

Sentencia C-268/21

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-
Condiciones para su estructuración

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Inhibición en relación con el cargo por vulneración del derecho a la igualdad

Referencia: Expediente D-14053

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 263 (parcial) y 264 (parcial) del Decreto 410 de 1971, “por el cual se expide el Código de Comercio”.

Demandante: Diego Felipe Márquez Arango

Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241,

numeral 5, de la Constitución Política, el ciudadano Diego Felipe Márquez Arango presentó demanda contra los artículos 263 (parcial) y 264 (parcial) del Decreto 410 de 1971, “por el cual se expide el Código de Comercio”, por el presunto desconocimiento del preámbulo, así como de los derechos a la libertad (Art. 2 de la CP) y a la igualdad (Art. 13 de la CP).

1. Mediante Auto del 11 de diciembre de 2020 se inadmitió la demanda,¹ por considerar que los cargos planteados no satisfacían los requisitos de suficiencia y especificidad. Dentro del término de ejecutoria de la anterior decisión, el accionante allegó escrito de corrección. Una vez efectuado el estudio exigido por el ordenamiento, mediante Auto del 25 de enero de 2021, se admitió el cargo por igualdad, pero se rechazó respecto del derecho a la libertad, pues sobre este último el actor se limitó a reiterar el planteamiento expuesto inicialmente.²

1. En esta última providencia la Magistrada sustanciadora dispuso (i) correr traslado al Procurador General de la Nación, (ii) fijar en lista las disposiciones acusadas y (iii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, así como a los ministerios de Hacienda y Crédito Público, del Trabajo, de Comercio y de Justicia y del Derecho.

1. De igual forma, con el objeto de que emitieran concepto sobre la demanda de la referencia, (iv) se invitó a participar en el proceso a las superintendencias de Sociedades, de Economía Solidaria y de Industria y Comercio, a la Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias del Ministerio del Trabajo, al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a Confecámaras, a las cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín, Cali, Cartagena, Pasto y Bucaramanga, al Colegio de Abogados Comercialistas, a la Confederación Colombiana de Organizaciones No Gubernamentales, a la Asociación de Fundaciones Familiares y Empresariales, a la Asociación Colombiana de Cooperativas, a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), a Fenalco; y a las facultades de derecho de las universidades de Antioquia, de Ibagué, de los

Andes, del Atlántico, del Norte, del Rosario, Eafit, Industrial de Santander, Javeriana, Sergio Arboleda, Libre, Externado y Nacional de Colombia.

1. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda.

II. NORMAS DEMANDADAS

1. A continuación, se transcriben las disposiciones acusadas, subrayando los apartados cuestionados:

“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

Libro Segundo

De las sociedades comerciales

Título I

Del contrato de sociedad

Capítulo XI

Matrices, subordinadas y sucursales

Artículo 263. Definición de sucursales – facultades de los administradores. 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. Definición de agencias. Son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla.”

III. LA DEMANDA

1. El accionante cuestionó las disposiciones anteriormente transcritas al considerar que desconocen el derecho a la igualdad, en tanto que prevén la posibilidad de abrir sucursales y agencias únicamente para las sociedades y, en cambio, no lo permiten a otras personas jurídicas con protagonismo en el ámbito comercial. Señala puntualmente que, su cargo se dirige al trato desigual que reciben las corporaciones, fundaciones y asociaciones que han sido constituidas como entidades sin ánimo de lucro. Asegura que, así como sucede con las sociedades, las entidades sin ánimo de lucro también pueden participar del comercio. De hecho -agrega- inciden ampliamente en el tráfico mercantil de nuestro país.

1. Reconoce que entre las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades (sean estas civiles o comerciales) existe una diferencia significativa y es el ánimo de lucro, es decir la posibilidad de recibir dividendos dentro de una sociedad. A pesar de ello, afirma que esta característica responde a la relación del aportante frente a la persona jurídica, pero no desdibuja la esencia de las actividades comerciales propiamente dichas que tanto las entidades sin ánimo de lucro como las sociedades ejecutan.³

1. Hace énfasis en que si bien las fundaciones, asociaciones y corporaciones no distribuyen dividendos ni utilidades entre sus asociados, ello no significa que no puedan desarrollar

actividades de comercio. Lo anterior, a su juicio, “muestra que “el ánimo de lucro” no es sinónimo de tener que vivir de la caridad, o algo similar.”⁴ En este sentido, señala que en tanto las referidas instituciones pueden llevar a cabo 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.”⁵ Agrega que la existencia de diversos tipos de personas jurídicas participantes del 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.”

1. Pese a las diferencias que pueda haber entre las sociedades y las entidades sin ánimo de lucro, el actor concluye que ambas personas jurídicas merecen un trato similar en lo que se refiere a la posibilidad de crear agencias y sucursales debido a que (i) tienen el mismo fundamento constitucional, el artículo 38 que regula el derecho de asociación, (ii) las normas sobre reuniones, quórum, mayorías, votaciones, convocatorias, obligación de llevar contabilidad y libros son similares; (iii) a las entidades sin ánimo de lucro le son aplicables muchos asuntos y aspectos que se han ido desarrollando con el tiempo para las sociedades comerciales; y (iv) ambos tipos contribuyen al tráfico de la economía del país. Para esto último, el promotor de la acción cita datos del DANE que dan cuenta de la contribución a la economía de las entidades sin ánimo de lucro.⁶

1. Es así que el trato que reciben las corporaciones, fundaciones y asociaciones es -en criterio del accionante- discriminatorio dado que “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.”⁷ En esta dirección sostiene que:

“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.”⁸

1. En virtud de lo expuesto, solicita a la Corte Constitucional “declarar la exequibilidad condicionada de los apartes demandados bajo el entendido que (sic) 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.”⁹

IV. INTERVENCIONES

1. Superintendencia de Sociedades¹¹

1. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica solicitó a la Corte declarar la exequibilidad simple de las disposiciones. Argumenta que el escrito del promotor de la demanda incurre en contradicción, pues al tiempo que reconoce que los artículos 263 y 264 integran el libro de las sociedades comerciales y, por tanto, no se pueden aplicar a las entidades sin ánimo de lucro, aun así, afirma que deben cobijarlas. De acuerdo con esta Superintendencia, con una “óptica jurídica diáfana que no admite interpretación diferente”, las disposiciones acusadas “están ubicados dentro del universo de las sociedades comerciales, pues el legislador en su sabiduría consideró necesario consagrar una normatividad exclusiva para las sociedades comerciales y, por ende, su ámbito de aplicación se predica solo para tales.”¹²

