

Sentencia C-353-09

Referencia: expediente D-7518

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 18 (parcial) de la Ley 1150 de 2007, por medio de cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Actor: Sergio Eduardo Estarita Jiménez y otro

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., veinte (20) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Sergio Eduardo Estarita Jiménez y Jahir Alberto Hernández Carvajal, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 18 (parcial) de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma¹

, subrayando el aparte demandado:

“Artículo 18. De las inhabilidades para contratar. Adiciónese un literal j) al numeral 1 y un inciso al párrafo 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, así:

“Artículo 8°.

(...)

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la

comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

Parágrafo 1°.

(...)

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio”.

III. LA DEMANDA

Para los demandantes, el texto impugnado desconoce lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política.

Según los actores, el texto impugnado da la posibilidad a quien fue condenado judicialmente por los delitos allí mencionados, de contratar con el Estado a través de una sociedad anónima abierta, toda vez que si el condenado es socio en una sociedad de este tipo, no le podrá ser aplicada esta inhabilidad. Agregan los accionantes que el artículo 122 de la Carta Política en su inciso quinto prevé que no podrá contratar personalmente o por interpuesta persona, quien haya sido condenado en cualquier tiempo por la comisión de delitos que afecten el patrimonio público.

Consideran los demandantes que la norma impugnada permite a quienes han sido condenados contratar con el Estado mediante interpuesta persona, es decir, mediante una sociedad anónima abierta, permitiéndose de esta manera burlar lo dispuesto en la Carta Política. Por esta razón, piden a la Corte que declare inexecutable la expresión atacada.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de minas y energía

A nombre del Ministerio interviene el abogado Mateo Floriano Carrera, quien en primera instancia solicita que se declare executable el aparte demandado, pero agrega que también se podría proferir fallo inhibitorio por cuanto los accionantes se limitaron a darle una hermenéutica superficial a la norma acusada, emitiendo juicios de valor extrajurídicos a partir de consideraciones personales.

En cuanto al contrato celebrado con el Estado, afirma el interviniente que cuando una sociedad anónima abierta contrata con el Estado, el socio de aquella sociedad no contrata con el Estado; es decir, no hay una persona interpuesta en los términos que lo prevé la Constitución Política. Añade que “sólo excepcionalmente, si la sociedad ha sido concebida expresamente para obrar como interpuesta persona, puede decirse que los contratos que ella celebra, no son a su favor, sino a favor de otro, que podría llegar a ser

uno de los sujetos asociados, y más específicamente, éste podría tratarse de un sujeto inhabilitado, por tratarse su situación concreta, la tipificada en el inciso 5º del artículo 122 C.P.3”

Para el vocero del Ministerio, una sociedad pudiera ser utilizada por uno de sus socios para violentar lo dispuesto en la Constitución Política (Art. 122, inc. 5º), si tuviese la posibilidad de propiciar “una nueva irrogación del erario público dirigiendo en tal sentido la ejecución del contrato societario, de la sociedad contratista del Estado”. Sin embargo, explica, la fundación de una sociedad anónima abierta significa conformar un sujeto de derecho nuevo con vocación de permanencia según lo establecido en el acto de su creación, pero no supone para los asociados la toma de decisiones por propia mano de parte de alguno de sus socios.

Para mostrar la imposibilidad para que uno de los socios pueda gobernar la sociedad anónima, el interviniente transcribe el artículo 379 y siguientes del código de comercio, concluyendo que el socio tiene derecho a participar en la asamblea general de accionistas y a votar en ella, pero la magnitud del poder de voto de cada socio está dada en relación directa con la cantidad acciones, de tal manera que si llegare a acumular un porcentaje que hiciere indispensable su voto para tomar una determinada decisión, esto sería suficiente para determinar el comportamiento de la sociedad anónima, quedando el hecho dentro de las previsiones del artículo 122, inciso quinto de la Carta Política.

1. Ministerio de hacienda y crédito público

A nombre de este Ministerio interviene la abogada Margarita María Varón Perea, quien solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las expresiones demandadas. Para la interviniente, la inhabilidad consagrada en el texto atacado deriva del hecho que las personas jurídicas también pueden ser objeto de aplicación del régimen penal y, considerando que las personas naturales pueden valerse de personas jurídicas para cometer delitos, el legislador consideró pertinente imponer a las sociedades comerciales la inhabilidad que se comenta.

