

Acción de inconstitucionalidad

Laura Cancino <lcancino@hereslegal.com>

Miércoles 16/12/2020 15:41

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

 1 archivos adjuntos (10 MB)

Demanda Inconstitucionalidad.pdf;

Buenas tardes

Honorables Magistrados Corte Constitucional

E. S. D.

LAURA XIMENA CANCINO FUENTES, ciudadana colombiana, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.018.452.621, expedida en Bogotá D.C., por medio del presente, de conformidad con las instrucciones impartidas para la radicación de acciones públicas de inconstitucionalidad y en ejercicio de los derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, muy respetuosamente me dirijo ante ustedes con el fin de INTERPONER ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra los artículos 3 y 7 de la Ley 2024 del 23 de julio de 2020 “por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación”, por vulneración de los principios de libertad, reconocimiento de la personalidad jurídica, buena fe y la libre competencia consagrados en los artículos 13, 14, 83 y 333 de la Constitución Política, respectivamente.

Adjunto se encuentra el escrito de la demanda.

Recibiremos notificaciones en la secretaría de la Honorable Corte Constitucional, y en las siguientes direcciones de correo electrónico: acubillosvelez@hereslegal.com o lcancino@hereslegal.com; o en la Calle 69 No. 4-48 oficina 202 Edificio Buro de la ciudad de Bogotá – Colombia.

De los Honorables Magistrados,

Laura Ximena Cancino Fuentes

Hérès Avocats

24, rue de Penthièvre - 75008 Paris

+33 1 53 00 22 32

lcancino@hereslegal.com

www.hereslegal.com

Bogotá, D.C., 15 de diciembre de 2020

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

**REF.: ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD
EN CONTRA DE LOS ARTÍCULOS 3 Y 7 DE LEY 2024
DE 2020**

LAURA XIMENA CANCINO FUENTES, ciudadana colombiana, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.018.452.621, expedida en Bogotá D.C., actuando en nombre propio y en mi calidad de apoderada especial de la señora **LUZ ANGELA CUBILLOS VELEZ**, igualmente ciudadana colombiana, mayor de edad, domiciliada en París – Francia, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.720.648, expedida en Bogotá D.C., en ejercicio de los derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, muy respetuosamente me dirijo ante ustedes con el fin de **INTERPONER ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 3 y 7 de la Ley 2024 del 23 de julio de 2020 “por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación”, por vulneración de los principios de libertad, reconocimiento de la personalidad jurídica, buena fe y la libre competencia consagrados en los artículos 13, 14, 83 y 333 de la Constitución Política, respectivamente.

Para fundamentar la presente demanda, dividiremos su estudio así:

En una primera sección, se establecerán las cuestiones referentes a la presentación de la demanda (I) donde se determinará: (1) la norma acusada de inconstitucionalidad; (2) las normas constitucionales que se consideran infringidas por la disposición legal cuestionada; (3) se formulará la petición de fondo de la demanda; y (4) un análisis de la norma demandada.

En una segunda sección, se analizarán aspectos formales de la admisibilidad de la demanda (II).

Y finalmente en una tercera sección se desarrollará el análisis de la constitucionalidad de la norma (III).

I. SECCIÓN PRIMERA

Esta sección tiene el propósito de explicar los aspectos generales de presentación de la demandada y las disposiciones constitucionales vulneradas con la misma.

1. Normas demandadas

A continuación, se transcribe el texto legal demandado, del cual se cuestiona su constitucionalidad en su integralidad y particularmente respecto de los apartes subrayados en la disposición.

"Artículo 3°. Obligación de Pago en Plazos Justos. En aplicación del principio de buena fe contractual contemplado en el artículo 871 de Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) se adopta como deber de todos los comerciantes y de quienes sin tener calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles, la obligación general de efectuar el pago de sus obligaciones contractuales, en un término que se pactará para el primer año de entrada en vigencia de la presente ley de máximo 60 días calendario y a partir del segundo año, máximo 45 días calendario improrrogables a partir de entrada en vigencia de la ley, calculados a partir de la fecha de recepción de las mercancías o terminación de prestación de los servicios.

Parágrafo 1°. Se exceptúan de esta disposición las operaciones mercantiles realizadas entre sociedades consideradas como grandes empresas.

Parágrafo transitorio. Tránsito de legislación. El plazo previsto en el presente artículo tendrá la siguiente aplicación gradual:

1. A partir de la entrada en vigencia de esta ley, el plazo para el pago de obligaciones, en los términos del artículo, será de máximo sesenta (60) días calendario durante el primer año.
2. A partir del segundo año de la entrada en vigencia de la Ley, el plazo máximo será de cuarenta y cinco (45) días calendario.

