

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR HOYOS SALAZAR

FECHA: Bogotá D.C, primero (1o.) de diciembre de dos mil (2000).

REF: Radicación número: 1308

ACTOR: MINISTRO DE DESARROLLO ECONOMICO

TEMA: CAMARAS DE COMERCIO. Naturaleza jurídica. No están sujetas al régimen de contratación previsto en la ley 80 de 1993.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Augusto Ramírez Ocampo, luego de hacer una exposición sobre el ámbito de aplicación de la ley 80 de 1993, la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio y la interpretación de éstas acerca de la diferenciación que, en su criterio, debe hacerse en cuanto al ejercicio de funciones administrativas por particulares, según que haya sido conferido por ley o por acto administrativo, y el derivado régimen de contratación, formula a la Sala la siguiente consulta:

"¿A las Cámaras de Comercio les resulta o no aplicable el Estatuto de Contratación Pública ?".

CONSIDERACIONES

1.1. La naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio.

En el pasado se suscitó una discusión sobre la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio, porque algunas interpretaciones las asimilaban a los establecimientos públicos en razón de las funciones públicas que cumplían, principalmente relacionadas con el registro mercantil.

Esa interpretación se debió inicialmente a un proyecto de código de comercio que les daba esa denominación y al error de considerar que cualquier entidad que desempeñara funciones públicas tenía la categoría de establecimiento público.

En la actualidad, tal discusión ha sido superada pues se ha admitido, de manera general, que las Cámaras de Comercio son personas jurídicas privadas, por estar integradas por los comerciantes inscritos (art. 79 Código de Comercio) y, de otra parte, se ha desarrollado legislativa y doctrinalmente la figura del desempeño de funciones públicas o administrativas por particulares.

El Código de Comercio ha calificado, en el artículo 78, a las Cámaras de Comercio como "instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar", pero su naturaleza jurídica es privada, conforme lo sostuvo la Corte Constitucional, en la sentencia C- 144 del 20 de abril de 1993, cuando afirmó:

"A las Cámaras de Comercio la ley confía la función de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos (C. de Co. art. 86). El origen legal del registro, la obligatoriedad de inscribir en él ciertos actos y documentos, el valor

vinculante de las certificaciones que se expiden, la regulación legal y no convencional relativa a su organización y a las actuaciones derivadas del mismo, el relieve esencial que adquiere como pieza central del Código de Comercio y de la dinámica corporativa y contractual que allí se recoge, entre otras razones, justifican y explican el carácter de **función pública** que exhibe la organización y administración del registro mercantil.

Las Cámaras de Comercio a las cuales se ha encargado el ejercicio de la anotada función, **no son entidades públicas**, pues no se avienen con ninguna de las especies de esta naturaleza contempladas y reguladas en la Constitución y la ley. Si bien nominalmente se consideran "instituciones de orden legal" (C. de Co. art. 78), creadas por el Gobierno, lo cierto es que ellas se integran por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil (C. de Co.). La técnica autorizatoria y la participación que ella reserva a la autoridad pública habida consideración de las funciones que cumplen las Cámaras de Comercio, no permite concluir por sí solas su naturaleza pública. Excluida la función de llevar el registro mercantil, las restantes funciones de las cámaras, su organización y dirección, las fuentes de sus ingresos, la naturaleza de sus trabajadores, la existencia de estatutos que las gobiernan, extremos sobre los cuales no es necesario para los efectos de esta providencia entrar a profundizar, ponen de presente que sólo a riesgo de desvirtuar tales elementos no se puede dudar sobre **su naturaleza corporativa, gremial y privada**.

Las Cámaras de Comercio no obstante su carácter privado pueden ejercer la función pública de administrar el registro mercantil. Los artículos 123 y 365 de la C. P. permiten al Legislador disponer que un determinado servicio o función pública sea prestado por un particular de acuerdo con el régimen que para el efecto establezca".

En el mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C- 167 del 20 de abril de 1995, cuando de nuevo las denominó "entidades privadas, gremiales y corporativas".