En concepto de la doctora Varón Perea, las sociedades anónimas abiertas son asociaciones con fundamento en el capital, que no tienen en cuenta las personas que las integran; ésta afirmación parte de la dinámica del mercado de valores, la rapidez con que se ejecutan las transacciones y, consecuentemente, la imposibilidad de vigilar y controlar el ingreso y egreso de los socios. De esta manera, la sociedad anónima abierta no está capacitada para garantizar que ninguno de sus socios ha sido declarado penalmente responsable en una instancia judicial.

Finaliza la interviniente haciendo notar las consecuencias de suprimir la excepción establecida por el legislador, pues tales sociedades quedarían en la imposibilidad de contratar con el Estado, sin que ellas puedan garantizar que sus socios no han sido declarados penalmente responsables.

1. Ministerio de defensa nacional

Como vocero del Ministerio interviene la abogada Sandra Marcela Parada Aceros, quien solicita a la Corte que declare exequibles los apartes demandados. Luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre la libertad económica y la libre competencia, se refiere a las inhabilidades que, según ella, son restricciones fijadas por el constituyente o por el legislador para limitar el acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, para asegurar que el ejercicio de las funciones administrativas se realice en condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad.

Considera la interviniente que en el presente caso el legislador goza de libertad de configuración y la excepción plasmada en el artículo 18 acusado, no transgrede la Carta Política, sino por el contrario es acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1. Departamento nacional de planeación

El abogado Andrés Montenegro Sarasti interviene a nombre del Departamento de planeación, para solicitar a la Corte que declare exequibles las expresiones acusadas. El interviniente transcribe extensamente las sentencias C-188 de 2008 y C-532 de 2000, y agrega el texto del artículo 5º del Decreto 679 de 1994, para explicar luego que en el caso de las sociedades anónimas abiertas, si alguno de sus accionistas ha sido condenado por algún delito de los indicados en la norma demandada, se presenta la imposibilidad de controlar el ingreso y salida de tales accionistas, pues el sistema impide saber exactamente quiénes invierten en dichas empresas.

Concluye el interviniente señalando que la excepción creada por el legislador mediante la norma demandada es exequible, por cuanto en las sociedades anónimas abiertas la actividad de sus accionistas está limitada por su participación societaria a partir de acciones que se cotizan y negocian en el sistema bursátil.

1. Ministerio de transporte

En representación del Ministerio interviene la abogada Liliana María Vásquez Sánchez, quien solicita a la Corte que declare exequibles las expresiones atacadas. El fundamento de esta petición está dado en el hecho que las sociedades anónimas abiertas negocian sus acciones en el mercado público de valores, haciendo que la excepción creada por el legislador resulte lógica en cuanto al agruparse un gran número de personas, mínimo trescientas, en torno a una sociedad anónima abierta, cuyo propósito es el de conseguir utilidades por la inversión de un capital o ahorro, y en el que la responsabilidad es limitada, la norma atacada pretende proteger a la persona jurídica por lo que ella implica y no a la persona natural.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación conceptúa en el presente caso, solicitando a la Corte que declare exequibles las expresiones demandadas. Empieza por señalar que la naturaleza de las sociedades anónimas abiertas permite diluir el interés personal del condenado por los delitos mencionados en la norma impugnada.

Considera la Vista Fiscal que en el ordenamiento jurídico colombiano todas las sociedades, con excepción de las anónimas abiertas, están sometidas a mecanismos de control directo sobre las personas que aspiran a formar parte de tales sociedades, llegando a determinar cuándo una persona que es o quiere ser socia está inhabilitada para contratar con el Estado, esto para actuar en consecuencia con los intereses de las respectivas sociedades.

Respecto de las sociedades abiertas, continúa su exposición el Jefe del Ministerio Público, ellas permiten la democratización de la propiedad mediante la captación masiva de dineros del público, requiriéndose un número mínimo de socios para constituir las, el cual suele ser masivo, como también resultando limitada la cantidad máxima de propiedad accionaria que, directa o indirectamente, puede estar en manos de una sola persona; todo lo anterior se debe a que las acciones de estas sociedades se comercializan libremente en el mercado público de valores sin restricción alguna.

En el caso de las sociedades exceptuadas de la inhabilidad en los términos de la norma impugnada, considera el Procurador General de la Nación que el interés personal de los socios expresado en el control del gobierno societario se diluye debido a la participación personal masiva de socios (mínimo trescientos accionistas), quedando prohibido que alguno de sus socios sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. Así, el ánimo de lucro de los socios, incluidos los condenados por los delitos mencionados en la norma atacada, está limitado al monto de su participación accionaria.

Para el Jefe del Ministerio Público, la excepción consagrada en la norma atacada guarda relación con lo dispuesto en el artículo 30 de la Carta Política, por cuanto de no excluirse a las sociedades anónimas abiertas, el constituyente comprometería injustamente el interés de promover el acceso a la propiedad a través de la captación masiva de recursos del público.

La Vista Fiscal trae como hipótesis el caso que una o dos personas, mediante diversas maniobras, logran tomar el control accionario de una sociedad anónima abierta, a partir de intereses de personas condenadas por los delitos mencionados en la norma atacada, para de esta manera evadir la inhabilidad que pesa sobre ellas. Ante esta eventual situación, la Vista Fiscal considera que el legislador debe establecer parámetros que impidan que el interés personal de quienes están inhabilitados para contratar con el Estado, supere el espíritu constitucional que anima la existencia de las sociedades anónimas abiertas.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

2. Contenido y alcance de la norma demandada

El artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, adicionó el literal j) al numeral 10 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, precisando el régimen de inhabilidades para contratar con el Estado. Allí quedó consagrado que las personas naturales declaradas judicialmente responsables por la comisión de determinados delitos, están inhabilitadas, extendiendo el legislador los efectos de tal inhabilidad a las sociedades en las cuales sea socia la persona natural cobijada con la inhabilidad.

Es decir, el legislador hizo más severo el régimen de inhabilidades para la persona natural, quien seguirá inhabilitada, pero en adelante además estará impedida para valerse de las diversas formas de sociedad comercial existentes y así mantener sus vínculos con el Estado a través de un contrato, obviando la sanción proveniente de la inhabilidad que la cobija. Con la reforma introducida mediante la norma que se examina, el legislador pretende que la persona natural inhabilitada cumpla realmente con la sanción proveniente de la condena judicial que la declaró responsable de los delitos que allí se mencionan.

Si bien la norma menciona de manera genérica a las sociedades en que sea socia la persona inhabilitada, también crea una excepción para el caso de las sociedades anónimas abiertas, permitiéndoles celebrar contratos con el Estado, aún cuando entre sus socios puedan estar presentes personas inhabilitadas por haber sido declaradas judicialmente responsables por la comisión de los delitos mencionados en la norma parcialmente acusada.

3. Problema jurídico

La Corte deberá determinar si la excepción a la inhabilidad para contratar con el Estado, consagrada en el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, viola la prohibición establecida en el artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política, en cuanto ella permite a las sociedades anónimas abiertas celebrar contratos con el Estado, aún cuando entre sus socios estén presentes personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones, pues la norma superior impide a quienes están inhabilitados celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado.

El examen de constitucionalidad de las expresiones impugnadas se llevará a cabo empleando la siguiente metodología: i) se precisará el contenido y los alcances del artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política, ii) se reiterará la naturaleza jurídica de las inhabilidades en materia de contratación con el Estado, iii) luego la Sala se ocupará del análisis sobre la naturaleza de las sociedades anónimas abiertas, y iv) serán examinadas las razones por las cuales la excepción al régimen de inhabilidades consagrada en la norma impugnada se aviene o no a lo dispuesto en el artículo 122, inciso quinto de la Carta Política.

4. Contenido y alcance del artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política

4.1. El constituyente de 1991 dedicó el título V de la Carta Política a la Organización del

Estado (C. Po. arts. 113 y s.s.), e incluyó el régimen de la función pública en el capítulo 2 del mencionado título. A partir del artículo 122 la Constitución Política consagra las reglas fundamentales para la actuación de los servidores públicos.

El texto originalmente adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente establecía:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas⁴”.

