247
240

T5/12

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

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

Referencia: 11001032400020040025801
Radicado: 18245
Actor: C.I. ITOCHU COLOMBIA S.A.
Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

FALLO

Se decide, en única instancia[1], 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."

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.

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

Indicó que el artículo 1° 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

internacionales, pues el artículo 13 del Decreto 2080 de 2000 faculta a esta entidad para calificar a una empresa como nacional, mixta o extranjera.

Estimó que la Decisión 291 de 1991 determina la nacionalidad de una sociedad, con base en un criterio diametralmente opuesto al establecido por el artículo 469 del Código de Comercio, además, que lo establecido en la norma andina sólo es aplicable en las disposiciones sobre inversiones extranjeras.

Artículo 8º de la Ley 153 de 1887

Indicó que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo desconoce los alcances del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 al aplicar una norma que no regula un caso semejante al incentivo de las exportaciones de bienes colombianos, y a pesar de que existe ley exactamente aplicable al presente caso, como es el artículo 469 de Código de Comercio.

Artículo 13 del Decreto 2080 de 2000

Señaló que resulta contrario a derecho aplicar analógicamente o de manera extensiva el artículo 13 del Decreto 2080 de 2000, para definir el concepto de sociedad nacional, que ya se encuentra definido por sustracción de materia en el artículo 469 del Código de Comercio, norma esta que por genérica, si armoniza dentro del contexto correspondiente al régimen de sociedades de comercialización internacional.

Artículo 83 de la Constitución Política.

Adujo que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sólo vino aplicar el artículo 1º de la Decisión 291 de 1991, a partir de la emisión del referido concepto jurídico, es decir, unos días antes de que la sociedad solicitara la inscripción como comercializadora internacional.

Manifestó que la referida entidad no ha hecho pública esta interpretación, mediante la expedición de un acto administrativo de carácter general, como es el caso de una circular externa, y tampoco la ha dado a conocer en su página web.

Que la Decisión 291 de 1991 en esta materia no se venía aplicando, y por el contrario, se han registrado sociedades como comercializadoras internacionales sin importar la nacionalidad de sus asociados.

Consideró que la actuación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se traduce en: *"una alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podían legítimamente confiar los afectados"*, y en una violación a los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, como resultado de la aplicación abrupta de la Decisión 291 de 1991.

Artículo 13 de la Constitución Política.

Afirmó que el cambio de interpretación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no obedece a la protección de un interés público específico, sino a un intento por colmar un aparente vacío o laguna normativa, en razón de la ausencia de tipificación expresa del concepto de sociedad nacional.

Sostuvo que la nacionalidad de los accionistas de una sociedad anónima en nada afecta positiva o negativamente las exportaciones de un país, por lo cual, el fomento de las mismas tampoco puede servir de pretexto para el cambio de interpretación.

Advirtió que los actos acusados establecen una diferenciación injustificada entre sociedades con capital mayoritariamente extranjero y aquellas con capital nacional, ambas constituidas conforme a la ley colombiana y con domicilio en el país, desconociendo que, deben ser consideradas como nacionales, desde la óptica del artículo 469 del Código de Comercio.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor con los siguientes argumentos:

Manifestó que el Gobierno Nacional, al proferir la normativa que regula el registro de las sociedades de comercialización internacional, tuvo como móviles, entre otros, considerar las exportaciones como motor de crecimiento de la economía y promover el empleo, adoptando estrategias para incrementar la diversificación de la oferta exportable, y creando instrumentos de fomento de las exportaciones.

Señaló que el Decreto 1740 de 1994, modificado por el artículo 10 del Decreto 93 de 2003, define a las sociedades de comercialización internacional, como sociedades nacionales y mixtas, y agregó, que a su vez, esas denominaciones se encuentran definidas en la Decisión 291 de 1991, norma de carácter supranacional y de estricto cumplimiento para el país.

Adujo que conforme con la Decisión 291 de 1991, la definición de una sociedad parte de la "*conformación del capital de la empresa, en otros términos, si el capital de la empresa supera el 80% de los inversionistas extranjeros, ésta dejara de denominarse nacional y podría definirse como mixta*".

Indicó que se debe considerar como inversionista nacional, aquella persona natural o jurídica y el Estado mismo, así como otras personas jurídicas definidas en la legislación civil.

Manifestó que en virtud de los Decretos 2080 de 2000, 093 y 210 de 2003, se deben seguir ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, diferentes procesos de inscripción, que en últimas confluyen para la obtención de la calificación que se pretende, bien sea que se solicite el registro como sociedades de comercialización internacional o que las mismas sean calificadas como empresa nacional o mixta.