Ahora bien, el artículo 68 de la ley 489 de 1998, que constituye el actual estatuto de la administración pública, menciona dentro de las entidades descentralizadas del orden nacional a "las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio", y se pudiera pensar que tal extensión del concepto de entidad descentralizada comprende a las Cámaras de Comercio, en la medida en que son creadas por el gobierno ciertamente, pero porque lo autoriza la ley, y cumplen las funciones administrativas de los registros mercantil, de proponentes y de las entidades privadas sin ánimo de lucro, de las cuales derivan los servicios públicos de certificación y publicidad. Sin embargo, no entran en esa categoría por cuanto las personas que las integran son los comerciantes particulares y la finalidad de la institución es la de agremiarlos para lograr su unidad y la defensa de sus intereses comunes.

Además, para una interpretación armónica de la ley, la norma atrás citada debe ser relacionada con el literal g) del numeral 2o. del artículo 38 de la misma ley, el cual indica que integran la rama ejecutiva del poder público, en el orden nacional, dentro del sector descentralizado por servicios, "las demás entidades **administrativas** nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público", con lo cual se observa que la entidad creada debe ser

administrativa, esto es, estatal, y la Cámaras de Comercio no lo son, dado que sus componentes son personas particulares que ejercen profesionalmente el comercio.

El hecho de que la ley les haya atribuido a las Cámaras de Comercio algunas funciones públicas o administrativas no les cambia la naturaleza jurídica, puesto que no es la función la que, por sí misma, le confiere a una entidad su carácter de pública, y además se ha previsto constitucionalmente que los particulares pueden ejercer, de manera válida, funciones públicas.

1.2 El ejercicio de funciones públicas o administrativas por particulares.

La Constitución de 1991 prevé en tres normas el ejercicio de funciones públicas o administrativas o la prestación de un servicio público por parte de particulares.

Inicialmente, el inciso tercero del artículo 123 superior dispone: "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

Luego, la parte final del primer inciso del artículo 210 establece: "Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley".

Por último, el inciso segundo del artículo 365 señala: "Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares".

Existe en la interpretación jurídica una tendencia a asimilar conceptos o establecer analogías de normas y situaciones para elaborar construcciones racionales que justifiquen un postulado o un argumento.

Es lo que ha sucedido con las dos primeras normas citadas, las cuales, si se leen con detenimiento, contemplan dos situaciones diferentes.

La primera señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que **temporalmente** desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Es lo que hizo la ley 489 de 1998 en sus artículos 110 a 114, en donde se parte de la base de que hay una autoridad o entidad pública **titular de la función**, que la confiere temporalmente a un particular, para lo cual debe mediar la expedición de un acto administrativo de anuncio de la función que será encomendada, la elaboración de un pliego o términos de referencia, la formulación de una convocatoria pública y finalmente, la celebración de un convenio, cuyo plazo de ejecución es de cinco años.

Dentro de esta normatividad se establece, en el artículo 112, que los actos unilaterales que expida el particular en desarrollo de la función conferida, deben sujetarse a las disposiciones de los actos administrativos, y los contratos que celebre, a las normas de contratación de las entidades estatales.

La segunda norma constitucional atrás referida señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, lo cual significa que la ley misma puede conferir directamente funciones administrativas a los particulares y lo puede hacer de manera temporal o permanente, ya que la norma no alude al tiempo.

Es lo que ha sucedido en el caso de las Cámaras de Comercio, a las cuales la norma legal les ha otorgado directamente y de manera permanente, funciones públicas o administrativas, como el registro mercantil (num. 3o. art. 86 Código de Comercio), el registro de proponentes para los contratos estatales de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles (art. 22 ley 80 de 1993) y el registro de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y las demás entidades privadas sin ánimo de lucro (art. 40 decreto ley 2150 de 1995, con las excepciones mencionadas en el art. 45).

En este evento, **es la ley** la que asigna la función a una entidad particular, lo cual se sujeta al mandato del artículo 210 de la Constitución. No es una autoridad o entidad pública titular de la función la que se la confiere a un particular y por ende no se da la premisa planteada en los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, que en consecuencia, resultan inaplicables a la situación de funciones públicas dadas en forma directa por la ley.

Así las cosas, es preciso señalar que la ley 489 de 1998 no derogó, ni modificó las normas legales arriba citadas que otorgan funciones públicas a las Cámaras de Comercio, pues ella se refiere a una situación distinta, no siendo susceptible de aplicación analógica porque tanto el supuesto de hecho (entidad pública titular de la función) como la consecuencia jurídica (atribución de la función por acto administrativo y convenio) no se configuran, de ningún modo, en el ejercicio ordenado por ley, de funciones públicas por parte de las Cámaras de Comercio.