4.2. Esta norma es considerada el fundamento del principio de legalidad de las actuaciones públicas respecto de las personas naturales mediante las cuales la administración ejerce sus funciones. Particularmente, el inciso quinto estableció una inhabilidad de carácter permanente en relación con el servidor público condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, señalando que en el futuro no podría desempeñar funciones públicas.

Se trataba, entonces, de proteger la buena marcha de la administración y su buen nombre, impidiendo que personas condenadas por determinados delitos pudieran ingresar a la función pública. Como se observa, los delitos que estaban en el origen de la causal de inhabilidad se referían a conductas lesivas del patrimonio público, procurando salvaguardar los intereses vinculados con los bienes del Estado.

4.3. En el año de 2004, luego de que el Gobierno Nacional convocara al pueblo para que mediante referendo se pronunciara sobre una reforma a la Carta Política, el inciso quinto del artículo 122 superior fue modificado. Así, mediante el Acto Legislativo No 1 de 2005, el texto de esta norma quedó redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y

defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

4.4. Entre los antecedentes de la reforma al artículo 122 de la Carta Política, la Sala destaca que el Gobierno Nacional explicó los motivos de la modificación propuesta, mediante la cual se hacía más severo el régimen de inhabilidades, de la siguiente manera:

“1. Pérdida de derechos políticos

Aquí se trata tan sólo de extender la inhabilidad de los condenados por delitos contra el patrimonio público a la celebración de contratos con el Estado, como la lógica de esta sanción recomienda que se haga. Parece bien claro que tratándose de una norma con alcance punitivo no podrá aplicarse retroactivamente”. (Subraya la Sala).

4.5. De su parte, el Congreso de la República⁷ redactó la pregunta que fue sometida a referendo, de la siguiente manera:

“1. PERDIDA DE DERECHOS POLITICOS

PREGUNTA: PARA HACER MAS PRECISAS LAS INHABILIDADES PARA EJERCER CARGOS PUBLICOS O CONTRATAR CON EL ESTADO, Y MAS EFICAZ LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION POLITICA, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE TEXTO?

El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser elegidos ni designados como servidores públicos, ni celebrar contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos contra el patrimonio público.

Sí [] No []”

De lo anterior se concluye que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República, tuvieron como propósito ampliar el régimen de inhabilidades respecto de las personas

condenadas por delitos contra el patrimonio público, para además de impedirles desempeñar funciones públicas, también inhabilitarlas para celebrar contratos con el Estado, todo dentro del propósito de hacer eficaz la lucha contra la corrupción.

4.6. Queda establecido, entonces, que la reforma introducida al inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política, estuvo encaminada a garantizar condiciones de eficiencia, idoneidad, transparencia, publicidad y moralidad administrativa, para impedir que la persona sancionada penalmente pueda lograr vínculos con el Estado, valiéndose del mecanismo propio de la contratación.

Por lo tanto, resulta lógico que el legislador para fijarle alcance al artículo 1º del Acto Legislativo No 1 de 2004, haya determinado en el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007:

“Artículo 18. De las inhabilidades para contratar. Adiciónese un literal j) al numeral 1 y un inciso al párrafo 1º, del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, así:

“Artículo 8º.

(...)

Parágrafo 1º.

(...)

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio”.

4.7. A continuación la Corte Constitucional examinará si la excepción que allí se consagra, desconoce o no las previsiones del artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política.

5. Naturaleza jurídica de las inhabilidades en materia de contratación estatal⁸

5.1. Las relaciones jurídicas entre los órganos del Estado, como también las que se dan entre los entes de derecho público y los particulares, están sometidas a normas de carácter especial, mediante las cuales se desarrolla el principio de legalidad de las actuaciones públicas (C. Po. art. 6º)⁹

. Además de precisar la órbita de competencias y funciones propias de las entidades estatales, estas normas consagran regímenes de inhabilidades e incompatibilidades¹⁰ que afectan tanto a las personas naturales que integran la administración pública, como a las personas jurídicas y naturales que habrán de entablar relaciones con las instituciones que conforman la estructura del Estado.

Como parte importante de esta normatividad aparece el denominado régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, entendido como el sistema de valores, principios y normas que, en aras de proteger la moralidad administrativa, la

transparencia de la función administrativa, el buen nombre de la administración y garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales, prevé hechos y circunstancias que impiden a determinadas personas celebrar contratos con el Estado.

