

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 102 (parcial) del Código de Comercio

Camilo Hernandez <gutenmogen96@gmail.com>

Vie 07/10/2022 14:55

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Buenas tardes

A través de este medio, remito acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 102 (parcial) del Código de Comercio

Accionantes:

Octavio José Chimá Puentes

Andrea Carolina Mejía Montalvo

Camilo Andrés Hernández Scaldaferrro

HONORABLES MAGISTRADOS

CORTE CONSTITUCIONAL

Bogotá D.C.

Ref.: **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Octavio José Chimá Puentes, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.100.694.408 expedida en Sampués – Sucre, **Andrea Carolina Mejía Montalvo**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.102.822.696 expedida en Bogotá D.C., y **Camilo Andrés Hernández Scaldaferrro**, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.100.693.280 expedida en Sampués – Sucre, ciudadanos colombianos obrando en nombres propios domiciliados en el municipio de Sampués – Sucre y Sincelejo – Sucre, respetuosamente nos dirigimos a ustedes en uso de nuestros derechos y deberes consagrados en el numeral 6° del artículo 40 del Texto Superior y en los numerales 4° y 5° del artículo 95 del mismo Texto de 1991, con el fin de impetrar la acción pública de inconstitucionalidad contra **el artículo 102 (parcial) del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971)**, por cuanto contraría la Constitución Política en su Preámbulo y en sus artículos 1°, 2°, 4°, 13, 16 y 93 a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2° numeral 1° y 26; y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1° numeral 1° y 24, normas integrantes del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 Superior.

I. NORMA DEMANDADA

DECRETO 410 DE 1971

(marzo 27)

Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971

Por el cual se expide el Código de Comercio

El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de

las facultades extraordinarias que le confiere el

numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968,

y cumplido el requisito allí establecido,

DECRETA:

...

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

...

ARTÍCULO 102. <VALIDEZ DE SOCIEDADES FAMILIARES-APORTE DE BIENES>. Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS O INFRINGIDAS

A continuación, se hará una transcripción literal de las normas constitucionales que se consideran infringidas y se resalta las mismas:

Constitución Política de 1991

Preámbulo

El pueblo de Colombia

En ejercicio de su poder, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 4º. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden justo.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹

Artículo 2°.

1°. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

¹ Naciones Unidas. (1996). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social.**

Artículo 26.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, **sexo,** idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social.**

Convención Americana sobre Derechos Humanos²

Artículo 1°. Obligación de respetar los derechos

1°. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, **sexo,** idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social.**

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

III. FUNDAMENTO DE LA VIOLACIÓN

Como sigue se hará un sustento respecto de los cargos que consideran los accionantes vulneran la Constitución Política y Tratados Internacionales referenciados:

Cargo respecto del preámbulo Constitucional

La disposición demandada no se ajusta a los criterios que el Constituyente de 1991 le imprimió al preámbulo de la Carta Política como quiera que no comprende una sola manifestación escrita con repercusión alguna, es sin dudas una expresión con gran fortaleza normativa de modo que, si el artículo 102 del Código de Comercio desconoce la validez de una sociedad mercantil o el correspondiente aporte de bienes entre parejas del mismo sexo y de igual modo entre compañeros o compañeras permanentes, vulnera los fines de la justicia y la igualdad, sumado al hecho de desconocer un orden económico y social justo respecto de sólo contemplar la categoría de "entre cónyuges" y "los cónyuges" en la citada

² Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

norma. Ya la Corte Constitucional, Sala Plena (1992)³ desde principios de su actividad había resaltado en cuanto al preámbulo Superior lo siguiente:

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a **toda** la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta insta y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios. (C-479)

Así las cosas, es evidente que se requiere declarar la exequibilidad condicionada del artículo demandado en el entendido que los términos “entre cónyuges” y “los cónyuges” también se extiende a las parejas del mismo sexo y a los compañeros o compañeras permanentes.

Es de resaltar que siendo el Código de Comercio del año de 1971 anterior a la misma Carta Política de 1991, se hace necesario que se ajusten ciertas disposiciones jurídicas a los mandatos de la Constitución toda vez que existe un cambio de contexto social, cultural y normativo sustancial que hace indispensable compaginar la realidad actual, por lo menos, bien lo destacó recientemente la Corte Constitucional, Sala Plena (2021)⁴ al estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 13 del artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo:

La expresión acusada en la norma objeto de examen fue introducida en 1950 cuando se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, ***en un contexto cultural y normativo muy diferente al que rige en la actualidad***. Debe precisarse, asimismo, que en varias ocasiones esta Corporación ***ha resaltado la necesidad de ajustar el contenido de algunos de los preceptos del Código Sustantivo del Trabajo -expedido antes de la vigencia de la Constitución de 1991-, a las normas previstas en la Carta Política***. (C-038; letras en negrita y cursiva fueras del texto original)

Lo anterior deja en evidencia que tal situación no es indiferente en el contexto del Código de Comercio, por lo cual, ciertas disposiciones que han sido expedidas con anterioridad al Texto Superior de 1991 requieren adaptaciones para que no la contraríen, de ahí la solicitud de declarar la exequibilidad condicionada de los términos en mención.

³ Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de agosto de 1992). Sentencia C-479. MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero

⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de febrero de 2021). Sentencia C-038. MP: Cristina Pardo Schlesinger

Cargo respecto del artículo 1° Constitucional

Colombia está fundada en el respeto de la dignidad humana, así pues, no es de recibo la circunstancia que el artículo 102 del Código de Comercio respecto de las expresiones “entre cónyuges” y “los cónyuges” no vislumbren su aplicación cuando las parejas del mismo sexo y los compañeros o compañeras permanentes decidan fomentar una cierta sociedad comercial o aporten bienes a la misma, de aquí que este principio fundante del Estado colombiano se trasgrede en la mencionada disposición jurídica, ya que el hecho de ser seres humanos implica un trato bajo condiciones dignas.

Tal como lo manifestó el Alto Tribunal Constitucional al entender a la dignidad humana bajo dos dimensiones:

A partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. En relación con el primero, este Tribunal ha identificado tres (3) lineamientos claros y diferenciables: i) la dignidad humana como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y, iii) la dignidad humana como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante.

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad de la norma, se manifiesta a partir de tres expresiones el derecho a la dignidad: i) es un valor fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; ii) constituye un principio constitucional; y, iii) también tiene la naturaleza de derecho fundamental autónomo. (Corte Constitucional, Sala Plena, 2015, Sentencia C-143)⁵

De contera pues, no es posible comprender el margen de la dignidad humana con base en las dos anteriores dimensiones si las expresiones “entre cónyuges” y “los cónyuges” contenida en el artículo 102 del Código de Comercio no se sujetan a las parejas del mismo sexo y a los compañeros y compañeras permanentes, y esto generaría un tratamiento deshonesto y extraño a la dignidad que es un principio imperante del Estado colombiano.

Cargo respecto del artículo 2° Constitucional

No está acorde a los fines esenciales del Estado el hecho que la norma demandada no expanda el alcance de validez de una sociedad comercial a aquellas parejas del mismo sexo y a los compañeros o compañeras permanentes que deciden impulsar dicha faceta comercial; así las cosas, sería entrar en unas condiciones donde no se facilite la participación de todos en la vida económica y la vigencia de un orden justo; y de igual manera, no se protege a los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades por cuanto alejar de dicho campo de aplicación de validez de una cierta sociedad comercial en la medida que los socios sean las parejas del mismo sexo o los compañeros o compañeras permanentes o que tales personas aportaren bienes a la misma, es desconocer

⁵ Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de abril de 2015). Sentencia C-143. MP: Luis Ernesto Vargas Silva

los fines que el artículo 2º le confiere al Estado, de modo que el artículo 102 del Código de Comercio debe posibilitar la efectividad de los derechos de los mencionados grupos y por lo tanto se hace necesario declarar la exequibilidad condicionada de los términos "entre cónyuges" y "los cónyuges" contenidas en la citada disposición jurídica para no transgredir el artículo 2º del Texto Superior.

Cargo respecto del artículo 4º Constitucional

Teniendo presente la trascendencia del orden constitucional, es inevitable que el artículo aquí accionado (parcial) se condicione de forma exequible como quiera que, si no se despliega un marco de comprensión hacia las parejas del mismo sexo y los compañeros o compañeras permanentes, sería desconocer el sustento constitucional de dichas personas a la luz del Texto de 1991, lo que haría a los términos "entre cónyuges" y "los cónyuges" dispuestas en el artículo 102 del Código de Comercio incompatibles con la Constitución. En ese sentido, la Corte Constitucional, Sala Plena (2012)⁶ destacó lo siguiente:

Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primaria del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución.

La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello fuente de fuentes, *norma normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4º. (C-415)

Siendo la supremacía constitucional baluarte de reconocimiento e interpretación para las demás normas jurídicas con grado menor a la Carta de 1991, es preciso determinar que los vocablos "entre cónyuges" y "los cónyuges" establecidos en el artículo 102 del Código de Comercio requieren per se, su compatibilidad con la Constitución, ya que la especificación de norma de normas hace que las descripciones jurídicas de la legislación sean concordantes con sus mandatos, de ahí que los términos accionados comprendan a su vez a las parejas del mismo sexo y a los compañeros y compañeras permanentes ya que debe ser válida la sociedad comercial fomentada por tales grupos de personas o el aporte de bienes a la misma.

Cargo respecto del artículo 13 Constitucional

No hacerse extensivo los términos "entre cónyuges" y "los cónyuges" del artículo 102 del Estatuto Comercial hacia las parejas del mismo sexo y los compañeros o compañeras

⁶ Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de junio de 2012). Sentencia C-415. MP: Mauricio González Cuervo

permanentes para la validez de una sociedad comercial que aspiren a estructurar o su aporte respectivo de bienes, vulnera el principio de igualdad toda vez que sería un tratamiento discriminatorio frente a aquellas personas que solo cobija la norma (parejas heterosexuales), lo que desnaturalizaría la condición de las parejas homosexuales sea que estén bajo un régimen civil matrimonial o a partir de una unión marital de hecho, es decir, no recibirían la misma protección, trato y goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades como si lo disponen otro margen de personas.

Por eso, es de carácter ineludible la exequibilidad condicionada de la norma pues es contrario al artículo 13 del Texto Superior no adoptar la validez de una sociedad comercial conformada por integrantes del mismo sexo o el correspondiente aporte de bienes (ya sea bajo un régimen matrimonial o una unión marital de hecho), desde luego, la misma jurisprudencia constitucional ha sido enfática en cuanto al citado derecho:

El artículo 13 de la Carta consagró la igualdad y estableció los mandatos que lo componen, los cuales se sintetizan como el deber de igual trato a situaciones idénticas y diferenciado ante circunstancias que no son asimilables, la prohibición de cualquier consideración discriminatoria y finalmente, la responsabilidad de adoptar acciones positivas que permitan alcanzar la igualdad material, especialmente en grupos marginados y en situación de debilidad manifiesta. (Corte Constitucional, Sala Plena, 2020, Sentencia C-084)⁷

En este marco, es de advertir que las parejas del mismo sexo y los compañeros o compañeras permanentes deben gozar del mismo trato sin consideración a su naturaleza sexual o matrimonial para llevar a cabo el fomento de una sociedad comercial o el eventual aporte de bienes a la misma, es decir, deben ser válidas dichas sociedades mercantiles ya que la circunstancia de no abordar ese contexto de aplicación por los términos "entre cónyuges" y "los cónyuges" contenidos en el citado artículo 102 del Código de Comercio, es aventurar una abierta discriminación y por consiguiente contrario al texto del artículo 13 Constitucional.

Cargo respecto del artículo 16 Constitucional

Traiciona los términos "entre cónyuges" y "los cónyuges" del artículo 102 del Código de Comercio el artículo 16 de la Carta Política puesto que las parejas del mismo sexo y los compañeros o compañeras permanentes frente a la intención de conformar una sociedad comercial o el fortuito aporte de bienes y que la misma norma no disponga de validez por la no comprensión de tales grupos, es entrar en un obstáculo ante la autonomía de proyectar una forma de existencia respecto a las capacidades de las personas.

En efecto, recae sobre el Estado el imperativo de hacer respetar dicho mandato constitucional sin ninguna limitación, es más, la misma Corte Constitucional, Sala Plena (2008)⁸ lo resaltó:

⁷ Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de febrero de 2020). Sentencia C-084. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado

⁸ Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de abril de 2008). Sentencia C-336. MP: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana. (C-336)

Quiere indicar lo citado de forma precedente respecto del cargo que se plantea en esta oportunidad que, no es posible concebir el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las parejas del mismo sexo y de los compañeros o compañeras permanentes si los vocablos demandados no comprenden a tales grupos de personas en la validez de una sociedad comercial o el aporte de bienes a la misma, por cuanto limita la adopción de una forma de vida libre conforme a las determinaciones personales de cada individuo, de allí que sea necesario declarar la exequibilidad condicionada de los términos "entre cónyuges" y "los cónyuges" incluidos en el artículo 102 del Código de Comercio.

Cargo respecto del artículo 93 Constitucional

Las disposiciones jurídicas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2º numeral 1º y 26) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1º numeral 1º y 24) que consideran los accionantes vulneran de por sí el artículo 93 del Texto Superior (deber de interpretación y prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales) es como resultado que las garantías de respeto por el conglomerado de derechos y libertades sin distinciones por motivos de sexo o de cualquier otra condición social, así como el principio de igualdad plasmados en ambas normas internacionales, los compromete inevitablemente cuando quiera que el artículo 102 accionado (parcial) del Código de Comercio no se ajusta a los mandatos internacionales ratificados por Colombia.

Esto se debe a que si tales preceptos internacionales promueven el respeto de derechos sin distinción de ninguna índole y bajo el marco de la igualdad sin discriminación alguna, es contrario a sus disposiciones el hecho que los términos "entre cónyuges" y "los cónyuges" plasmados en el artículo 102 del Código de Comercio no se extiendan a las parejas del mismo sexo y a los compañeros y compañeras permanentes, pues deben gozar de la misma facultad sin ningún trato discriminatorio toda vez que depositaría a la luz del ordenamiento jurídico colombiano una dimensión no amplia de cobertura legal en cuanto a los mencionados grupos de personas que tienen la misma condición de emprender una cierta sociedad así como el aporte de cualquier clase de bien para la constitución de la misma.

De tal modo que, es necesario la declaratoria de la exequibilidad condicionada de las expresiones "entre cónyuges" y "los cónyuges" contenida en el artículo 102 del Código de Comercio en el entendido que comprende a su vez a las parejas del mismo sexo y a los compañeros y compañeras permanentes.

IV. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, conforme con el artículo 241 de la Carta Política, numeral 4°.

V. NOTIFICACIONES

Los accionantes recibirán notificaciones en:

-Correos electrónicos

gutenmogen96@gmail.com

octavio.chima@cecar.edu.co

carolinamontalvo025@hotmail.com

Atentamente,

Octavio José Chimá Puentes

Cédula de ciudadanía N° 1.100.694.408 expedida en Sampués – Sucre

Andrea Carolina Mejía Montalvo

Cédula de ciudadanía N° 1.102.822.696 expedida en Bogotá D.C.

Camilo Andrés Hernández Scaldaferrro

Cédula de ciudadanía N° 1.100.693.280 expedida en Sampués – Sucre