Precisó que las empresas que pretendan ser calificadas como nacionales o mixtas deben presentar la correspondiente solicitud ante la entidad, con el cumplimiento de los requisitos que para el efecto exijan las normas pertinentes, y de esta manera, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto 210 de 2003, proceda a inscribir al peticionario como sociedad de comercialización internacional o calificarla como empresa nacional o mixta, para que pueda ser objeto de los beneficios que la ley le otorga en cada caso.

Consideró, que desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, cuando coexistan normas que regulan la ritualidad o forma de un proceso, necesariamente, se deberá aplicar y prevalecerá la norma posterior, en ese sentido, si bien es cierto que el Decreto 1740 de 1994 exigía algunos requisitos que debían cumplirse por las sociedades para ser registradas como comercializadoras internacionales, al momento de proferirse el Decreto 93 de 2003, se establecieron otras exigencias que los administrados debían cumplir para obtener tal registro.

Que las diferencias entre una y otra norma se concretan en que mientras el Decreto 1740 de 1994 exigía que se tratara de una persona jurídica constituida en alguna de las forma establecidas en el Código de Comercio, el Decreto 93 de 2003 de manera expresa señaló que debían ser nacionales o mixtas.

Señaló que, al emitir el concepto jurídico, que sirvió de sustento jurídico de los actos acusados, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le dio aplicación estricta al artículo 1º del Decreto 93 de 2003, pues en el se exige que la sociedad debe ser nacional o mixta, y ésta calidad es la que otorga el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, cuando procede a darle tal calificación. De esta manera, en la solicitud se debe precisar que cumple con los requisitos para ser definida como tal, ya que de no poseerse, la inscripción no sería procedente dentro del Registro de Comercializadoras.

Adujo que los actos demandados no infringieron el artículo 469 del Código de Comercio, toda vez que se aplicaron las normas concretas que regulan la materia, esto es, el Decreto 1740 de 1994 modificado por el Decreto 93 de 2003 y la Decisión 291 de 1991, las cuales se aplican preferentemente a las de carácter general.

Indicó que no se vulneró el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, dado que los actos demandados no aplicaron la analogía, sino que dieron aplicación a normas concretas que regulan la inscripción en el Registro de Comercializadoras Internacionales.

Alegó que no se desconoce el principio de buena fe, en razón que está demostrado que el administrado no cumplió con los requisitos exigidos en las normas para obtener el registro solicitado.

Afirmó que no se vulneró el principio de igualdad, toda vez que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, tiene facultades legales para adecuar las nuevas exigencias a los registros, y respecto de aquellos que no procedan, puede aplicar las sanciones respectivas.

IV) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante en esta etapa procesal reiteró los argumentos expuestos en la demanda, agregando lo siguiente:

Que ante la renuencia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para responder el requerimiento emitido por la Corporación, referido al contenido de la página Web del Ministerio que buscaba establecer que dentro de los requisitos para acceder al registro como sociedades comercializadoras internacionales no se incluía el de tratarse de sociedades nacionales o mixtas según el régimen andino, se debe tener como probado los hechos que se pretendían acreditar con dicha prueba.

Además, quedó demostrada la violación al derecho a la igualdad al indicarse en el documento expedido por la DIAN (fls. 181 y 182), que sí se han concedido registro como comercializadoras internacionales a sociedades con mas del 51% de capital extranjero.

La demandada no presentó alegatos de conclusión.

El **Ministerio Público** dentro de esta etapa procesal rindió concepto en los siguientes términos:

Señaló que el Decreto 93 de 2003 no determina los conceptos de *"sociedades nacionales o mixtas"* para los efectos de la inscripción de la sociedades de comercialización internacional, por lo que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, acudió al artículo 13 del Decreto 2080 de 2000, que establece el régimen general de inversiones de capital del exterior de Colombia y de capital colombiano en el exterior, esto es, una norma ajena a la regulación de aquellas sociedades, que a su vez, remite a la definición de *"empresa nacional, mixta o extrajera"*, por lo que efectivamente y contrario a lo manifestado por el Director de Comercio Exterior, en la Resolución No. 59 del 19 de febrero de 2004, se acudió a la analogía para suplir los vacíos del Decreto 93 de 2003.

Manifestó que la aplicación de la analogía no es un ejercicio arbitrario del operador jurídico, y supone la existencia de tres elementos: i) la ausencia de norma exactamente aplicable, ii) que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión el legislador, c) que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso previsto en el precepto normativo.

Consideró, que frente a los dos primeros requisitos, es evidente que no existe una norma exactamente aplicable al caso en cuestión, esto es, dentro del trámite de inscripción de una sociedad de comercialización internacional no se han definido los conceptos de sociedad nacional, extranjera o mixta.