En cuanto a las operaciones mercantiles que se realicen en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plazo máximo y definitivo para el pago de obligaciones será de sesenta (60) días calendario. Dicho plazo comenzará a regir desde el inicio del tercer año contado a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 7°. Carácter imperativo. Las disposiciones contenidas en la presente ley tendrán carácter de normas imperativas, y, por lo tanto, no podrán ser modificadas por mutuo acuerdo entre las partes, y cualquier disposición contractual que le modifique o le contrarie, se entenderá como ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. "

(Subrayas fuera del texto original)



2. Normas Constitucionales Infringidas

La norma transcrita contraviene las disposiciones del artículo 333 de la Constitución Política, que determina el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, y establece que la libre competencia económica es un derecho que se reconoce a todos los ciudadanos.

En concordancia con lo anterior, se consideran igualmente vulneradas con la norma demandada, las disposiciones del artículo 13 de la Constitución Política, que consagra en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho de libertad e igualdad ante la ley de todas las personas, señalando que éstas gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna.

Por otra parte, se considera que, con la imposición de un término de pago legal, no susceptible de ser pactada en contrario, se vulnera el derecho fundamental a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 del texto constitucional y la capacidad de las personas naturales y morales de disponer de sus propios intereses, ser titular de derechos y de obligaciones.

Finalmente, se considera que con la norma se desconoce la presunción de Buena Fe que se predica de todas las actuaciones de los particulares contemplada en el artículo 83 de la carta política, vulnerada con la expedición de la norma derivada de un desconocimiento del deber de lealtad que ha de predicarse de todas las relaciones entre particulares.

3. Petición

En atención a los argumentos que se expondrán adelante, respetuosamente se solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLE** en su totalidad el texto de los artículos 3 y 7 de la ley 2024 de 2020.

De manera subsidiaria, y en caso de que la Honorable Corte Constitucional no encuentre motivos suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del texto normativo acusado, respetuosamente solicitamos se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los artículos mencionados en el sentido en que se garantice el mantenimiento de la aplicación respecto de las operaciones de Factoring.

4. Análisis de la Norma Atacada

La Ley 2024 de 2020 fue sancionada con el objetivo de favorecer el financiamiento y rentabilidad de las empresas, promover la creación de empleo por medio de las pequeñas y medianas empresas y fomentar la economía a través de la libre empresa.

Para tal fin, la norma adopta medidas para proteger a emprendedores y empresarios de tal manera que reciban los pagos de sus facturas en 60 días

calendario a partir del 1 de enero del 2021, y a partir del 1 de enero del 2022 en un plazo máximo de 45 días, puesto que "Según el estudio de ACOPI 2017 titulado "Simplificación normativa y políticas diferenciales para Pymes" las grandes empresas pagan a 60 y 90 días, y dado que el pago del IVA se debe hacer cada cuatrimestre, y el hecho generador de este tributo es la expedición de la factura y no la liquidación de la misma, (...) las empresas deben recurrir a financiación externa para pagar el impuesto. (...). [evidenciando] las causas (baja rentabilidad y falta de acceso a financiación) por las que el 48% de las empresas cierran (...)".¹

La norma impone entonces la aplicación de los plazos previstos para las operaciones en cuyo desarrollo medie o participe alguna de las empresas clasificadas como micro, pequeñas y medianas empresas y frente a los actos mercantiles celebrados por ellas, siempre que no intervengan consumidores, no se trate de deudas sometidas a procedimientos concursales o de reestructuración empresarial, ni que se traten de intereses respecto de:

- a) Cheques, pagarés y letras de cambio,
- b) Indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras,
- c) Contrato de mutuo y otros contratos típicos o atípicos donde los plazos diferidos sean propios de la esencia del contrato respectivo.

Es así que el legislador en aras de crear entre los operadores del tráfico jurídico mercantil la obligación de pagar sus obligaciones en los plazos dispuestos por la norma, le confirió a dichas disposiciones carácter imperativo, es decir "(...) se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas (...) "², de tal manera que a partir de la entrada en vigencia de la norma, no se acepta estipulación alguna en contrario, cualquier estipulación que desconozca las disposiciones de la norma, será ineficaz de pleno derecho por contravenir una norma de orden público.

Por lo anterior, este escrito señala el fundamento de la interposición de la presente acción, donde se desarrollan las razones que soportan la petición elevada en este escrito, estableciendo los derechos que se encuentran potencialmente vulnerados en razón de la disposición acusada, así como el análisis de los fines perseguidos por el legislador con la norma cuestionada y la proporcionalidad a la luz del texto constitucional.

II. SECCIÓN SEGUNDA

Como se anunció en líneas anteriores, en esta segunda sección se analizarán aspectos formales de la admisibilidad de la demanda:

¹ Gaceta del congreso No. 778, 2 de octubre de 2018, pg. 3, justificación económica.