5.2. Generalmente las inhabilidades son consideradas como aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, designada para un cargo público, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella; además, tales circunstancias pueden tener consecuencias respecto de las personas que van a celebrar o han celebrado contratos con el Estado¹¹; en general estas previsiones normativas tienen como objetivo lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado. En cuanto a la naturaleza de los regímenes de inhabilidades, la Corte¹² ha señalado:

“La expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño. Entre esas cualidades se encuentran la idoneidad, moralidad y probidad de las personas para cumplir con determinadas responsabilidades. Por lo tanto, el propósito moralizador del Estado que persigue alcanzar un régimen de inhabilidades y cuyo sustento radica en la misma Carta Política, según se ha analizado en numerosa jurisprudencia esta Corporación, logra hacerse efectivo, precisamente, a través del desempeño de las funciones públicas en esos términos de idoneidad, moralidad y probidad, pues de esta manera se asegura el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidos, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio”.

5.3. Para decidir sobre el asunto sometido a examen de la Sala es pertinente reiterar¹³ que en el ordenamiento jurídico existen dos tipos de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas¹⁴. En el primer tipo están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. En este evento, las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado.

En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Éstas pueden también ser permanentes o transitorias pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido sólo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente.

Las inhabilidades del primer tipo constituyen igualmente una sanción, como consecuencia del delito o de la falta disciplinaria; por el contrario, las del segundo tipo no representan una sanción sino una medida de protección del interés general en razón de la articulación o afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo

por desempeñar.

5.4. Considera la Sala que las inhabilidades para contratar con el Estado derivadas de la comisión de delitos, no sólo tienen una connotación sancionatoria para la persona judicialmente condenada, pues también tienen consecuencias respecto de las condiciones de idoneidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad e imparcialidad exigidas por la administración a sus contratistas, teniendo en cuenta que el cumplimiento de estos acuerdos contractuales compromete el interés general y, en algunos casos, las condiciones dignas dentro de las cuales se debe desarrollar la convivencia de las personas que integran la comunidad.

“El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”.

6. Naturaleza de las sociedades anónimas abiertas

6.1. De conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, las sociedades comerciales se clasifican, de manera principal, en dos grupos: 1- de personas y 2- de capital. Entre las sociedades de capital se destacan las sociedades anónimas, estando conformadas mediante fondos sociales aportados por accionistas que jurídicamente responden hasta el monto de sus aportes; estas sociedades son administradas a través de gestores temporales que, además, pueden ser revocados, según lo prevé el código de comercio en sus artículos 373 y siguientes.

Los derechos de quienes conforman las sociedades anónimas les permiten participar en las deliberaciones y decisiones de la asamblea general de accionistas y, teniendo en cuenta el ánimo de lucro propio de estas instituciones, percibir la cuota parte de las utilidades o beneficios sociales que resulten de cada ejercicio, de acuerdo con su participación en el capital de la sociedad; también pueden los socios negociar libremente sus acciones.

6.2. Las sociedades anónimas pueden ser abiertas y cerradas. Estas últimas se caracterizan por contar con una estructura y una organización “cerrada” que obliga a sus socios a comportarse según el interés personal de los mismos. Por esta razón, el número mínimo de socios para constituirla es de apenas cinco (5), sus acciones no se comercian en bolsa de valores y respecto de estas acciones es procedente la estipulación del derecho de preferencia, imponiendo que la venta de las mismas se haga a favor de la sociedad o de sus socios.

Las sociedades anónimas cerradas actúan según el interés personal de sus socios

quienes controlan y gobiernan la sociedad; por ello, a estas sociedades se ha extendido la inhabilidad que recae sobre alguno de sus socios condenados penalmente por determinados delitos, impidiendo que tanto la persona natural como la jurídica puedan contratar con el Estado, bajo el entendido que el legislador pretende evitar que el socio condenado eluda las consecuencias de la sanción penal contratando a través de esta clase de sociedad. En la sociedad anónima cerrada existen mecanismos de control directo sobre las personas que las integran o aspiran a integrarlas, pudiendo la asamblea determinar cuándo uno de sus socios o aspirante a socio, está inhabilitado para contratar con el Estado.

6.3. A diferencia de las cerradas, las sociedades anónimas abiertas se conforman mediante la captación masiva de recursos, sus acciones se comercializan libremente en el mercado público de valores sin restricción alguna, estando integradas con un número de accionistas mínimo de trescientos (300), a quienes se impone límites respecto de la cantidad máxima de propiedad accionaria; es decir, en forma directa o indirecta uno solo de ellos no puede ser propietario de más del treinta por ciento (30%) de las acciones.

Con el propósito de precisar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 679 de 1994. El artículo 5º del mencionado Decreto establece:

“Definición de las sociedades anónimas abiertas. Para efectos de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones:

1o. Tengan más de trescientos accionistas.

2o. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación.

3o. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

Corresponderá al revisor fiscal de la respectiva sociedad certificar que la misma tiene el carácter de anónima abierta para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993”.

Sobre las características de estas sociedades la Corte¹⁷ ha precisado:

“Las sociedades anónimas abiertas, según la doctrina, pretenden la vinculación de grandes masas de accionistas, para lo cual inscriben sus acciones de bajo costo en el mercado público de valores, facilitando la incorporación de capitales ociosos y de pequeños ahorradores, pues si las acciones se cotizan en bolsa es más expedita su circulación, dada la libre negociabilidad de las mismas que en principio no está sujeta a ninguna restricción.

Las sociedades anónimas constituyen entonces el prototipo de las sociedades impersonales, pues los inversionistas se asocian no en virtud de sus condiciones personales, sino en razón de la actividad económica que constituye el objeto social. Su estructura es colectivo-capitalista y la injerencia del accionista en la administración es

directamente proporcional a la cantidad de acciones que posea.

De ellas puede ser accionista cualquier persona, incluso los incapaces a través de su representante legal; el aporte puede ser de industria o de capital, en este último caso deberá ser en dinero o en especie. El capital, como se anotó antes, se divide en títulos-valores corporativos o de participación de igual valor, que se llaman acciones, éstas deben ser siempre nominativas, cada accionista responde del valor total de las acciones que haya suscrito, y esa es la porción de su patrimonio que eventualmente puede llegar a perder.

En principio las acciones son libremente negociables, no obstante existen algunas restricciones, entre ellas las denominadas acciones privilegiadas, las acciones de industria, las que se encuentren en litigio, las gravadas con prenda y las ordinarias sobre las que se haya estipulado el derecho de preferencia en la negociación, sin embargo, si se trata de acciones inscritas en bolsas de valores, la cláusula del derecho de preferencia se tendrá por no escrita.

Es decir, que las acciones de este tipo de sociedades se encuentran en el mercado bursátil, el cual se caracteriza por su dinámica y agilidad, lo que implica operaciones inmediatas y pagaderas al momento mismo de la negociación, en efectivo o en cheque, estando expresamente prohibido que la bolsa acepte otro tipo de documentos crediticios para finiquitar las operaciones que se realicen en las respectivas ruedas.

Tales características, aunadas a la regulación que rige el procedimiento de transacción de sus acciones, emanada de la Superintendencia de Valores, hace evidente que los órganos de administración, las directivas y los mismos accionistas de las sociedades anónimas abiertas, no tienen ni la capacidad física ni la capacidad jurídica para controlar las operaciones que sobre sus acciones se efectúen en la bolsa de valores, ni para verificar las condiciones personales de quienes las adquieran, lo que no ocurre con otro tipo de sociedades, como las de responsabilidad limitada, en las cuales los socios, que no pueden ser más de veinticinco, hacen aportes y responden hasta por el monto de los mismos; en ellas la representación y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada uno de los socios, siendo una de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 358 del Código de Comercio, la de decidir sobre el retiro e ingreso de socios". (Subrayas no originales).

6.4. La diferencia entre estas clases de sociedades ha sido expuesta por la Corte¹⁸ de la siguiente manera:

(...)

Las dos clases de sociedades anónimas a que se refiere la Ley 222 de 1995 se diferencian, entre otros elementos anteriormente mencionados, en cuanto a un aspecto fundamental: la forma de negociar sus acciones. Mientras las abiertas lo hacen en el mercado público de valores, las cerradas no. Esa realidad indica que independientemente de las configuraciones legislativas, las diferencias entre las sociedades que no negocian sus acciones en el mercado público de valores y las que sí lo hacen, reside en que éstas últimas: (i) negocian sus acciones sin que los socios puedan

decidir si invocan el derecho de preferencia, porque ello está siempre legalmente excluido; (ii) generalmente aglutinan grandes masas de ahorro del público; y (iii) están constituidas por un gran número de accionistas". (Subraya la Sala).