Aclaró que si bien el Código de Comercio regula lo que debe entenderse por sociedad extranjera y por oposición las que no encajan en dicha definición, serán sociedades nacionales, esta normativa debe ceder a la de carácter supranacional y expedida en la búsqueda de la integración económica, que hace necesaria la existencia de una regulación uniforme (Decisión 291 de 2000).

Indicó que la Decisión 291 de 2000 establece lo que debe entenderse por empresa nacional, mixta y extranjera, para efectos del régimen que ella establece, conceptos de los cuales adolece el Decreto 93 de 2003, y que son básicos para la aplicación del régimen que establece este decreto, por lo que el caso previsto por la norma es similar y semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador.

Que respecto del tercer requisito, es evidente que el artículo 13 del Decreto 2080 de 2000 y la Decisión 291 de 2000 guardan una íntima relación con aquella que se pretende suplir, pues las mismas establecen reglas para el flujo de bienes y servicios del país al extranjero y viceversa.

Sostuvo que los actos administrativos fueron expedidos atendiendo las normas que les sirven de fundamento, sin violación al principio de igualdad frente a los inversionistas extranjeros, pues las sociedades de comercialización internacional y los beneficios de tal calificación, están diseñados para promover y fomentar las exportaciones de productos nacionales en el exterior, por parte de empresarios colombianos, propósito que sería truncado, en el presente caso, si a tal calificación y a sus beneficios accediera una sociedad, como la demandante, que pese a estar constituida por las leyes colombianas y tener su domicilio en este país, está integrada en un 99.92% por empresas extranjeras y en el 0.08% por su apoderado judicial en el presente proceso.

El despacho, mediante providencia del 29 de septiembre de 2011, ordenó notificar a la **U.A.E DIAN** el auto que ordenó correr traslado para alegar de conclusión, teniendo en cuenta que desde la expedición del Decreto 4271 de

2005, ésta asumió la representación ante las autoridades judiciales en los procesos relacionados con las sociedades de comercialización internacional.

Dicha entidad, dentro del término establecido para el efecto, señaló que:

Los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho conforme lo expuso el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el escrito de contestación de la demanda.

Que el artículo 1º del Decreto 1740 de 1999, modificado por el Decreto 93 de 2003, establece los presupuestos legales para obtener la calidad de sociedad comercializadora internacional, indicando que debe tratarse de sociedades nacionales o mixtas, 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, y que se encuentre vigente su inscripción en el registro de comercializadoras internacionales ante la entidad competente de administrar y controlar dichas sociedades.

Indicó que la norma en la que se fundamentó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para abstenerse de registrar a la sociedad CI Itochu Colombia S.A., como sociedad comercializadora, esto es, el artículo 1º de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, fue tenido en cuenta en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2080 de 2000.

Manifestó que como el 99% del capital de la sociedad demandante es extranjero, es claro que no podía ser inscrita en el registro de sociedades de comercializadoras internacionales.

Precisó que para la época de la expedición de los actos demandados esos eran los lineamientos establecidos por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo a efectos de determinar la naturaleza de nacional o extranjera de una sociedad, independientemente de que posteriormente los mismos hayan variado.

V) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a pronunciarse sobre la legalidad del Oficio No. 2-2003-052955 del 6 de noviembre de 2003 y de las Resoluciones Nos. 0003 del 15 de enero de 2004 y 0059 del 19 de febrero de 2004, proferidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que se abstuvieron de registrar a la actora como una sociedad comercializadora internacional.

Para efectos de establecer la procedencia de la inscripción solicitada por la actora en el año 2003 en el registro de sociedades de comercialización internacional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, corresponde a la Sala establecer si C.I Itochu Colombia S.A. tenía la calidad de una sociedad nacional o mixta, de conformidad con la normativa aplicable en la materia.

En el formulario de solicitud de inscripción de la sociedad CI Itochu Colombia S.A. como una sociedad de comercialización internacional, se indicó la siguiente composición accionaria:

"CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA
SOCIOS Y PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN:

ITOCHU CORPORATION TOKIO	94.88 %
GUSTAVO CUBEROS G.	0.08 %
ITOCHU U.K.P.L.C. (LONDRES)	1.68 %
ITOCHU ANGENTINA S.A.	1.68 %
CINTIMEX OF PANAMA S.A.	1.68% "

Así las cosas, se observa que la Ley 67 de 1979 estableció las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fomentar las exportaciones mediante las sociedades de comercialización internacional.