² Sentencia T-597-95; Corte Constitucional; M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo; siete (7) de diciembre de 1995; <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-597-95.htm>



1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, en virtud del artículo 241 de la Constitución Política, por medio del cual se *"confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución"* y le confiere a la Corte dentro de su numeral 4 la función de *"decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación"*.

2. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

No existe cosa juzgada en el presente caso, pues hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo cual procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

3. TRÁMITE

El trámite que debe seguir la presente demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con las demandas como la que se presenta.

III. SECCIÓN TERCERA

En esta tercera sección se llevará a cabo el análisis de constitucionalidad de la norma acusada en desarrollo de los cargos que señalan la vulneración de las normas constitucionales transgredidas.

I. Análisis de Constitucionalidad de la norma

La presente acción de inconstitucionalidad se basa en la violación de los derechos fundamentales de libertad e igualdad, como pilares cardinales del orden constitucional y como finalidad del Estado social de derecho, descritos como tal, en el preámbulo de la Carta Política colombiana, que busca *"(...) asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)"*.

La libertad, es entonces un pilar y un derecho fundamental que tiene como finalidad permitir a quienes de él disponen, la capacidad de elegir su forma de actuar dentro de los límites que impone la ley y el orden público. Varias son las expresiones que componen este derecho, siendo la libertad económica, consagrada en el artículo 333 de la Constitución, una de ellas.

Así pues, la libertad económica es entendida como *"(...) la facultad de las personas de (...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia"*. Esta libertad comprende, entre otras



garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.³ (Subraya fuera del texto)

Siendo así que el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada y la libertad de contraer obligaciones, entendida como la facultad de decidir si obligarse o no, con quien y en qué condiciones, resulta ser la expresión primigenia del derecho de libertad económica reconocido en la carta política y en las convenciones de derechos humanos.

En ese mismo sentido se vulnera por tanto el libre desarrollo de la personalidad jurídica de los intervinientes en el tráfico comercial, entendida ésta como la autonomía de que gozan las personas⁴, para autodeterminarse, para obligarse y autorregular sus propios intereses, para disponer con efecto vinculante de los derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, sin más limitaciones que las imponen los derechos de los demás y el orden público.

A estos derechos se le suma la igualdad que promulga el artículo 13 del texto constitucional, en el cual se reconoce un trato igualitario a todos los participantes del tráfico jurídico colombiano.

*“La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.”*⁵

Por lo tanto, una disposición respeta las condiciones de igualdad, cuando la misma tenga la virtud de poderse aplicar en iguales condiciones a los sujetos

³ Sentencia C-263-11; Corte Constitucional; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; seis (6) de abril de dos mil once (2011); <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>

⁴ Sentencia T-594 de 1993 Corte Constitucional; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

⁵ Sentencia T-030-2017, Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz, veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017).



contra quienes se dirige y que permita garantizar oportunidades semejantes a sus individuos.

El artículo 333 de la constitución, confiere al legislador la facultad para delimitar *"(...) el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (...)"*, de tal manera que la libertad del legislador en materia regulación de dichos derechos, no es absoluta, debe obedecer a un análisis de constitucionalidad atendiendo a los criterios expuestos por la norma y particularmente para el caso en concreto de la norma atacada, el concepto de interés social.

La Corte Constitucional ha señalado que *"El concepto de interés general es una cláusula más indeterminada cuyo contenido ha de hacerse explícito en cada caso concreto. Entre tanto, el de "interés social", que la Constitución actual emplea en sus artículos 51, 58, 62, 333 y 365, es una concreción del interés general que se relaciona de manera inmediata con la definición del Estado como social y de derecho (art. 1º). En tal medida, el apelativo de social le imprime una finalidad y un límite a la actividad estatal, determinando, específicamente, las condiciones dentro de las cuales los intereses económicos particulares son susceptibles de protección. Así, este conjunto de garantías que otorga el Estado implican, a su vez, una necesaria intervención social de su parte, que tiene como finalidad inmediata y directa y como límite constitucionalmente exigibles, el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas. En particular, de las menos favorecidas."*⁶

Es así que para que el legislador pueda imponer una limitación a la libertad económica, esta debe atender al objetivo de mejorar las condiciones de vida de las personas, en particular las menos favorecidas, implementando una idea de proteccionismo económico en favor de aquellas que el estado considera como vulnerables y susceptibles de dicho amparo estatal.

Sin embargo, la idea de proteccionismo económico que surge de esta norma parte de una presunción de mala fe contractual a la carga de las grandes empresas, quienes según se asevera por el legislador utilizan su gran poder de negociación para imponer condiciones injustas respecto de los plazos de pago en cabeza de las pequeñas y medianas empresas, desconociendo así otro de los principios, derechos y presupuestos constitucionales como es la presunción de buena fe que consagra la carta política.