1. Aunque las entidades sin ánimo de lucro pueden realizar actos de comercio, de allí no se deriva que su tratamiento deba ser igual al de las sociedades comerciales, pues cada una debe contar con su propia normativa que responda a sus particularidades y objetivos. Es

claro que las entidades sin ánimo de lucro, desde su creación, tienen su regulación específica a la cual deben someterse, “la cual difiere de las normas aplicables a las sociedades mercantiles, y cuya aplicación no puede extenderse a las ESAL, por cuanto son personas jurídicas distintas, con propósitos y regulación especial disímil.”¹³ En opinión de la Superintendencia de Sociedades, “lo procedente, es presentar ante el Congreso de la República un proyecto de ley en el cual, previas las consideraciones respectivas que sustentan esa necesidad, se le faculte a las ESAL, si a bien lo considera conveniente el legislador, para que establezca sucursales o agencias.”¹⁴

2. Superintendencia de Industria y Comercio¹⁵

1. La Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial se opone a las pretensiones del demandante. Comienza reconociendo que, en desarrollo de su objeto social, las entidades sin ánimo de lucro del régimen común pueden realizar diferentes actividades, entre ellas de carácter mercantil, con el fin de generar incrementos en su patrimonio o conservarlo. Por consiguiente, “se ha permitido que las fundaciones, asociaciones y corporaciones, puedan matricular establecimientos de comercio si desarrollan actividades mercantiles a través de ellos, así como puedan tener distintas sedes u oficinas donde puedan ejercer su fin social.”¹⁶ Esto es así en tanto que la definición de establecimiento comercial es de carácter general y no tiene como destinatario exclusivo a un determinado tipo societario.¹⁷ Por el contrario, los artículos sí se refieren únicamente a las sociedades, excluyendo a las entidades sin ánimo de lucro.

1. Para sustentar su postura, retoma el concepto 2201711981 de 2017 de la Secretaría Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el cual estableció que la institución de sucursal no cobija a las entidades sin ánimo de lucro. En el mismo sentido, reitera que la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del concepto 08025069 del 21 de abril de 2008, sostuvo que:

“En efecto, por regla general, las entidades sin ánimo de lucro no son titulares de agencias o de sucursales en los términos del Código de Comercio y, por lo tanto, en principio no resulta

procedente su matrícula en el registro mercantil. Por ello, los Decretos 2150 de 1995 y 427 de 1996 no señalan que las entidades sin ánimo de lucro puedan ser titulares de sucursales o agencias. // Al respecto, vale la pena aclarar que las sucursales y las agencias son establecimientos de comercio cuya titularidad, en principio, corresponde exclusivamente a las sociedades comerciales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio. Las entidades sin ánimo de lucro no pueden tener sucursales ni agencias, sino solo establecimientos de comercio. Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación a ciertas entidades sin ánimo de lucro de las disposiciones generales relativas a sociedades comerciales, por remisión expresa de la norma que regula la entidad sin ánimo de lucro de que se trate (...).”¹⁸

1. De modo que la apertura de agencias y sucursales por parte de una entidad sin ánimo de lucro del sector común no está previsto como un acto sujeto a registro. Tampoco es viable para las cámaras de Comercio ni para esa Superintendencia hacer una remisión normativa que no está regulada en la ley y es ajena a sus funciones. Concluye señalando que no es válida una remisión normativa a un régimen (el de las sociedades) que no es el propio.

3. Cámara de Comercio de Bogotá¹⁹

1. El apoderado general de esta entidad defendió la exequibilidad de las normas por considerar que no vulneran el principio a la igualdad. Inicia su intervención explicando la naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro que, a diferencia de las sociedades comerciales, persiguen un fin altruista y social cuyos excedentes siempre se reinvierten en el objeto social. Considera entonces que aun cuando estas realizan operaciones comerciales y obtienen ganancias para aumentar su patrimonio y lograr el cumplimiento de sus fines, esto no significa que sean asimilables a las sociedades comerciales, por cuanto responden a finalidades económicas, jurídicas y sociales diferentes.²⁰

1. Respecto del registro en las cámaras de comercio, las sociedades tienen la obligación de

matricularse en el Registro Mercantil por disposición del artículo 26 del Código de Comercio, mientras que las entidades sin ánimo de lucro deben cumplir este requisito a partir de una fuente normativa diferente (artículo 166 del Decreto ley 019 de 2012), por lo que se trata de registros diferentes, aunque ambos sean administrados por las cámaras de comercio.

1. Asimismo, explica que hay diferentes modalidades de entidades sin ánimo de lucro según sus actividades y finalidades, pero centra su análisis en la clasificación que considera más relevante: (i) las fundaciones, asociaciones y corporaciones reguladas principalmente en los artículos 633 al 652 del Código Civil y (ii) las entidades del sector solidario o cooperativo, que se caracterizan por la ayuda mutua y la autogestión para generar bienestar común entre sus asociados, sus familias y la comunidad en general.

1. De acuerdo con el interviniente, si bien en principio las disposiciones demandadas sobre la apertura de sucursales y agencias es una facultad exclusiva de las sociedades comerciales, también podría aplicarse a las entidades del sector solidario por remisión expresa subsidiaria del artículo 158 de la Ley 79 de 1988 al régimen societario. Sostiene que dicha interpretación ha sido avalada por la Superintendencia de la Economía Solidaria al señalar que “las agencias que constituyan las cooperativas deben registrarse ante la respectiva Cámara de comercio y renovar la matrícula mercantil por considerar que las agencias son establecimientos de comercio, por remisión del artículo 158 de la Ley 79 de 1988 ante la falta de reglamentación sobre el tema.”²¹

1. No sucede lo mismo con las fundaciones, asociaciones y corporaciones que no cuentan con dichas facultadas. Sobre este punto, precisa que las sucursales y agencias son propias de las sociedades comerciales, por lo que las entidades sin ánimo de lucro solo pueden tener “sedes” donde prestar su objeto social.²² De todos modos, aclara que “en el evento que las entidades sin ánimo de lucro desarrollen actividades mercantiles como objeto secundario, pueden matricular establecimientos de comercio, ya que esta figura jurídica no es de exclusividad para las sociedades.”²³

1. En criterio del interviniente, acoger el cargo propuesto, permitiendo la constitución de sucursales y agencias a las entidades sin ánimo de lucro “podría traer como consecuencia la aplicación de otras normas completamente ajenas al régimen de las personas jurídicas sin ánimo de lucro lo cual sí trasgrediría el principio de igualdad, por cuanto como se ha indicado de manera reiterada, esta codificación aplica para los comerciantes y los asuntos mercantiles.”²⁴

4. Cámara de Comercio de Cartagena²⁵

1. El concepto rendido por el Jefe del Departamento de Registros comparte los argumentos de la demanda y solicita el condicionamiento de las normas. En su entender, “las distintas modalidades de establecimientos de comercio (establecimiento simple, sucursal, agencia) no debería estar determinada o limitada en razón de la naturaleza de la entidad de que se trate, sino al ejercicio de la actividad mercantil a través de bienes organizados por la empresa.”²⁶