La norma indicó que el Gobierno Nacional podrá otorgar incentivos especiales a las **sociedades nacionales o mixtas** que tengan por objeto la comercialización de productos colombianos en el exterior[2].

Que para disfrutar de estos incentivos especiales, además de los requisitos generales fijados por el Código de Comercio y demás normas comunes sobre la materia, las sociedades de comercialización internacional deberán satisfacer las condiciones específicas que sobre su constitución, funcionamiento y régimen de inspección y vigilancia establezca el Gobierno Nacional[3].

En ejercicio de dicha previsión legal, mediante el Decreto 1740 de 1994 se dictaron normas relativas a las sociedades de comercialización internacional:

> ***ARTICULO 1o.*** *<Artículo modificado por el artículo **1** del Decreto 93 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:>* ***Las Sociedades de Comercialización Internacional son aquellas sociedades nacionales o mixtas*** *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.*
>
> *Dichas sociedades, podrán contemplar entre sus actividades, la importación de bienes o insumos para abastecer el mercado interno o para la fabricación de productos exportables.*
>
> *Para la inscripción de las Sociedades de Comercialización Internacional en el correspondiente registro del Ministerio de Comercio Exterior, dicha entidad deberá verificar que cumplan los siguientes requisitos:*
>
> *a) Que se trate de una persona jurídica constituida en alguna de las formas establecidas en el Código de Comercio;*
>
> *b) Que tengan por objeto principal la comercialización y venta de productos colombianos en el exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas;*
>
> *c) Presentación de estudios de mercado que incorporen su plan exportador, de acuerdo con la metodología que establezca el Ministerio de Comercio Exterior;*
>
> *d) Manifestación del representante legal de la persona jurídica en el sentido de que ni ella ni sus representantes han sido sancionados por infracciones tributarias, aduaneras, cambiarias o de comercio exterior, durante los cinco (5) años anteriores a la presentación de la solicitud.*

---

[2] Artículo 1º .

[3] Artículo 2º.

PARÁGRAFO. *Las Sociedades de Comercialización Internacional inscritas ante el Ministerio de Comercio Exterior, tendrán la obligación de utilizar en su razón social la expresión "Sociedad de Comercialización Internacional" o la sigla "C.I".*

De lo anterior se observa que para obtener la inscripción en el registro del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como una sociedad de comercialización internacional para el año 2003, se debían cumplir los siguientes requisitos:

- Ser una sociedad nacional o mixta.
- Tener como objeto la comercialización y venta de productos colombianos en el exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mimas.
- Tratarse de una persona jurídica constituida en alguna de las formas establecidas en el Código de Comercio.
- Presentación de estudios de mercado que incorporen su plan exportador, de conformidad con lo que establezca el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- Manifestación del representante legal de la persona jurídica sobre la inexistencia de sanciones tributarias, aduaneras, cambiarias o de comercio exterior, durante los cinco años anteriores a la presentación de la solicitud.

En cuanto al primer requisito, es preciso aclarar lo que se entiende por sociedad nacional, dado que para la actora, este término se debe establecer conforme a la definición que trae el artículo 469 del Código de Comercio, mientras que para la demandada, se debe tener en cuenta la que dispone la Decisión 291 de 1991, por remisión que ordena el Decreto 2080 de 2000.

Estas normas son del siguiente tenor:

Código de Comercio:

ARTÍCULO 469. <DEFINICIÓN DE SOCIEDAD EXTRANJERA>. *Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior.*

Decreto 2080 de 2000, por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de Capital del Exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior:

ARTICULO 13. AMBITO SUBREGIONAL. *El Ministerio de Comercio Exterior, previa solicitud del interesado, certificará como de inversionistas nacionales, las inversiones de origen subregional cuyos titulares sean inversionistas nacionales de Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, siempre que se acredite el carácter de inversionista nacional en el país de origen, mediante certificación expedida por el organismo nacional competente de dicho país.*
Los términos *inversionista nacional, subregional, extranjero,* ***empresa nacional, mixta y extranjera y empresa multinacional andina, tendrán el significado que establecen las decisiones 291 y 292 del Acuerdo de Cartagena o las decisiones que las modifiquen, sustituyan o omplementen****.*
PARAGRAFO 1o. Para los efectos de la calificación de la empresa como nacional, mixta o extranjera, el organismo competente será el Ministerio de Comercio Exterior*.*
(...)