7. Análisis de las expresiones demandadas

7.1 La estructura que el legislador previó para la sociedad anónima abierta trae como consecuencia que, en principio, el interés personal de cada uno de los accionistas se diluye debido a la participación masiva de socios, pues se requiere un mínimo de trescientos (300), a lo cual se añade que ninguno de ellos puede ser titular de más del treinta por ciento (30%) de las acciones en circulación.

Además, estas acciones pueden ser comercializadas libremente en el mercado público de valores¹⁹

, sin que los socios ni la sociedad anónima abierta puedan ejercer control sobre las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones; es decir, debido a la estructura jurídica de esta clase de sociedad, no existen mecanismos eficaces que permitan verificar si quienes compran tales acciones han sido condenados judicialmente o, en general, si sobre ellos pesa alguna inhabilidad para contratar con el Estado.

7.2. Por lo anterior, la Sala considera que la excepción consagrada a favor de las sociedades anónimas abiertas, para permitirles contratar con el Estado aún cuando alguno de sus accionistas haya sido condenado judicialmente por los delitos mencionados en la norma acusada, es válida a la luz de la Constitución Política, pues el artículo 60 del Estatuto Superior impone al Estado el deber de promover, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 150-19, literal d) y 335 de la Carta, relacionados con el deber que tiene el Estado y el Gobierno de controlar la actividad bursátil y, en general, lo relacionado con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

7.3. Teniendo en cuenta el diseño jurídico de las sociedades anónimas abiertas y, particularmente la manera como se transfiere la propiedad accionaria de las mismas, la Sala considera que la excepción prevista en la norma demandada no desatiende lo dispuesto en el artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política; por el contrario, la salvedad establecida por el legislador permite a las sociedades anónimas abiertas participar en los procesos de contratación con el Estado, sin el riesgo de verse afectadas por una inhabilidad respecto de la cual, eventualmente, no tienen conocimiento ni posibilidad de control y menos aún capacidad para evitarla, pues, como se ha dicho, la sociedad no cuenta con instrumentos para determinar que cada uno de sus más de trescientos accionistas esté exento de las inhabilidades consagradas en la norma que se examina.

Podría ocurrir, por ejemplo, que con el ánimo de poner fuera de competencia a una sociedad anónima abierta que pretenda contratar con el Estado, un tercero condenado judicialmente por alguno de los delitos previstos en la norma impugnada, compre en el mercado bursátil un paquete accionario de la sociedad que está aspirando; bastaría este hecho hipotético para beneficiar a quienes compiten para celebrar contratos con el

Estado, en evidente desmedro de una sociedad comercial que tiene derecho a concursar en pie de igualdad con las demás entidades habilitadas por el ordenamiento jurídico.

7.4. Como se explicó en el considerando 2 de esta providencia, mediante las expresiones demandadas el legislador exceptuó a las sociedades anónimas abiertas de la inhabilidad para contratar con el Estado cuando uno de sus accionistas haya sido condenado judicialmente por los delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones.

Para los demandantes, esta excepción significa desconocer lo dispuesto en el artículo 122, inciso quinto de la Constitución Política, según el cual las personas condenadas en cualquier tiempo por delitos que afecten el patrimonio del Estado, no podrán celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado, suponiendo los actores que una persona inhabilitada por esta clase de condena podría valerse de una sociedad anónima abierta para contratar con la administración pública.

7.5. Para la Sala, la excepción consagrada a favor de las sociedades anónimas abiertas es razonable y proporcional, en cuanto con ella el legislador pretende desarrollar las previsiones de los artículos 60, 150-19, literal d) y 335 de la Constitución Política, mediante los cuales el constituyente procuró hacer realidad el propósito de ampliar las posibilidades para que un mayor número de personas se conviertan en propietarias, como también de democratizar la propiedad accionaria, mediante leyes de intervención económica que permitan, en condiciones de igualdad material, adquirir títulos y acciones en el mercado bursátil, bajo el control del Gobierno.

Así, teniendo en cuenta que las acciones de las sociedades anónimas abiertas pueden ser adquiridas y transferidas libremente en el mercado de valores²⁰, resulta razonable que el legislador haya creado esta excepción, pues podría considerarse que lo hizo en defensa de la libertad empresa (C. Po. Art. 333), procurando un desempeño económico eficiente, competitivo y transparente de estas sociedades, y reconociendo la imposibilidad que ellas tienen de controlar el ingreso de accionistas condenados judicialmente por los delitos previstos en la norma que se examina.

7.6. Acerca de la imposibilidad de controlar las condiciones personales de los socios en esta clase de instituciones, la Corte²¹ ha dicho:

“Las características generales de las sociedades anónimas cuyas acciones estén registradas en las bolsas de valores y los mecanismos de transacción de sus acciones, hacen imposible un control directo y efectivo sobre el ingreso de nuevos socios y sobre las calidades personales de los mismos, circunstancia que justifica para ellas un tratamiento diferente por parte del legislador”.

Por las razones expuestas, la Corte declarará exequibles las expresiones demandadas, pero teniendo únicamente los cargos analizados en esta providencia.

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:

Declarar EXEQUIBLES las expresiones “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, pertenecientes al artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, únicamente por las razones examinadas en esta providencia.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento Aceptado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La ley 1150 del 16 de julio de 2007, Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, fue publicada en el diario oficial No. 46.691

2 Folio 42 del expediente.

3 Folio 45 del expediente.

4 Artículo corregido por Aclaración de la Secretaría General de la Asamblea Nacional Constituyente del 6 de septiembre de 1991, publicada en la Gaceta Constitucional No. 125, del 25 de septiembre de 1991.

5 El inciso quinto fue modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 45.424, de 8 de enero de 2004.

6 Gaceta del Congreso número 323 de 2002, página 1 y siguientes.

7 Gaceta del Congreso número 396 de 2002, página 1 y siguientes.

8 Sobre esta materia la Corte Constitucional ha dicho: “Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”. Sentencia C-415 de 1994.

9 En relación con el principio de legalidad como fundamento del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, la Corte ha explicado: “Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y

pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6)". Sentencia C-415 de 1994.

10 Sobre la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades la Corte ha expresado: "Las inhabilidades se distinguen de las incompatibilidades, por cuanto estas últimas implican 'una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado". Sentencia C-181 de 1997.

11 Acerca de la naturaleza jurídica de las inhabilidades para contratar con el Estado pueden ser consultadas, entre otras, las Sentencias C-558 de 1994, C-221 de 1996, C-429 de 1997, C-532 de 2000 y C-188 de 2008.

12 Sentencia C-952 de 2001.

13 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2003.

14 En principio las inhabilidades impiden el acceso a la función pública, pero la naturaleza jurídica de las mismas permite hacer extensivas sus características a algunas situaciones en la cuales los particulares traban relaciones jurídicas con el Estado, como ocurre en el caso de la celebración de contratos regulada mediante la Ley 80 de 1993.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994.

16 Mediante este decreto el Gobierno Nacional reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-532 de 2000.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 2008.

19 Sobre la propiedad accionaria de las sociedades anónimas abiertas la Corte ha precisado "De ellas puede ser accionista cualquier persona, incluso los incapaces a través de su representante legal; el aporte puede ser de industria o de capital, en este último caso deberá ser en dinero o en especie. El capital, como se anotó antes, se divide en títulos-valores corporativos o de participación de igual valor, que se llaman acciones, éstas deben ser siempre nominativas, cada accionista responde del valor total de las acciones que haya suscrito, y esa es la porción de su patrimonio que eventualmente puede llegar a perder.

En principio las acciones son libremente negociables, no obstante existen algunas restricciones, entre ellas las denominadas acciones privilegiadas, las acciones de industria, las que se encuentren en litigio, las gravadas con prenda y las ordinarias sobre

las que se haya estipulado el derecho de preferencia en la negociación, sin embargo, si se trata de acciones inscritas en bolsas de valores, la cláusula del derecho de preferencia se tendrá por no escrita". Corte Constitucional, Sentencia C-532 de 2000.

20 Cfr. Sentencias C-532 de 2000 y C-188 de 2008.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-532 de 2000.