Un análisis de constitucionalidad de la norma atacada, deberá, por lo tanto, atender a los estándares de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, sobre la base de los derechos y limitaciones esbozadas anteriormente, teniendo en cuenta que la norma debe comprender, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-022 de 2012 *"(.) tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y*

⁶ Sentencia C-053-2001, Corte Constitucional, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER, enero veinticuatro (24) de dos mil uno (2001).

la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”

Es así que la presente demanda, evaluará (I.) la ley demandada como una medida razonable pero no útil para alcanzar su objetivo, y que por lo tanto (II.), es una medida desproporcional en estricto sentido respecto de los principios y derechos que se sacrifican con su ejecución.

(I.) Una medida superflua para alcanzar su objetivo

A. Un objetivo constitucionalmente legítimo

La ley 2024 de 2020 fue promulgada con el objetivo de favorecer el crecimiento económico nacional por intermedio del apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas, que generan el 90% del sector productivo del país y que por tanto son la mayor y más grande fuente de empleo de éste.⁷

Fue motivada por la intención de disminuir el porcentaje de micro, pequeñas y medianas empresas que entran en procesos de insolvencia, debido a que “(...) un alto porcentaje de empresas de gran tamaño realiza los pagos a sus proveedores y subcontratistas (usualmente Mipymes) en plazos injustificadamente extensos de entre noventa (90) y hasta ciento ochenta (180) días, sin justificación de ningún tipo.”, según se indicó en la exposición de motivos del proyecto de ley, no siendo ésta ni la única ni la razón más relevante que conlleva a las MiPYMES a cerrar sus puertas e ingresar a procesos de liquidación judicial, como se indicará más adelante.

Es así, que teniendo en cuenta la importancia que para el país representan las micro, pequeñas y medianas empresas (MiPYMES), su desarrollo y mantenimiento reviste especial y fundamental importancia, no solo para dichos sectores productivos, sino para el desarrollo económico, el crecimiento del PIB y la generación de empleo a nivel nacional.

La Sentencia C-144/15 señala que la adecuada razonabilidad de una norma “(...) hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución.”

En consecuencia, para que una disposición pueda tomarse como razonable, su finalidad debe encontrarse ajustada a la constitución.

Teniendo en cuenta lo anterior y en vista de que el desarrollo económico nacional y el favorecimiento al empleo son fines esenciales del estado de conformidad con lo dispuesto por el preámbulo y el artículo 2 de la

⁷ <https://forbes.co/2020/06/17/actualidad/colombia-aprueba-ley-de-pago-de-facturas-a-60-dias/>
[consultada el 24 de agosto de 2020]



Constitución, el objetivo perseguido por la norma es razonable en el sentido en que se ajusta a las disposiciones constitucionales.

Sin embargo, a pesar de que el objetivo de la norma es razonable a la luz de la constitución, la solución propuesta para alcanzar tal fin es una solución inidónea e innecesaria.

B. Una solución insuficiente

Como se indicó en líneas anteriores, la ley demandada en su exposición de motivos señala que tiene como objetivo "(...) *soluciona[r] uno de los problemas que se presentan en el entorno, que afecta la rentabilidad y el acceso a financiamiento de las empresas. (...)*" como lo es que el pago de los servicios prestados se realice por las grandes empresas a los proveedores MiPYMES, en términos que oscilan entre los 90 y los 180 días.

Es así que señala la exposición de motivos de la norma que "(...) *Según el Reporte de Actividad Empresarial 2016 del Monitor de Emprendimiento Global (GEM), las principales razones que motivaron a los empresarios a vender, cerrar o abandonar su iniciativa empresarial, fueron en un 33% por bajos niveles de rentabilidad, un 22% por motivos personales y un 18% por problemas de financiación, lo que implica que un 48% de los casos se debe a motivos relacionados que impactan directamente o son causa de las finanzas, que se explican por bajos niveles de ventas, altos costos de operación, altos gastos administrativos y financieros y/o altos niveles de tributación.*"

De tal manera que la finalidad perseguida por la norma es favorecer el financiamiento y rentabilidad de las empresas, promover la creación de empleo por medio de las pequeñas y medianas empresas y fomentar la economía a través de la libre empresa.

Sin embargo, como bien lo indica la exposición de motivos, el reporte señala las siguientes razones por las cuales se presenta una baja rentabilidad en las empresas:

El volumen de ventas no fue suficiente	30%
Falta de red de contactos	17%
Falta de conocimiento sobre mercadeo, producción, finanzas, gestión humana	16%
Tuvo problemas con socios y/o empleados	12%
Los productos y/o servicios tuvieron dificultades de aceptación	11%
La tecnología de producción no era la adecuada	8%
Tuvo problemas con proveedores	6%

Tabla 5. Causas de las salidas empresariales en Colombia 2019

De tal manera que solo el 6% de los casos que dan lugar a una baja rentabilidad en la empresa, tiene que ver con problemas respecto de los

proveedores, siendo las demás causas, condiciones internas de organización de la empresa.