Adicionalmente, resulta oportuno comentar que las funciones públicas o administrativas que respecto de tales registros cumplen las Cámaras de Comercio se caracterizan por su índole técnico-jurídica, dada su especialidad e importancia en el campo de los derechos contractual y procesal.

Por tanto, no resulta aplicable a las Cámaras de Comercio el artículo 112 de la ley 489 de 1998, en la celebración de los contratos necesarios para cumplir las funciones públicas que les ha atribuido la ley pues dicha norma es de aplicación en el caso del particular que ha recibido las funciones públicas o administrativas de una entidad pública, mediante acto administrativo y convenio.

Entonces, con fundamento en dicha norma no le es aplicable a las Cámaras de Comercio el régimen de contratación de las entidades estatales contenido en la ley 80 de 1993; este régimen sólo se les aplicará cuando dichas Cámaras deban celebrar contratos en ejercicio de funciones administrativas que eventualmente les confiera una autoridad o entidad administrativa, en los términos estipulados en el capítulo XVI - artículos 110 a 114 - de la ley 489 de 1998, las cuales como se dijo, serán diferentes de las que les tiene asignadas directamente la ley.

Interesa determinar si por la misma ley 80, ésta les es aplicable.

1.3 El ámbito de aplicación de la ley 80 de 1993.

El artículo 1 o. de la ley 80 de 1993 dispuso que la misma "tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales" y el artículo 2 o. enumeró cuáles son las entidades estatales "para los solos efectos de esta ley".

El criterio que se utilizó en el estatuto de contratación de la administración pública, para su aplicabilidad, fue el de la naturaleza de la entidad, esto es, que fuera estatal. No se adoptó el de las funciones, de suerte tal que para determinar su aplicación respecto de tal o cual entidad, se debe examinar si ésta es o no estatal según el estatuto.

El numeral 1o. del citado artículo 2 o. dispone:

"Se denominan entidades estatales: La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".

En esta enumeración no se encuentran las Cámaras de Comercio, ya que no son mencionadas expresamente ni se hallan comprendidas dentro de las clases de entidades que señala la norma, pues éstas son estatales y las cámaras son privadas.

En efecto, no se pueden enmarcar las Cámaras de Comercio en "las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten", esto es, una participación superior al cincuenta por ciento (50%) del Estado en su capital o patrimonio. Las Cámaras de Comercio se crean por el gobierno nacional, pero los aportes para su constitución los hacen los comerciantes, según las cuotas que señale el reglamento; estas cuotas son voluntarias, conforme a lo dispuesto por el artículo 124 de la ley 6a. de 1992. Los ingresos ordinarios producto de los derechos autorizados por la ley para las inscripciones y certificados sólo los pueden percibir las Cámaras de Comercio después de ser legalmente creadas y estos se destinarán a cumplir las funciones que la ley asigna a las mismas. Los ingresos que perciben las Cámaras de Comercio por atender el registro mercantil, de proponentes y de entidades sin ánimo de lucro son públicos; en cambio son recursos privados las cuotas que de manera voluntaria deben pagar los afiliados e inscritos para el sostenimiento de las Cámaras. Por tal razón, puede decirse que en el patrimonio de las Cámaras de Comercio no hay participación del Estado.

Tampoco se encuentran dentro de "los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación", los cuales tienen capacidad de contratar, según el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el decreto 111 de 1996, que compiló las tres leyes orgánicas de esta materia.

En consecuencia, es necesario concluir que las normas de contratación de la ley 80 de 1993 no se aplican a las Cámaras de Comercio.

2. LA SALA RESPONDE:

A las Cámaras de Comercio no les es aplicable el régimen de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1993.

Dicho régimen sólo se les aplicará cuando las Cámaras deban celebrar contratos en ejercicio de funciones administrativas que eventualmente les confiera una autoridad o entidad administrativa, en los precisos términos estipulados en el capítulo XVI - artículos 110 a 114 - de la ley 489 de 1998, funciones que, como se dijo, serán diferentes de las que les tiene asignadas directamente la ley.

Transcríbase al señor Ministro de Desarrollo Económico. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Presidente de la Sala

CESAR HOYOS SALAZAR

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES