



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

Radicación Acción Pública de Inconstitucional

1 mensaje

Santiago Fandiño <sfandino@delhierroabogados.com>

19 de noviembre de 2020, 8:05

Para: secretaria3@corteconstitucional.gov.co, Diego Márquez Arango <dmarquez@delhierroabogados.com>

Bogotá D.C., 19 de noviembre de 2020

Señores

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional**Asunto: Radicación Acción Pública de Inconstitucional.

Por medio del presente correo electrónico en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad que tratan los artículos 239 y siguientes de la Constitución Política y reglamentado mediante Decreto 2067 de 1991, presento ante ustedes demanda de inconstitucionalidad.

Para tal efecto se adjunta demanda (07 folios) en formato PDF.

Quedo atento al número de radicación.

Con todo respeto,

Diego Marquez Arango.

Calle 93B No. 17 - 25 Of. 411

Bogotá, D.C., 110221, Colombia

Tel.: (57-1) 2363330 – 7557426

Cel.: 314 412 1450

Website: www.delhierroabogados.comE-mail: sfandino@delhierroabogados.com

 **Acción de inconstitucionalidad - ESAL.pdf**
109K

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

REF: ACCIÓN PÚBLICA DE INCONTITUCIONALIDAD.

DIEGO FELIPE MÁRQUEZ ARANGO, mayor de edad, identificado como aparezco al pie de mi firma, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad que tratan los artículos 239 y siguientes de la Constitución Política y reglamentado mediante Decreto 2067 de 1991, presento ante ustedes demanda de inconstitucionalidad, conforme se plantea en la presente acción:

I. Normas acusadas.

Se acusan de inconstitucionales las partes que se subrayan de los siguientes artículos del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971):

ARTÍCULO 263. Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.

ARTÍCULO 264. Son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla.

En tal sentido, solo las palabras subrayadas son objeto de la presente acción (en adelante los "Apartes Demandados"), para que se condicione su interpretación a que debe entenderse que aplica para todas las personas jurídicas que adelanten actos de comercio como, por ejemplo, las asociaciones, fundaciones y corporaciones.

II. Normas constitucionales vulneradas.

Se considera que los Apartes Demandados vulneran los siguientes artículos de la Constitución Política:

- Preámbulo: "(...) en ejercicio de su poder soberano, 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 (...)” (subrayas propias).

- Artículo 2, segundo inciso: “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” (subrayas propias).
- Artículo 13, primer y segundo inciso: “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”.

III. Razones de la vulneración a la Constitución Política.

1. Contexto general de la situación.

Los artículos 263 y 264 del Código de Comercio regulan la apertura de agencias y sucursales, y la redacción de la norma refiere a las sociedades.

El Código de Comercio regula, justamente, a las sociedades mercantiles, y los artículos precitados hacen parte, justamente, del libro de las sociedades, por lo que no hay duda alguna que deben mencionarse a las sociedades allí, y no a otro tipo de personas jurídicas, como las ESAL, por ejemplo.

Mal se hubiera hecho donde allí se hubiera indicado que todas las personas jurídicas pueden abrir agencias o sucursales, porque se estaría regulando por fuera de las facultades que para el Código de Comercio se tenían.

La redacción de las normas citadas no son restrictivas, ni prohibitivas, ni nada similar. No debería estar prohibido para otras personas jurídicas, y mucho menos para las entidades sin ánimo de lucro (“ESAL”) la apertura de agencias o sucursales.

En tal sentido, cualquier persona jurídica que ejecute o adelante actos de comercio, como una ESAL, puede proceder a la apertura de agencias y sucursales, como pueden, ya, abrir establecimientos de comercio, designar factores en los establecimientos de comercio, entre otros.

Las ESAL, por citar un importante actor dentro del tráfico mercantil, deberían estar habilitadas para la apertura de agencias y sucursales pues son agentes de comercio, con los deberes y obligaciones de los comerciantes, entre muchas otras obligaciones.

La finalidad económica de las agencias y sucursales es y debe ser aplicable a las distintas personas jurídicas que ejercen la actividad mercantil, incluyendo a las ESAL, quienes pueden y han podido históricamente abrir establecimientos de comercio.

Si bien la apertura de un establecimiento de comercio, sucursal o agencia no supone el registro, para efectos de publicidad es determinante, y creemos que tanto las sociedades como las ESAL, por citar un ejemplo, deben tener un acceso igual a la inscripción de agencias y sucursales por las razones expuestas.

2. Consideraciones sobre la aplicación de los Apartes Demandados.

2.1. Sobre la posibilidad de hacer actos de comercio por parte de entidades distintas a las sociedades.

Existen distintas personas jurídicas que tienen una amplísima incidencia en el tráfico mercantil, cuyas condiciones y reglas normativas están fijadas en el Código de Comercio, dentro de las cuales están, por ejemplo, las sociedades comerciales o civiles, las entidades sin ánimo de lucro (“ESAL”) dentro de las que se encuentran las asociaciones, corporaciones y fundaciones, los patrimonios autónomos, entre otros.