1. Para apoyar su tesis refiere a la naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro, destacando que no existe obstáculo para que estas generen utilidades y beneficios, pues la prohibición del ánimo de lucro se dirige a sus fundadores, asociados o personas vinculadas y no a la persona jurídica en sí misma.²⁷ Así, continúa, pueden ejercer actividades de comercio, contratar y obligarse, siendo, en últimas, hábiles para ejercer el comercio, ser entendidas como empresas y, por lo tanto, de conformidad con lo establecido en los artículos 13, 27, 28 y 515 del Código de Comercio, no existe obstáculo para que pueden tener establecimientos de comercio, pues su existencia no depende de la finalidad perseguida, si es o no comerciante, sino de la naturaleza de sus actividades:

“Del análisis de la concepción de establecimiento de comercio, se puede colegir que las personas que ejercen actividades de comercio, como lo pueden ser, las Entidades Sin Ánimo de Lucro bajo la modalidad de Fundaciones, Corporaciones o Asociaciones y que cuenten con bienes organizados para los fines de la entidad destinados a la operación de las actividades mercantiles, pueden tener sus propios establecimientos de comercio, los cuales son

susceptibles de inscripción en el registro mercantil, conforme con lo dispuesto en el artículo 28 citado.”²⁸

1. Teniendo en cuenta lo anterior, indica que las sucursales y las agencias no dejan de ser establecimientos de comercio, pues “no existe una diferenciación en la organización de los bienes dispuestos por la empresa o la entidad para la realización de sus fines.” Por ello, debe primar el concepto base del establecimiento de comercio, toda vez que la imposibilidad operante para la apertura de agencias y sucursales de las entidades sin ánimo de lucro “constituye una diferenciación que no guarda lógica y sustentación, a la luz de que estas, además de actividades civiles, pueden ejercer las actividades mercantiles que consideren necesarias para lograr el desarrollo de las actividades inherentes a su objeto social y alcanzar sus fines, pues la naturaleza no lucrativa, no se lo impide ni interfiere en ello, pues es la destinación de las utilidades o réditos la que las diferencia de las sociedades comerciales, pero no lo es, el ejercicio del comercio para los fines establecidos en el estatuto social.”²⁹

5. Cámara de Comercio de Medellín³⁰

1. El representante legal suplente de la entidad coadyuva la demanda. Sostiene que a partir de lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 2150 de 1995³¹ “las cámaras de comercio deberíamos aplicar especialmente el inciso 2 del artículo 263 del Código de Comercio a las ESAL, cuando matriculen un establecimiento de comercio, pero dicha interpretación se hace inaplicable por las cámaras de comercio por el numeral 2.2.1. y de manera general en el numeral 2.2. de la Circular Única de la SIC.”³² Según la referida circular “no será procedente acudir a las normas sustanciales especiales previstas en el Código de Comercio para las sociedades, ya que no existe norma aplicable a las entidades sin ánimo de lucro de que trata esta Circular que remita a dicha preceptiva su integración normativa.”³³

1. Destaca que se han venido matriculando establecimientos de comercio propiedad de entidades sin ánimo de lucro pues es claro que estas ejercen actos de comercio, bajo los

términos del artículo 11 del Código de Comercio, y son propietarias del conjunto de bienes organizados para realizar los fines de la empresa, definición estipulada en el artículo 515 del mismo Código. Dicho matrícula, a su vez, se inscribe en el libro VI del Registro Mercantil, pero no se les puede aplicar “la tipología de agencia o sucursal, en seguimiento a la instrucción del numeral 2.2.1. de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que se reproduce a lo largo de su numeral 2.2.”³⁴

1. Para el interviniente se justifica una reforma legal integral que permita fortalecer las capacidades operativas de las entidades sin ánimo de lucro pues la barrera advertida con la demanda no es la única que afecta este importante sector de la economía.

6. Universidad Externado de Colombia³⁵

1. Un docente investigador del departamento de derecho comercial solicita declarar exequibles las disposiciones demandadas. Retoma el carácter gremial del derecho comercial -pues busca generar un cuerpo normativo específico para los comerciantes y empresarios-y el favorecimiento de economías de escala que haga posible competir eficazmente en el mercado. Justamente, las sucursales y agencias de las sociedades son establecimientos de comercio (Art. 515 del C. Co) a partir de los cuales las sociedades pueden consolidar su presencia y el desarrollo de su actividad empresarial en un determinado territorio. De todos modos, advierte que la economía de escala viene aparejada de una mayor y más estricta reglamentación de las sociedades para su organización y funcionamiento. Un ejemplo es la regulación de las sociedades comerciales, sometidas a vigilancia estricta de la respectiva Superintendencia, y de las cooperativas -a quienes también se les permite constituir agencias y sucursales- sometidas a supervisión por la Superintendencia de Economía Solidaria; mientras que las corporaciones, fundaciones y asociaciones solo tienen supervisión formal de las alcaldías locales.

1. Agrega que el juicio de igualdad no está llamado a prosperar pues realmente no se trata

de sujetos comparables. Explica que las entidades sin ánimo de lucro “no han sido constituidas originariamente para el desarrollo de actividades comerciales, sino para alcanzar fines de beneficio común o frente a terceros”; así realicen actividades de carácter comercial, conexas a su objeto social.³⁶ De todos modos, aplicando el test de igualdad leve, concluye que la norma es constitucional en tanto promueve un trato desigual entre desiguales, en la medida que las sociedades comerciales de por sí “tienen una normativa y control más robustos.” Finalmente, señala que tal diferenciación está soportada en el principio democrático pues “el Legislador ha querido, sobre una racionalidad suficiente, mantener la diferencia de trato entre esas personas jurídicas en lo que se refiere a la constitución de agencias y sucursales.”³⁷

7. Universidad Industrial de Santander³⁸

1. Subsidiariamente, en cuanto al fondo del asunto, plantean que no se ocasiona ninguna lesión del principio de igualdad, en tanto que “no se observa que se haya argumentado que la misma norma impone un trato discriminatorio o diferenciado. Es más, el mismo demandante reconoce que la norma no tiene un carácter prohibitivo o restrictivo respecto de las ESAL. Así mismo, si existiere la diferenciación, parece razonable en tanto la naturaleza diferenciada de estas entidades.”³⁹

8. Universidad Libre⁴⁰

1. Esta universidad, a través de su Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, apoya la exequibilidad condicionada, en el entendido de que los artículos 263 y 264 del Decreto 410 de 1971 “se entienden aplicables a toda persona.” Argumenta que, según el régimen comercial, toda persona natural o jurídica puede ejercer el comercio, y que las personas jurídicas pueden hacerlo con o sin ánimo de lucro, a través de establecimientos de comercio (Artículo 515 del C.Co.). Precisa también que las sucursales y agencias son tipos de establecimientos de comercio que funcionan fuera del domicilio principal de la persona

jurídica, circunstancia que exige definir temas de representación en otras zonas del país. Dicho lo anterior, considera que la redacción de las disposiciones acusadas es infortunada “pues no se entiende que un establecimiento de comercio pueda ser desarrollado por cualquier tipo de persona, pero a la vez, que las especies de tal categoría de establecimientos denominadas agencia o sucursal, sean previstas solo para sociedades comerciales.”⁴¹ Advierte, además, que el tratamiento diferenciado no ha sido corregido por las autoridades administrativas especializadas en la materia, quienes por el contrario han perpetuado una diferenciación injustificada:

“Así las cosas, se erró por el legislador comercial al utilizar este vocablo sociedad en los artículos demandados y no persona como sí lo hizo para regular el establecimiento de comercio, y muy a pesar de que podría pensarse que con una interpretación doctrinal y sistemática de la ley pudiese fácilmente aplicarse la posibilidad a las entidades sin ánimo de lucro, se agrava el error cuando las entidades que pueden sentar doctrina en el tema comercial, se apegan al tenor literal y por ende generan una interpretación meramente gramatical tal cual se aprecia en la Circular Externa 002 de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio y concepto 220-202086 de Superintendencia de Sociedades, que sin mayores disquisiciones justificativas, más bien, solo literales, confirman la exclusión de las entidades sin ánimo de lucro en la posibilidad de establecer agencias y sucursales.”⁴²

1. Así pues, en su opinión, la desigualdad que genera las disposiciones acusadas es injustificada, por lo que no superaría siquiera un test intermedio de constitucionalidad.

9. Universidad Sergio Arboleda⁴³

1. Un profesor adscrito al Departamento de Derecho Privado defendió la exequibilidad de las disposiciones. Para el efecto, reiteró que la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro es distinta a la de las sociedades comerciales, por lo que su tratamiento diferenciado no rompe el principio de igualdad. Sin embargo, reconoce que el Código de Comercio genera dificultades ante su falta de informidad. Puntualmente, explica que esta legislación es el resultado de un “trasplante normativo” de distintas tradiciones jurídicas. Por ello, se generan

inconvenientes en su interpretación respecto de figuras como lo son, por ejemplo, el empresario y el comerciante. En efecto, “mientras a este último se le exigen deberes y existen sanciones directas por la omisión o contravención a los mismos, aquel pasa impoluto frente al sistema pues se considera simplemente como un organizador del establecimiento de comercio, salvo que de su actividad se desprenda la realización de actos mercantiles.”⁴⁴ Un problema similar ocurre con el concepto de empresa el cual dejaría por fuera automáticamente a todas las entidades sin ánimo de lucro:

“es preciso indicar que la teoría de los actos de comercio que sirve como premisa fundamental para determinar el ámbito de aplicación del Código, parte de la consideración de que las únicas empresas en el derecho colombiano son las sociedades. Esta equivocada y errónea consideración deja de lado, por ejemplo a las ESAL y a las entidades públicas en todos sus órdenes. Tal situación trae como consecuencia problemas como los que dan lugar a este proceso en el que esta clase de personas jurídicas no encuentran en el sistema una disposición normativa que les permita abrir al público establecimientos o que estos funcionen de manera virtual.”⁴⁵

1. A lo anterior -continúa- debe agregarse que la mayoría de regulación de las entidades sin ánimo de lucro corresponde principalmente al Código Civil del Siglo XIX y alguna que otra disposición que en “pleno siglo XXI resulta anacrónica en su ejecución.”⁴⁶ En consecuencia, actualmente no existe norma que establezca la posibilidad de que estas entidades tengan establecimientos de comercio, dentro de los cuales se encontrarían las sucursales y las agencias. Es por ello que, aunque defiende la constitucionalidad de las normas acusadas, también aboga por que el Legislador supere este vacío normativo y permita “la posibilidad que se les niega actualmente a la ESAL de inscribir esta clase de bienes en un registro público, que no debería por su naturaleza, ser el mercantil, aunque sustancialmente sean lo mismo.”⁴⁷

10. Asociación de Transportadores Especiales (Astransportes)⁴⁸

1. El escrito allegado por la representante legal suplente de esta asociación no contiene una

petición expresa sobre la constitucionalidad de la norma demandada. Sin embargo, manifiesta que la distorsión e inequidad generada por las disposiciones demandadas era padecida por esta Asociación, pues “[e]n las licitaciones que participa exigen agencias o sucursales en distintos lugares del país, para lo que no basta un establecimiento de comercio”; lo que ha conllevado la pérdida de oportunidades en procesos comerciales.

11. Cámara de Comercio de Pasto⁴⁹

1. De forma extemporánea, esta entidad allegó un escrito para defender la exequibilidad de las normas demandadas.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

1. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, la Procuradora General de la Nación presentó concepto en el que solicita a la Corte Constitucional declararse inhibida pues considera que la demanda no satisface los requisitos argumentativos para sustentar un cargo de inconstitucionalidad.⁵⁰

1. De acuerdo con la Vista Fiscal, la distinción en la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro con respecto a las sociedades, ha sido expuesta por la jurisprudencia Constitucional en las sentencias C-265 de 1994, C-287 de 2012 y C-216 de 2020. Ahora bien, el que las entidades sin ánimo de lucro desarrollen actividades mercantiles no las convierte en titulares de las mismas prerrogativas previstas para las sociedades mercantiles. En suma, advierte que “el actor plantea un cargo que parte de la premisa de que las sociedades comerciales y las entidades sin ánimo de lucro son comparables, omitiendo que se trata de personas jurídicas que persiguen fines diferentes y, por ello, el legislador, en principio, está facultado para expedir regulaciones distintas en torno a su operación a fin de incentivar los bienes constitucionales que cada una busca asegurar.”⁵²

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una norma con fuerza de ley, en este caso, el Decreto 410 de 1971, por el cual se expidió el Código de Comercio.

2. Cuestión previa. Examen sobre la aptitud sustantiva de la demanda

1. La Procuradora General de la Nación solicitó a la Corte declarase inhibida ante lo que considera es una demanda inepta. En su criterio, los grupos que se pretenden equiparar tienen un sustento constitucional diferente, por lo que no habría lugar a proponer un juicio de igualdad frente a entidades que de por sí tienen una naturaleza distinta. En el mismo sentido, la Universidad Industrial de Santander cuestionó que la demanda adolece de falencias argumentativas que impiden un pronunciamiento de fondo.

1. Corresponde entonces a esta Corporación analizar la solicitud de inhibición que formularon algunos de los intervinientes, pues de prosperar ésta no habría lugar a formular un problema jurídico ni a estudiar de fondo el asunto. Para resolver esta cuestión previa, la Sala retomará brevemente los requisitos de argumentación exigibles a toda demanda de inconstitucionalidad y luego evaluará su cumplimiento en el caso concreto.

2.1. Parámetros de análisis para los cargos de constitucionalidad, especialmente cuando se formula un juicio de igualdad

1. La Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre los requisitos que debe reunir una demanda de inconstitucionalidad, para que el asunto pueda ser decidido de

fondo.⁵³ En dichas ocasiones ha enfatizado que esta acción pública es expresión del derecho de participación en una democracia,⁵⁴ y que constituye un instrumento de control sobre el poder de configuración normativa que radica, de manera principal, en el Congreso de la República.⁵⁵ No se trata entonces de un instrumento judicial reservado a los profesionales del derecho ni supone el empleo de una determinada técnica argumentativa.

1. El ejercicio de dicho mecanismo, sin embargo, no está desprovisto de exigencias que, si bien no pueden constituirse en barreras para el acceso a la administración de justicia, están orientadas a dar cuenta (i) de la presunción de corrección de las leyes, con mayor precisión e intensidad de aquellas proferidas por el Congreso de la República, que deriva del carácter epistemológico del proceso democrático, y de la pretensión de estabilidad del ordenamiento jurídico en beneficio de la seguridad que debe brindar a sus destinatarios; y, (ii) del ejercicio ponderado de la competencia del Juez Constitucional, que, por un lado, no debe asumir por sí mismo la carga de formular acusaciones contra las normas que luego debe estudiar con imparcialidad; y, por el otro, debe garantizar un escenario en el que el escrito de la demanda permita orientar la participación y el debate ciudadano.

1. Partiendo del contenido del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, la jurisprudencia ha precisado que, para que exista una demanda apta, el respectivo escrito de acusación debe: (i) señalar las normas que acusa como inconstitucionales, (ii) las disposiciones superiores que estima infringidas, y (iii) exponer las razones o motivos por los cuales la norma acusada viola la Constitución; lo que se traduce, a su vez, en la formulación de por lo menos un cargo concreto de inconstitucionalidad.⁵⁶ El escrito, por supuesto, también debe explicar la razón por la cual el demandante estima que la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto.

1. Las razones que sustentan la inconstitucionalidad deben, a su vez, ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.⁵⁷

1. La claridad hace relación a que los argumentos sean determinados y comprensibles y permitan captar en qué sentido el texto que se controvierte infringe la Carta. Deben ser entendibles, no contradictorios, ilógicos ni anfibológicos.

1. Conforme la exigencia de la certeza, de una parte, se requiere que los cargos tengan por objeto un enunciado normativo perteneciente al ordenamiento jurídico e ir dirigidos a impugnar la disposición señalada en la demanda y, de la otra, que la norma sea susceptible de inferirse del enunciado acusado y no constituir el producto de una construcción exclusivamente subjetiva, con base en presunciones, conjeturas o sospechas del actor.

1. La especificidad de los cargos supone concreción y puntualidad en la censura, es decir, la demostración de que el enunciado normativo exhibe un problema de validez constitucional y la explicación de la manera en que esa consecuencia le es atribuible.

1. Es necesario que los cargos sean también pertinentes y, por lo tanto, por una parte, que planteen un juicio de contradicción normativa entre una disposición legal y una de jerarquía constitucional y, por la otra, que el razonamiento que funda la presunta inconstitucionalidad sea de relevancia constitucional, no legal, doctrinal, político o moral. El cargo tampoco es pertinente si el argumento en que se sostiene se basa en hipótesis acerca de situaciones de hecho, reales o de hipotética ocurrencia, o ejemplos en los que podría ser o es aplicada la disposición.

1. Por último, la suficiencia implica que el razonamiento jurídico contenga un mínimo desarrollo, en orden a demostrar la inconstitucionalidad que le imputa al texto demandado. El cargo debe proporcionar razones, por lo menos básicas, que logren poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de las leyes, derivada del principio democrático, que justifique llevar a cabo un control jurídico sobre el resultado del acto político del legislador.⁵⁸ En los anteriores términos, es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad

satisfaga las mencionadas exigencias mínimas, para que pueda ser emitido un pronunciamiento de fondo. En caso contrario, no poseerá aptitud sustantiva y la Corte deberá declararse inhibida para fallar.

1. En los cargos por violación a la igualdad, existe una carga argumentativa especial con el fin de aportar los elementos mínimos que habiliten un pronunciamiento de fondo. La versión más decantada de la metodología empleada por la Corte Constitucional para estos asuntos se denomina “juicio integrado de igualdad”,⁵⁹ el cual permite establecer si las razones que fundan una medida que conlleva a un trato diferenciado son constitucionalmente admisibles. El juicio de igualdad se estructura a partir de dos grandes fases: la primera, determina la existencia de las bases de la comparación (*tertium comparationis*) y la segunda, examina la justificación de la medida, mediante la aplicación del test propiamente dicho, de conformidad con los grados de exigencia que prevea el nivel de intensidad.

1. En la primera fase debe identificarse el criterio de comparación o *tertium comparationis*, el cual permitirá determinar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse o si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. Viceversa, el patrón de igualdad permitirá reconocer si la clasificación del Legislador agrupa supuestos de hecho o personas diferentes a la luz de la norma acusada y, por lo tanto, se hace innecesario el análisis de justificación de la medida, porque el principio de igualdad no exige tratar igual a los diferentes. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la regulación. Pero, a su vez, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma.

1. La segunda fase del test de igualdad examina la justificación de las medidas diferenciadas adoptadas. De este modo, retomando la técnica de adjudicación constitucional de varios tribunales europeos, la Corte ha indicado que se debe examinar (i) el fin buscado por la medida legislativa, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Sin

embargo, las exigencias sobre el peso de la finalidad perseguida con la medida, la naturaleza del medio y la fuerza entre el medio y la finalidad dependen de la rigidez con la cual sea llevado a cabo el control. En este sentido, la Sala ha recogido la construcción estadounidense de un test de igualdad con diferentes intensidades, sobre la base de la potestad general de configuración normativa en cabeza del Legislador, del respeto al principio de división de poderes y la diferenciada relevancia constitucional de los bienes y derechos implicados en cada caso. Así, se ha señalado que el test de igualdad puede ser estricto, intermedio o leve.⁶⁰

1. De manera que la formulación de un cargo de igualdad requiere, por lo menos, que el demandante indique específica y suficientemente “(i) los grupos o situaciones comparables, (ii) el trato diferencial introducido por la norma acusada y (iii) la razón por la cual se considera que dicho tratamiento no está constitucionalmente justificado.”⁶¹

2.2. Inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda: incumplimiento de los requisitos de especificidad y suficiencia, al momento de presentar los términos de la comparación

1. La demanda del ciudadano Diego Felipe Márquez Arango contra los artículos 263 (parcial) y 264 (parcial) del Decreto 410 de 1971, “por el cual se expide el Código de Comercio”, se soporta en la premisa según la cual las sociedades comerciales y las entidades sin ánimo de lucro del régimen ordinario, merecen un trato similar en lo que se refiere a la facultad para operar sucursales y agencias. En síntesis, el actor denuncia una presunta violación del derecho a la igualdad debido a que las disposiciones referidas prevén únicamente la posibilidad de abrir sucursales y agencias a las sociedades y, en cambio, no lo permiten a otras personas jurídicas con protagonismo en el ámbito comercial, específicamente a las corporaciones, fundaciones y asociaciones que han sido constituidas como entidades sin ánimo de lucro. De acuerdo con el accionante, estas últimas entidades también son agentes de comercio en un sentido amplio y no deberían quedar al margen de esta facultad.

1. Los artículos 263 y 264 del Código de Comercio están contenidos en el libro segundo del Código de Comercio, destinado a las sociedades comerciales, y se encargan de definir las instituciones de sucursal y agencia. Debido a su ubicación dentro del estatuto comercial y los vocablos que emplean (“sociedad” - “sociales”), se ha entendido que las sucursales y agencias son instituciones que únicamente pueden ser desarrolladas por las sociedades, pero no por otro tipo de personas jurídicas, como las entidades sin ánimo de lucro,⁶² salvo que exista una autorización o remisión expresa del Legislador.⁶³

1. Para entender estas instituciones, es necesario remitirse primero al concepto de empresa y establecimiento de comercio en tanto que estas nociones se encuentran interrelacionadas. El artículo 25 del Código de Comercio dispone que “se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”⁶⁴

1. El artículo 515 del Código de Comercio, por su parte, señala que el establecimiento de comercio es un “conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa.”⁶⁵ Esta norma agrega que una misma persona podrá tener varios establecimientos, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades. Los establecimientos de comercio no constituyen sociedades distintas de la principal, a diferencia de lo que acontece con las filiales o subsidiarias, que dan vida a entes jurídicos distintos.⁶⁶

1. Los establecimientos de comercio son una universalidad jurídica dispuesta para realizar la actividad económica y, salvo estipulación en contrario, contienen, entre otros, los nombres, las marcas de productos y servicios, el mobiliario y las instalaciones, los contratos de arrendamiento de locales comerciales, así como los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento.⁶⁷ En suma, el establecimiento de comercio es el instrumento organizado de bienes, derechos y mercancías del que se vale el

empresario para desarrollar la actividad económica propuesta.

1. Nótese cómo los conceptos transcritos dan cuenta de un escenario eminentemente económico, en donde el elemento esencial mediante el cual se adelanta la actividad o las actividades que integran el objeto social de una empresa, lo constituyen los denominados establecimientos de comercio.⁶⁸ De hecho, estos representan el bien mercantil por excelencia,⁶⁹ cuyo funcionamiento, además, genera una presunción de comerciante para su titular.⁷⁰ De cara a este contexto, a juicio de la Sala Plena, el actor no aporta argumentos específicos y suficientes para proponer un juicio de igualdad, frente a unas instituciones comerciales (agencias y sucursales) que, en principio, no guardan relación con la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro.

1. Para la Sala las razones de inconstitucionalidad propuestas por el demandante en el cargo inicialmente admitido,⁷¹ carecen de especificidad y suficiencia al momento de sustentar los términos de la comparación propuesta. La premisa en la que se basa el actor -esto es, que las entidades sin ánimo de lucro son sujetos comparables a las sociedades- no está debidamente soportada, lo que impide a la Corte adelantar un pronunciamiento de fondo.

1. De acuerdo con el demandante, tanto las sociedades como las entidades sin ánimo de lucro pueden participar del comercio y desarrollar actividades propiamente mercantiles, lo que justificaría un tratamiento equitativo en la operación de establecimientos de comercio. Para la Sala, sin embargo, la actividad mercantil que ejecutan las entidades sin ánimo de lucro no implica, por sí sola, que merezcan un tratamiento equivalente al de las sociedades. Tampoco lograr explicar el actor por qué el ánimo de lucro constituye un parámetro irracional del Legislador para determinar el tipo de entidades que pueden válidamente operar sucursales y agencias.

1. La igualdad es un concepto por esencia relacional o comparativo, puesto que dos

regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación. De ahí que, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la correcta escogencia de los criterios de comparación sea una premisa determinante para el éxito de cualquier juicio de igualdad:

“La identificación del criterio de comparación constituye una de las labores más complejas en materia del control constitucional de la igualdad. La dificultad se encuentra asociada al hecho de que las personas, grupos y situaciones pueden siempre tener rasgos comunes y siempre también rasgos diferentes. La selección equivocada del criterio de comparación podría tener graves consecuencias. En efecto, (i) la invocación de rasgos que por su carácter genérico conducen siempre a concluir la asimilación de grupos o situaciones supondría una profunda limitación del margen de configuración del legislador y, en otra dirección, (ii) el empleo de rasgos que por su grado de especificidad conducen siempre a diferenciar, podría afectar la vigencia del mandato de igualdad como expresión básica de justicia. // En varias oportunidades este Tribunal se ha ocupado de este asunto. Ha señalado que “la identificación del criterio de comparación es el paso inicial para examinar si la clasificación objeto de cuestionamiento fue racionalmente configurada por el legislador”, indicando que “la racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto del Legislador en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley”. En esa dirección “para determinar si dos grupos o categorías son comparables es necesario examinar su situación a la luz de los fines de la norma.”⁷²

1. La participación en el mercado y las transacciones mercantiles que legítimamente llevan a cabo las entidades sin ánimo de lucro, como un medio para la consecución de su objeto social, es una realidad aceptada por los intervinientes en este proceso -incluso aquellos que se oponen a la demanda⁷³- así como por la jurisprudencia.⁷⁴ Pero ello no es razón suficiente para considerar que en dicho escenario deban recibir un trato similar al de las sociedades, desde la perspectiva de las normas acusadas. La participación en el mercado es un supuesto demasiado genérico que conduciría a la incorrecta asimilación de grupos y situaciones evidentemente disímiles. En efecto, al mercado concurren tanto personas naturales como jurídicas, comerciantes profesionales y usuarios esporádicos, sociedades comerciales, entidades sin ánimo de lucro, e incluso empresas mixtas del Estado; lo que no significa que

todas merezcan, por este solo hecho, un trato equivalente.