Sin embargo, a pesar del bajo porcentaje de cierres de empresas que se presenta por problemas con los proveedores, se señala que la norma que cumple con la finalidad perseguida por medio de la reglamentación de plazos máximos, puesto que la mora en el pago de proveedores a MiPYMES, genera un bajo flujo de capital, que causa una baja rentabilidad, llevando al cierre de estas empresas, lo cual no se evidencia en los estudios realizados⁸.

Adicional a lo anterior, es importante tener en cuenta que para que se llevara a cabo la propuesta legislativa, se tuvo en cuenta la experiencia de otros países que evidenciaron igualmente el retardo en el pago de proveedores, como es el caso de España, sin embargo en este país posterior a la promulgación de la ley "El periodo medio de pago entre empresas privadas (B2B) se establece en 89 días, doce días más de los 77 que registraban en 2016, y 29 días más de los 60 que establece la Ley de Morosidad. Si tenemos en cuenta el tamaño de la empresa podemos afirmar que son los autónomos sin trabajadores y las micropymes las que antes pagan a sus proveedores. Según va escalando el tamaño de empresa, va empeorando los periodos medios de pago, siendo nuevamente las grandes empresas las que más tardan en pagar las facturas pendientes (122 días de media)."⁹

Por lo que se evidencia que, si bien la iniciativa legislativa española tenía como propósito la reducción en los plazos de los pagos, dicho objetivo no se ha alcanzado en cuatro años de vigencia de la norma.

En consecuencia, aunque la iniciativa legislativa busca mejorar la rentabilidad de las empresas, no hay evidencia que permita establecer la efectividad de la medida respecto del objetivo perseguido.

Adicionalmente, la intervención del Estado en la economía debe ser efectuado de manera excepcional tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-616 de 2001 así:

"El Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado, dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta. En ese contexto y supuesto el espacio de competencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que

⁸ Dinámica de la actividad económica empresarial en Colombia, pg. 76 a 79, Global Entrepreneurship Monitor, <https://www.gemconsortium.org/file/open?fileId=50496> [consultada el 24 de agosto de 2020]

⁹ "El periodo medio de pago entre empresas se incrementa en 12 días en los últimos tres años", Madrid, 8 de diciembre de 2019, <https://ata.es/el-periodo-medio-de-pago-entre-empresas-se-incrementa-en-12-dias-en-los-ultimos-tres-anos/> [consultada el 24 de agosto de 2020]



se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia." (Subrayas fuera de texto).

Es así que la necesidad de la norma, entendida como la "(...) referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.", debe ser evaluada bajo la perspectiva del objetivo por el cual se interviene en la economía y en la libertad de empresa y de contratación, siendo en este caso impulsar la rentabilidad de las MiPYMES reduciendo los plazos de pago de las obligaciones hacia ellas y contraídas por ellas.

Sin embargo, la reducción de plazos, como se ha demostrado en líneas anteriores, no se encuentra como la única ni la mejor posibilidad para poder atender a esta necesidad. En efecto, la contabilidad empresarial permite realizar un estudio a priori de los beneficios obtenidos en relación con la ejecución de las actividades contractuales. Esta previsión se realiza atendiendo a los plazos contractuales pactados a largo y corto plazo respecto de cada proceso de contratación individual, de tal manera que el pacto de un plazo de pago de 60 a 90 meses no representa en sí, un perjuicio para las empresas que a sabiendas de dichos plazos deciden, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, contratar en estos términos.

(II.) Una medida desproporcional en sentido estricto

A. Una medida desarticulada

Sumado a lo anteriormente expuesto, la norma atacada plantea igualmente un conflicto de normas que vulnera y dificulta la posibilidad de ejercer con éxito las múltiples opciones de financiación que la legislación colombiana y las prácticas contractuales ofrecen para favorecer la solvencia empresarial, es así que se toma como único remedio a la falta de rentabilidad empresarial, la limitación en el pago de los plazos sin tener presente las posibilidades de inyección de capital societario directo y a corto plazo existentes en la actualidad, por medio de figuras como la venta de acciones, factoring, venta o arrendamiento de activos fijos, titularización, créditos y refinanciamientos, entre otros, y las sanciones en caso de incumplimiento como la inclusión de cláusulas penales en los contratos o el cobro de intereses moratorios por retardo o incumplimiento en el pago.

De tal manera que se presenta con la expedición de la norma un conflicto de normas, que pone en riesgo la estabilidad y seguridad jurídica, por lo que su análisis y solución, se hace necesaria en aras de armonizar el ordenamiento jurídico colombiano.

En ese sentido, a continuación, exponemos las razones por las cuales consideramos que con la expedición de la ley 2024 de 2020 y su permanencia en el ordenamiento jurídico, ponen en riesgo algunas formas de financiación

completamente funcionales y en particular el factoring como figura facilitadora de flujo de caja para MiPYMES en términos de pago inferiores a los establecidos en la ley.



En efecto, el factoring es “[E]l negocio jurídico que se instrumenta a través de la compraventa de cartera entre una persona natural o jurídica (en adelante cliente) y una empresa de factoring (en adelante factor), la cual se compromete a suministrarle liquidez a la primera, vía financiación. Dicho contrato comporta la prestación de un conjunto de servicios por parte del factor, tales como la administración y el posterior cobro de los títulos a él transferidos una vez cumplido el plazo.”¹⁰

Siendo así una herramienta ideal para anticipar los pagos y cumplir con los desembolsos como la nómina, buscando conseguir descuentos por pronto pago a proveedores. Es fundamental para la economía colombiana, ya que le permite a las MiPYMES que no pueden tener fácil acceso a crédito, generar la liquidez y rentabilidad necesaria de manera ágil y en un corto tiempo.

Esta figura, está dirigida a empresas cuyos pagadores poseen una política de desembolso sobre las facturas que supera los 30 días o incluso los 90 días, permitiéndoles tener un flujo de caja mayor, por lo que por Sentencia C-882/2014 de la Honorable Corte Constitucional, se ha definido como característica intrínseca del factoring la función de suministrar liquidez y proveer financiación al cliente y atendiendo a sus finalidades económicas, que son: “(i) la posibilidad de brindar liquidez a un comerciante frente a los problemas que se generan por las ventas a mediano y largo plazo; (ii) la especialización de las empresas excluyendo actividades de cobro, gestión y realización de créditos que dificultan el giro ordinario de los negocios; y (iii) la promoción de sectores económicos que difícilmente podrían acceder al sistema financiero para obtener liquidez.”

De tal manera que la viabilidad financiera de las operaciones de factoring, cumple con finalidades constitucionalmente valiosas como la de proveer liquidez a sectores económicos, como los pequeños y medianos empresarios, que encuentran mayores dificultades para obtener financiación, toda vez que el factoring es “(...) uno de los mecanismos para mejorar el acceso al financiamiento y promover el crecimiento y la inversión en las empresas (...), pues estima que es una alternativa de financiamiento orientada primordialmente al apoyo de la micro, pequeña y mediana empresa (...)”.¹¹

Sin embargo, la norma no realizó mención alguna a la forma en la cual se debe estructurar la relación entre el factoring y la ley de plazos, para las operaciones existentes y por existir, por lo que, en adelante, el desarrollo de esta operación y la finalidad perseguida por la misma no podría llevarse a cabo en aplicación de la ley demandada y su existencia se pondría en riesgo, y junto con ello a

¹⁰ Sentencia C-882-2014, Corte Constitucional, María Victoria Calle Correa, diecinueve (19) de noviembre de dos mil catorce (2014)

¹¹ “El factoring: una herramienta financiera que crece con la industria.”, Asobancaria, 9 de junio de 2014, María Andrea Tramelli Salamanca, Comité Factoring Asobancaria



aquellas empresas que desarrollan parte o todo su objeto social como empresas factoras.

Esta circunstancia puede tener un impacto económico nefasto para la sociedad colombiana, que ha visto acrecentar su impulso económico y su PIB gracias a las cifras y oportunidades que arroja el factoring entre las micro, pequeñas y medianas empresas, es así que en 2018, el PIB creció en un 3% gracias al *"(...) despegue de las facturas electrónicas, así como de la posibilidad de que estas se puedan negociar en el mercado de capitales (...) [el cual] abre la oportunidad para que pequeñas y medianas empresas (pymes) del país cuenten con recursos del orden de los 120 billones de pesos (unos 42.000 millones de dólares), provenientes de inversionistas, para financiar sus actividades (...) "*¹², en 2019. Lo cual evidencia una proyección económica importante para los años venideros en materia de factoring y cuyo crecimiento se ve potencialmente afectado con la expedición de la ley 2024 de 2020.

B. Una afectación de derechos excesiva

La Honorable Corte Constitucional en su relatoría, ha señalado dentro de las condiciones para que una norma mantenga su status de constitucionalidad que la norma reporte un beneficio superior al interés o derecho que vulnera, por lo que la norma debe ser proporcional en sentido estricto.

La proporcionalidad según la ya citada Sentencia C-144/2015 *"(...) permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia."*

Es así que, una norma puede en efecto afectar derechos fundamentales, sin embargo, su afectación debe encontrarse plenamente justificada, en el sentido en que los beneficios que aporta son mayores a los costos que genera.

La ley 2024 de 2020 afecta, como se ha sostenido a la largo del presente documento, el principio de libertad contractual, principio rector de la actividad económica. Es así que la principal afectación se representa en la vulneración a la autonomía privada, descrita en la Sentencia T-240/93, en los siguientes términos:

¹² *"Así será el negocio de las facturas electrónicas a partir del 2019"*, 21 de mayo 2018, Redacción economía y negocios, <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/como-opera-el-factoring-en-colombia-220274> [consultada el 25 de agosto de 2020]

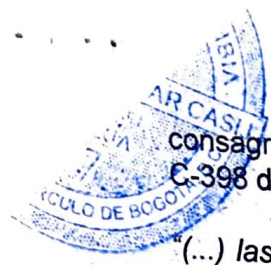
*"La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia **la libertad de contratación** - en sentido amplio libertad negocial - **tiene sustento constitucional** como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. ... el derecho a la **libre actividad económica** y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa - base del desarrollo (CP art. 333) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (CP art. 333). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional (...)*

(...) Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa (CP art. 333), se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual.

*La intervención legal **lejos de anularlas**, parte de la premisa básica de la libertad económica y de la consiguiente libertad contractual. Esta libertad reconoce, como punto de partida por lo menos, en cada sujeto un centro de autonomía para celebrar o no celebrar un determinado contrato - lo que implica libre albedrío y autorresponsabilidad - y para definir su contenido, configurándose así el plan regulador y de distribución de riesgos entre las personas a quienes se aplica la regla contractual. En un mercado de libre competencia, conforme al diseño del Constituyente (CP art. 333), la libertad contractual surge como mecanismo virtualmente idóneo para decidir la utilización más ventajosa de los bienes y recursos económicos y garantizar la eficiencia de la estructura productiva y el bienestar general de la sociedad, constitucionalmente tutelado como integrante del bien común (CP art. 333)."*

Por lo tanto, tal como lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional la intervención del legislador lejos de ser completamente restrictiva de los derechos fundamentales, debe garantizar el respeto por el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, los cuales se entienden como necesarios para el desarrollo empresarial y económico del país.

La potestad del Estado para intervenir en el mercado encuentra justificación en la obligación de alcanzar los fines que le son propios, los cuales están



consagrados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución (C. Constitucional, C-398 de 1995). En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que:¹³

"(...) las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica "cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público". [Con referencia a la Sentencia C-615 de 2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra].

En este sentido, la Corte ha sido clara en que las limitaciones a la libertad de empresa son perfectamente admisibles cuando se realizan con el fin de proteger el interés público, esto es de alcanzar un fin del estado, como lo sería la protección de la economía nacional, y el cual como se mostró anteriormente se está viendo afectado con la disposición atacada.

Otra expresión del interés público se presenta en materia de libre competencia. La Corte en Sentencia C-032 de 2017 reitera que *"el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas"* (esta posición se adoptó inicialmente en la Sentencia C-228 de 2010). Asimismo, la Corte tiene jurisprudencia estable frente a las distintas caras del derecho a la libre competencia, en Sentencia C-032 de 2017, estableció que:

"La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros."

Sin embargo, la ley demandada, coarta la libertad de contratar en condiciones libres, además prohíbe el uso de la autonomía privada de las partes al no poder pactar algo distinto de lo que ella establece, lo que quiere decir que se sacrifican los principios constitucionales de libertad contractual y libre competencia económica para alcanzar un objetivo que puede y se está cumpliendo de manera más eficiente y más beneficiosa por otros medios.

Por lo anterior, aunque la norma persigue un objetivo constitucionalmente legítimo, el costo en materia de afectación de derechos fundamentales, es muy

¹³ Gaceta del congreso No. 778, 2 de octubre de 2018, pg. 5, constitucionalidad.

elevado con respecto al beneficio que otorga, puesto que se restringe la libertad económica y la libertad de contratación, sin que las medidas esbozadas para remediar la insolvencia empresarial puedan ser tomadas como suficientes, no solo porque la estipulación de plazos superiores a 60 días no es la razón fundamental de la insolvencia empresarial, ni porque el riesgo de incumplimiento subsista, ni aún porque esta medida no ha otorgado los resultados esperados en países que la han tomado primero, sino porque con la restricción de la autonomía de la voluntad se le otorgará un incentivo negativo a las grandes empresas e inversores externos para contratar con las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales, por la excesiva intromisión del estado en sus relaciones contractuales, generando con ello una desventaja en el mercado a las empresas cuyos intereses se buscan proteger.

En consecuencia, adicional a que la norma sacrifica una serie de derechos constitucionales, no resulta ser lo suficientemente beneficiosa para lograr el objetivo perseguido, toda vez que existen otros mecanismos más idóneos para lograr garantizar la rentabilidad en una empresa, mantener la estabilidad económica nacional y proteger a las MiPYMES.

En efecto, la intervención legislativa en la materia, no cumple un objetivo claro en aras de preservar el interés público en materia de libre competencia, estabilidad económica y acceso al mercado, evidenciando con ello, que su aplicación comporta una afectación de derechos excesiva respecto de todos los participantes del tráfico jurídico, particularmente al limitar tajantemente la posibilidad de transar operaciones por plazos superiores a los establecidos, ocasionando en cabeza de las MiPYMES una potencial pérdida de poder de negociación en el mercado y en las grandes empresas e inversores extranjeros una potencial pérdida de interés de contratación.

4. NOTIFICACIONES

Las recibiremos en la secretaría de la Honorable Corte Constitucional, en las siguientes direcciones de correo electrónico: acubillosvelez@hereslegal.com o lcancino@hereslegal.com; o en la Calle 69 No. 4-48 oficina 202 Edificio Buro de la ciudad de Bogotá – Colombia.

De los señores Magistrados,

Atentamente,


LAURA XIMENA CANCINO FUENTES
C.C. 1.018.452.621 de Bogotá



PROTECCIÓN DE DATOS
Autorizo a la Notaria 77 del Círculo de Bogotá D.C., para incorporar mis datos personales en su base de datos, únicamente en función de la actividad Notarial.
Ley Estatutaria 1581 de 2012
Decreto 500 de 1970

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PRESENTACIÓN PERSONAL

NOTARIA 77



ANTE EL NOTARIO SETENTA Y SIETE DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C. Compareció:

CANCINO FUENTES LAURA XIMENA
quien exhibió: C.C. 1018452621

y declaró que la firma y huella que aparecen en el presente documento son suyas y que el contenido del mismo es cierto.
Bogotá D.C. Martes, 15 de Diciembre de 2020

x
FIRMA DECLARANTE



0KVQ48BEO714PA4W3T

Verifique los datos impresos en este documento ingresando a www.notariaenlinea.com

0901pzlaloozoll9I9

CARLOS JOSE BITAR CASIJO
NOTARIO 77 (E) DE BOGOTÁ D.C.



ESPACIO EN BLANCO
NOTARIA 77

Bogotá D.C., 17 de septiembre de 2020

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

REF. Poder especial Amplio y suficiente

LUZ ANGELA CUBILLOS VELEZ, ciudadana colombiana, mayor de edad, domiciliada en París – Francia, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.720.648, expedida en Bogotá D.C., abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 192.586 del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del presente escrito confiero poder amplio y suficiente a **LAURA XIMENA CANCINO FUENTES**, igualmente ciudadana colombiana, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.018.452.621, expedida en Bogotá D.C., abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 273.330 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en mi nombre y representación instaure ante su despacho **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra la Ley 2024 del 23 de julio de 2020 “por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación”.

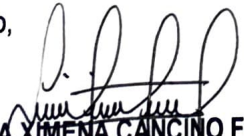
LAURA XIMENA CANCINO FUENTES queda facultada para formular la acción de inconstitucionalidad, tramitarla y llevarla hasta su terminación, y además de las facultades consagradas en el artículo 77 del Código General del Proceso, se encuentra facultada para firmar en mi nombre, recibir, sustituir, reasumir, prestar juramento, recibir notificaciones, y en general todos aquellos actos y diligencias necesarias para el cumplimiento de su gestión.

Sírvanse Honorables Magistrados, reconocerle personería jurídica a mi apoderada en los términos del presente documento.

De los señores Magistrados,


LUZ ANGELA CUBILLOS VELEZ
C.C. No. 1.020.720.648 de Bogotá
T.P. 192.586 del Consejo Superior de la Judicatura

Acepto,


LAURA XIMENA CANCINO FUENTES
C.C. No. 1.018.452.621 de Bogotá
T.P. 273.330 del Consejo Superior de la Judicatura

CONSULADO GENERAL DE COLOMBIA
PARIS - FRANCIA
RECONOCIMIENTO DE FIRMA
REC. DE FIRMA EN DOCUMENTO PRIVADO

En la ciudad de PARIS el 24 noviembre 2020 11:10 AM compareció ante el cónsul: LUZ ANGELA CUBILLOS VELEZ identificado(a) con CÉDULA DE CIUDADANÍA 1020720648, BOGOTÁ D.C. - CUNDINAMARCA, quien manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y que asume el contenido del mismo. Con destino a: MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, no asume responsabilidad por el contenido del documento.


Firma del Interesado
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA
DANIEL ALARCON PEREIRA
SEGUNDO SECRETARIO
Firmado Digitalmente

Derechos
FONDO ROTATORIO
TIMBRE
Fecha de Expedición: 24 noviembre 2020

EUR 21.00
EUR 17.00
EUR 4.00

Impresión No.: 2

La autenticidad de este documento puede ser verificada en: <http://verificacion.cancilleria.gov.co>
Código de Verificación: FDULY5914334