DECISION 291 DE 1991:

Artículo 1.- *Para los efectos del presente Régimen se entiende por:*
(...)
Empresa Nacional*:* ***la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca en más del ochenta por ciento 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.*

Empresa Mixta*:* ***la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca a inversionistas nacionales en una proporción que fluctúe entre el cincuenta y uno por ciento y el ochenta por ciento****, siempre que a juicio del organismo nacional competente, esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.*

Asimismo, se considerarán empresas mixtas aquellas en las que participe el Estado, entes paraestatales o empresas del Estado del país receptor, en un porcentaje no inferior al treinta por ciento del capital social y siempre que a juicio del organismo nacional competente, el Estado, ente paraestatal o empresa del Estado, tenga capacidad determinante en las decisiones de la empresa.
(...)

Empresa Extranjera: ***la constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales sea inferior al cincuenta y uno por ciento,*** ***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.***

Para establecer la normativa aplicable en el caso de estudio, se debe atender a la finalidad que tuvo el legislador cuando creó el incentivo a las empresas de comercialización internacional mediante la Ley 67 de 1979 que, como se observó, está dirigido a incrementar las ventas al exterior de productos colombianos y, además, a promover la constitución de empresas nacionales y mixtas para que sean ellas las que desarrollen dicha actividad.

Sin embargo, al verificarse la Ley 67 de 1979 y el Decreto 1740 de 1994, se encuentra que no existe, para el caso específico de las sociedades de comercialización internacional, una norma que defina el término de *sociedades nacionales* y mixtas, contenido en dichas disposiciones legales.

La Sala observa que sobre estos conceptos, el artículo 13 del Decreto 2080 del 2000 remite a las definiciones contenidas en la Decisión 291 de 1991 del Acuerdo de Cartagena.

El Decreto 2080 *ibídem,* regula el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y del capital colombiano en el exterior, y cuando la Ley 67 de 1979 y el Decreto 1740 de 1994 se refieren a sociedades nacionales y mixtas está imponiendo un análisis del capital de las mismas, es decir, que se trata de temáticas similares, que permite que se de aplicación al artículo 8º de la Ley 153 de 1887, según el cual "*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*"

Así mismo, el artículo 469 del Código de Comercio no puede aplicarse al caso en análisis para definir qué se entiende por sociedad nacional o mixta, puesto que éste establece la definición de sociedad extranjera, por lo que no puede el intérprete entrar a determinar un contenido que no consagra, aunado a que, como se mencionó, existe en nuestro ordenamiento la definición legal que se echa de menos.

En cuanto a que la Decisión 291 de 1991 se refiere al término "empresa" y no "sociedad", es de señalar que de la lectura de la referida norma se encuentra

que ésta se refiere al ente comercial y no a la actividad que desarrolla como pretende hacerlo ver el demandante.

En consecuencia, se debe entender por sociedad nacional y mixta las que se encuentren comprendidas en las definiciones que trae la Decisión 291 de 1991 del Acuerdo de Cartagena por remisión del Decreto 2080 de 2000.

Además, la Decisión 291 de 1991, al proferirse en el marco del Acuerdo de Cartagena, es de plena aplicación en nuestro ordenamiento. Sobre este tema se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-137 de 1996 en los siguientes términos:

> *"Como es sabido, el concepto de supranacionalidad - dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena - implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) - dentro del efecto conocido como preemption - a la norma nacional".*

Por lo anterior, la Sala considera que el Ministerio, con la expedición de los actos acusados, no violó el artículo 1º del Decreto 93 de 2003, por indebida aplicación, de los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 1º de la Decisión 291 de 1991 expedida por el Acuerdo de Cartagena.

Tampoco existió un trato discriminatorio frente a las empresas extranjeras, toda vez que los beneficios tributarios son creados por el legislador atendiendo una política fiscal y están orientados por las conveniencias de la economía, actividad estatal, y demás circunstancias socio-económicas que ameritan el establecimiento de dichas medidas.

Ahora bien, en cuanto a que la interpretación adoptada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debió ser publicitada, se tiene que ésta se deriva del estudio de las normas legales que regulan la materia, y cuya ignorancia no sirve de excusa, y tampoco puede derivarse un derecho cuando no se demuestra que se está en el presupuesto normativo que lo otorga.

Así las cosas, teniendo en cuenta la definición contemplada en la Decisión 291 de 1991, se observa que en los antecedentes administrativos obra el formulario de solicitud de inscripción en el registro de sociedades de comercialización internacional, en el que C.I. Itochu Colombia S.A. manifestó que tiene un 99% de capital extranjero[4], por ende, no puede ser considerada ni como una sociedad nacional ni tampoco como mixta, siendo procedente el rechazo de la inscripción solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Reconócese personería para actuar a la doctora Elvira Sierra Palacios como apoderada de la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

---

[4] Fl 80 c.p.

Página de firmas

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO