



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA**

E. S. D.

1

Referencia: expediente **D-14053**

Demanda de inconstitucionalidad contra artículos 263 y 264 parcial del Código de Comercio Decreto 410 de 1971.

Actor: DIEGO FELIPE MÁRQUEZ ARANGO.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** y **NELSON ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ**, actuando como ciudadano y **profesor de la Facultad de Derecho, área de derecho procesal, de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. DE LA NORMA DEMANDADA

Se demanda la constitucionalidad parcial de los artículos 263 y 264 del decreto 410 de 1971 Código de Comercio, donde se regulo el establecimiento de agencias y sucursales de sociedades comerciales:

“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.” Subrayado propio.

- **Antecedentes**

El ciudadano **DIEGO FELIPE MÁRQUEZ ARANGO**, presenta demanda de constitucionalidad con radicado No. D-14053 en la que pretende se declare la exequibilidad condicionada de los apartes de los artículos 263 y 264 del Decreto 410 de 1971. La Corte Constitucional admitió la demanda únicamente por el cargo referido al derecho fundamental a la igualdad.

II. CONSIDERACIONES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad el demandante considera:

Que los apartes demandados, violan el preámbulo, el artículo 2 y 13 constitucionales y por tanto el derecho a la igualdad, pues con las normas se genera un trato diferenciado e injustificado entre sociedades comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro diferentes al sector solidario, a quienes, en su interpretación y de entidades públicas, están excluidas de la posibilidad de abrir sucursales y agencias.

Luego de un contexto de la naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro y de sus semejanzas y diferencias con las sociedades comerciales, y de señalar cifras y estadísticas de participación de las mismas en la producción nacional, indica que no hay un trato uniforme para todas las personas jurídicas que actúan en el tráfico mercantil, diferenciándolas artificialmente y sin justificación alguna, distinción que no es razonable y proviene de la misma Ley pues, ante circunstancias fácticas iguales, no hay justificación para una distinción, de ahí que solicita se condicione la constitucionalidad de los apartes demandados.

III. INTERVECIÓN CIUDADANA

Se solicita a la Honorable Corte, se declare la exequibilidad condicionada de los artículos demandados, con base en los siguientes argumentos:

De entrada, se puede evidenciar que de acuerdo a la codificación comercial, toda persona jurídica o natural puede ejercer o no el comercio, de igual manera que, dentro la clasificación de personas jurídicas existen las denominadas con o sin ánimo de lucro, estas últimas en número importante (como lo identifica estadísticamente la demanda), deciden ejercer tal actividad, con base en ello, funcionan o materializan su finalidad Concurrencial en el mercado no solo como empresas productivas sino a través de establecimientos de comercio, toda vez que la redacción del artículo 515 de la mencionada codificación, lo permite en su tenor literal:

“Definición de establecimiento de comercio. Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de

comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.” Subrayado propio.

También es claro que las sucursales¹ y agencias² son especies del genero llamado establecimientos de comercio y que como bien se extrae de la redacción normativa, son establecimientos de comercio que funcionan fuera del domicilio principal de la persona jurídica, circunstancia esta que exige definir temas de representación de la persona jurídica principal en esa distinta zona del país; de allí que, deba designarse en las sucursales factor o administrador quien tendrá representación plena de la principal y en las agencias también un administrador aunque no tendrá representación autónoma.

Igualmente, que es obligación legal y reglamentaria que su apertura, gravamen, enajenación, administración y extinción, deben ser inscritas ante la entidad encargada de tal fe pública del respectivo lugar donde ejerce el comercio esa sucursal o agencia. Ello, a efectos de que los derechos y obligaciones que adquieran esos especiales establecimientos de comercio tengan efectos de oponibilidad a terceros a nivel nacional.

Ahora bien, claramente la redacción legal comercial 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, tal cual de su tenor literal se puede concluir, si ambas ejercen la misma actividad y la finalidad de la norma permite publicidad y seguridad jurídica en el giro ordinario de los negocios de toda persona.

Máxime sí como se ilustra la teleología de la norma, se trata de un tema de representación en el ejercicio de la actividad comercial, lo que, por el contrario, claramente es aplicable, y sería perfecto, se pudiese pregonar a toda persona jurídica que ejerce el comercio sin importar su ánimo de lucro o no, pues el último

“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.”*

² **“ARTÍCULO 264. DEFINICIÓN DE AGENCIAS.** *Son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla.”*

aspecto solo refiere a que las utilidades obtenidas se distribuyan o no a los que se asocian al final del periodo contable, de allí lo inexplicable de tal diferenciación.

Así las cosas, se erró por el legislador comercial al utilizar el vocablo sociedad en los artículos demandados y no persona como sí lo hizo al regular el establecimiento de comercio, y muy a pesar de que podría pensarse que con una interpretación doctrinal³ y sistemática⁴ 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 comerciales.

Este contexto permite concluir que existe una desigualdad injustificada que afecta la libre competencia cuando interactúan en el mercado o actividad comercial personas jurídicas con ánimo de lucro que tienen una ventaja adicional de poder establecer y registrar las especiales modalidades de agencia y sucursal, mientras que las personas sin ánimo de lucro no, y ello interfiere necesariamente en el funcionamiento legal y público de sus actos y la formalidad que deben tener nada más y nada menos que los establecimientos a través de los cuales ejercen su actividad, sin importar el lugar del territorio patrio, y ello a su vez, indirectamente afecta potencialmente la competencia empresarial de manera significativa.

Ello permite inferir que deba en la referencia realizarse un test intermedio de constitucionalidad⁵ al estar de por medio el tema de competencia comercial, y que los apartes demandados evidentemente no superan satisfactoriamente el estudio de la relación finalidad y medio, pues el criterio de comparación⁶ incluye a quienes

³ Artículo 26 del Código Civil Colombiano, norma supletiva del código de comercio de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Código de Comercio.

⁴ Artículo 30 Código Civil Colombiano.

⁵ “Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.” Subrayado propio. Sentencia C-015 de 2014.

⁶ “(i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente

ejercen el comercio pero el patrón no se identifica con el fin de la norma generándose así en el plano de la realidad jurídica un trato desigual entre iguales que no es justificado.

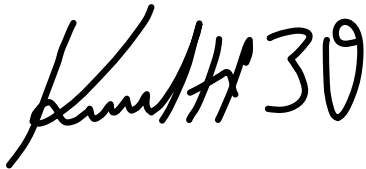
Por estos aspectos, deben ser declarados exequibles condicionalmente los artículos 263 y 264 del Código de Comercio.

IV. PETICIÓN

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, solicita a la H. Corte Constitucional se sirva declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 263 y 264 del Decreto 410 de 1971, en el sentido que las disposiciones allí contenidas se entienden aplicables a toda persona.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

De los señores Magistrados, atentamente



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com



NELSON ENRIQUE RUEDA RODRIGUEZ

C.C. No. 79.876.545 de Bogotá.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente de jornada completa del Área de Derecho Procesal

Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá.

Calle 8 5-80, Cel. 300 551 75 76. Correo: nelsonenriquedp@yahoo.com.

*justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución*¹⁸¹. ídem.