En tal sentido, que existan tantos tipos de personas jurídicas actuando en el comercio debería generar que las normas ofrezcan a todos ellos igualdad de herramientas para el tráfico mercantil, tal como poder abrir establecimientos de comercio, agencias o sucursales. La distinción que hacen los Apartes Demandados no responde ni a una realidad económica, ni a una igualdad jurídica, y por lo mismo debe declararse la exequibilidad condicionada ampliando la interpretación de la misma.

Frente a las asociaciones, corporaciones y fundaciones, está claro que son una tipología de ESAL, y tienen como característica fundamental que no distribuyen dividendos entre sus asociados.

Ahora bien, que no distribuyan dividendos no significa, en momento alguno, que no puedan desarrollar actividades de comercio. Esto, entonces, muestra que “el ánimo de lucro” no es sinónimo de tener que vivir de la caridad, o algo similar.

Teniendo claro que las ESAL pueden realizar actos de comercio, es completamente viable que una asociación pueda crear un establecimiento de comercio, que es un bien mercantil, tal como pueden inscribir marcas, o suscribir títulos valores, por citar algunos ejemplos.

2.2. Sobre la posibilidad de las personas jurídicas diferentes a sociedades de abrir agencias y sucursales.

El artículo 515 del Código de Comercio define a los establecimientos de comercio como el “conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”. Eso no es otra cosa que decir que es una ficción jurídica con la cual se entiende que una persona que ejerce actos de comercio, como una asociación, decide destinar sus bienes, de forma organizada, para el ejercicio de la actividad que desarrolle.

Derivado del concepto de “establecimiento de comercio” surgen, entonces, las sucursales y las agencias que son, siempre, establecimientos de comercio, pero con algunas particularidades específicas.

Las sucursales, definidas en el artículo 263 del Código de Comercio, son establecimientos de comercio, en donde se tiene un administrador con facultades para representar al comerciante. Ahora bien, el mencionado artículo establece que este tipo de bienes son abiertos por una “sociedad”. Esa es la literalidad del artículo 263.

Las agencias, descritas en el artículo 264 del Código de Comercio, también son establecimientos de comercio con un administrador, pero quien no tiene facultades para representar legalmente al comerciante. Este artículo, también, refiere exclusivamente al concepto de “sociedad”.

En tal sentido, las normas del Código de Comercio han llevado a las autoridades registrales, por ejemplo, a considerar que, pese a que haya personas jurídicas, como las ESAL, que pueden ejercer actos de comercio y, justamente, abrir establecimientos de comercio, no pueden abrir agencias o sucursales, pues las normas antes citadas únicamente refieren a sociedades, y no hay una remisión normativa para las ESAL, por citar las más relevantes, al Código de Comercio.

En la búsqueda de antecedentes de ESAL que hayan podido efectuar apertura de agencias o sucursales, encontramos a las del sector solidario, y la justificación está dada en el artículo 158 de la Ley 79 de 1988, que hace una remisión normativa al Código de Comercio. Es decir, las ESAL del sector solidario pueden abrir sucursales y agencias, pero las demás ESAL no pueden hacerlo, y todo, únicamente, porque hay una remisión al Código de Comercio para las ESAL del sector solidario.

En conclusión, la interpretación de las normas precitadas han llevado a las Cámaras de Comercio como entes encargados del registro mercantil, que es donde deben inscribirse las aperturas de sucursales y agencias, a no inscribirlas porque han entendido que esta opción está dada solo a las sociedades, o a las entidades sobre las cuales haya una remisión al Código de Comercio.

3. Algunas consideraciones normativas sobre la imposibilidad de abrir agencias y sucursales para las ESAL.

Estamos de acuerdo en que para las asociaciones, corporaciones y fundaciones constituidas como ESAL no hay remisión normativa al Código de Comercio.

En la Circular Externa 002 de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), entidad encargada de la vigilancia de las Cámaras de Comercio, se establece para las ESAL no será procedente acudir a lo previsto en el Código de Comercio en relación con las sociedades comerciales, pues no existe norma aplicable que remita a dicha preceptiva ni permita su integración normativa.

Se ha considerado – erróneamente, en nuestro sentir – que el artículo 42 del Decreto 2150 de 1995 que trata sobre las ESAL supone una remisión al Código de Comercio, pero no es así. Ese artículo rige unos actos concretos y precisos y, respecto a las agencias o sucursales, no ofrece la claridad suficiente para que, argumentando la aplicación de este artículo, una Cámara de Comercio decida inscribir una agencia o una sucursal.

Lo que aquí estamos señalando es que una comprensión bajo el derecho a la igualdad de las normas y de las ESAL, debería estar dirigida a ofrecer a los participantes homogéneos en el tráfico mercantil las mismas herramientas y posibilidades, como es abrir agencias y sucursales.

oConcluimos lo siguiente: Que los artículos 263 y 264 del Código de Comercio refieran a las sociedades, no es más que una forma que la norma mercantil tuvo para referirse a las personas jurídicas ahí reguladas, que son las sociedades comerciales, pero no hace exclusivo para las sociedades comerciales este tipo de bienes mercantiles, porque no son las únicas personas jurídicas que ejercen el comercio.

4. Los Apartes Demandados vulneran el derecho a la igualdad.

Tal como se desprende de los numerales anteriores que ofrecen contexto sobre el efecto y sobre la vulneración que generan los Apartes Demandados frente a distintas personas jurídicas, como las ESAL, se considera que se vulnera la Constitución Política en el preámbulo respecto a la necesidad de asegurar a las personas la igualdad.

Se vulnera el artículo 13 de la Constitución toda vez que existe una discriminación de las personas jurídicas, incluyendo las ESAL, que realizan actos de comercio, toda vez que aquellas que son diferentes a las sociedades o a las ESAL del sector solidario (por su remisión al Código de Comercio), aún cuando hacen lo mismo, participan en el tráfico mercantil, son todas personas jurídicas, no tienen la posibilidad igual de constituir agencias o sucursales.

Hay una notable violación a la igualdad formal por no haber un trato uniforme para todas las personas jurídicas que actúan en el tráfico mercantil, diferenciándolas artificialmente y

sin justificación, ni habiendo realizado un test de igualdad, ni nada similar. Hay una distinción que no es razonable y proviene de la misma Ley, por lo cual es necesario declarar la exequibilidad condicionada para que se amplíe la interpretación de dicha norma a otras personas jurídicas y a las ESAL.

A su vez, existe una desigualdad material con los Apartes Demandados, pues, ante circunstancias fácticas iguales, no hay justificación para una distinción, y es una distorsión que solo puede resolverse mediante una ley, o mediante la corrección del yerro legal a través de una acción de constitucionalidad, como la que aquí se formula.

Es deber del Estado promover condiciones de igualdad real y efectiva. Es a través de esta acción que se pretende ello para las personas jurídicas distintas a las sociedades, para que puedan abrir agencias y sucursales.

5. Los Apartes Demandados vulneran el derecho a la libertad de las personas jurídicas.

En el ejercicio del comercio uno de los derechos más importantes es la libertad, que permite al operador mercantil elegir los mejores mecanismos disponibles para organizar el desarrollo de su actividad, buscando ser óptimo, competente, o simplemente prestar un mejor servicio.

Como consecuencia de los Apartes Demandados, las personas jurídicas distintas a las sociedades, por creación artificial de los artículos 263 y 264 del Código de Comercio, no pueden crear agencias o sucursales con las cuales puedan expandir y facilitar el ejercicio del comercio.

Restringir esa libertad de elección atenta contra la Constitución, específicamente el preámbulo, el segundo inciso del artículo 2 cuando habla de las obligaciones del estado de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y de las libertades mismas, atentando también contra el artículo 13 que regula la libertad que tienen las personas.

IV. Competencia.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la Constitución Política, por la naturaleza de la norma y del asunto a tratar, es competencia de la Corte Constitucional conocer sobre esta acción.

V. Pretensiones.

Como pretensión **PRINCIPAL** dentro de la presente demanda se tiene la siguiente: **DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los Apartes Demandados bajo el entendido que incluye, no solo a las sociedades, sino a todas las personas jurídicas que ejerzan actividades mercantiles.

Exclusivamente en el evento de no prosperar la pretensión única principal previamente descrita, **SUBSIDIARIAMENTE** se le solicita a la honorable Corte Constitucional lo siguiente: **DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los apartes demandados bajo el entendido que incluye, no solo a las sociedades, sino a todas las asociaciones, corporaciones y fundaciones creadas como entidades sin ánimo de lucro que ejerzan actividades mercantiles.

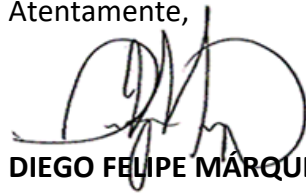
VI. Notificaciones.

Al suscrito puede notificarse en la Calle 93B No. 17-25, oficina 411, en la ciudad de Bogotá D.C. y al correo electrónico dmarquez@delhierroabogados.com y sfandino@delhierroabogados.com

Desde ya, autorizo a su despacho para que proceda a cualquier notificación de forma preferente por vía electrónica, de conformidad con las disposiciones que regulen la materia.

Autorizo a que de los dos correos mencionados puedan hacerse las radicaciones virtuales que correspondan.

Atentamente,



DIEGO FELIPE MÁRQUEZ ARANGO

C.C.: 8.358.577 de Envigado