señaló que el Ministerio, para determinar si era una sociedad nacional o extranjera, debió aplicar el artículo 469 del Código de Comercio (regla general) y no el artículo 1º de la Decisión 291 de 1991, máxime cuando la legislación distingue entre sociedad (art. 98 Código de Comercio) y empresa (art. 25 Código de Comercio), siendo la primera una persona jurídica, un sujeto de derechos y obligaciones, y la segunda, tan sólo una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración, custodia de bienes o prestación de servicios, y agregó, que la anterior precisión se debe tener en cuenta cuando se restringen o limitan derechos constitucionales, evento en el que los criterios y definiciones legales deben aplicarse con mayor rigor y taxatividad.

Artículo 1º de la Decisión 291 de 1991, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Indicó que el artículo 1º de la Decisión 291 de 1991, interpretado y aplicado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, define como empresa nacional la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca en más del 80% a inversionistas nacionales, siempre que, a juicio del organismo nacional competente, esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

Que, respecto de la sociedad extranjera, señaló que es aquella constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales sea inferior al 51%, o cuando siendo superior, a juicio del organismo nacional competente, ese porcentaje no se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

Que el fundamento normativo para negar la inscripción de la sociedad es la citada norma supracional, que se aplica con base en el Concepto Jurídico No. OJ 1214 del 12 de agosto de 2003, emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, según el cual, el significado del término "*empresa nacional*" es el contenido en la Decisión 291 de 1991. Este criterio es utilizado para la obtención del registro de las comercializadoras