1. El criterio que hace comparables dos grupos de sujetos no puede ser indeterminado o recaer en un elemento de referencia común excesivamente amplio, como en esta ocasión propone el actor a partir de la noción de “incidencia en el tráfico mercantil”. Por el contrario, el criterio de comparación debe ser identificado a la luz del régimen específico en relación con el cual se alega la desigualdad, en este caso, la facultad para operar sucursales y agencias.

1. Los grupos que intenta comparar el demandante son, de entrada, distintos y han venido siendo regulados por regímenes normativos diferenciados en razón a su naturaleza. Era necesario, entonces, que el actor profundizara en las condiciones que caracterizan a las entidades sin ánimo de lucro, para poder luego determinar si realmente son sujetos comparables a las sociedades, al menos en lo que respecta a la operación de sucursales y agencias, en los términos del Código de Comercio. Esto requería de un análisis más detallado de los distintos regímenes especiales que cobijan a las entidades sin ánimo de lucro, sus cargas tributarias, y su sistema de registro, entre otros aspectos. Sin ello no es posible concluir que estamos en presencia de entidades comparables a las sociedades comerciales, amparados únicamente en la premisa de que ambos pueden realizar actos de comercio.

1. Por último, la Sala advierte que el análisis propuesto por el demandante es de carácter económico y sus efectos son principalmente patrimoniales, por lo que se encuentra cobijado dentro del concepto de Constitución Económica. Este confiere un mayor margen de decisión al Legislador y requiere, en consecuencia, que la Corte sea especialmente cuidadosa en la elección del criterio de comparación. Descartar el ánimo de lucro como criterio de diferenciación supone, prima facie, una interferencia significativa en el margen de configuración del Legislador para elegir entre las diversas opciones de regulación económica,

por lo que le corresponde al demandante una mayor carga argumentativa para sustentar la presunta irracionalidad de la norma. Labor que, por lo anteriormente expuesto, no se logró.

1. En tal medida, no es posible analizar el cargo de igualdad presentado por el demandante, dada la ausencia de un término de comparación específico y suficientemente demostrado que habilite un pronunciamiento de fondo. No es específico en tanto que el actor recurre a un criterio demasiado amplio de comparación (participación en el tráfico mercantil) que implica una selección sobre-inclusiva de los sujetos a contrastar. Tampoco resulta suficiente debido a que, sin mayor desarrollo, se propone la equiparación de unas instituciones propias del derecho mercantil y de la expansión empresarial (las sucursales y agencias) que, en principio, resultan ajenas a la naturaleza y razón de ser de las entidades sin ánimo de lucro. En últimas, los argumentos aportados por el demandante no logran poner en duda la racionalidad del Legislador frente a materias esencialmente económicas, en las que goza de un mayor margen de acción.

3. Síntesis de la decisión

1. La Corte examinó la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 263 y 264 del Código de Comercio, mediante los cuales se restringe la posibilidad de abrir sucursales y agencias a las sociedades y, en cambio, no lo permiten a otras personas jurídicas con eventual protagonismo en el ámbito mercantil, específicamente a las corporaciones, fundaciones y asociaciones que han sido constituidas como entidades sin ánimo de lucro. Ante la solicitud de inhibición invocada por la Procuradora General de la Nación y la Universidad Industrial de Santander, la Sala estudió de forma preliminar la aptitud sustantiva de la demanda.

1. La Sala Plena concluyó que el cargo de igualdad no cumplía con los requisitos de especificidad y suficiencia. La premisa en la que se soportó el demandante para proponer el

juicio de igualdad, esto es que tanto las entidades sin ánimo de lucro como las sociedades comerciales concurren al mercado y desarrollan actividades mercantiles, es un criterio demasiado amplio de comparación que no está suficientemente desarrollado por el actor, más allá de algunos enunciados generales. Por el contrario, existen elementos normativos que, en principio, diferencian estos dos grupos de personas jurídicas a la luz de las disposiciones acusadas. En consecuencia, la Corte decidió inhibirse de realizar un pronunciamiento de fondo.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de los apartes demandados, previstos en los artículos 263 y 264 del Decreto 410 de 1971, “por el cual se expide el Código de Comercio”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

-en licencia-

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=24016>.

3 Demanda D-14053. Escrito de subsanación, pág. 16

4 Demanda D-14053. Escrito de subsanación, pág. 11.

5 Ibídem.

6 Demanda D-14053. Escrito de subsanación, págs. 5 y 9.

7 Demanda D-14053. Escrito de subsanación, pág. 10.

8 Demanda D-14053. Escrito de subsanación, pág. 13.

9 Demanda D-14053. Escrito de subsanación, pág. 17.

10 Información disponible al público, con el número de radicado del proceso (D-14053), en el buscador de la Secretaría General de la Corte en la siguiente dirección <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/>

11 Intervención allegada el 12 de febrero de 2021 y suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, Andrés Cervantes.

12 Ibíd. pág. 8.

13 Ibíd. pág. 9.

14 Ibídem.

15 Intervención allegada el 17 de febrero de 2021 y suscrita por la Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial, Neyireth Briceño Ramírez.

16 Ibíd. pág. 4.

17 Código de Comercio, artículo 515.

18 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 08025069 del 21 de abril de 2008.

19 Intervención allegada el 17 de febrero de 2021 y suscrita por el apoderado general, Leonardo Ortiz Mendieta.

20 “La ausencia de ánimo de lucro no significa que no tiene ánimo de obtener ganancias para cumplir su fin social, las ESAL deben buscar la celebración de negocios que les permitan multiplicar los aportes con que cuenta para la realización de sus fines. Así entonces, la realización de negocios y la posibilidad de extender su capacidad de operación de manera territorial, no puede entenderse como una semejanza a otra institución que difiere de manera sustancial en sus finalidades.” Ibíd. pág. 15.

21 Superintendencia de la Economía Solidaria. Concepto No. 026449 del 27 de julio de 2005.

22 Intervención de la Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 13.

23 *Ibíd.* pág. 18.

24 *Ibíd.* pág. 13.

25 Intervención allegada el 17 de febrero de 2021 y suscrita por el Jefe del Departamento de Registros, César Alonso Alvarado Barreto.

26 *Ibíd.* pág. 6.

27 En este punto cita (i) la Sentencia del 11 de marzo de 2010. Radicado 25000-23-27-000-2006-01378-01. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y (ii) la Sentencia C-287 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

28 *Ibíd.* pág. 4.

29 *Ibídem.*

30 Intervención allegada el 17 de febrero de 2021, suscrita por el Representante suplente, Jorge Villegas.

31 Decreto Ley 2150 de 1995, “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Artículo 42. “Inscripción de estatutos, reformas, nombramientos de administradores, libros, disolución y liquidación. Los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores, los libros, la disolución y la liquidación de las personas jurídicas formadas según lo previsto en este capítulo, se inscribirán en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica en los mismos términos, tarifas y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales. // Para la inscripción de nombramientos de administradores y revisores fiscales se requerirá la aceptación previa de las personas designadas.”

32 *Ibíd.* pág. 3.

33 Circular Única, numeral 2.2.1.

34 *Ibídem*.

35 Intervención allegada el 16 de febrero de 2021 y suscrita por el docente investigador Luis Fernando Sabogal Bernal del departamento de derecho comercial.

36 *Ibíd.* pág. 3.

37 *Ibíd.* pág. 4.

38 Intervención allegada el 17 de febrero de 2021 y suscrita por estudiantes y profesores del área de litigio estratégico Carlos Gaviria Díaz.

39 *Ibíd.* pág. 8.

40 Intervención allegada el 17 de febrero de 2021 y suscrita por el Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, Jorge Keneth Burbano Villamarín y un docente, Nelson Enrique Rueda.

41 *Ibíd.* pág. 3.

42 *Ibíd.* pág. 4.

44 *Ibíd.* pág. 4.

45 *Ibídem*.

46 *Ibíd.* pág. 5.

47 *Ibíd.* pág. 6.

48 Intervención allegada el 01 de febrero de 2021, suscrita por la representante suplente, Yira Marcela Vergel.

49 Intervención allegada el 18 de febrero de 2021, suscrita por el Director de Departamento Jurídico y de Registros Públicos.

50 Concepto del 16 de marzo de 2021.

51 Concepto de la Procuradora General de la Nación. Pág. 3.

52 *Ibíd.* pág. 4.

53 Para estas consideraciones generales se retoma la Sentencia C-457 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. Ver entre otras, las sentencias C-1095 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1143 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-128 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-673 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; y, C-148 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. En esta ocasión, se sigue principalmente la exposición general reiterada en las sentencias C-190 de 2019, C-270 de 2019 y C-283 de 2019. MM.PP. Diana Fajardo Rivera.

54 Concretando los mandatos previstos en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Ahora bien, el artículo 40.6 expresamente prevé como derecho político la interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución.

55 Artículos 114 y 150 de la Constitución Política.

56 Consultar, entre otras, las sentencias C-236 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-170 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

57 Para una explicación de lo que significan estos criterios de argumentación, ver Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

58 Estos criterios fueron recogidos de la jurisprudencia desde la Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y han sido utilizados de manera reiterada, uniforme y pacífica por la Corte Constitucional. Para un recuento enunciativo ver, entre otras, la Sentencia C-105 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

59 Se denomina integrado pues precisamente se alimenta de dos vertientes jurídicas, la europea y la norteamericana. Para una explicación de esta metodología pueden consultarse las sentencias C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-220 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís.

60 Sentencia C-125 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

61 Sentencia C-657 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Cita original con pies de página.

62 Esta interpretación, por ejemplo, puede observarse en las intervenciones que las Superintendencias de Sociedades y la de Industria y Comercio allegaron a este proceso.

63 Es el caso de las entidades sin ánimo de lucro del sector solidario, en virtud de lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley 79 de 1988, “Por la cual se actualiza la legislación cooperativa”.

64 Código de Comercio, artículo 25.

65 Código de Comercio, artículo 515.

66 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-058829 del 26 de octubre de 2006.

67 Código de Comercio, artículo 516.

68 Superintendencia de Sociedades, conceptos 220-092290 del 17 de septiembre de 2009 y 220-16255, 11 de marzo de 2003.

69 Código de Comercio, Libro Tercero, artículos 515 y siguientes.

71 “(...) Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del Magistrado Ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del Pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (C.P. art. 241-4-5).” Sentencia C-623 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

72 Sentencia C-109 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Cita original con pies de página.

73 En una reciente publicación de la Cámara de Comercio de Bogotá admite, sin equívocos, que “es válido que las ESAL desarrollen actividades mercantiles; es decir, negocios o inversiones con el fin de obtener los recursos que se requiera para la realización de su objeto social, sin que por tal razón se afecte el elemento esencial que las identifica: la ausencia de ánimo de lucro.” Cámara de Comercio de Bogotá (2020). Manual básico sobre ESAL. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/26041> pág. 44.

74 Al respecto, la Sentencia C-287 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa) expuso lo siguiente: “el hecho que [las ESAL] no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación. // Se debe precisar, que el ánimo de lucro no se relaciona con las utilidades obtenidas, sino con la destinación que se les otorgue, de manera que lo que diferencia a una entidad sin ánimo de lucro de una que si lo tiene, es que las utilidades no pueden ser repartidas a sus miembros cuando se retiran, ni al final de cada ejercicio contable, ni cuando la entidad se liquida.” En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha distinguido “el lucro subjetivo o de los miembros de la asociación del lucro objetivo o de la asociación como persona jurídica; el primero no puede existir en una asociación porque la desnaturaliza, en tanto que el segundo es compatible con su finalidad cuando no significa distribución de utilidades para los asociados, sino reinversión en los fines generales de la asociación.” (Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 15 de mayo de 2018. C.P. William Zambrano Cetina. Radicado 11001-03-06-000-2007-00100-001870) Es más, la Sección Cuarta ha sido enfática en señalar que “la ausencia de ánimo de lucro no impide que estas entidades puedan realizar negocios o actividades encaminadas a conservar o aumentar sus bienes, ya que éste es precisamente el medio o instrumento para desarrollar con eficacia las actividades encaminadas a cumplir su objeto social.” (Sección Cuarta. Sentencia del 11 de octubre de 2012. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicado 25000-23-27-000-2009-00083-01(18425). Ver también Sección Cuarta. Sentencia del 07 de octubre de 2010. C.P. William Giraldo Giraldo. Radicado

25000-23-27-000-2007-00100-01(17552); y Sección Cuarta. Sentencia del 09 de agosto de 2012. C.P. William Giraldo Giraldo. Radicado 25000-23-27-000-2008-00179-0118128)

75 Reyes Villamizar, Francisco (2020). Derecho Societario. 4ª Edición. Bogotá: Temis. Tomo I. pág. 294.

76 “Además, el empresario como titular del establecimiento puede dirigirlo personalmente o celebrar actos jurídicos para delegar su administración [...]. El mandatario se denomina factor, auxiliar de comercio que tendrá las facultades propias del giro ordinario de los negocios. Si el titular es una sociedad esta podrá abrir sucursales y agencias dentro o fuera del domicilio social.” Castro de Cifuentes, Marcela (2016). Derecho Comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis pág. 111.

77 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-202086 del 28 de octubre de 2016.